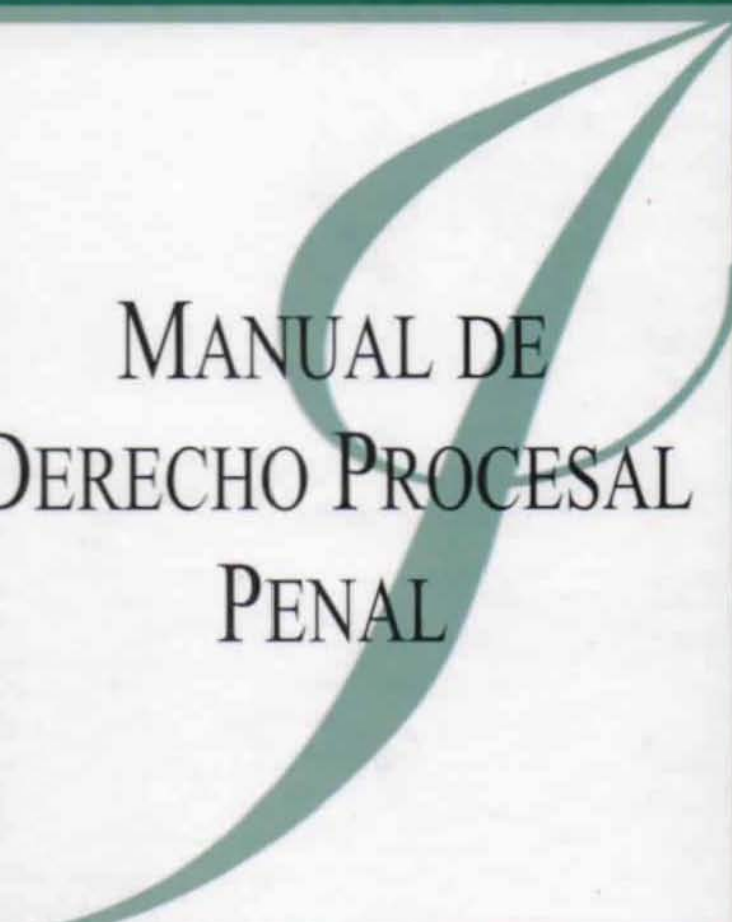


Domingo García Rada



MANUAL DE  
DERECHO PROCESAL  
PENAL

OBRAS COMPLETAS / Tomo IV



MVLTA RENASCENTYB  
QVAE JAM CECIDERE

ASOCIACIÓN CIVIL MERCURIO PERUANO

Manual de Derecho Procesal Penal

MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL

Prólogo

II

DOMINGO GARCÍA RADA

# MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL

Novena edición revisada

Estudio preliminar de  
Jorge Armaza Galdós

OBRAS COMPLETAS / Tomo IV



MVLTA RENASCENTVR  
QVAE JAM CECIDERE

Asociación Civil «Mercurio Peruano»

Domingo García Rada  
**Obras Completas / Tomo IV**  
Manual de Derecho Procesal Penal

**Comité Editor:**

Domingo García Belaunde (Coordinador)  
José Antonio García Belaunde  
Víctor Andrés García Belaunde

© Herederos de Domingo García Rada  
© Asociación Civil "Mercurio Peruano"  
Tiraje: 500 ejemplares

*Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el permiso escrito de la Asociación Civil "Mercurio Peruano" y de los herederos del autor.*

Primera edición: Imp. Carrera, Lima, 1970.  
Octava edición: EDDILI, Lima, 1984.  
Novena edición revisada: Asociación Civil "Mercurio Peruano", Lima, 2012.  
Foto: Cortesía de "El Comercio"

Impresión y encuadernación: Talleres gráficos IDEMSA.  
Lima: Calle Gabriel Delgado N° 540.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N°. 2012-09050

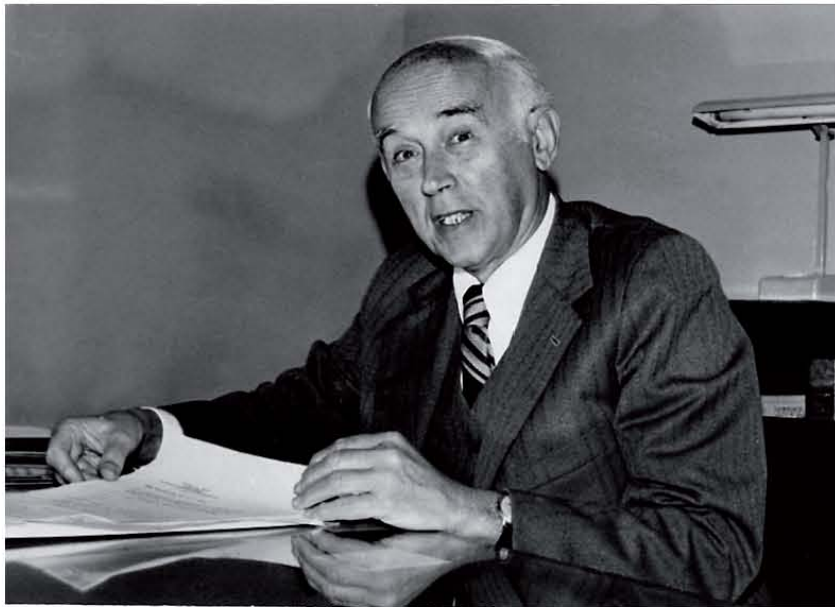
Proyecto Editorial N° 11501411001056

ISBN: 978-612-45288-3-5

FONDO EDITORIAL  
ASOCIACIÓN CIVIL «MERCURIO PERUANO»  
Av. José Gálvez Barrenechea No. 200, Lima 27-Perú  
Correo electrónico: asociacion.cmp@gmail.com  
Director: Domingo García Belaunde

Impreso en el Perú - Printed in Peru

Manual de Derecho Procesal Penal



1984

## LIMINAR

De acuerdo con lo programado en un primer momento, publicamos ahora el “Manual de Derecho Procesal Penal” de Domingo GARCÍA RADA, como tomo IV de sus Obras Completas. Cerramos así el conjunto de su obra orgánica sobre esta materia.

La primera edición de este manual salió en 1970, en forma bastante modesta, a cargo de la Imprenta Carrera y con un total de 256 páginas. Quería el autor, como dice en la presentación que reprodujo en las restantes ediciones, presentar a sus alumnos, y también a sus colegas, un resumen de sus clases universitarias que, además, eran producto de su larga experiencia en la judicatura. Las ediciones se sucedieron rápidamente: la segunda en 1972, la tercera en 1973, la cuarta en 1974, la quinta en 1976, la sexta en 1980, esta vez con la Tipografía Sesator, la séptima en 1982 y la octava en 1984. Después se hicieron dos reimpresiones más. La última edición presenta un total de 451 páginas, y está totalmente renovada frente a las primeras y muy enriquecida y corregida con respecto a las últimas.

La edición que nos sirve de referencia es la última que hizo el autor y que finalizó en enero de 1984, y entró en circulación, probablemente en abril de ese año. Es también el último libro que publicó, ya que poco después, a raíz del atentado terrorista del que fue víctima en abril de 1985, se retiró de toda actividad.

Ahora bien, revisando con detenimiento el libro y contando con el apoyo de correctores calificados, hemos llegado a la conclusión que esta edición, si bien se lee con comodidad, está plagada de errores tipográficos, algunos realmente llamativos,



Liminar

así como algunas omisiones o párrafos cruzados. Cuando el autor asumió la presidencia del Jurado Nacional de Elecciones en 1980, se dedicó de lleno a su nueva actividad y casi con frenesí los dos últimos años, dedicados sobre todo a la depuración del Registro Electoral y a la renovación de las libretas electorales de todo el país. Aconsejado por una empresa inglesa especialista en impresión de billetes y documentos de seguridad, propuso el documento único, lo que luego sería el DNI, pero esto requería el visto bueno del oficialismo, que bloqueó la iniciativa en el Senado, pensando que esa medida podía ser impopular por el costo que asumiría el usuario (la susceptibilidad política fue aquí demasiada). Por tanto, disponía de muy poco tiempo libre y algunas cosas las delegó en terceros. Llego a esa conclusión por la sencilla razón de que él siempre corregía las galeras (o machotes en el lenguaje de las imprentas) de todos sus libros, y si lo hubiera hecho en esta ocasión, no hubiera permitido la presencia de tantos gazapos. La corrección, pues, no la hizo él, sino muy probablemente los correctores de la imprenta y quizá algún voluntario de su entorno laboral de entonces. Por otro lado, el autor no ha dejado ningún ejemplar con sus correcciones que nos sirva de referencia y tampoco hemos encontrado los originales finales. Por tanto, nos hemos limitado a limpiar y precisar el texto hasta donde ha sido posible, sin cambiar opiniones o enfoques del autor y manteniendo el espíritu de la obra. De ahí que la calificamos como de novena edición revisada, lo cual da a entender que se mantiene en la fecha de su publicación, con las correcciones que han podido ser hechas en esta oportunidad, sin alterar la sustancia de la obra.

Queremos señalar dos aspectos más: primero, el autor remite en nota a pie de página del capítulo XXXVIII, a diversas circulares de la Corte Suprema de Justicia que fueron aprobadas y preparadas durante su Presidencia. Tal material era seguramente muy fácil de ubicar en aquella época, pero no ahora. Por tal motivo, al final las incorporamos como Apéndice y como tales han sido tomadas de los "Anales Judiciales" de esos años.

Lo segundo es que el autor publicó años antes un folleto titulado "Comentarios al Decreto-Ley sobre celeridad procesal penal" (Tip. Offset Sesator, Lima 1978, 144 páginas). En su presentación dice que a ese momento estaba circulando la quinta edición de su Manual, motivo por el cual publicaba este Apéndice

para que sirviese a una edición que aún estaba en circulación y de esta manera lo completaba. Pero con posterioridad, este ensayo, en sus aspectos sustanciales, fue incorporado a partir de la sexta edición del Manual, motivo por el cual no lo publicamos aquí, pues sería redundante. Con todo, señalamos el hecho y la ficha para que quede constancia de ello.



En esta oportunidad, el doctor Jorge ARMAZA GALDÓS, magistrado superior en Tacna, nos hace una presentación del Manual, lo que es y lo que significó en su momento y ahora, de lo que le estamos muy agradecidos. Sirve, indudablemente, como magnífico proemio a este Manual, que fue tan útil para varias hornadas de estudiantes universitarios.

Lima, diciembre de 2011  
Domingo García Belaunde

Prólogo

X

## PRÓLOGO

### I

*Ex fructibus eorum cognoscetis eos* (MATEO VII, 16). “Por sus frutos los conoceréis...” encierra, la sentencia de Cristo, un doble mensaje: por un lado, se alza como advertencia frente a quienes enarbolan falsamente un ideal (*¿Cógense uvas de los espinos, o higos de los abrojos?* pregunta el Maestro); pero también, por otro, contiene la clara referencia acerca del valor de una existencia consecuente, prometiendo un lugar de privilegio, reservado únicamente para quienes vivieron sincera y profundamente un ideal, encarnándolo en cada acto de su vida. Es decir, parafraseando el sermón divino, no basta ser árbol para perennizarse, es preciso, además, fructificar bienamente “... Así que, por sus frutos los conoceréis...”.

Perteneció, DOMINGO GARCÍA RADA (1912-1994), a aquel raro linaje de hombres que hacen del pensamiento acción; de la firme convicción acerca de lo justo, un modo de vida; de la propia existencia, magisterio. Prueba de ello son las innumerables anécdotas de las que dan cuenta quienes tuvieron el privilegio de conocerlo, y que trascendieron la experiencia personal para convertirse en paradigmas de lo que debe ser un ciudadano ejemplar, un magistrado honesto y justo, un riguroso docente, sin dejar de lado, por ello, el paternal gesto del verdadero maestro; en suma, un hombre íntegro.

Si, por nuestra parte, no fuimos recipiendarios en aquel grupo selecto de discípulos que se nutrieron directamente de su docencia; al menos nos cupo la suerte, durante los años de

formación universitaria, de recibir magisterio a través de su pluma. Particularmente queridas nos resultan las páginas de su MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL (en adelante MANUAL) y que hoy, transcurridos algo más de cuarenta años de su primera edición, vuelven a publicarse, teniendo la plena certeza de que seguirán ejerciendo el mismo influjo benefactor que antaño. Ahora bien, siendo condición esencial del tiempo real el “pasar” (con lo que, siguiendo a BERGSON, filósofo del movimiento, la superposición de una parte a otra en el intento de medirlas es imposible, inimaginable, inconcebible)<sup>1</sup>, éste nos arrastra junto a la inagotable vorágine de sucesos que lo integran, generando a su vez la dinámica de la historia, en la que el **cambio** resulta su nota definitoria. Ante esta “incuestionable” constatación y la “bien intencionada acuciosidad” de algún posible lector, es natural que surja una inquietud acerca de la **vigencia y utilidad** de la obra; más aún si consideramos que, en materia procesal penal, nos encontramos en un momento de transición, circunstancia especial que justifica le dediquemos algunas líneas al tema:

## II

El texto que hoy sale a luz en novena edición fue, originalmente, el resultado de la conjunción de extraños factores. Si tuviésemos que dar cuenta de alguna explicación para este hecho, ninguna se ajusta mejor a nuestro gusto que aquella de la “fatalidad” griega; pero entendida no como **ciega necesidad** (*eimarmenón*), sino como **necesidad absoluta** (*ananké*) en el sentido que “no sucederían tal o cual cosas si no hubieran sucedido antes tal y cual otras”.<sup>2</sup> En efecto, no tuvo entre sus planes, GARCÍA RADA, la redacción de esta obra: recuérdese que para fines de 1969 (en que es despojado del cargo y honores por la dictadura velasquista) llevaba varios años de docente y, a cuestas, los primeros tomos de su valiosa obra “Instituciones de Derecho Procesal Penal” que abarcaban el Libro I y La Instrucción (esta última en dos volúmenes), esperándose para entonces la

---

1 HENRI BERGSON. *El pensamiento y lo moviente*. Trad. M. H. Alberti, ed. La Pléyade. Buenos Aires, 1972. Pág. 10.

2 Sobre los distintos significados del “destino” para los griegos, Cfr. JACOB BURCKHARDT: *Historia de la cultura griega*. T. II Trad. Antonio Tovar Ed. RBA Coleccionables S.A. Barcelona - 2005. Pág. 204 y ss.

culminación de la misma. Ahora bien, refiere el maestro<sup>3</sup>, he aquí el primer hecho, que no obstante tener material reunido, decidió no seguir trabajando en lo que restaba de la obra (Juicio Oral y Procesos Especiales) porque el proyecto elaborado por la Comisión Reformadora del Código Procesal Penal de aquella época estaba casi concluido, pensando que en uno o dos años se promulgaría como ley, de suerte que corría el riesgo de publicar los comentarios a un código derogado. A la sazón, he aquí el segundo hecho, el inveterado militarismo de nuestra historia republicana dio cuenta, una vez más, del Estado Constitucional, llevándose consigo al integérrimo magistrado, quien se vio privado del cargo de Vocal Supremo, mas no (*Deo volente*) de la docencia. Es bajo tales circunstancias que sus alumnos lo instan es escribir “algo más corto y completo, pues no podía pedírseles que para un solo curso compraran tres tomos sin tener todo el Código comentado”.<sup>4</sup> Es así que, relata él mismo, comprendiendo esta “necesidad”, “como medio para distraerme y de absorberme en algo interesante –acababa de sufrir el despojo de los militares- me decidí a escribir un Manual que fuera un resumen de los tres volúmenes y de los apuntes que tengo referentes al Juicio oral”. Pero el MANUAL, resultó ser algo más que un simple “resumen” destinado a sus alumnos, convirtiéndose, rápidamente, en imprescindible herramienta de consulta para abogados y magistrados; lo cual obligó a García Rada ampliarlo, agregando doctrina y jurisprudencia, dando como resultado lo que, a nuestro parecer, es el texto más importante del maestro, por una sencilla razón: se trata de una obra sistemática y completa, de allí que su valor trascienda las barreras del tiempo y circunstancias en que fue gestada. Así pues, la obra es fruto de la necesidad (*anankê*); es decir, de sucesos que convergieron inesperadamente en el momento preciso y que, como parte del drama personal, aherrojaron al maestro a su labor creadora, culminando con la primera edición del MANUAL el año 1970, en texto de 256 páginas que, a la octava edición (1984), se había enriquecido hasta alcanzar las 451; siendo una de las tantas muestras de su inquebrantable voluntad de perfección (que lo acompañó a lo largo de su vida) y de la noble vocación de servicio que todos reconocieron en cada uno de sus actos.

---

3 DOMINGO GARCÍA RADA. *Memorias de un Juez*. Ed. San Marcos. 2da edición. Lima - 2004. Pág. 75.

4 Ob. Cit. Pág. 76.

### III

Descontando el valor intrínseco de la obra, y que solo una mezquina mediocridad podría negar, hay dos aspectos del MANUAL que, a casi medio siglo de su aparición, conservan una singular frescura: por un lado, su poderosa **capacidad formativa** (resultado de un paradigmático rigor expositivo y una envidiable claridad al momento de mostrar los temas) y, por el otro, los **principios en que se inspira** y que, a nuestro entender, son los hilos conductores que deben guiar una correcta lectura del texto.

Con relación a lo primero, ha dicho ORTEGA Y GASSET, parafraseando a VAUVENARGUES<sup>5</sup>, que la claridad es la cortesía del filósofo, condición indispensable de probidad intelectual; cualidades que arrojan espléndidamente a nuestro autor, pudiendo comprobarse tal afirmación a lo largo de la lectura del texto, y que, además, delata una muy cuidadosa formación académica. Por ello, no resulta extraño el reconocimiento, de quienes tuvieron acceso a su magisterio, de la “*exactitud en el juicio crítico, claridad en la exposición, justeza en sus juicios de valor, dedicación y disciplina*”.<sup>6</sup> En esto radica su poderosa capacidad formativa. Más allá de la postrera vigencia del Código de Procedimientos Penales (marco jurídico dentro del cual se redactó esta obra), encontrará aquí, el afortunado lector, un ejemplo digno de imitar; aprendiendo a decir pulcramente lo estrictamente necesario, acostumbrando la mente a dibujar con severa exactitud los perfiles de una institución, a desarrollar su *escorzo*, aquel fino sentido del intelecto que nos permite ver las cosas desde la perspectiva exacta.

Ahora bien, con respecto de lo segundo, es necesario recordar que la correcta lectura de un texto debe atender, antes que nada, a sus hilos conductores, y que son el resultado de la visión totalizadora que sobre determinado objeto tiene su autor; visión que brota “*de la conducta vital, de la experiencia de*

---

5 *La clarté est la bonne foi des philosophes.* LUC DE CLAPIERS, MARQUÉS DE VAUVENARGUES. *Réflexions et Maximes*, 1746.

6 CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO: *Domingo García Rada: Un juez ejemplar, probo, honesto y valiente.* En *Estudios de Derecho Penal (Libro homenaje)*. Ed. Adrus. Arequipa – 2006. Pág. 553.

*la vida, de la estructura de nuestra totalidad psíquica*".<sup>7</sup> Si esto es así, ¿Qué visión del proceso cabe esperar de quien, en solitario y a riesgo de la propia integridad, durante la aciaga dictadura de Odría, defendió los derechos de un ciudadano expatriado?<sup>8</sup> O que, siendo Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, condenó el golpe militar del 3 de octubre de 1968, afirmando que se trataba de un grave quebrantamiento del orden constitucional, lo que le valió la honra de ser despojado, por la dictadura, del cargo y honores que ostentaba entonces. Pues no cabe otra que la visión **constitucional, democrática y garantista** del proceso penal.

Ya en las primeras páginas del texto encontrará el lector una directa referencia a la importancia que el Marco Constitucional tiene con relación al proceso, cuando señala que "*el concepto de la ley comprende a la Constitución en cuanto contiene los principios reguladores de la institución judicial*", constituyendo, a nuestro modo de ver, auténtica profesión de fe **neo-constitucionalista**, una de cuyas características, a decir de PIETRO SANCHÍS, es precisamente el predominio de los principios sobre las reglas<sup>9</sup>. Este primer hilo conductor nos lleva fácilmente a los siguientes (y que son rasgos fundamentales de una concepción democrática y garantista del proceso); así, resulta absolutamente claro cuando, al desarrollar el objeto del proceso penal, sostiene que éste "*es el medio de hacer prevalecer el derecho como garantía del individuo, su finalidad es tutelar el derecho. No es únicamente la defensa de la sociedad, porque esto llevaría a justificar cualquier injusticia*". Efectivamente, el proceso penal es garantía de libertad ciudadana y de respeto de la dignidad de la persona; siendo un principio básico que debe orientar la aplicación del nuevo modelo procesal, y que hoy parece haberse extraviado entre el entusiasmo que, explicablemente, provoca lo nuevo y un afán de injustificado

---

7 WILHELM DILTHEY. *Teoría de las concepciones del mundo*. Trad. Julián Marías. Ed. Revista de Occidente. Madrid 1974. Pág. 49.

8 Nos referimos al voto singular que en 1955, mancillado entonces el régimen constitucional y con ocasión del *Habeas Corpus* interpuesto en favor de José Luis Bustamante y Rivero, expidiera GARCÍA RADA, amparando la pretensión del Patricio, no obstante las presiones directas de que era objeto.

9 LUIS PIETRO SANCHÍS. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. En *Neoconstitucionalismo*. Edición a cargo de MIGUEL CARBONELL. Madrid - 2005. Pág. 131. A la que deben agregarse el empleo recurrente de la técnica de la ponderación, mayor presencia judicial, pluralismo valorativo y constitucionalismo invasivo.



protagonismo, escondido tras las banderas de una visión que no se profesa y menos aún se comprende. No debemos olvidar que cualquier actividad del Estado debe desarrollarse dentro del riguroso marco que le impone el respeto de la dignidad humana, de lo contrario se produciría lo que LONDOÑO AYALA considera el ejercicio del poder institucional ampliamente discrecional, deviniendo en una actividad indiscriminada ante las garantías más fundamentales del sujeto.<sup>10</sup> Resulta constante, a lo largo del texto, la preocupación de GARCÍA RADA por el respeto de los derechos, y por ende la dignidad, del inculpado; cobrando, cada una de sus afirmaciones sobre el tema, palpitante actualidad. A guisa de ejemplo, valga citar que, luego de reconocer la libertad del magistrado para exigir y aceptar la prueba que considere necesaria a los fines de la instrucción (Cap. XIV), le impone la restricción que radica en el *“respeto a la persona del procesado”*; así mismo, adelantándose al contenido que hoy se asigna a la presunción de inocencia, cuestiona la norma que dispone que la negativa el procesado constituye *“indicio de responsabilidad”*, indicando con toda rotundidad que el *“silencio no es indicio de nada”* y que *“sólo revela el deseo de no colaborar con la justicia”*; agregando que, *“si la ley no obliga al procesado a decir la verdad y acepta que mienta, pues por eso no se le toma juramento, con mayor razón se debe aceptar su silencio como forma de defensa”*. En este contexto, tampoco debe perderse de vista la capital importancia que otorga a dos principios procesales, estrechamente vinculados con el derecho de defensa: contradicción y paridad de partes; los mismos que importan, por un lado, la interdicción de la condena *inaudita pars* y, por el otro, la necesaria intervención en condiciones de igualdad procesal, de manera que únicamente se considerarán satisfechos cuando, posibilitada la intervención de todas las partes, en la actuación procesal, tanto el acusador como el imputado, *“hayan gozado de los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades de alegación, prueba e impugnación”*<sup>11</sup>. En el texto, como no podía ser de otro modo, se acomete la cuestión sin ambages, rectamente; con una lógica y concisión implacables, de manera que no queda duda, para

---

10 CÉSAR AUGUSTO LONDOÑO AYALA. *Principio de proporcionalidad en el Derecho Procesal Penal*. Ediciones Nueva Jurídica. Colombia - 2009. Pág. 103.

11 VICENTE GIMENO SENDRA. *Los Derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Ed. Colex. Madrid - 2007. Pág. 460.

el lector, sobre la gravedad del tema: *“siendo el proceso penal una síntesis de acusación y defensa, no puede existir la una sin la otra, encontrándose ambas en igualdad de condiciones”*; para luego, mostrando su profundo conocimiento de la ciencia procesal, dar luces sobre el fundamento del instituto al sostener que *“la defensa es elemento esencial del contradictorio y garantía de recto juzgamiento... la contraposición de razones entre quien acusa y quien defiende, es la esencia del proceso penal”*.

#### IV

Hechas las precisiones que anteceden sobre el origen y vigencia de la obra, resta señalar que el texto ha sido estructurado, como corresponde a una obra orgánica, en cuatro partes; a saber: Introducción, Instituciones del Proceso Penal (como suerte de Parte General), Instrucción y Juicio oral y Procesos especiales.

- a) A juzgar por lo que se lleva dicho, no debe sorprendernos que el autor, *ab initio*, aborde de una manera directa los temas que se propone analizar, dando cuenta del papel que el proceso penal desempeña con respecto del Derecho Penal, y tomando rápidamente partido por la tesis de la autonomía de aquella rama del derecho, acorde con las concepciones dominantes en la actualidad. Algo espinoso, sin embargo, resulta el tema relativo a las relaciones del Derecho Procesal Penal con el Derecho Procesal Civil. En este punto se destacan en el texto aspectos generales comunes (como su pertenencia al Derecho Público, ser reguladores de la actividad jurisdiccional y la analogía de las normas probatorias), pero también las diferencias (como la finalidad y la legitimación procesal, poniendo especial énfasis en el principio de oficialidad). Si bien la cuestión dista todavía de ser saldada, resulta meritorio el que se haya vislumbrado tempranamente lo que hoy constituye uno de los grandes temas de la ciencia procesal, y en el que pugna por afianzarse aquella tesis que postula la comunidad de ambas ramas del derecho, a partir de la formulación de una teoría general unitaria del Derecho Procesal, cuya consistencia científica radicaría en su aplicabilidad a todo tipo de procesos, a partir de ciertas identidades conceptuales sobre el objeto de conocimiento,

la acción, la jurisdicción y el proceso y los valores que se pretende realizar mediante el mismo.<sup>12</sup>

Otro de los grandes temas que preocupa al autor, y que desarrolla en la Primera Parte del MANUAL, tiene que ver con la concepción de la verdad en materia procesal, mostrándose partidario de una posición pragmática al señalar que en el proceso penal lo que se persigue es la **verdad legal**, conceptualizándola como aquella que aparece en el proceso penal como resultado de la prueba, resaltando que la “*Verdad Absoluta sólo la tiene Dios, pues es la Verdad misma*”. No debe olvidarse, en este punto, que el problema de la verdad procesal, además de su centralidad resulta ser, en opinión de LUIGI FERRAJOLI, el más difícil<sup>13</sup>. En efecto, tras él subyacen cuestiones tan radicales como las del papel que el Juez tiene en el proceso (y que a la postre lleva implícita la adopción de una postura respecto de sus facultades de dirección) y los límites en la búsqueda de la verdad. Recuérdese que, antaño, la pesquisa de la verdad supuso la adopción de una concepción totalitaria del Juez, el mismo que, dotado de plenas facultades de dirección (tanto materiales como formales), se halla al mismo tiempo constreñido para alcanzar aquélla a cualquier precio, dando lugar a lo que la doctrina ha denominado un *modelo procesal autoritario*.<sup>14</sup> No puede soslayarse que la crisis del principio de investigación ha supuesto, a la par, el de la verdad material<sup>15</sup>, tanto por razones ideológicas como por lo que NICOLÁS GUZMÁN denomina supuestas imposibilidades teóricas y prácticas<sup>16</sup>, crisis de la que da cuenta GARCÍA RADA al adoptar el principio de la verdad legal; tema al que volverá posteriormente, cuando

---

12 OMAR ABEL BENABENTOS. *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*. 2da edición. Ed. Temis. Bogotá - 2001. Págs. 152 y 153.

13 Véase: NICOLÁS GUZMÁN. *La Verdad en el Proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. Editorial del Puerto. Buenos Aires - 2006. Prólogo.

14 Cfr. JUAN MONTERO AROCA: *El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria*, en *Proceso Civil e Ideología*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia - 2006. Pág. 139 y ss.

15 Sobre este punto Cfr. CLAUS ROXIN. *Derecho Procesal Penal*. Trad. Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Ed. Del Puerto. Buenos Aires - 200. Pág. 100.

16 NICOLÁS GUZMÁN. *La Verdad en el Proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. Editorial del Puerto. Buenos Aires - 2006. Pág. 19 y ss.

desarrolle la teoría de la prueba, reafirmando la posición adoptada, toda vez que, en definitiva de lo que se trata es de determinar formalmente los hechos, más allá de posturas epistemológicas reduccionistas o, dicho en términos de FERRAJOLI, de un modelo penal sustancialista que aspira a una “verdad absoluta y omnicomprendensiva en orden a las personas investigadas, carente de límites y de confines legales, alcanzable con cualquier medio más allá de las rígidas reglas procedimentales.”<sup>17</sup> Finaliza esta pequeña, pero sustanciosa introducción, con una referencia a lo que son las etapas del proceso y las formas de extinción del proceso y de la pena.

- b) La sólida segunda parte está destinada al estudio de las Instituciones básicas del proceso penal (concepto de la acción penal, medios técnicos de defensa, jurisdicción y competencia y lo que él denomina personas del proceso penal). Acostumbrado como estaba al rigor científico y por tanto a la precisión en el lenguaje, tan luego proporciona un concepto de acción, cuestiona, GARCÍA RADA, la primera parte del artículo 2 del Código de Procedimientos Penales<sup>18</sup>, considerando que se trata de un “*error doctrinario*”, pues la acción en cuanto se dirige al Estado, siempre es pública, variando su ejercicio, que puede ser público o privado. Esta observación doctrinaria será, a la postre, recogida por el nuevo Código Procesal Penal, corrigiéndose así una imprecisión advertida por él treinta años antes. Como bien podrá advertir el agudo lector, no se trata de una cuestión intrascendente, ya que constituye el telón de fondo del sistema procesal mismo y en el que, a decir de ALVARADO VELLOSO, se muestran los diferentes enfoques del Estado frente al individuo y, viceversa, en la eterna lucha entre la libertad y el autoritarismo<sup>19</sup>. Al sostenerse que la acción se dirige al Estado, se da cabida a la noción de pretensión procesal, de manera que a partir de tan simple, pero profunda observación, se puede construir una relación

---

17 LUIGI FERRAJOLI. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. 5ta edición. Ed. Trotta. Madrid - 2001. Pág. 44.

18 Art. 2. *La acción penal es pública o privada...*

19 ADOLFO ALVARADO VELLOSO: *Sistema Procesal. Garantía de la libertad*. T. I. Ed. Rubinzal - Culzoni. Buenos Aires - 2009. Pág. 204.

dinámica de tres sujetos: por un lado, la que surge con ocasión del ejercicio de la acción misma (y su contracara, la contradicción), entre los ciudadanos y el Estado y, por el otro, aquella que nace *inter partes*, como producto de la pretensión procesal.

A continuación se analizan los medios técnicos de defensa (cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones), debiendo resaltarse que, en lo esencial, contiene doctrina que conserva plena vigencia dado que, en términos generales, el nuevo ordenamiento procesal penal regula de manera muy semejante lo que el propio GARCÍA RADA, siguiendo a FLORIÁN, denomina “obstáculos al ejercicio de la acción penal”. Valga destacar, empero, una diferencia significativa con relación a la cuestión prejudicial: si para que éstas existan, conforme se desprende del Código de Procedimientos Penales, es necesaria la concurrencia de dos requisitos, a saber: **a)** estar controvertidas y **b)** que tengan relación con el delito denunciado; conforme el nuevo ordenamiento procesal se prescinde de la primera exigencia, toda vez que, de no haberse promovido el proceso **extra-penal** por la persona legitimada para hacerlo, debe ser notificada y requerida para que lo haga en el plazo de treinta días, a cuyo vencimiento y en su defecto, debe incoar proceso el Fiscal Provincial en lo Civil (Art. 5, inciso 3 del CPP). La nueva regulación no está, desde luego, exenta de cuestionamientos, ya que (cuanto menos en materia procesal civil) se pone en tela de juicio la vigencia del **principio dispositivo**.

Uno de los grandes cambios que se introducen en el nuevo modelo procesal penal es el relativo al papel que los sujetos procesales desempeñan en el proceso. Particularmente significativa es la función de dirección de la investigación del delito que se le asigna hoy al Ministerio Público. En efecto, el Código de Procedimientos Penales le atribuye únicamente una carga probatoria, siendo potestad exclusiva del Juez Instructor la dirección del proceso; a diferencia, con el nuevo Código Procesal Penal, le corresponde al Fiscal Provincial la delicada función de conducir la investigación preparatoria (equivalente a la instrucción), reservándose para el juez de la investigación preparatoria, en rigor, una función de garantía. Siendo

esto así, la lectura de los capítulos VI y VII del MANUAL debe efectuarse teniendo presente este hecho. No obstante ello, nos parece importante destacar el enfoque audaz que se le da en el texto al tema de los sujetos procesales. Por lo pronto, se abandona la expresión de “partes procesales” pues se estima que tiene una connotación civil, resaltándose el que, por ello, la ley procesal penal haya reservado la denominación de “parte” para referirse al agraviado, considerando que resulta más exacta la denominación de “personas del proceso”, distinguiendo aquellas que deben considerarse “principales” (porque intervienen en el desarrollo del proceso con facultades decisorias y ejercitando derechos) de las que simplemente son “auxiliares” (porque intervienen en el proceso en forma secundaria). La cuestión no es baladí, ni si trata de una mera cuestión terminológica o de una exquisitez intelectual; muy por el contrario, encierra tras de sí el complejo tema de la pluralidad de sujetos procesales a cada lado de la relación jurídico procesal; temática nada fácil si consideramos la multiplicidad de variantes; así, por ejemplo, GIMENO SENDRA<sup>20</sup> encuentra que pueden haber partes acusadoras y partes acusadas (en cuanto al contenido penal de la pretensión) y partes activas y pasivas (desde el punto de vista del contenido civil de la pretensión hecha valer en la vía penal). Tales denominaciones, sin embargo, no permiten una adecuada explicación de las relaciones (en caso de pluralidad) al interior de cada posición. Así, imaginemos un proceso penal en que sean dos o más las “partes acusadas”, o que sean varias las víctimas del delito. Resulta evidente que, en tales supuestos, la denominación empleada (parte procesal) no permite entender a cabalidad la naturaleza del fenómeno; de allí que la referida audacia de nuestro autor cobre sentido, ya que al emplear la expresión más genérica de “personas del proceso” patentiza la necesidad objetiva de dar un nuevo enfoque al tema. Sugerente, en este sentido, es la propuesta que hace MONTERO AROCA, quien parte de una constatación: “para que pueda constituirse un verdadero proceso es necesaria, por lo menos, la presencia de dos partes, que aparecerán

---

20 VICENTE GIMENO SENDRA. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Ed. Colex. Madrid - 2008. Págs. 101 a 108.

en posiciones contrapuestas<sup>21</sup>, por un lado quien ejercita la acusación y por el otro contra quien se ejercita ésta, debiendo hablarse, en sentido estricto, de **dualidad de posiciones**, siendo perfectamente explicable el que estas puedan ser ocupadas por más de una persona, de manera que, por ejemplo, desde el punto de vista pasivo no será correcto hablar de parte acusada, sino de una posición pasiva con pluralidad de sujetos, cada uno de los cuales deberá ser juzgado individualmente en atención a su participación en el delito.

- c) La tercera parte del texto es la más densa, alcanzando, a pesar de ello, la mayor extensión. Esto debido a que allí se estudian las reglas procedimentales propiamente dichas, a partir de la instrucción y pasando por el Juicio Oral (donde se incluye el importante tema de la etapa intermedia, bajo la denominación de actos preparatorios para la audiencia), el derecho recursal hasta finalizar con la ejecución penal. De la variadísima gama de ideas, sugerencias y precisiones con que a lo largo de cada capítulo nos sorprende el maestro, encontrará el lector que el dedicado a la teoría de la prueba es el que muestra con mayor nitidez su gran capacidad de análisis y sistematización; construyendo de una manera sencilla, pero rigurosa al mismo tiempo, todo el andamiaje necesario para abordar de manera segura el complejísimo tema de la prueba en materia procesal, considerando, como pilares fundamentales para empezar la construcción, los actos procesales destinados a la prueba (actos de producción, actos de recepción y actos de valoración), incorporando luego las nociones de objeto y sujeto de prueba. Existe gran debate sobre el tema referido al objeto probatorio. Si bien GARCÍA RADA considera que éste son los hechos y situaciones de los cuales se derivan consecuencias procesales; sin embargo poco antes sostiene que la prueba implica verificar si las afirmaciones contenidas en la denuncia coinciden con los hechos, conjeturando de este modo el giro que sobre esta noción se iba a producir después, en el sentido que la prueba sirve para la verificación de las hipótesis o afirmaciones

---

21 JUAN MONTERO AROCA. *Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano*. Ed. Enmarce. Lima - 1999. Pág. 213.



que sobre determinados hechos se formulan en la causa penal<sup>22</sup>. Empecinado en su afán sistemático, elabora una clasificación de las limitaciones en materia probatoria que nos parece interesante. Encuentra que estas pueden ser de dos clases: a) limitaciones absolutas (establecidas por la ley) y b) limitaciones relativas (vinculadas a determinado medio probatorio), incluye en este grupo, siguiendo a MANZINI, los medios inadmisibles por estar expresamente prohibidos por la ley, por ser incompatibles con los fines del proceso, los que producen alteraciones físicas o psíquicas y los no admitidos por la ciencia. Según se puede advertir, incluye en este grupo a la prueba prohibida, aventajando con ello la propia regulación vigente cuando redacta el texto<sup>23</sup>; la cuestión es, sin duda, ardua y polémica, pues como bien señala ASECIO MELLADO<sup>24</sup>, el término mismo de “prueba prohibida” no es plenamente aceptado por la doctrina, no existiendo acuerdo sobre cuáles son en su conjunto los supuestos a los que se refiere, pudiendo decirse (como se hace en el MANUAL) que se tratan de hipótesis de inadmisibilidad y que denotan la existencia de normas jurídicas destinadas a limitar la prueba en el proceso penal<sup>25</sup>, cerrando el capítulo, luego de tocar el tema de la verdad legal (antes reseñado), con una magnífica exposición de la valoración probatoria.

La breve reseña que antecede ha querido mostrar cómo es que, a pesar del tiempo transcurrido desde su primera edición (1970) y la gran variedad de trabajos producidos durante los últimos cuarenta años, la obra se mantiene fresca, sugerente (insinuando inesperadamente un problema, pero vislumbrando

- 
- 22 Cfr. NICOLÁS GUZMÁN. *La Verdad en el Proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. Editorial del Puerto. Buenos Aires - 2006. Pág. 93.
- 23 El nuevo Código Procesal Penal, a diferencia de lo que ocurre con el Código de Procedimientos Penales, ha regulado el tema, de manera expresa, en el Artículo VIII de su Título Preliminar.
- 24 JOSÉ MARÍA ASECIO MELLADO. *La Prueba Prohibida y Prueba Preconstruida en el Proceso penal*. Ed. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Lima - 2008. Pág. 105.
- 25 JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Vol. II. Ed. Thomson - Aranzadi. Navarra - 2004. Pág. 941. Quien también da cuenta de la falta de acuerdo sobre la terminología utilizada, añadiendo a la de “prueba prohibida”, las de “prueba ilegalmente obtenida”, “prueba ilícita”, etc.



al mismo tiempo la solución) y provocadora; delatando así la solidez de sus cimientos, fruto de un trabajo metódico y paciente, audaz y meditado; destinado a seguir formando y nutriendo la mente de quienes hagan de su vocación un verdadero modo de vida.

## V

Lo dicho hasta aquí es una pequeña muestra de la feracidad del texto, correspondiendo a cada lector saber cultivar el fruto precioso sembrado en cada una de sus páginas y aprender a atesorarlo; labor fatigosa, sin duda (como todo quehacer intelectual), pero impostergable para quienes, como DOMINGO GARCÍA RADA, se consideran obligados por **valores superiores**, lo cual hace de nosotros seres trascendentes; pues más allá de la simple existencia corporal, queda la **obra**, y queda no como simple prueba de que pasamos por el mundo (en cuyo caso nada tendría sentido), sino como auténtica presencia espiritual, de allí el significado positivo de la sentencia de Cristo. *Ex fructibus eorum cognoscetis eos.*

Jorge Armaza Galdós  
Juez Superior, Corte Superior de Tacna

## PALABRAS INICIALES A LA PRIMERA EDICIÓN (1970)

Desde la publicación de mis libros comentando al Código de Procedimientos Penales, muchos alumnos me pidieron la preparación de un Manual que les sirviera para estudiar el curso sin tener que recurrir a la consulta de obra en varios tomos.

Indudablemente que los manuales representan una ventaja sobre las copias y contribuyen eficazmente a la formación de los futuros abogados. El éxito logrado por los famosos **Précis** franceses se explica por la forma sucinta y exacta como desenvuelven los programas de las asignaturas. El estudiante sabe que estudia el curso con la garantía de un profesor que se responsabiliza por lo que escribe y que si desea profundizar la materia, debe remitirse a las obras de consulta que cita.

La obra se divide en cinco partes. Las tres primeras –Introducción, Instituciones y la Instrucción– constituyen un resumen de mis tres volúmenes de Comentarios al Código. Las citas bibliográficas que allí se mencionan provienen de esos libros.

Las dos últimas partes –Juicio Oral y Procedimientos Especiales– las he tomado de mi material de trabajo reunido para continuar mis investigaciones. Las citas bibliográficas las colocho en cada capítulo. Al final va la bibliografía para el alumno de Derecho.

Habiendo formado parte de la Comisión Reformadora del C.P.P., he incorporado al Manual las ideas principales que orientan el Anteproyecto. Pero como se trata de labor aún no concluida, que no consta de documento oficial, me he limitado a anotar lo que contiene de nuevo.

Prólogo

XXVI

## A LA OCTAVA EDICIÓN

La benévola acogida que ha tenido esta obra, me obliga a que las sucesivas ediciones sean cuidadosamente revisadas y mejoradas. Mi propósito inicial de escribir un MANUAL destinado a los estudiantes, se vio excedido por su utilización por abogados no penalistas cuando en el diario quehacer profesional requerían una visión de conjunto del proceso penal.

Tengo presente la preocupación de Ortega y Gasset cuando al hablar de la misión de la Universidad, insiste en el peligro del exceso en mucho a las necesidades de la formación profesional. Cree que la función del maestro es ofrecer al alumno lo que éste puede aprender con plenitud, sin atiborrarlo de conocimientos, muchos de ellos superfluos.

Esta nueva edición constituye una reelaboración de la séptima poniéndola al día con las innovaciones legislativas recientes. En algunos capítulos se introducen cambios debido a nuevas obras que se mencionan en la bibliografía.

El 12 de junio de 1982 se dictaron decretos legislativos referentes al ordenamiento procesal penal: el 121 que se refiere a las faltas, el 124 relativo al proceso penal sumario, el 125 sobre ausencia y contumacia, y el 126 que contiene las modificaciones de cuarenta artículos del código. Introducen cambios sustanciales en el procedimiento penal que obligan a nuevo estudio y diferente planteamiento. El 7 de diciembre siguiente se expidió la Ley de Hábeas Corpus y Amparo.

También se ha dictado la Ley Orgánica del Ministerio Público. De acuerdo con la Constitución, el Ministerio Público

Prólogo

no forma parte del Poder Judicial y tiene muchas y muy variadas atribuciones. Estudio esta Ley Orgánica en el título de Ministerio Público, pero me limito a su intervención en el proceso penal.

Así mismo, examino la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales. Conforme al art. 298 de la Constitución, dicho Tribunal conoce en vía de casación de las resoluciones judiciales denegatorias de la acción de Hábeas Corpus.

Ampliada y puesta al día, entrego a mis alumnos y a los profesionales del derecho, esta nueva edición del MANUAL.

San Isidro, enero de 1984.

*“Por definición el proceso es un acto antirrevolucionario, de tal modo que juicio y revolución vendrían a ser ángulos opuestos por el vértice, porque mientras la esencia de aquél consiste en que lo emita un tercero independiente, la seudojurisdicción revolucionaria la ejerce quien, en rigor, es parte... Dentro de las imperfecciones humanas, el proceso constituye el más perfecto medio de administrar justicia entre los hombres”.*

(Niceto Alcalá-Zamora Castillo, **Política y Proceso**. Cuadernos Civitas, Madrid 1978, pág. 20)

Prólogo

XXX

*A los que fueron mis alumnos  
de Derecho Procesal Penal de la  
Universidad de San Marcos, con el  
permanente recuerdo y afecto.*



Prólogo

XXXII

## ABREVIATURAS (\*)

Art.	Artículo
A.J.	Anales Judiciales
Bol. C. S.	Boletín de la Corte Suprema
Bol. Col. Abog.	Boletín del Colegio de Abogados
C.C.	Código Civil
C.P. en M.C.	Código de Procedimientos en Materia Criminal
C.P.	Código Penal
C.P.P.	Código de Procedimientos Penales
C.P.C.	Código de Procedimientos Civiles
D.L.	Decreto Ley
D. Leg.	Decreto Legislativo
L.O.P.J.	Ley Orgánica del Poder Judicial
L.O.M.P.	Ley Orgánica del Ministerio Público
L.O.T.G.C.	Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales
R.F.	Revista del Foro
R.J.P.	Revista de Jurisprudencia Peruana
R.T.	Revista de los Tribunales

---

(\*) Cuando en el texto se dice "el Código" es que se refiere al de Procedimientos Penales.

Prólogo

XXXIV

**PRIMERA PARTE  
INTRODUCCIÓN**

Domingo García Rada

## CAPÍTULO I

*1. – El Derecho Procesal Penal. 2. – Su autonomía. 3. – Relación con otras ramas del derecho. 4. – Las fuentes. 5. – Interpretación de la ley procesal penal. 6. – Vigencia de la ley procesal penal en el tiempo y en el espacio.*

### 1. – El Derecho Procesal Penal

El Derecho Penal determina cuáles son los hechos que la ley positiva considera **delitos** y establece la sanción que debe imponerse a sus autores como medio de restablecer el orden social alterado con la comisión del delito; también señala las causas que excluyen o modifican la punibilidad.

Si el individuo quebranta la ley penal, el Estado tiene la obligación de sancionarlo debidamente. Es la relación entre Estado y persona.

El medio legal para la aplicación de la ley penal, está contenido en el Derecho Procesal Penal. Entre la violación de la norma y la aplicación de la sanción, existe un camino a recorrer: el proceso penal. **La instrucción** – nombre que le da nuestro ordenamiento legal – tiene como finalidad establecer la existencia del delito y la persona de su autor.

Producido el hecho, no se aplica inmediatamente la ley penal; es necesario que previamente se establezca en forma debida, si lo ocurrido es realmente delictuoso – es decir, si la ley penal lo tipifica como delito –, si no se encuentra prescrito y si el

Domingo García Rada

presunto autor, es el responsable. Tal es la finalidad del proceso penal.

Aunque conforme a ley, en la denuncia debe señalarse al presunto responsable, es fin del proceso establecer que el denunciado como autor es realmente quien cometió el delito.

## 2.— Su autonomía

Se ha discutido la autonomía del Derecho Procesal Penal. Carnelutti dice que pertenece a la categoría de derecho instrumental, considerando que no es fin en sí mismo “sino medio para la aplicación del Derecho Penal”. Leone en su Tratado tiene igual parecer pero en su Manuale, posterior en muchos años, rectificando su anterior parecer, reconoce la autonomía del Derecho Procesal Penal al decir “que ha conseguido solo su reciente autonomía didáctica”. Gómez Orbaneja reconoce su carácter secundario, por cuanto aplica normas del derecho sustantivo, pero esto no significa que estén informados por los mismos principios y admite su plena autonomía.<sup>1</sup>

Destacando la autonomía del Derecho Procesal Penal, Orbaneja hace notar que un Derecho Penal autoritario no obliga a que exista un Derecho Procesal Penal menos liberal, ni al revés. Un Derecho Penal liberal o autoritario no ejerce ninguna influencia sobre el procedimiento penal. Hay vinculación en los fines, pero no en los medios que son diferentes.

La facultad de denunciar es independiente del Derecho Penal. Es uno de los derechos sustanciales del individuo, no sujeto al éxito que puede alcanzar. Del Valle afirma que la interdependencia en los fines “no pueda, en lo absoluto, romper la autonomía que tiene el procesal”.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra y reconoce el derecho de toda persona humana a ser oída con justicia por tribunal independiente, para la determinación de sus derechos. (art. 10)

Los principios que regulan el proceso son sustancialmente diferentes de aquellos elementos que determinan la figura

---

<sup>1</sup> Leone, Manuale, p. 11 – Tratado I, p. 3.  
Del Valle, *Derecho Procesal Penal*, Parte General, p. 6 y sgtes.  
Gómez Orbaneja, *Derecho Procesal*, pp. 14 y sgtes.

delictiva. Cada derecho tiene institutos propios, sin vinculación entre ellos. Existe igualdad en sus fines; ambos procuran la paz social mediante el derecho, pero esta identidad no conlleva igualdad. El Derecho –con mayúscula– procura la paz social y el único medio para lograrla es el imperio de la norma legal.

Derecho Penal y Derecho Procesal Penal tienen sustanciales diferencias: en el primero encontramos la clasificación de los delitos y en el segundo las normas para comprobar su existencia y descubrir a sus autores. Que el campo de acción de este último sea el penal, no justifica el decir que carece de autonomía. Lo mismo ocurre en el procedimiento civil y es indiscutida su autonomía con respecto al Derecho Civil.

### 3. – Relación con otras ramas del Derecho

Estrecha vinculación existe entre Derecho Procesal Penal y **Derecho Procesal Civil**. Ambos pertenecen al Derecho Público y regulan el ejercicio de la actividad jurisdiccional, pero con distinta finalidad: aquél se mueve en el ámbito de la Ciencia Penal, cuyo ejercicio interesa al Estado como representante de la sociedad agraviada con el delito. El segundo solo atañe a los particulares como medio que ofrece el Estado para solucionar conflictos en los que prevalece el interés privado.

La acción civil derivada del delito tiene los caracteres propios del orden civil: compete demandarla al interesado, cabe el desistimiento y la transacción y puede ser reservada para ejercitarla en la vía ordinaria. Esto no ocurre con la acción penal que la ejerce de oficio el juez instructor y la promueve el Ministerio Público, todo sin perjuicio de que la denuncie el agraviado; en forma accesoria el juez persigue la reparación del daño.

Las normas probatorias son análogas pero se diferencian en el valor concedido a la confesión, que en la vía civil exime de prueba y en la penal no. La sentencia penal crea un estado de derecho en el condenado; en cambio la sentencia civil afecta a terceros.

En el campo penal existen los delitos exceptuados que requieren querrela de parte (arts. 186, 187 y 188 C.P.) En los demás delitos la acción penal funciona de oficio y no procede la transacción ni el desistimiento; prevalece el interés público sobre



Domingo García Rada

el de las partes. En cambio en el campo civil prevalece el interés privado.

Las relaciones del Derecho Procesal Penal con el **Derecho Civil** son también estrechas. Las normas relativas a la edad, capacidad, estado civil, etc., tienen plena vigencia en el proceso y son determinantes para establecer la responsabilidad del procesado.

Las normas **constitucionales** relativas a la organización judicial sustentan el ordenamiento procesal penal.

Todas las **ciencias sociales** relacionadas con el hombre, tienen vinculación con el Derecho Procesal Penal cuyo eje es el individuo que se encuentra sometido a proceso. La aplicación del art. 51 del C.P. lleva implícita el conocimiento y apreciación de ciencias tan importantes como la Criminología, Psicología, Siquiatría, etc. La sentencia que resuelve sobre la imputabilidad, la irresponsabilidad o la que señala una medida de seguridad, lo hacen con el fundamento de las ciencias auxiliares.

#### 4. — Las fuentes

Sometido el proceso penal al principio de la legalidad, solamente se rige por la ley, que es así la única fuente del Derecho Procesal Penal.

El Código Penal incorpora el principio de Legalidad en sus arts. 2º y 3º.

La Constitución en el art. 2º, Inc. 20) parágrafo b) reconoce el principio de Legalidad y en el art. 233º establece la garantía de la administración de justicia.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos lo admite en el segundo apartado del artículo 11º.

Entiéndese por ley “La voluntad formal del Estado expresada en normas jurídicas dictadas por el Poder Legislativo”.

Para Fenech las fuentes del ordenamiento procesal, son: **Fuentes Orgánicas**: aquellas que tienen por objeto establecer los órganos jurisdiccionales; es el caso de la L.O.P.J. **Fuentes Directas**: son las normas fundamentales del ordenamiento procesal penal: el C.P.P. **Fuentes Complementarias**: aquellas que regulan algunos institutos procesales, como es la Ley del

Hábeas Corpus y Amparo. **Fuentes Indirectas:** aquellas que son manifestaciones espontáneas de la norma procesal, como es la jurisprudencia y la costumbre.

Fuentes directas son el Código de Procedimientos Penales y las demás leyes que modifican el proceso penal. Caso especial es la Ley 9014, dictada días antes del Código, referente a la reparación civil, que no ha sido derogada, pues el Código no se refiere a lo allí regulado. De las leyes dictadas con posterioridad, por su importancia, debemos señalar los Decretos Legislativos 124, 125 y 126 que modifican el Código y la Ley 23506 del Hábeas Corpus y Amparo.

El Código de Procedimientos Penales vigente desde el 18 de marzo de 1940 es la fuente principal, aplicable por la jurisdicción común.

Los jueces y tribunales pueden apartarse de la orientación señalada por la jurisprudencia, pero no pueden dejar de aplicar la ley.

El concepto de ley comprende a la Constitución en cuanto contiene los principios reguladores de la institución judicial, al Código como ley principal del ordenamiento procesal penal y a las demás leyes procesales que en unos casos, han modificado el Código y en otros lo han completado. Los decretos-leyes tienen categoría de ley y obligan su cumplimiento, pueden o no ser ratificados por el Congreso. Su no vigencia se produce por su no ratificación o por su derogatoria.

La Constitución prima sobre las demás leyes y éstas no pueden excederla en sus alcances. El Código es la ley procesal por excelencia, pero dado su carácter general, en determinados casos en que exista ley especial, ésta prevalece.

Los Decretos Legislativos expedidos por el Poder Ejecutivo cuando media delegación expresa del Legislativo (art. 188 de la Constitución Nacional) constituyen leyes, pero por referirse solo a la materia de la legislación delegada, tienen numeración diferente a las leyes ordinarias.

La ley es mandato concreto y determinado, impersonal y abstracto, cuya observancia obliga a todos, sin distinción de personas. Su acatamiento no está sujeto al deseo ni al capricho de los hombres, porque en ese caso no se prestaría obediencia a

Domingo García Rada

las leyes penales ni a las tributarias, que afectan a nuestro interés. El conocimiento de la ley es presupuesto y obliga a todos, siendo garantía de armónica convivencia. Constituye limitación a nuestro derecho, pero también limita el de los demás. Ello nos permite vivir en sociedad.

Los reglamentos administrativos solo constituyen fuente en cuanto regulan las leyes procesales vigentes y no exceden a sus alcances.

Además de la ley, se califica de fuente indirecta o mediata a la Jurisprudencia, la Doctrina y la Costumbre.

La Jurisprudencia está constituida por la interpretación constante y uniforme de los tribunales en la aplicación de los preceptos legales. El parecer de los tribunales tiene efecto vinculatorio en cuanto significa, interpretación de la ley hecha por el superior jerárquico basado en la ley, que es lo que lo respalda. En ese sentido es fuente.

Aunque la jurisprudencia no obliga, sin embargo el juez puede apoyarse en ella, si fuere constante y uniforme y se tratare de disposiciones confusas. Sin embargo, aun en este caso, el juez puede válidamente apartarse y seguir su propio parecer.

La doctrina es la opinión de los juristas, sea interpretando la ley o señalando nuevos rumbos al legislador. Se expresa en libros y artículos. Tiene importancia en cuanto orienta la ley e influye en las decisiones judiciales, pero ningún juez puede sentenciar con el único fundamento de la doctrina.

La costumbre –lo que siempre se hace– no tiene fundamento válido para influir en la decisión judicial, sobre todo en materia procesal.

Es decir, tanto la jurisprudencia como la doctrina y la costumbre no son fuente en el ordenamiento procesal penal, que está regido estrictamente por la ley procesal.

## **5. – Interpretación de la ley procesal penal**

Una vez que el Juez escoge la norma aplicable al caso de autos, debe entenderla, es decir requiere fijar su contenido y alcance.

Toda ley, por clara que sea, necesita ser interpretada. Ésa es la labor del Juez. Interpretar es aplicar el derecho vigente en

el momento de la decisión, al caso concreto que el juez tiene que decidir.

Ya no se acepta el principio de que interpretar es descubrir la voluntad del legislador. Era un problema de arqueología jurídica como dice Soler.

Interpretar no es buscar lo que el legislador quiso decir, sino hallar la voluntad, el propósito perseguido por la ley. Es inquirir la voluntad plasmada en la norma y no la voluntad de los autores de la ley. Agrega Manzini: "La correcta interpretación debe tender no a descubrir lo que quisieron los aparentes autores de la ley (autores las más de las veces por mera ficción constitucional), sino la voluntad de la ley misma, considerada como entidad objetivada e independiente".<sup>2</sup>

Interpretar es, pues, encontrar lo que ley quiere, lo que ella pretende al colocar tales preceptos. Es buscar lo que persigue la ley, su finalidad.

Desde el punto de vista de la fuente, la interpretación puede ser **auténtica, doctrinal y judicial**.

La auténtica la realiza el propio órgano legislativo. Tiene fuerza obligatoria por cuanto como ley aclaratoria de una anterior, precisa sus alcances. La ley interpretativa rige desde que está en vigencia la ley interpretada. Se limita a aclarar normas antes existentes y eso explica que su vigencia se remonte a la ley aclarada.

La interpretación **doctrinal** es la que formulan los juristas cuando en sus obras examinan y opinan sobre las leyes. Orienta a los jueces y en eso reside su valor, dependiendo en parte de la calidad de sus argumentos.

Puede afirmarse que en forma indirecta, influye en la decisión de los jueces.

La **interpretación judicial** es la emanada de las sentencias judiciales. Tienen eficacia plena en el caso en que se pronuncia. Cuando la interpretación judicial es uniforme, los jueces pueden considerarla como fundamento para sus decisiones.

---

2 Manzini, *Derecho Procesal Penal*, I. p. 140-150.

Gómez Orbaneja, p. 26.

Hurtado Pozo, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, p. 103.

Considerando sus alcances, la Interpretación puede ser **Restrictiva y Extensiva**.

Existen diversas teorías que explican estos alcances. Muchos autores considerando que la Restrictiva opera cuando la interpretación no excede a la ley interpretada; cuando va más allá, se da la Extensiva. HURTADO POZO siguiendo a Larenz dice que la Restrictiva limita el significado de una expresión legal, estrictamente al eje de la ley a lo que expresa la ley y no más allá: cita como ejemplo el art. 214 C.P. que habla del delito de Matrimonio ilegal y dice que solo puede entenderse como matrimonio civil; en cambio la Extensiva va hasta el sector marginal, más allá de lo que dice la ley y en el caso referido, debe entenderse que el art. 214, se refiere al matrimonio civil y al eclesiástico.

Objetivamente considerada la Interpretación puede ser: **Literal, Lógica, Sistemática e Histórica**.

Literal. Como la ley se expresa en palabras y éstas tienen determinado sentido, esta interpretación reside en examinar el texto tal como está escrito, palabras empleadas, vocablos técnicos o comunes, etc. Es decir examinar la palabra escrita para conocer el pensamiento de la ley, lo que ella quiere decir al emplear determinados conceptos. Hoy se concede mucha importancia a la semántica legal, por ser la palabra escrita el medio normal de comunicación social. Fenech lo llama método gramático-lógico que comprende el examen del uso lingüístico de la norma y el espíritu y razón de la ley.

Lógica. Gómez Orbaneja considera que *"cada precepto ha de ser entendido como engarzado en un todo orgánico"*. Cada norma tiene una función y al interpretarla debe cuidarse que *"no choque con la función coordinada que le corresponde"* dice Gómez Orbaneja.

En su labor interpretativa, el intérprete se sirve de unos y otros preceptos de la ley, de todo el contexto y de otras leyes del mismo ordenamiento. La ley integra un contexto, un todo orgánico que obedece a determinada finalidad. Al interpretar, el juez debe examinar toda la ley, descubrir su finalidad y después interpretar cada norma por separado. Es buscar la *"ratio legis"*.

Sistemática. *"A esta interpretación se recurre especialmente cuando la duda no recae sobre el sentido de una expresión o de una fórmula de la ley, sino que versa sobre la regulación jurídica del hecho o de la relación sobre lo que se debe juzgar"* dice Manzini. Se emplean los principios generales del derecho y las reglas del

derecho positivo. Por ejemplo cuando existe contradicción entre una norma especial y una de derecho en general, prevalece la ley especial; si ambas fueren normas generales, se aplicará aquella más vinculada a lo que es objeto de la regulación.

Histórica. Toda ley tiene antecedentes: exposición de motivos, actas de comisiones legislativas, trabajos preparatorios, etc. que señalan cuál ha sido el recorrido de la ley, desde que fue pensada hasta convertirse en norma.

Examinando estos antecedentes descubrimos la intención del legislador, la finalidad que persigue la ley. En muchos casos existen artículos y escritos de los autores de la ley que nos descubren su pensamiento y constituyen valioso antecedente.

Existe el peligro que el intérprete se limite a buscar la intención del legislador, lo que quiso decir y no lo dijo. Esa no es la finalidad; lo que el intérprete debe buscar es la intención de la ley, lo que ella persigue, que no es la del legislador.

En la realidad esta búsqueda de antecedentes es ilusoria. Son muchos los legisladores y no sabemos cuál es el parecer que fue coincidente con la ley. La ley es, muchas veces, producto de arreglos y transacciones entre pareceres distintos. El legislador en mayúscula es una ilusión, no es persona física determinada. Por eso lo que debemos buscar es la intención de la ley, no lo que pensaron el diputado o el senador **tal o cual**.

Completando la interpretación, veamos dos puntos relacionados con ella: la analogía y la ley subsidiaria.

Se da la **Analogía** cuando se aplica ley parecida, de otro ordenamiento, en vista de que no existe ley propia. A veces la misma ley autoriza su aplicación a otros campos, al decir "en cuanto sean aplicables". En esa forma se pretende llenar las lagunas de la ley. Esta aplicación de leyes no penales en el campo penal y procesal penal, nunca ocurre. Leone en su Manual insiste en que la ley procesal no debe aplicarse a casos similares, salvo que ella misma lo autorice, en cuyo caso tiene aplicación restringida.

La analogía no rige en el derecho punitivo. El juez no puede aplicar preceptos no señalados en la ley para el hecho investigado. No hay sitio para la analogía en el Derecho Penal. La Constitución prohíbe aplicar la ley penal por analogía. (art. 233, inc. 8°).

Diferente es la situación de la ley subsidiaria. Puede ser aplicada si expresamente lo permite. Tal es el caso del Código Tributario que señala que en el proceso que se instaure por este delito, se aplicarán los principios del derecho procesal penal. Otro ejemplo lo tenemos en el embargo, deficientemente regulado en el C.P.P. y al cual se aplica los preceptos del C.P.C. Se explica esto porque el embargo es institución de carácter civil, lo que algunos autores llaman: inserto civil en el contexto del proceso penal.

#### **6. – Vigencia de la ley procesal penal en el tiempo y en el espacio**

**En el tiempo.** – La Constitución en su art. 195º establece que “la ley es obligatoria desde el décimo sexto día ulterior a su publicación en el diario oficial”. Pero admite que en la misma ley se señale plazo más corto.

Por lo general la norma procesal rige desde el día siguiente a su promulgación y publicación. En el procedimiento, no puede hablarse de retroactividad, pero los realizados conforme a la ley anterior conservan su validez y surten sus efectos legales en forma completa.

Se aplica la ley vigente en el momento del proceso, sin considerar cuál regía en el instante de la perpetración del evento. Si la ley procesal se modifica mientras se tramita la instrucción, entonces rige la ley modificada y se aplica a partir de ese momento quedando válidos los actos procesales realizados conforme a la ley anterior.

La razón de la irretroactividad reside en que la ley procesal no declara cuáles hechos son delito, sino que se limita a dar las pautas que deben seguirse en toda investigación judicial. Por eso es que rige desde que se promulga y publica y no antes.

**En el espacio.** – En cuanto a su vigencia en el espacio la ley procesal es eminentemente territorial. Solo surte sus efectos en el ámbito dentro del cual el Estado ejerce su soberanía. La vigencia está vinculada a la soberanía y tiene su misma extensión territorial.

Este principio general tiene excepciones por razón de las personas. Existen quienes por razón de Derecho Internacional o por las de Derecho Público Interno, no pueden ser perseguidas ni procesadas por los tribunales de justicia. Tal es el caso de los diplomáticos extranjeros que gozan de inmunidad. Opera en ellos una causa de exclusión de culpabilidad.



Conforme al Derecho Público Interno, están eximidos de la ley procesal y de la ley penal, el Presidente de la República excepto por delito cometido en el ejercicio de sus funciones. Los Diputados y Senadores son irresponsables por las opiniones vertidas en el ejercicio del cargo.

Los tribunales ordinarios no tienen competencia para juzgarlos. Si cometieren delito común es necesario que el propio órgano del Estado los someta a la jurisdicción ordinaria.

Los menores de 18 años están exentos de la jurisdicción penal. Si cometieren hechos delictivos serán sometidos a la jurisdicción de menores.

El C.P.P. en sus arts. 6º y 7º, establece los casos de excepción a la territorialidad de la ley procesal. El primero se refiere al peruano que fuera del territorio de la República, cometa delito penado por la ley nacional así como por la del país en que se perpetró; en este caso, puede ser sancionado a su regreso al Perú.

El art. 7º se refiere al extranjero que fuera del territorio de la República comete delito contra la seguridad del Estado, de falsificación de monedas, billetes o documentos nacionales, caso en el cual puede ser juzgado por los tribunales peruanos, si fuera detenido en el Perú ó se obtiene su extradición.

Dada la facilidad de comunicaciones y la interdependencia que existe en el mundo de hoy, es indudable que la acción de la justicia debe seguir al delincuente para juzgarlo. La lucha contra el delito obliga a los Estados a unirse para sancionar a quienes cometen delitos graves.

El art. 7º del Código, se refiere a los delitos cometidos fuera del territorio de la República. Al hablar de la Falsificación de Moneda, menciona a los "billetes" como sinónimo de moneda, queriendo comprender así tanto la **moneda metálica como la de papel**.



Domingo García Rada

## CAPÍTULO II

*1. – El proceso penal: objeto y fines. 2. – Etapas del proceso penal. 3. – Extinción del proceso penal y de la pena.*

### **1. – El proceso penal: objeto y fines**

La voz **proceso** viene de **procedere** que es avanzar en un camino a recorrer hacia determinado fin.

Se llama proceso al conjunto de actos que se suceden en el tiempo, manteniendo vinculación de modo que están concatenados, sea por el fin perseguido, sea por la causa que los genera. Se habla de procesos químicos, biológicos, jurídicos, etc.

El proceso por antonomasia es el que se lleva a cabo en el campo judicial. No es necesario agregarle ningún aditamento para saber que se refiere al que se desarrolla en el juzgado.

Teniendo el Estado el monopolio de la justicia, para Carnelutti, el proceso es el subrogante de la guerra, es decir se recurre al juez para no necesitar hacerse justicia por mano propia.

En el campo penal, el proceso es el medio que establece la ley para lograr la pretensión punitiva del Estado. Mediante el proceso, el órgano jurisdiccional del Estado realiza su función. El Estado necesita del proceso para juzgar, no puede hacerlo directamente, pues como dice Fenech “únicamente Dios no necesita del proceso para juzgar”.

**Objeto.**— El objeto principal o genuino, como lo llama Prieto Castro, es investigar el acto cometido, el cual debe ser confrontado con los tipos establecidos en la ley penal. La pretensión punitiva del Estado es ejercida en consideración a ese hecho.

Completa el anterior, sin tener ese carácter genuino o propio, pero también como objeto importante, la Restitución de la cosa de que se haya privado al agraviado, la reparación del daño causado con el delito y la indemnización de los demás perjuicios. Esta acción se concede al perjudicado, pero el Ministerio Público tiene la obligación de perseguirla.

Como cuestiones anexas pero tendientes a este fin, se encuentran las medidas cautelares, unas son personales como es la prisión preventiva y otras reales como es el embargo.

Concluido el proceso, viene como objeto el cumplimiento de la sentencia, traducida en la ejecución de la pena y en el pago de la reparación civil. El Recurso de Revisión queda aparte, pues ya el proceso está concluido y opera solo en los casos taxativamente previstos **en la ley**.

En cuanto a las formas, tenemos: el proceso penal **ordinario**, cuya investigación corresponde al juez y la etapa decisoria al tribunal. El proceso **sumario**, cuyas dos etapas están confiadas al propio juez instructor, quien instruye y sentencia. Finalmente la ley establece el proceso por **querrela**, para los delitos de acción privada, que requieren denuncia o querrela de la parte agraviada y el juez debe realizar el comparendo y expedir sentencia. En estos dos últimos procesos, procede la apelación ante el Tribunal Correccional, mas no el recurso de nulidad.

El proceso penal es el medio de hacer prevalecer el derecho como garantía del individuo, su finalidad es tutelar el derecho. No es únicamente defensa de la sociedad, porque eso llevaría a justificar cualquier injusticia. Persigue alcanzar la verdad legal y mediante ella lograr la justicia.

El Derecho Penal determina que acciones y omisiones son punibles (delitos y faltas) y señala las penas. Nace el derecho del Estado de sancionar al culpable y de indemnizar a la víctima para restablecer el orden social.

Para imponer la pena se requiere de la actividad del propio Estado encaminada a establecer el delito y determinar quién es el autor. Tal actividad es el proceso penal.

Sin el proceso, el *jus puniendi* carecería de realización. El Estado no puede castigar al autor de un delito si no es mediante el proceso. Mientras en el campo civil las obligaciones se satisfacen voluntariamente, en lo penal se requiere de la decisión judicial para imponer la pena. Ni el Estado ni el culpable pueden dictar o aceptar una pena, si no es mediante decisión del juez. El derecho de castigar corresponde exclusivamente a la Administración de Justicia. El Estado condiciona la declaración del derecho y la imposición de la pena, al proceso como medio de la decisión judicial.

El proceso es una serie de actos que se desarrollan en el tiempo y con sujeción a reglas; el plazo en el ordinario es de cuatro meses y en el sumario de sesenta días.

Estos actos reciben el nombre de Procedimiento y se llevan a cabo en el orden que señale el juez, pero dentro de ciertos márgenes que permite la ley. El arbitrio judicial funciona dentro de la amplitud prevista en el Código: el proceso se inicia con el auto apertorio y concluye con la sentencia, corriendo la investigación a cargo del juez instructor.

La decisión compete al Juez o Tribunal Correccional y se expresa en la sentencia. Estos son los marcos que señala la ley y dentro de ellos el juez actuará las pruebas y las apreciará.

El proceso es, pues, un fenómeno integrado por una sucesión de actos, regulados por la ley, llevados a cabo por el magistrado y en plazo determinado. Es lo que se denomina Actividad Jurisdiccional Penal.

Esta actividad recae sobre hechos cometidos en la oscuridad. Es un injusto y el actor por miedo a la sanción procura encubrir la acción misma, haciendo desaparecer las huellas. El inculpado procurará dificultar la investigación. Solo el inocente cooperará con lealtad pero le faltará el conocimiento de los hechos. De donde resulta que quien conoce del hecho, procurará ocultarlo y quien lo ignora, procederá al revés: El aporte del inocente siempre será deficiente.

**Fines.** — El fin principal, es la represión del hecho punible mediante la imposición de la pena. Para restablecer en su integridad el orden social, debe cumplirse un fin secundario: la reparación civil a la víctima del delito.

Domingo García Rada

Para alcanzar esta finalidad y lograr el restablecimiento del orden social alterado con su comisión, tenemos que en el proceso penal se persigue:

- a) la declaración de certeza;
  - b) la verdad legal;
  - c) individualizar al delincuente.
- a) **La declaración de certeza** es la culminación del proceso y se refiere al juez a quien corresponde confrontar el hecho real y concreto de la denuncia con la norma penal. De esta confrontación nace una afirmación: la comisión del delito. Sólo al concluirse la instrucción se sabe si ha existido delito y quién es el autor. Es la declaración de **Certeza**.
  - b) **La investigación de la Verdad Legal**. Diversos medios probatorios sirven para alcanzarla. Con las pruebas, el juez se forma criterio acerca de la veracidad o falsedad de los cargos que se formulan.

Desde la denuncia hasta la sentencia y pasando por etapas, el Juez llega de la ignorancia absoluta hasta la evidencia; al comenzar el proceso ignoraba todo lo relativo a la denuncia; al concluirlo tiene criterio formado y exacto acerca del hecho y de su autor: Empieza por la posibilidad (es posible que el delito exista y el denunciado sea su autor). Luego viene la probabilidad en la búsqueda de la verdad, las posibilidades se desechan o se aceptan y cada una aporta un elemento a favor o en contra de la denuncia. La evidencia es la última etapa a la cual se llega después de pasar por la posibilidad y la probabilidad. Constituye la certidumbre a la cual todo juez debe aspirar.

Este proceso a veces largo y dispendioso, nos lleva a la verdad, no la absoluta sino la legal, la que es producto de la investigación judicial. La Verdad Legal es la que aparece en el proceso penal como resultado de la prueba. Tiene una variable proporción de error, inevitable en toda obra humana; para salvarlo existe la revisión de los procesos penales. La Verdad Absoluta sólo la tiene Dios, pues es la Verdad misma.

- c) **La individualización del delincuente**. Al denunciarse el delito, se señala a quien aparece como presunto autor. Pero

esta finalidad persigue algo más: debe estudiarse al hombre que se juzga sus calidades personales, reacciones frente a los estímulos sociales, su conducta anterior y posterior al delito, educación recibida, hogar en que ha vivido, motivo determinante del delito, móvil honorable o inexcusable, etc. Estos datos son necesarios para señalar la pena exacta, puesto que el C.P. al fijar las penas topes, concede al juzgador la facultad de aumentarla o disminuirla según el resultado de la apreciación que haga acerca de la persona del responsable. (art. 51 C.P.)

## 2. – Etapas del proceso penal

Son: la investigación y el juzgamiento.

El proceso es el conjunto de actos llevados a cabo por la autoridad judicial, destinados a establecer si se ha cometido delito y quién es su autor, a fin de aplicarle la sanción que corresponda. Esta investigación comprende dos períodos o etapas: la primera se caracteriza por la búsqueda, recolección y selección del material probatorio: es el período de la investigación, llamado de la **Instrucción**. En el segundo se somete a debate las pruebas acumuladas para adquirir convencimiento acerca de la responsabilidad de quien se pretende sea el autor, concluyendo con la apreciación contenida en la sentencia. Es el juzgamiento.

Aunque en la denuncia se ha señalado autor, en la instrucción debe demostrarse que efectivamente el denunciado es el responsable del delito investigado. Cuando se acredita que no lo es, la instrucción se archiva provisionalmente, pues se ha establecido el delito pero falta descubrir al autor de su comisión.

Todo proceso tiene que pasar por ambas etapas. No puede una persona presentarse directamente al Tribunal para ser juzgada. Faltarían las pruebas sobre su delito y no se daría la garantía procesal de la instrucción. Cuando el procesado es habido sólo en la etapa del juzgamiento, ya existen las pruebas reunidas en el Juzgado y apreciándolas es que se le somete a juicio oral.

En la instrucción, el Juez realiza una labor semejante a la del historiador: debe reconstruir hechos pasados (que la ley considera delictuosos) para descubrir cómo ocurrieron y quiénes participaron en él. Todas las diligencias que se actúen,

se trasladan al papel, por lo cual se dice que el procedimiento penal en esta etapa es principalmente escrito. La instrucción es reservada, pero no secreta, pues ella cae bajo el conocimiento de quienes intervienen; como excepción y por tiempo limitado, el juez puede mantener oculta determinada diligencia, pero al concluir la instrucción queda a disposición de las partes para que tomen conocimiento de todo lo actuado. En este momento cesa la reserva de la instrucción y el secreto, si lo hubiere.

La audiencia es la fase pública del proceso. La audiencia es pública bajo pena de nulidad. Por excepción y con mandato expreso del Tribunal, una audiencia puede realizarse en privado con concurrencia limitada: tal es el caso de delitos contra el honor sexual.

En el procedimiento sumario existen las dos etapas, con la diferencia que ambas se realizan ante el juzgado de instrucción. Concluida la investigación, queda el expediente para que los defensores lo examinen. Luego pueden pedir la palabra e informar ante el Juez. Después que el Fiscal emite dictamen, el Instructor dictará sentencia, que puede ser apelada ante el Tribunal Correccional, no siendo susceptible de recurso de nulidad por disposición expresa de la ley. A pesar de esta prohibición, la Corte Suprema ha revisado estos procesos, cuando considera que ha existido grave infracción de la ley.

### **3.— Extinción del proceso penal y de la pena<sup>3</sup>**

La extinción del proceso penal se vincula a la de la acción penal.

El modo normal de extinguir la pretensión punitiva es mediante la sentencia que pone término al proceso penal. Iguales efectos produce el auto del Tribunal Correccional que declara no haber lugar a juicio oral. Tanto una como otro, extinguen la acción penal sólo desde que adquieren firmeza, constituyendo Cosa Juzgada.

Como modos propios de la extinción de la acción penal, tenemos:

---

3 Eduardo Gómez Orbaneja - Vicente Herce Quemada - *Derecho Procesal Penal*. p. 1-10.  
Miguel Fenech, *El proceso penal*. pp. 1-9.  
L. Prieto-Castro, *Derecho Procesal Penal*. p. 123.

- A) Causas que pueden presentarse tanto en la acción pública como en la privada:
- a. **La muerte** que al dar fin a la personalidad, da también conclusión al proceso penal, pues éste tiene como centro al hombre y habiendo fallecido, carece de objeto proseguir la acción penal.
  - b. **La amnistía** que opera mediante ley que corta el proceso, por motivos políticos, sociales, etc.  
En el primer caso, el proceso termina por un acaecer del hombre; en el segundo concluye por decisión de la autoridad.
  - c. En los delitos contra el honor sexual; el matrimonio del inculpaado con la agraviada corta el proceso, la única exigencia es que la menor exprese su consentimiento sin coacción alguna y tenga edad suficiente.
- B) Causas que sólo operan en acciones privadas: la **renuncia del agraviado** y la **retractación** del ofensor. Se explica porque no siendo la sociedad la agraviada, el ofendido puede desistirse de la acción instaurada a su pedido liberando de culpa a quien lo ofendió. La retractación tiene igual fundamento y produce análogas consecuencias.
- C) Causas que afectan a la acción civil y a la penal: la **prescripción** y la **cosa juzgada**. La prescripción es la influencia del tiempo en el derecho punitivo. Se funda en la inejecución o no realización del proceso, que extinguen la pretensión punitiva. Requiere ser declarada por el juez.

La cosa juzgada se presenta cuando se acredita que existe una resolución judicial anterior que ha juzgado el mismo hecho y a la misma persona. Nadie puede ser castigado dos veces por el mismo delito; acreditándose que existe una sentencia anterior que lo sancionó, la acción penal se extingue.

La prescripción y la cosa juzgada son institutos de derecho positivo y responden a la necesidad de dar estabilidad a la sociedad, cuando ya se ha dictado una sentencia anterior que se refiere al mismo hecho y al mismo acusado; o cuando han transcurrido años sin dar conclusión al proceso, en el cual no es aconsejable continuar, pues la misma sociedad ha olvidado el delito.



Domingo García Rada

**SEGUNDA PARTE**  
**INSTITUCIONES DEL PROCESO PENAL**

Domingo García Rada

## CAPÍTULO III

*1. – La acción penal. 2. – Su carácter público. 3. – Notas propias de la acción penal. 4. – Indicios de delito en un proceso civil. 5. – Cuestiones previas. 6. – Cuestiones prejudiciales. 7. – Excepciones. 8. – Tramitación de cuestiones y excepciones. 9. – Efectos procesales.*

### **1. – La acción penal**

La acción penal es el ejercicio del derecho a la justicia, dice Prieto Castro. Ante la comisión de un hecho que la ley penal califica de delito, el perjudicado se presenta a la autoridad denunciándolo y pidiendo sanción para el culpable, así como resarcimiento de los daños que ha sufrido con su comisión.

El ejercicio de la acción, por el Ministerio Público, obliga al juez a pronunciarse sobre la denuncia, pero no queda vinculado a la calificación que sobre el hecho haga el denunciante. Si abre instrucción, el Juez deberá tipificar el delito denunciado, calificación que puede o no coincidir con la contenida en la denuncia.

### **2. – Su carácter público.**

El art. 2º del Código declara: “La acción penal es pública o privada”. Esta declaración constituye error doctrinario, pues la acción en cuanto se dirige al Estado, siempre es pública. Lo que varía es su ejercicio que puede ser público o privado, pero

Domingo García Rada

el derecho de accionar por referirse al Estado tiene el carácter de público.

Ante la comisión de un delito, el Ministerio Público debe denunciarlo al Juzgado de Instrucción; pero la denuncia no obliga al juez a abrir instrucción, puesto que puede amparar o rechazar la denuncia, según considere que tiene o no fundamento.

Decimos que no obliga al Juez porque en la Exposición de Motivos de la L.O.M.P. se deja constancia que el Juez conserva sus facultades de director de la instrucción. Además el art. 77, modificado por el D. Leg. 126, expresa que el abrir instrucción queda a criterio del Juez y siempre que se reúnan determinadas circunstancias.

En ciertos casos –v.g. adulterio (art. 212 C.P.)– la ley reserva al agraviado la facultad de denunciar el delito de manera que si no lo hace, el hecho queda impune. También permite el perdón del ofendido. Son razones de conveniencia familiar lo que prevalece sobre el interés social de castigar un delito.

En los delitos exceptuados, llamados de acción privada, se requiere querrela de parte y se ejerce por el procedimiento especial que señala la ley. (RJP. 1971, p. 1345)

La acción penal –dice Pisapia<sup>4</sup>– consiste en una iniciativa típicamente procesal dirigida a activar la función jurisdiccional del Estado para que actúe el Derecho Punitivo del Estado, es decir obtener un pronunciamiento jurisdiccional en mérito de la existencia de la pretensión punitiva sustancial.

La acción penal tiene carácter público y su ejercicio constituye una actividad debida, obligatoria, irrevocable e indivisible.

Al ser ejercitada, la acción constituye un impulso orientada a la actividad jurisdiccional. Constituye un poder-deber y mediante ella el órgano jurisdiccional se pronuncia sobre la pretensión punitiva del Estado.

En el ordenamiento procesal –dice Pisapia– debe distinguirse el derecho sustancial del Estado al castigo del culpable, del jus puniendi de la acción para activar la jurisdicción.

---

<sup>4</sup> Pisapia, *Compendio di Procedura Penale*, p. 131.

El Digesto contiene una norma: “Nihil aliud est actio quam jus perseguendi indicio quod sibi debetur” que como regla moral sustenta el principio indicado. Puede traducirse en: “No se debe tratar de conseguir en juicio nada más que aquello a que se tiene derecho”. Es decir sólo debe denunciarse un delito cuando existe agravio que reparar. El derecho a accionar debe estar respaldado con el derecho sustantivo del autor.

### 3. – Notas propias de la acción penal

- 1º **Pública.** Es pública porque va dirigida contra el Estado para hacer valer un derecho como es la aplicación de la ley penal.
- 2º **Indivisible.** Alcanza a todos los que han participado en la comisión de un delito. No se puede denunciar a unos y dejar libres de imputación a otros, igualmente responsables. Todos los partícipes de un hecho delictuoso son responsables y la acción tiene que comprender a todos, sin excepción; no se puede denunciar al autor y omitir al cómplice, puesto que con distinto grado, ambos son partícipes en el delito. Esta indivisibilidad funciona, aunque el agraviado o el denunciante no lo quieran.
- 3º **Irrevocable.** Una vez iniciado un proceso penal, sólo puede concluir con sentencia condenatoria o absolutoria o auto del Tribunal que declare la improcedencia de la acción, fundada la excepción o cuestión planteada. En estas denuncias no procede, como regla general, el desistimiento ni la transacción.

Se dice que el **ejercicio es público** cuando el titular que la ejercita es el órgano del Estado; no es el dueño de la acción, sólo encargado de ejercerla y al hacerlo cumple con un deber de función. Cuando la ejercita el particular, puede desistirse siempre que no se trate de delito perseguible de oficio. En este caso se dice que el **ejercicio es privado**.

La acción se dirige contra persona física determinada.

Conforme al régimen del Código, era posible denunciar la comisión de un delito, aunque se ignorara a sus autores. El Instructor abría el proceso con motivo de ese hecho y contra quienes resultaran responsables. Si concluía la investigación

Domingo García Rada

sin descubrirse a sus autores, el expediente se archivaba provisionalmente.

Pero el D. Leg. 126, modificando el art. 77, establece que solo procede abrir instrucción si el juez considera que el hecho denunciado constituye delito, no ha prescrito y “se ha individualizado a su presunto autor”. Este entrecomillado es el agregado que impide abrir instrucción cuando el delito existe pero se ignora al autor.

#### 4. — Indicios de delito en un proceso civil

A veces en un proceso civil se presentan situaciones vinculadas con la ley penal. (art. 3º C.P.P.) Es la **prejudicialidad penal** de que habla la doctrina.

Puede ocurrir que durante la tramitación de una causa civil, se vislumbra la comisión de un hecho que la ley penal considera delito y cuya resolución puede influir en la sentencia que ponga fin a la acción civil.

Se presenta esta situación cuando como prueba del derecho demandado, se ofrece un documento — v. g. partida del Registro de Estado Civil— que se encuentra visiblemente alterado y es tachado de falso, afirmándose que ha sido adulterado. Es indudable que de acreditarse la falsificación, el documento carecería de eficacia en el proceso civil. En estos casos, el Juez de Primera Instancia comunicará el hecho al Ministerio Público para que éste, si encuentra que la adulteración presume delito, formule denuncia ante el Juzgado de instrucción.

Tres son los requisitos para que el Juez en lo Civil remita los autos al Fiscal Provincial:

- a) Que la presunta falsificación tenga influencia en la sentencia a dictarse. Es decir que de establecerse la falsedad del documento, la sentencia sería en un sentido y de acreditarse la autenticidad, lo sería en otro.
- b) Que los indicios sean razonables, que no provengan de la afirmación del demandado, sino que exista objetivamente algún elemento que haga presumir que la falsificación es cierta. Es decir que los indicios de delito sean vehementes, como sería el caso de una visible alteración de la firma del documento.

- c) Que el presunto hecho delictuoso **sea perseguible de oficio**, que no requiera querrela de parte.

Como consecuencia de esta prejudicialidad penal, el proceso civil se suspende hasta que concluya la instrucción. La razón que justifica esta suspensión, es que lo que se resuelva en la vía penal tendrá influencia decisiva en la sentencia que se dicte en la vía civil; por ejemplo si la partida es falsificada, no queda acreditada la filiación que se demanda. Lo resuelto en la vía penal tiene eficacia sobre la pretensión civil.

### 5. – Cuestiones previas

La comisión de un hecho que la ley penal califica de delito, requiere sanción por el órgano jurisdiccional. Es el medio de restablecer el orden social alterado con su comisión y de resarcir a la víctima del mismo.

Como excepción, en algunos delitos la misma ley penal establece que para que el hecho sea castigado mediante el proceso penal, es necesario que se cumpla determinada exigencia. Esto último no es elemento constitutivo de delito, sino requisito de procedibilidad. Aunque el hecho sea delictuoso, la ausencia de este requisito impide el procesamiento.

Son los denominados Requisitos de Procedibilidad y para evitar que por su ausencia se siga un proceso penal nulo, es que existen las llamadas Cuestiones Previas.

El Código de 1940 solamente considera como obstáculo a la acción, las Cuestiones Prejudiciales y las Excepciones. Omite regular las Previas pero la jurisprudencia suprema, reconociendo que tales cuestiones constituyen una realidad, las admitía y el Decreto Ley 21895 las incorpora al ordenamiento procesal penal.

El Decreto Legislativo 126 también las reconoce y las incluye en el art. 4º, declarando que “proceden cuando no concurre un requisito de procedibilidad”. De esta manera la ley procesal penal acepta la Cuestión Previa y la coloca al lado de las Prejudiciales y de las Excepciones.

Conforme a ley, “pueden plantearse en cualquier estado de la causa o resolverse de oficio”. Iniciada la instrucción, el inculpado puede deducir una cuestión previa y pedir a su vez



Domingo García Rada

que se dé "por no presentada la denuncia". A su vez, el juez puede declararlo de oficio con igual resultado.

Aunque la ley no lo diga, es indudable que si al calificar la denuncia el juez observa la ausencia de un requisito de procedibilidad, debe rechazarla de oficio. El derecho del denunciante queda a salvo para que subsanada la omisión, se presente nuevamente ante la justicia penal.

Las cuestiones previas pueden deducirse en los casos en que la ley establece la presencia de determinado requisito para el ejercicio de la acción penal. El hecho delictuoso existe, pero para que el juez ampare la denuncia, es necesario que previamente se dé cumplimiento a determinada exigencia de la ley.

De no cumplirse con este requisito, tal hecho no es susceptible de punición.

Como caso propio señalaremos el de cheques sin fondos. Es sabido que quien extiende un cheque y carece de fondos para su pago, comete delito de estafa. Pero para que el Juzgado ampare la denuncia es necesario acreditar con la constancia del Banco que el cheque no ha sido pagado por carecer de fondos el girador.

Si falta esta constancia, no procede la apertura de instrucción, dice la Corte Suprema (Revista Jurídica, 1961, p. 216).

La ley declara que comprobada la no existencia del requisito, se "anulará la instrucción" que se está llevando a cabo, "dándose por no presentada la denuncia". Es decir, se anula todo lo actuado en la instrucción pero la denunciante, subsanada la omisión anotada, puede presentarse al Juzgado y denunciar el mismo hecho.

Es el caso del agraviado que recabando del banco la constancia del no pago y su motivo, puede presentarse nuevamente al Juzgado denunciando el delito de estafa. La denuncia acompañada del cheque y la constancia, debe ser amparada.

El auto del Juzgado que anuló lo actuado no constituye cosa juzgada, pues ha tenido como fundamento la ausencia de un requisito de procedibilidad y no existe pronunciamiento judicial sobre el delito denunciado. Es nulidad sobre la forma y no sobre el fondo de la denuncia.

La exigencia de la ley no es constitutiva de delito, sino requisito de procedibilidad.

Leone llama condiciones de procedibilidad “aquellas causas que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin cuya presencia no es posible promover o proseguir la acción penal”.<sup>5</sup> Deben existir desde el momento en que se promueve la acción y acreditarse juntamente con la denuncia.

La acción penal no puede ser promovida si falta un requisito de procedibilidad. Para Leone esto obedece a que por la ausencia de esa exigencia legal, no ha surgido en el juez “su poder-deber de juzgar”. Como hay ausencia de esa condición, el Juez se limita “a emitir una decisión meramente procesal”, sin producir la certeza que debe acompañar a toda resolución judicial.

La Cuestión Previa es mero incidente del asunto penal, no tiene existencia propia y está vinculada a la denuncia.

No tiene tramitación separada, no requiere pronunciamiento judicial propio ni tampoco remitirlo a otra vía. Siendo un requisito para la existencia del delito, el juez deberá exigir su cumplimiento antes de proveer la denuncia.

## **6. – Cuestiones prejudiciales**

Es frecuente que al plantearse una denuncia o durante la tramitación de la instrucción, surjan cuestiones extra-penales, de cuya apreciación depende determinar el carácter delictuoso del acto incriminado. Es el caso de los delitos contra el patrimonio, en los que prevalece el contenido económico del hecho considerado delito.

Tales cuestiones no integran la instrucción, pero requieren ser resueltas previamente.

Tampoco están señaladas en la ley, pues su origen proviene de la misma vida de relación.

Requieren que en vía diferente sean resueltas, pues de su existencia depende la realización del delito. Es decir, que mientras el asunto no penal no se encuentre determinado, no puede tipificarse si la acción humana es delictuosa.

---

5 Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, p. 153.

Domingo García Rada

El art. 4º, modificado por el D. Leg. 126 dice: “Las Cuestiones Prejudiciales proceden cuando debe establecerse en otra vía el carácter delictuoso del hecho imputado”.

Deducida la cuestión prejudicial en un proceso penal, el juez instructor puede ampararla o no. Al aceptarla admite que el hecho denunciado como delito está sujeto a lo que se resuelva en la vía no penal (R.J.P., p. 1540, 1950) Entonces suspende la instrucción criminal en espera de lo que se resuelva en la vía extra-penal. Si declara infundada es porque considera que lo que se afirma nada tiene que ver con la denuncia y el delito no queda sujeto a lo que se resuelva en otra vía; en ese caso la instrucción continúa su trámite. Declarar fundada la Prejudicial, significa suspender la instrucción en espera de lo que se resuelva en vía no penal.

Se expiden dos resoluciones: del Juez Instructor declarando fundada la Cuestión y suspendiendo el procedimiento penal; y la del juez extra-penal, y lo que éste resuelva tiene efecto vinculatorio con la instrucción, es decir, afecta al éxito de la denuncia. Es decir, una decisión no penal –por lo general civil– resuelve el curso de una denuncia penal. En vía no penal, se califica el contenido de lo denunciado si se considera delito y continúa la Instrucción; o se archiva definitivamente cuando se establece que el hecho denunciado como delito no tiene contenido penal (R.J.P., 1950, p. 1540; y 1954, p. 136).

Son, pues, cuestiones jurídicas cuya resolución constituye presupuesto para la decisión de la denuncia penal: es el antecedente lógico del proceso penal incoado. Florián las denomina “obstáculos al ejercicio de la acción penal”. Para que tales cuestiones existan –dice Florián– es necesario que se cumplan dos requisitos: estar controvertidas; y que tengan relación con el delito denunciado.

Si se declara que el proceder de quien es denunciado criminalmente, se encuentra dentro de la ley civil, esta declaración determina la inexistencia del delito y, como consecuencia, la anulación del proceso penal. (A.J., 1930, p. 193; y 1943, p. 7) No es caso de extinción de la acción penal, sino de anulación de un proceso indebidamente iniciado, pues lo que se consideró delito no lo es. Si en Primera Instancia se declara que no es asunto civil, lo que implica reconocer ilicitud en la conducta del denunciado, entonces se seguirá la instrucción, pues esta ilicitud significa

que el hecho denunciado contiene los elementos delictuosos que motivan la denuncia (R.J.P., 1955, p. 2125).

**a) Alcances de la resolución**

¿A quiénes comprende lo que el juez resuelve sobre la cuestión planteada?

Si el fundamento de la cuestión prejudicial – de la excepción puede decirse lo mismo – reside en el delito; la declaración de fundada afecta a todos los inculpados, tanto al que la formuló como a los que no lo hicieron. Lo que se cuestiona con la Prejudicialidad afecta a todos los que se encuentran procesados por ese hecho delictuoso.

Pero si la razón de la cuestión prejudicial – o de la excepción – se refiere a la persona del inculpadado que la interpone, entonces al declararse fundada se suspende el proceso respecto de él y continúa respecto de los demás, ya que a ellos no se refiere el fundamento de la Prejudicialidad.

Pongamos un ejemplo: se han acumulado varios procesos en mérito de existir conexión por razón de personas. Un sujeto ha cometido varios delitos, con diversos conocidos que han intervenido en unos casos unos y en otros, los demás inculpados. Si se declara fundada la cuestión interpuesta que se refiere a uno de los delitos – vg. el cuaderno E – tal cuestión suspende el procedimiento en esa instrucción, pero la acción continúa en los cuadernos A, B, C y D. Los procesados en estos últimos cuadernos no pueden beneficiarse con la cuestión prejudicial que se plantea y que se refiere exclusivamente al delito que es materia del cuaderno E (R.J.P., 1950, p. 462).

Pero si el fundamento de la prejudicial – o de la excepción – radica en el delito, en el cual todos están comprometidos, es indudable que si se suspende el proceso porque el inculpadado Juan dedujo la cuestión prejudicial, esta suspensión comprende a todos los procesados, aun a aquellos que se abstuvieron de deducirla. La unidad de la acción obliga a que se suspenda la investigación porque se cuestiona el delito mismo, que ha sido cometido por todos los procesados. La resolución final que se dicte afectará al delito y a todos los comprometidos en él.

Si el inculpadado menor de edad, deduce la excepción de prescripción por cuanto el tiempo transcurrido lo favorece

dada su minoridad, al declararse fundada y mandar archivar la instrucción, esto solo ampara al inculpado menor, no a los mayores de edad contra quienes continúa la acción. La acción ha prescrito, dado que conforme al art. 148 C.P. la prescripción en los menores de edad se reduce a la mitad.

La Corte Suprema ha declarado que tratándose de delitos que merecen pena de multa, prescriben al año. (R.P.J., 1964, p. 965). Si para uno de los delitos investigados, el Código señala pena de multa, prescribirá al año; y continuará el proceso de los demás delitos acumulados.

#### **b) Tramitación**

Deducida la cuestión prejudicial, el juez ordenará formar cuaderno aparte a fin de no perturbar el desarrollo de la instrucción o —como dice la ley— “sin interrumpir el curso del proceso principal” (art. 9º modificado por Decreto Legislativo 126).

El término probatorio en este incidente es de ocho días y al concluir, al Instructor corresponde dictar resolución. Si declara fundada la cuestión, suspende el proceso penal en espera de que el juez extra-penal resuelva la incidencia no penal, pues la resolución que este último expida, tiene efecto vinculatorio con la causa penal. Contra esta resolución procede apelación.

La ley declara expresamente que resuelta la incidencia, no se admitirán otras sobre los mismos hechos o que tuvieren idéntica finalidad.

#### **c) Oportunidad**

La ley dice que “solo podrán deducirse después de prestada la instructiva y hasta que se remita la instrucción al Fiscal Provincial para dictamen fiscal” (art. modificado por Decreto Legislativo 126).

La razón es que el inculpado antes de declarar instructivamente ignora los motivos de su procesamiento y no puede defenderse de lo que desconoce. Dada la reserva del proceso, solo al prestar su instructiva es que se entera del contenido de la denuncia.

Al remitir los autos al Fiscal, la investigación está concluida y ya no procede deducir estas cuestiones. De hacerlo, deben

considerarse como argumentos de defensa. (Bol. C.S.J, p. 46; y 5-7, p. 299).

El Código de 1940 no indica la oportunidad para deducir cuestiones prejudiciales. La jurisprudencia suprema, llenando este vacío, había declarado que la oportunidad para hacerlo era después de que el inculpado declarara inestructivamente (A.J. 1945, p. 271; 1951, p. 197. R.J.P. ,1951, 1335; 1959, págs. 187 y 1263; 1949, p. 401)

Al referirse al período investigatorio, la Corte establece que comprende tanto el período ordinario como el plazo ampliatorio, si lo hubiera (R.J.P., 1947, p. 490).

Señalado día y hora para la audiencia, es improcedente deducir cuestiones y constituyen argumentos de defensa (R.T., 1941, págs. 117 y 206; R.J.P., 1950, p. 84; 1959, p. 1930; 1969, págs. 479 y 482; y Bal. C.S. 5-7, p. 299). En este caso no se forma cuaderno aparte ni requiere resolución propia; todo se examinará y resolverá en la sentencia.

#### **d) Personería para interponerla**

La interposición de una cuestión prejudicial implica el ejercicio de una acción por parte del inculpado. Solo puede deducirla quien es el titular de ella, es decir, el procesado.

El abogado defensor es consejero del inculpado y no puede deducir excepciones ni cuestiones prejudiciales. Sólo puede hacerlo en el caso que sea apoderado y en tal situación la deduce a nombre de su poderdante (A.J., 1940, p. 243).

#### **e) Diferencias entre cuestiones previas y prejudiciales**

Para deslindar mejor cada institución y precisar sus caracteres, conviene señalar las diferencias entre unas y otras, que son evidentes.

Las prejudiciales afectan al hecho denunciado; las previas al cumplimiento de un requisito.

Las prejudiciales se tramitan en cuaderno separado; las previas no lo requiere y el propio juez las resuelve.

Las prejudiciales son resueltas por juez extra penal; las previas por el juez de la causa.

De declararse fundada la prejudicial, se suspende la instrucción en espera de lo que resuelva el juez no penal; si es amparada, se desecha la denuncia pero más tarde, cumplido el requisito, puede ser presentada nuevamente al Instructor.

## 7.— Excepciones

El tercer obstáculo para el ejercicio penal es el derecho que la ley concede al inculpado para destruir la denuncia interpuesta mediante la excepción.

La acción es el derecho que tiene toda persona de recurrir al Estado pidiendo el ejercicio de la actividad jurisdiccional en defensa de sus derechos vulnerados. Ante un agravio no le está permitido hacerse justicia por sus manos ni encargar a otro que en su nombre sancione a los ofensores. Tiene que recurrir al Estado para que castigue a los autores y el daño le sea resarcido.

La excepción es el derecho que la ley concede a quien se le imputa la comisión de un delito para que pueda pedir al juez que lo libere de la pretensión punitiva formulada en su contra. Este pedido lo hace fundándose en determinada circunstancia que lo exime de la autoría del hecho.

Ambos — denunciante y denunciado — ejercen un derecho y ambos piden el ejercicio de la actividad jurisdiccional, con la diferencia que uno afirma un hecho y pide sanción, y el otro niega ser responsable y pide la absolución. El Estado debe aceptar ambas peticiones e investigarlas en su misión de establecer la verdad legal, que es el fin del proceso penal.

La excepción es, pues, la acción del denunciado; es el derecho de defensa del acusado de delito. No es mera negación de la denuncia sino la contraposición de un hecho impeditivo o extintivo que excluye los efectos jurídicos de la acción penal. Es un derecho de defensa que la ley le otorga a todo inculpado a fin de que mediante él pueda enervar los efectos penales de la denuncia instaurada en su contra.

Ante una denuncia penal, el denunciado tiene tres caminos: a) se reconoce autor del delito imputado y se somete a sus consecuencias; b) niega ser autor del hecho que se le imputa y en la instrucción deben probarse los cargos; y c) sin negar los cargos, deduce una excepción que de ser fundada anularía

la instrucción, como es afirmar que el hecho tiene carácter civil, ha prescrito, ha sido juzgado, etc. De ser cierta esta afirmación, queda eliminada la pretensión punitiva y liberado de culpa.

El D. Leg. 126 al modificar el art. 2º del Código –que contiene la relación de las excepciones– agrega la de Naturaleza de Acción. Es acertada esta inclusión y resulta indispensable en los casos en que se sigue instrucción por un hecho de indudable contenido civil o no tipificado como delito en la ley penal.

Válidamente solo pueden deducirse las excepciones mencionadas en el art. 5º.

El D.L. 21895 incluía entre las excepciones la de Incompetencia y la de Personería. Ambas han sido suprimidas por el D. Leg. 126. Creemos acertadas estas supresiones, pues si bien es cierto que tienen utilidad y son de uso frecuente en el procedimiento civil, carecen de relevancia en el proceso penal.

La Transferencia de Jurisdicción que autoriza el art. 27 no constituye excepción por no estar mencionada en el art. 5º.

En la práctica judicial, ha sido frecuente deducir la excepción de irresponsabilidad, que siempre ha sido declarada improcedente. No hay tal excepción, no solo por no mencionarla el art. 5º, sino porque el acreditar la responsabilidad a irresponsabilidad del inculpado, es el objeto de la instrucción y no puede deducirse como excepción. Es ilegal su planteamiento dice la Corte (R.J.P., 1952, p. 2991; 1960, p. 1478; y 1971, p. 571).

También constituye error deducir la excepción de improcedencia de la acción penal, porque no está prevista como tal en el art. 5º (R.J.P., 1949, p. 571).

El art. 5º modificado establece que pueden deducirse como excepciones: Naturaleza de Juicio, Naturaleza de Acción, Cosa Juzgada, Amnistía y Prescripción.

#### **a) Naturaleza de juicio**

El Código en su art. 5º señalaba cuáles eran las excepciones que válidamente podían ser deducidas en una instrucción y entre ellas no menciona a la de Naturaleza de Acción. Pero era una realidad que debía aceptarse un medio legal para anular denuncias sobre hechos no delictuosos; entonces la jurisprudencia suprema – vacilante en el medio a escoger pero con la finalidad



de llenar este vacío de la ley — estableció en cuando lo denunciado como delito no estaba calificado en la ley penal, era procesal deducir la excepción de Naturaleza de Juicio, que de ese modo quedaba desvirtuada de su origen procesal (A.J., 1928, p. 137; R.J.P., 1954, p. 1125; y 1962, p. 1401). En 1950 la misma Corte declaró que cuando se quería deslindar el campo de la controversia y establecer si el asunto es penal o civil, lo procesal era deducir una cuestión prejudicial (R.J.P., 1950, p. 1540). El planteamiento no era el mismo, pero el resultado final sí lo era.

El D. Leg. 126 da término a esta situación al declarar en su modificatoria del art. 5º:

“La de Naturaleza de Juicio es deducible cuando se ha dado a la denuncia una sustanciación distinta a la que le corresponde en el proceso penal”. No entra al fondo del asunto, solo se refiere al procedimiento a seguir.

Como existen dos procedimientos —el sumario y el ordinario— es dable deducir esta excepción si en una instrucción por delito culposo el juez, en vez de dictar sentencia, eleva el proceso al Tribunal con los informes de ley. Es decir, da tramitación ordinaria a un proceso penal por delito comprendido entre los del juicio sumario, en el cual le corresponde expedir sentencia. Solo se remite al Superior en caso de apelación.

#### **b) Naturaleza de acción**

Es excepción nueva en el ordenamiento procesal, pues nunca ha estado incluida dentro de las señaladas en la ley.

Al ocuparnos de las Cuestiones Prejudiciales y de la excepción de Naturaleza de Juicio, hemos dicho que cuando se seguía instrucción por hecho que no presentaba los caracteres de delito o no estaba tipificado en el Código Penal, la Corte Suprema reconociendo esta realidad y en razón de la economía procesal, consideraba que en tal caso era deducible la excepción de Naturaleza de Juicio o Cuestión Prejudicial. Ninguno de tales institutos eran de aplicación en dichos casos, pero la jurisprudencia suprema lo aceptaba como medio de hacer cesar un estado de procesamiento por hecho no tipificado como delito.

La excepción de naturaleza de acción llena este vacío y en adelante todo inculpado que considere que el hecho que se le

imputó por su naturaleza civil, administrativa, etc., no presenta ilicitud penal, puede deducir esta excepción como medio legal destinado a cortar la instrucción.

Al definir esta excepción, el D. Leg. 126, modificatorio del art. 5º, declara que procede deducir “La Excepción de Naturaleza de Acción cuando el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente”.

En estos casos la acción no puede ser promovida porque el hecho no está tipificado como delito en la ley penal o su contenido es preponderantemente no penal. Constituyen obstáculos a la promoción o al ejercicio de la acción penal, que a su vez extinguen la pretensión punitiva.

Son dos las situaciones que permiten la interposición de esta excepción:

1. – Que el hecho no se encuentre calificado de delito en el Código Penal. En virtud del principio de la legalidad, si no está tipificado como delito en la ley de la materia, el hecho no es punible. En tal caso procede deducir esta excepción. Como en el régimen del Código no se menciona la excepción de Naturaleza de Acción, la Suprema establece que debía interponerse la de Naturaleza de Juicio. La jurisprudencia decía: si el hecho no está previsto como delito en el Código Penal (R.J.P. 1969, p. 1516); o cuando no se dan los presupuestos constitutivos del delito, materia del juzgamiento (R.J.P. 1970, p. 614) lo procedente es interponer la excepción respectiva, en ese entonces Naturaleza de Juicio y hoy Naturaleza de Acción.

En virtud del Principio de la Legalidad, si se sigue instrucción por hecho no previsto en el C.P., lo procesal es deducir la excepción de naturaleza de acción. En este sentido tiene vigencia la jurisprudencia suprema antes citada.

2. – Que el hecho no sea justiciable penalmente.

Esta situación es frecuente en los delitos contra el patrimonio, en los cuales la relación vinculatoria es de contenido económico y es fácil considerar que tiene carácter delictuoso, siendo así que solo reviste ilicitud civil.

La Corte Suprema ha deslindado el campo de aplicación de esta excepción. En un caso de usurpación en el cual

existía apoderamiento de bien ajeno mediante violencia, la Corte Suprema consideró que aunque el contenido era de naturaleza civil, sin embargo el uso de la violencia le confería delictuosidad y calificó el hecho de delito (R.T. 1938, p. 420).

Como norma general, la Corte declara que cuando no está determinado el carácter delictuoso del hecho denunciado, lo procesal era esclarecido previamente en vía no penal (R.J.P. 1950, p. 154).

La jurisprudencia suprema se pronuncia de modo uniforme en el sentido que la falta de materia justiciable penalmente, constituye fundamento para amparar la excepción de Naturaleza de Juicio — hoy es Naturaleza de Acción— (R.J.P. 1954, p. 37) Reitera esta orientación al declarar que cuando el hecho denunciado es consecuencia de lo resuelto en el orden civil, no constituye delito, por no ser justiciable (R.J.P. 1954, p. 1125).

Cuando se encuentra pendiente una liquidación en juicio de cuentas, en el que intervienen denunciante y denunciado, no procede la acción penal (R.J.P. 1950, p. 195). Si el hecho es incumplimiento de un contrato comercial (R.J.P. 1954, p. 1626) o de un contrato con la Administración (R.J.P. 1958, p. 764), tampoco es justiciable penalmente.

Finalmente la Corte declara si se formula tacha de nulidad y falsedad de una letra de cambio, en juicio ejecutivo, tal tacha no constituye ilícito penal, pues es el ejercicio de una facultad legal que confiere el art. 663 C.P.P. (R.J.P. 1972, p. 375).

En todos estos casos, la Suprema amparó la excepción de Naturaleza de Juicio que se deducía, considerando que la ley no contemplaba la de Naturaleza de Acción. Incorporada esta última en el ordenamiento procesal, hoy es procedente interponerla y en ese sentido tienen actualidad las ejecutorias supremas mencionadas.

### **c) Cosa juzgada**

Sanciona la autoridad de la cosa juzgada e impide nueva denuncia sobre lo ya resuelto por la justicia ordinaria: Es nueva denuncia sobre lo que ha sido materia de sentencia judicial

anterior. Entonces decimos que existe **cosa juzgada** y sobre ello no puede iniciarse nueva instrucción.

La excepción de Cosa Juzgada funciona en dos casos:

- 1º Que exista una sentencia anterior en la que “el delito y la persona del encausado sean idénticos a los que fueron objeto de una instrucción anterior a la que se puso término a mérito de una resolución ejecutoriada” (R.J.P., 1950, p. 620; Boletín C.S. N° 3, p. 168). Siendo distintos los hechos, no hay Cosa Juzgada (R.J.P., 1970, p. 1237).
- 2º Que el hecho que se denuncie como delito, haya sido calificado como lícito en proceso civil anterior. Una ejecutoria declara: “Para que exista cosa juzgada es requisito indispensable que la sentencia ejecutoriada dictada en el proceso civil declare lícito el hecho que más tarde sirve de fundamento al proceso penal. No habiendo tal declaración, no se produce el hecho constitutivo de la excepción de cosa juzgada” (A.J., 1959, p. 155; R.J.P., 1960, p. 610). La sentencia civil constituye cosa juzgada y no procede iniciar proceso penal.

Cuando el agraviado se constituye como parte civil, lo resuelto en la sentencia penal constituye cosa juzgada, impidiéndole iniciar acción civil ante el Juzgado de Primera Instancia para cobrar la indemnización por el accidente sufrido (A.J., 1931, p. 11).

“La excepción de Cosa Juzgada tiene igual tratamiento y efecto judicial que la de prescripción. Consecuentemente opera en la misma forma por lo que puede ser deducida en cualquier estado de la causa, incluso ante la Corte Suprema” (R.J.P., 1968, p. 619)

Debemos establecer las diferencias en las resoluciones judiciales: providencia, auto y sentencia. Dejemos la primera que tiene eficacia únicamente para adelantar la marcha del proceso. Veamos las siguientes:

La sentencia es el medio ordinario de dar término a la pretensión punitiva del Estado, mediante el proceso penal. Es la conclusión del proceso instaurado contra determinada persona a quien se ha imputado la comisión de un hecho calificado de delito por la ley penal. Su consecuencia legal es que produce la **Cosa**

**Juzgada** con relación al delito que fue materia de la investigación y a la persona inculpada de su comisión.

Contra la sentencia se puede hacer valer el recurso impugnatorio que señala la ley. Cuando no se ha hecho valer dicho recurso, bien sea por renuncia expresa o por haber dejado transcurrir el término sin interponerlo, entonces la sentencia ha quedado firme, constituyendo Cosa Juzgada.

También puede ocurrir que el recurso fue amparado y la sentencia ha sido revisada por el superior jerárquico, confirmándose en sus extremos. Entonces dicha sentencia constituye Cosa Juzgada.

La sentencia que tiene la categoría de Cosa Juzgada es inimpugnabile, inmutable y coercible. Es decir, no puede ser impugnada ante ningún tribunal de justicia. La inmutabilidad significa que no puede ser cambiada en ninguno de sus extremos, o sea es inalterable. La última nota es su coerción: debe ser ejecutada en lo que manda o dispone. La sentencia que es cosa juzgada no puede ser cambiada ni alterada por ningún motivo ni concepto. Si contiene error, es insanable. Sin embargo como excepción existe el Recurso de Revisión que permite volver a examinar una sentencia firme. Constituyendo excepción que altera el principio de la inmutabilidad de las sentencias, está sujeto a determinados requisitos. Para su estudio nos remitimos al Cap. XXVIII.

Existen otros medios no ordinarios destinados a dar término al proceso penal. Son los autos que resuelven excepciones, cortan el juicio por matrimonio o muerte. Estos autos, una vez que han quedado firmes tienen las mismas consecuencias procesales que la sentencia y constituyen **Cosa Juzgada**.

Situación especial presenta el auto del Juzgado cuando declara que no procede abrir instrucción y es elevado en consulta al Superior. ¿Aprobado por el Tribunal Correccional, constituye Cosa Juzgada? No, cuando con posterioridad se presentan nuevas pruebas que destruyen los fundamentos de la resolución. Si estas nuevas pruebas, con nueva denuncia, a pesar de referirse al mismo hecho sobre el cual recayó resolución judicial se presentan al Juzgado, es procesal amparar la nueva denuncia y mandar abrir instrucción. En otras palabras,

el auto que desestima una denuncia, aunque esté aprobado por el Tribunal Correccional, nunca se convierte en cosa juzgada.

Es la doctrina establecida por la Corte Suprema en una ejecutoria de 1943, que dice así: "El auto de no haber lugar a instrucción, no puede, por su propia naturaleza, producir los efectos de cosa juzgada frente a la verosimilitud de los hechos o modalidades que aparezcan en una nueva denuncia". (A.J., 1943, p. 110)

Es decir, el auto que deniega la apertura de instrucción nunca se convierte en cosa juzgada, y siempre existe la posibilidad de que, con nueva prueba, se presente nueva denuncia. Lo único que puede impedirlo es que trascurra el término de la prescripción de la acción penal. Vencido este plazo, ya no puede denunciarse el mismo hecho. Ello no es debido a la cosa juzgada, sino a la prescripción de la acción.

Debemos distinguir entre el auto que declara no haber lugar a la apertura de instrucción y el de la improcedencia del juicio oral. Este último constituye cosa juzgada y la Corte declara en 1947: "Es antiprocesal que en la sentencia se mande abrir instrucción contra aquella persona en cuyo favor se declaró anteriormente que no procedía el juicio oral" (R.J.P. 1947, p. 488).

Ambas ejecutorias se completan y precisan esta doctrina: si el único elemento de la imputación reside en el texto de la denuncia, el auto que la desestima no es cosa Juzgada. Más tarde puede presentarse nueva denuncia sobre el mismo hecho y si acompaña pruebas de lo que se afirma, debe ser amparado por el Juzgado. En cambio, el auto del Tribunal que apreciando la prueba actuada, declara que no procede pasar a juicio oral, constituye cosa juzgada, pues se han apreciado las pruebas reunidas en la instrucción. La seguridad jurídica impone que esta última resolución tenga certeza, no así la primera que puede ser modificada si las nuevas pruebas así lo comprueban.

El art. 3º del D.L. 19962 que permitía reabrir procesos fenecidos ha sido derogado acertadamente por el art. 2º del D. Leg. 126, que restablece en su plenitud los alcances de la prescripción.

**d) Amnistía**

Amnistía es palabra de origen griego que significa perdón. Es el olvido de delitos generalmente políticos y los comunes conexos con ellos. Proviene de amnesia, que es pérdida de la memoria. Da por no ocurrido los hechos considerados delictivos y por no existente la culpabilidad de sus autores.

Debemos diferenciar Amnistía, que es olvido, del Indulto, que es perdón.

En la Amnistía el delito queda borrado y desaparecen sus antecedentes. Es de carácter general y se refiere a determinado hecho considerado delictuoso: Tiene efectos en cuanto al pasado; borra todo lo ocurrido, el delito desaparece y el presunto responsable resulta libre de todo cargo o responsabilidad. Dictada la amnistía, lo anterior desaparece y se extingue la acción penal emanada de esos hechos. Tiene como fundamento una ley y no se refiere a personas, sino a hechos. Es acto de conciliación, de carácter político.

El Indulto es personal. Es perdón que se otorga a una persona condenada o por lo menos procesada, la cual queda libre de los cargos que se le formulaban. Los cargos no desaparecen sino es la persona quien queda libre de responsabilidad. El indulto tiene carácter personal y siempre se refiere a determinada persona. Supone condena o por lo menos estado de procesamiento. No se indulta a los responsables de un acontecer, sino a quienes están inculcados de ser autores. En el indulto se reconoce el hecho como delictuoso pero se perdona a su autor. Su concesión no exige ley, es mediante resolución administrativa conmemorando festividades nacionales. Los hechos que motivaron la sentencia o el enjuiciamiento no desaparecen, sino que son perdonados.

El Código Penal, en el art. 126 declara: "La Amnistía suprime legalmente el hecho punible e implica silencio perpetuo respecto a él. El indulto suprime la represión del hecho punible".

En ambos casos subsiste la obligación de reparar el daño, permitiéndose las acciones civiles indemnizatorias. El agraviado no puede perjudicarse con medidas del poder político dictadas con finalidad política o de celebraciones de igual carácter.

El D. Leg. 126 al admitir este medio de defensa declara: "La excepción de Amnistía procede en razón de la Ley que se refiere al delito objeto del proceso". Requiere que exista ley que



concretamente declare no punible el hecho y por consiguiente perdone a sus autores.

Desde el punto de vista procesal, esta excepción puede interponerse en instrucción seguida por delito comprendido en anterior ley de amnistía; o cuando, iniciada la instrucción; se dicta una ley amnistiando los hechos delictuosos que motivaron la denuncia. En ambos casos, con el solo mérito de la ley referida, el juez debe declarar procedente la excepción y cortar el proceso, dejando a salvo el derecho del agraviado para hacerlo valer en la vía civil.

#### **e) Prescripción**

El discurrir del tiempo influye en todos los actos de la vida de relación, creando, modificando y extinguiendo derechos.

De dos maneras influye el tiempo en el derecho: liberando de obligaciones y/o generando derechos. La primera – prescripción extintiva – es la que encontramos en materia penal bajo dos formas: prescripción de la acción penal y prescripción de la pena, ambas reguladas en el Código Penal.

La excepción de prescripción se deduce para anular la instrucción que se está llevando a cabo; es argumento de defensa del procesado frente a la imputación.

La prescripción tiene su fundamento en el derecho positivo y los plazos los señala el Código. Obedece a la necesidad social de que alguna vez termine la incertidumbre que sigue ante la no sanción de un delito.

La declaración de prescripción comprende a todos los procesados por el mismo delito, sin necesidad de que la hayan o no deducido. Se fundamenta en el hecho de que lo denunciado como delito ha prescrito y el proceso destinado a sancionarlo, carece de sustentación.

La declaración de prescripción comprende a todos los Inculpados que se encuentren en idéntica situación procesal; no los ampara en caso contrario. Por ejemplo, si es declarada a favor de un procesado por ser menor de edad, esta declaración no comprende a los enjuiciados mayores de edad.

Es un derecho al cual no se puede renunciar. Transcurrido el término de prescripción que señala la ley penal, ella opera de



inmediato y la declaración se produce de oficio por el juez, no es necesario que el interesado esté presente ni que la pida. Es suficiente el transcurso del tiempo para que opere: “Transcurrido el término de la prescripción de la acción penal, el Tribunal carece de jurisdicción para continuar el juzgamiento” (A.J. 1944, pág. 181).

En cuanto a la oportunidad procesal para declarar la prescripción, han existido dos corrientes jurisprudenciales: una opinaba en el sentido que tratándose de penas alternativas – que era la gran mayoría de delitos – solamente en la audiencia podía declararse la prescripción. Otra consideraba que si en la instrucción existían elementos suficientes de juicio, el Tribunal podía ampararla sin necesidad de ir a la audiencia. Ambas contaban con numerosas ejecutorias.

El D. Leg. 121 al modificar el art. 119 C.P. ha agregado un apartado más, que dice:

*“Cuando la ley castigue un delito con penas alternativas, el plazo para la prescripción solo se computará en el acto del juzgamiento, al apreciarse las circunstancias del delito”.*

En esta forma la ley ha resuelto esta abundante y contradictoria jurisprudencia suprema. La razón es que solo en la audiencia pueden apreciarse en su exacta dimensión las circunstancias del delito y el monto de la pena, lo que determina si el hecho se encuentra prescrito o no.

La prescripción comienza a contarse “desde el día en que se cometió el delito o, si fuere continuo, desde el día en que concluyó” dice la ley penal. La realización del delito marca el inicio de la prescripción. Se interrumpe por cualquier acto de la instrucción o de la audiencia (art. 121 C.P.) Cada interrupción determina que el plazo comience a correr nuevamente.

Como excepción el Código Penal determina que “la acción penal prescribe en todo caso, cuando la duración del término ordinario de prescripción sobrepasa en una mitad”. (Art. 121 segunda parte) Es el caso de las instrucciones en trámite, en que exista interrupción por los actos de la instrucción o del juzgamiento. Siempre funciona la prescripción pero con mayor término: requiere el trascurso del plazo de ley más una mitad para que opere plenamente en sus efectos extintivos.

## 8. — Tramitación de cuestiones y excepciones

Dada la importancia que tiene para el estudio del procedimiento, el conocer y diferenciar con precisión la tramitación de cada uno de estos medios de defensa, creemos conveniente reunir en un solo capítulo las ideas antes expuestas, precisando más aún los conceptos.

Tienen en común el ser argumentos de defensa, que se resuelven por el Juez y pueden ser apeladas ante el Tribunal.

Las Previas se presentan ante el juez y sin formar cuaderno aparte son resueltas por el Instructor. Es incidencia referente al cumplimiento de un requisito de procedibilidad que no requiere trámite alguno. De declararse fundada se da “por no presentada la denuncia”, dice el D. Leg. 126. Ello no impide que más tarde, cumplida la exigencia, pueda ser nuevamente presentada la denuncia relativa al mismo hecho.

Las Prejudiciales y las Excepciones requieren tramitación en cuaderno aparte, teniendo consecuencias distintas.

Las Cuestiones Prejudiciales se deducen ante el Instructor pidiéndole remita la cuestión a conocimiento de juez no penal. Requiere resolución del Instructor suspendiendo la investigación y remitiendo el cuaderno al juez no penal, quien debe resolver sobre el carácter delictuoso del hecho imputado. La Ley exige que se forme cuaderno separado y en él recaen las resoluciones judiciales dictadas por el juez penal y el no penal. La consecuencia de declararse fundada la prejudicial es suspender el proceso penal hasta que se dicte resolución por el juez no penal. Si el hecho es declarado lícito en la vía civil, no puede constituir delito y menos investigarse en la vía penal. La resolución civil tiene, pues, efecto vinculatorio sobre el proceso penal.

La Excepción también requiere cuaderno aparte, pero la consecuencia de declararse fundada, es que “se dará por fenecido el proceso y se mandará archivar definitivamente la causa”.

El incidente se forma con el recurso que deduce la cuestión o excepción y la resolución del juzgado, agregándose copia de las piezas pertinentes.

El término probatorio es de ocho días y se admiten las pruebas relativas a la cuestión o excepción deducida. De lo que resuelva el Juzgado procede recurso de apelación. Contra lo

resuelto por el Tribunal la ley no admite recurso de nulidad. Se ha cumplido con la regla de la doble instancia, y el cuaderno termina con la resolución superior.

En todos los incidentes, la resolución corre a cargo del Instructor. En la L.O.P.J. se concede al Juez Instructor la facultad de fallo en querellas, más tarde se le amplía para expedir sentencia en los procesos sumarios y el D.L. 21895, así como le encarga el D. Leg. 126 resolver cuestiones y Excepciones. El juez en lo penal que desde 1920 es instructor, desde 1962, además dicta sentencia de determinados delitos y resuelve las incidencias deducidas en los procesos sumarios y ordinarios.

La oportunidad para deducir cuestiones prejudiciales y excepciones es diferente para la ley. Las cuestiones pueden deducirse después de prestada la instructiva hasta la remisión de los autos al Fiscal Provincial. Después se considera como argumento de defensa y es resuelta en la sentencia. El Código de 1940 no indicaba la oportunidad, pero la jurisprudencia suprema había establecido que podría deducirse durante el período investigador (A.J., 1943, págs. 43 y 155) y aun antes de iniciado el juicio oral (A.J., 1951, p. 135). La resolución podía ser inmediata —se trataba de prescripción— o reservarse para la sentencia, en los demás casos (R.J.P., 1960, p. 483; y 1969, p. 48). La idea era evitar que estas articulaciones impidieran la realización del juicio oral. Era norma general que estando señalado el día y hora para audiencia, todo se consideraba argumento de defensa y su resolución se reservaba para la sentencia (R.T., 1944, p. 313).

La ley al hablar de las excepciones no menciona la obligación de haber rendido previamente la instructiva —lo que sí hace al ocuparse de las prejudiciales—. Pero es indudable que también es necesario haber declarado antes y si ignora el contenido de la denuncia, mal puede defenderse de lo que no conoce. La Suprema ha establecido que para deducir excepciones, es necesario haber prestado la instructiva (R.J.P. 1951, p. 1535). El D. Leg. 126 dice que “las excepciones pueden deducirse en cualquier estado del juicio”. ¿Eso significa que sin rendir su instructiva, puedan deducirse medios de defensa? No. Nadie puede defenderse de lo que no conoce. Esta declaración de la ley quiere decir que en cualquier estado de la investigación pueden ser deducidas, aun en la audiencia o en la Suprema. Pero siempre requiere previamente la declaración del inculpaado.

En cuanto al plazo para la tramitación de este incidente, el D.L. 21895 al modificar el art. 90 señala plazos perentorios para emitir dictamen y expedir resolución. El D. Leg. 126 ha modificado este mismo art. 90 y solo indica un plazo: el de ocho días para el término probatorio. Es una lástima esta supresión de los otros plazos señalados en el D. Ley 21895, pues ellos obligaban la pronta tramitación y resolución de los incidentes.

En cuanto al pedido de palabra, creemos que se mantiene la obligación de que si la defensa pide informar oralmente, debe ser citado. Mantiene su vigencia una ejecutoria de 1966, que establece que tanto el inculpado como la parte civil pueden pedir que sus defensores informen oralmente ante el Juez o Tribunal; si no fueren citados, la resolución es nula (R.J.P., 1966, p. 1371).

En la anterior legislación las excepciones, excepto la prescripción, requerían ser deducidas por el interesado. El D. Leg. 126 introduce una innovación: "Las excepciones pueden deducirse en cualquier estado del juicio y pueden ser resueltas de oficio por el Juez".

Siendo el proceso de oficio y con el fin de establecer la verdad legal mediante las pruebas reunidas en la instrucción, es indudable que todo aquello que contribuya a alcanzarla o afecten el resultado de la investigación como es la amnistía o la prescripción, pueden ser ordenadas de oficio por el juez, sin necesidad de que sea planteado por el interesado, quien por ignorancia o negligencia puede no hacerlo y seguirse un proceso nulo.

En sus resultados, la ley señala una diferencia: si se declara fundada la excepción de naturaleza de juicio, la consecuencia es que se regulariza el procedimiento que corresponda. En las demás excepciones el resultado es dar por concluido definitivamente el proceso. Esta resolución produce cosa juzgada con relación a la denuncia que motivó la instrucción.

El planteamiento de la excepción, como medio de defensa, debe ser preciso. La Corte Suprema ha declarado que no puede resolverse como excepción lo que se dedujo como cuestión prejudicial (Bol. C.S. 1972 I, p. 50).

En esta forma la misma Corte enmienda — creemos que con acierto — una anterior ejecutoria que autoriza al juez a resolver como excepción si equivocadamente había sido planteada como cuestión prejudicial.

### **9. – Efectos procesales.**

De declararse fundada la Cuestión Previa, extingue la acción penal, pero no impide que más tarde, salvado el requisito antes omitido, pueda presentarse nueva denuncia y entonces ser amparada.

La Cuestión Prejudicial, declarada fundada, suspende el procedimiento penal, mientras se establece el carácter del acto. La suspensión de la instrucción dura lo que demora en resolverse el asunto no penal, de manera que cuando el Juzgado de Primera Instancia sentencia, lo que allí se declare tiene eficacia en la vía penal y según lo resuelto, puede o no reiniciarse la instrucción.

En cambio lo que resuelva la Excepción tiene efectos generales, impidiendo que se reabra el proceso y produce cosa juzgada. Mientras la Prejudicial suspende el procedimiento, la Excepción lo anula pues resuelve sobre el fondo de la denuncia, bien sea que continúe – caso de infundada – o disponiendo su archivamiento – caso de declararse fundada – .

## CAPÍTULO IV

### JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

*1. – Competencia de los jueces. 2. – Caso especial de muerte violenta ocurrida en barco, avión o ferrocarril. 3. – Competencia por cuantía. 4. – Conexión de causa. 5. – Transferencia de jurisdicción.*

#### **1. – Competencia de los jueces**

La Competencia –objetivamente considerada– es el ámbito dentro del cual el Juez tiene y puede ejercer válidamente la jurisdicción. En el aspecto subjetivo, es el poder-deber del Juez que lo habilita y lo obliga a ejercitar la jurisdicción que le es propia, con relación a determinado caso penal. Juez competente es el Juez investido de jurisdicción en lo penal.

**La Jurisdicción** está íntimamente vinculada a la competencia y por eso en el lenguaje común a menudo se usa un vocablo por otro, pero son diferentes. La Jurisdicción es el género y la Competencia la especie; todos los jueces tienen jurisdicción, pero no todos poseen competencia. La competencia es la medida de la jurisdicción. El Juez no puede conocer de cualquier cuestión. Su competencia está limitada por varias circunstancias: v.g. gravedad del delito, cuantía de lo robado, lugar donde se cometió el delito, fecha de su comisión que determina el turno del Juzgado, etc.

Lo ideal sería que solo hubiera un Juez y un Tribunal juzgador para que existiera un solo criterio y la jurisprudencia fuera uniforme. Pero es materialmente imposible por las grandes distancias y el volumen de trabajo. Entonces el Estado aplicando el criterio de la división del trabajo al campo judicial, se ha visto obligado a encausar el ejercicio de la potestad jurisdiccional dentro de ciertos límites, reglamentando la competencia de cada categoría de jueces y aun los del mismo rango. Para administrar justicia válidamente, no basta tener jurisdicción, es necesario tener competencia, no solo por razón de la materia, sino también la territorial y la del turno.

Existen tres órdenes de competencia: por razón de la materia; por razón del territorio; y, por razón de la función. Cuando hay varios juzgados, aparece un cuarto orden: por razón del tiempo, o sea, los turnos.

La competencia por razón de la materia es rígida, porque se funda en una garantía de justicia. Cuando hay jueces para asuntos civiles, de trabajo, de menores y en lo penal, no puede demandarse cantidad de soles en un juzgado de instrucción ni denunciar la comisión de un delito ante el juzgado de menores.

En las provincias en que solo hay un Juez de Primera Instancia, éste conoce de los asuntos civiles, laborales y penales. Es un caso en que la competencia coincide con la jurisdicción. La competencia por razón de materia debe observarse rígidamente, bajo sanción de nulidad de todo lo actuado en juzgado incompetente.

La competencia territorial no tiene la rigidez de la materia. Ofrece mayor flexibilidad porque atañe a intereses secundarios, más formales que sustanciales. Eso explica que la investigación seguida ante juzgado en cuyos límites geográficos existía error o cuando se ignoraba la sede del delito, sea válida pero obliga a remitirla al juzgado que corresponde. En cambio no ocurre lo mismo con la competencia de materia, pues una instrucción seguida ante juzgado civil es absolutamente nula.

La competencia por razón de la función proviene de la existencia de la jurisdicción privativa. De causas seguidas ante fueros privativos, no pueden actuarse diligencias ante el Juzgado de instrucción. La incompetencia de este último es absoluta, siendo nulo lo actuado.

La competencia derivada de los turnos tiene, como razón establecer un rol de trabajo en los Juzgados de Instrucción. El turno judicial obedece a la necesidad de distribuir equitativamente entre los juzgados, las denuncias que se formulan diariamente, cuya mayoría se convertirán en instrucciones. Cumple una función secundaria y subordinada, pero importante para la buena distribución del trabajo judicial. Como en el caso de la territorial, es flexible y la aceptación de las partes convalida su inobservancia, sin determinar la nulidad de las diligencias actuadas. No se viola ninguna garantía de justicia porque todos son juzgados de la misma materia y ofrecen iguales garantías de preparación e imparcialidad.

### **Cómo se determina la competencia**

En el proceso penal pueden promoverse de oficio cuestiones de competencia. Al juez corresponde examinar su propia competencia y solo entonces podrá actuar. Si se considera incompetente, deberá remitir la denuncia o instrucción –si el descubrimiento del impedimento fuere estando en trámite la instrucción–, al juzgado que corresponda. Si sabe que en otro juzgado se sigue instrucción que debe ser acumulada a una causa seguida en su despacho, deberá pedirla para los efectos de la acumulación. Lo que no puede el juez es inhibirse de oficio y la razón es clara: existiendo términos fijos para concluir el proceso, no puede dilatarlo ni dejar que se pierdan las huellas por excusa o inhibiciones no pedidas.

La competencia del juez queda sustraída a la libre disposición de las partes. La ley señala criterios para fijarla y ellos son de obligada observancia. No cabe pues hablar de sumisión de las partes, expresa o tácita. Gómez Orbaneja afirma que los criterios para delimitar la competencia son absolutos “en el sentido de que quedan sustraídos al poder dispositivo de los sujetos del proceso.”<sup>6</sup>

Para determinar la competencia de los jueces por razón del territorio, tratándose de magistrados de la misma jerarquía, el art. 19º establece cuatro reglas para su aplicación correlativa, es decir, la segunda en defecto de la primera, la tercera cuando no pueden aplicarse ninguna de las anteriores y se recurrirá a la cuarta cuando no sea dable aplicar las precedentes.

---

6 Derecho Procesal Penal, p. 34.



Domingo García Rada

Estas reglas solo funcionan cuando se presentan contiendas de competencia, nunca de oficio. “El juez instructor que investiga un delito, no está facultado para inhibirse de su conocimiento, invocando el art. 19º porque este precepto solo es aplicable cuando se suscita competencia jurisdiccional, entre jueces que instruyen simultáneamente sobre un mismo delito”. (R.J.P., 1946, pág. 563; 1947, pág. 562, A.J. 1947, p. 369)

Esto explica que entre las causas de inhibición no se encuentra la “sede del delito”. La razón es clara: el negarse un juez de conocer la comisión de un delito contribuiría a la impunidad pues la demora permitiría la desaparición de las huellas de su comisión, y éstas requieren ser apreciadas inmediatamente.

La competencia del juzgado determina la del Tribunal Correccional que en su oportunidad, juzgará al responsable. (A.J., 1965, p. 271)

Aunque el inculpado solicite al Juez que promueva la competencia, éste no puede hacerlo, porque el inculpado no escoge juez. La Corte Suprema dice:

*“La competencia en materia penal solo surge cuando ante dos jueces se sigue instrucción contra el mismo inculpado; si no se sigue instrucción, el juez no puede promover contienda, aunque lo solicite el inculpado”. (A.J. 1960, p. 144. A.J. 1947, p. 369)*

Las reglas establecidas en la ley no afectan la jurisdicción, pero reducen la competencia del instructor para que la ejerza en ámbito menor.

Examinemos ahora el art. 19 que establece la forma de determinar la competencia de los jueces.

**Inc. 1º.— Sede del delito. Entiéndese por sede, el lugar donde se cometió el delito.**

En algunos delitos, como es el caso del homicidio, lesiones, etc. es fácil señalar el lugar de su comisión y no ofrece problema establecer cuál es el juez competente, puesto que se conoce la sede del delito. Cuando se encuentra un cadáver flotando en el mar o al costado de una carretera, debe considerarse como sede, en el primer caso el lugar donde el mar lo varó y en el segundo, el mismo sitio de su hallazgo. Esto prevalece hasta que se acredite que la muerte ocurrió en otro lugar o que el cadáver

fue arrastrado por la corriente o por persona alguna. Establecido el lugar de su comisión, adquiere competencia el juez del recién ubicado sitio y el que conocía antes deberá enviarle el proceso.

La proximidad con la comisión del delito facilita la ubicación de la sede, pues el transcurso del tiempo conspira contra este propósito.

Determinar el lugar del delito tiene importancia: allí se encuentran las huellas de su comisión y ellas determinan la forma de su verificación; allí están los testigos presenciales que aportarán datos para la justicia; es posible encontrar el instrumento del delito. La reconstrucción establecerá la forma y circunstancia de cómo se ejecutó y qué participación ha tenido el autor. Estos datos son preciosos para establecer la forma de realización y la participación del presunto responsable. La jurisprudencia ha declarado: "El juez del lugar donde se realizó el delito, es el competente para juzgar al reo". (A.J., 1954, p. 167 y R.J.P. 1964, p. 462)

Es difícil señalar la sede del delito cuando se trata de delito a distancia, delitos con varios autores que tienen diverso grado de participación, delitos con pluralidad de actos de ejecución. Asimismo presentan problemas los casos de tentativa en donde la infracción existe sin necesidad de consumación.

La sede del delito es problema que deberá ser fijado en el proceso. Lo hará el juzgado al determinar la competencia; en las pruebas deberá indicarse el lugar donde se cometió el delito. Para descubrir si el hecho es delito, el juez tendrá que ubicar el lugar de su comisión.

Si no se puede establecer la "sede del delito", la ley nos ofrece otra regla, que es subsidiaria de la primera; se aplica cuando se ignora el lugar de realización.

**Inciso 2º.**— El lugar donde se encuentren las huellas materiales del delito.

Ignorándose la sede del evento criminal, tiene que recurrirse al sitio en que se descubran las huellas materiales de su comisión. Para reconstruir el delito, establecer su modalidad, reunir pruebas y determinar la participación y responsabilidad de su autor, son importantes los elementos materiales de que se ha valido el delincuente para cometer el delito. El hallazgo de tales elementos materiales hacen presumir que en ese lugar se cometió el delito o en alguno cercano. Es el comienzo

para descubrir la verdad legal. Estos elementos materiales contribuyen a establecer la forma y circunstancias de la comisión del hecho y pueden orientar acerca de la perpetración del hecho, su preparación anterior, la forma como actuó, etc.

Servirán al juez para descubrir cómo se realizaron los hechos, ubicar testigos y una posterior reconstrucción. Todo lo cual contribuirá a determinar el grado exacto de responsabilidad del acusado.

**Inciso 3º.** — El lugar donde ha sido arrestado el inculpado.

Aquí nos encontramos ante una realidad: la detención del presunto responsable. El juez aún ignora dónde ocurrió el hecho y no ha encontrado los elementos materiales. Pero el arresto del sindicado como autor llena un enorme vacío y esta medida sirve para determinar la competencia del juez.

El juez que ordena la detención adquiere competencia provisional. En los casos de los incisos 2º, 3º y 4º el juez mantiene su competencia mientras no se den otras pruebas que acrediten que el delito ocurrió en lugar diferente. Quedando acreditada la sede del delito, el juez del lugar —que puede ser el de la detención— adquiere competencia.

Detenido el presunto autor, el juzgado puede establecer quién es la víctima —si fuere persona desconocida hasta ese momento—, la forma como ocurrieron los hechos, instrumentos empleados, motivación y circunstancias del crimen, etc. También puede encontrar los coautores y cómplices, si los hubiere.

**Inciso 4º.** — El domicilio del inculpado.

No habiendo sido descubierta la sede, detenido el autor ni hallados los medios materiales de la comisión del hecho, la ley suponiendo que se conozca la identidad del autor, señala como juez, al de su domicilio.

El lugar donde habitualmente reside una persona, aporta datos sobre ésta, los que el juzgador deberá tener presente, conforme lo dispone el art. 51º del C.P.

Los amigos y parientes del inculpado pueden ofrecer noticias de calidad sobre la persona, temperamento, aspectos sociales, móviles del delito, etc. Quizás puedan decir algo sobre la víctima y la forma como ocurrieron los hechos.

## **2. – Caso especial de muerte violenta ocurrida en barco, avión o ferrocarril**

El Código, en el Título de Diligencias Especiales, considera el caso de los delitos ocurridos en barcos, aviones y trenes. La ubicación de estas normas es en el capítulo de la competencia de los jueces, conforme lo considera el Proyecto de Código. Por ello lo estudiamos a continuación.

Cuando se comete un delito en líneas férreas, aviones o barcos, se alteran las reglas de la competencia.

En estos casos al capitán del barco, de la aeronave o al conductor del tren, corresponde dictar las primeras providencias: detención del presunto responsable, sentar acta de lo ocurrido, recibir las declaraciones de quienes presenciaron el hecho y de aquel a quien se imputa la autoría. Es decir, recoger lo relacionado con el delito actuando las diligencias de carácter impostergable y entregar todo – presunto responsable, acta, declaraciones e instrumentos – a la autoridad política del lugar de arribo. En el caso de barco se deberá ordenar la autopsia del fallecido, a fin de establecer la causa de la muerte.

Altera las reglas de la competencia porque no instruye el Juez del lugar o zona donde ocurrió el evento, sino aquel a quien la autoridad política que recibe el atestado, lo entregue. No respeta la llamada “sede del delito” como elemento determinante de la competencia judicial.

El atestado levantado con motivo de este hecho, así como los instrumentos y la persona detenida, lo entrega el capitán del barco, o aeronave, o conductor del tren, a la autoridad política del lugar a donde llegue en primer término. En todo puerto de mar, de río o de lago, estación ferroviaria o aeropuerto existe una autoridad política que recibe el atestado. No se puede pedir a esta autoridad que se traslade a la capital de la provincia porque se le obligaría a dejar cerrado el puesto respectivo. La capital puede quedar distante y con malos caminos, el viaje demoraría varios días. Durante todo este tiempo, el local permanecería cerrado y sin atención de los asuntos que se presentan.

El Código establece que la policía que recibe el atestado, lo “ponga a disposición del juez competente, que lo será el primero a quien sea posible denunciar el delito” (art. 193).

Domingo García Rada

Pero como la L.O.M.P. establece que el Fiscal Provincial como titular de la acción penal, está encargado de formular las demandas penales, este art. 193 debe entenderse en el sentido que la policía remitirá el atestado al Fiscal Provincial más cercano, que es a quien corresponde denunciar el hecho al Juez Instructor. La sede del Ministerio Público y el Juez puede o no coincidir con la sede del delito, pero no es necesario, pues se trata de un caso especial no comprendido en el art. 19.

Si la autopsia del fallecido acredita que la muerte ha ocurrido por causa natural, siempre se levantará el atestado y se entregará a la autoridad política, pero sin detenido. El protocolo acredita que no existe delictuosidad en esta muerte.

El Juez Instructor recibirá el atestado del Fiscal Provincial y lo considerará como denuncia para los efectos legales, y más tarde llamará a los testigos cuya declaración sea necesaria.

### **3.— Competencia por cuantía**

Las faltas son cuantitativamente diferentes de los delitos. Tienen su misma naturaleza pero revisten menos gravedad. Existen otras que no atentan contra determinado bien jurídico, pero constituyen infracción de las reglas de policía dictadas por la Administración. Los primeros son delitos en miniatura; las segundas son infracciones administrativas.

Las faltas carecen de la gravedad y trascendencia del delito y no constituyen peligro social. La infracción no conlleva reprobación ética, pues es desobediencia a las reglas de utilidad colectiva; se sanciona porque constituye peligro para la tranquilidad pública y afecta a una norma de policía, pero no es atentado contra el derecho ni contra el individuo.

El C.P.P. en el art. 12 señalaba la cuantía de lo que constituía falta. Su texto ha sido cambiado varias veces, aumentando el valor de la especie sustraída en lo referente a faltas contra el patrimonio y precisando mejor lo relativo a faltas contra la salud.

El D. Leg. 121 deroga el art. 1º del 21895 que modificaba el art. 12 y modifica el texto de los arts. 384 y 386 C.P., referentes a faltas contra el patrimonio y contra el cuerpo y la salud. Estas últimas disposiciones, implícitamente, reforman el art. 12 y en adelante para calificar un hecho de falta, debemos atenernos a los arts. 384 y 386 del C.P. cambiados por el D. Leg. 121.

El art. 384 se ocupa de las faltas contra la salud y comprende 3 casos:

- a) el que se entrega a las vías de hecho, sin causar daño corporal ni afectar la salud. La sanción es multa de la renta de 2 a 30 días del salario mínimo mensual de la provincia de Lima;
- b) si se causa daño en el cuerpo o la salud que requiera asistencia facultativa o produjere impedimento para el trabajo hasta por diez días, "siempre que no concurren circunstancias que den gravedad al hecho". La sanción es multa de la renta de 10 a 60 días o prisión no mayor de 6 meses;
- c) si se causa daño por negligencia contra el cuerpo o la salud, que requiera asistencia facultativa o produzca impedimento para el trabajo hasta por 15 días, "siempre que no haya infringido un deber impuesto por su función, profesión o industria". La pena es multa de la renta de 10 a 30 días o pena no mayor de 3 meses.

Tratándose de chofer profesional, la negligencia consiste en quehacer defectuoso, descuido o falta de atención en el vehículo que están obligados a conducir.

La negligencia en médicos, farmacéuticos, etc., es también descuido, falta de atención, pocos estudios, etc.

El concepto de levedad está determinado por la jurisprudencia: "Para calificar una lesión de leve, no es suficiente que se denomine leve sino que no cause daño corporal ni incapacidad para el trabajo". (R.T., 1935, p. 394)

La atención médica señala la magnitud de la lesión y la urgencia de su atención. En cambio la incapacidad para el trabajo se traduce en el perjuicio material, económico y personal causado a la víctima. Lo que determina el delito es la gravedad de la lesión que se expresa en atención médica, no en el número de días en que el agraviado quede inhabilitado para sus labores habituales, pues puede estarlo para determinada actividad y no para otra: una fractura impedirá el trabajo si la víctima es chofer o cobrador, pero si desarrolla trabajos de oficina, que no requieren desplazamiento, no se producirá tal inhabilidad.

La incapacidad –impedimento lo llama la ley– es concepto que está relacionado con la actividad diaria del agraviado; en cambio la gravedad se refiere a la lesión en sí, sin ninguna relación con la función o profesión de la persona que la sufre.

Esto explica que los certificados médicos indican un determinado número de días en los cuales la víctima requiere atención médica; y otro –generalmente el doble– señala la incapacidad para el trabajo habitual. Refiriéndonos al ejemplo anterior, una fractura requiere pocas visitas pero muchos días de inmovilidad. No son, pues, conceptos alternativos sino que responden a exigencias diferentes.

En las Infracciones contra el Patrimonio, es aumentada la cuantía, señalándose una suma adecuada al costo de vida. Se mantiene que la sustracción sea extraña a toda grave violencia. Existiendo violencia, siempre hay delito.

El art. 386 C.P. sanciona las faltas contra el patrimonio. Las divide en:

- a) daño a cosa ajena;
- b) aprovechamiento ilegítimo de cosa inmueble total o parcialmente ajena, mediante destreza, astucia o abuso de confianza. El valor del bien sustraído o del daño ocasionado no debe exceder de dos sueldos mínimos vitales para la provincia de Lima.

La sanción en ambos casos –daño y apoderamiento– es pecuniaria: multa de la renta de 2 a 30 días o prisión no mayor de 3 meses. Se exige que “no ocurran circunstancias que den gravedad al hecho”, dice la ley.

Corresponde al juez determinar cuándo se dan estas circunstancias que agravan el hecho. Pueden considerarse entre ellas la violencia, amenaza, extensión del daño, consecuencias próximas y remotas en la salud de la víctima o en su patrimonio, etc.

Habiendo sido derogada la ley que reprimía el abigeato, los robos de animales deben sancionarse como delito contra el patrimonio y según su cuantía serán instruidos por el juez de paz o por el instructor.

Cuando se abre instrucción por delito de robo de ganado, de especies, etc. y en el curso del proceso, previa valorización, se establece que su valor no alcanza a lo que hoy es el mínimo para

constituir delito, entonces el juez remitirá la causa al juzgado de paz respectivo, pero si hubiere prescrito, de oficio declarará la prescripción y el archivamiento de los autos.

#### 4. – Conexión de causas

Como principio general, cada delito origina un proceso. Pero tratándose de delitos conexos, se deroga este principio para establecer que: los delitos conexos se conocen en un solo proceso.

Son delitos conexos – según Prieto Castro –<sup>7</sup>

- 1º – Los cometidos simultáneamente por dos o más personas que se encuentran procesados en juzgados o tribunales diferentes.
- 2º – Los cometidos por dos o más personas, en diferentes lugares o en tiempos diversos, si hubiese precedido concierto entre ellos.
- 3º – Los cometidos como medios para perpetrar otros delitos o para facilitar su ejecución.
- 4º – Los cometidos por la misma persona, si no hubiese sido juzgado.

“Los delitos conexos se comprenderán en un solo proceso” dice Prieto Castro. Es decir, cada delito determina una instrucción, pero como existen motivos que justifiquen tramitarlos juntos, la ley, por economía procesal, dispone seguirlos en una sola instrucción.

Para Leone “hay conexión de procedimientos cuando entre dos o más procedimientos distintos, media un nexo particularmente previsto por la ley que aconseja la reunión o la acumulación de ellos”<sup>8</sup>.

La conexión de causas deroga las reglas de la competencia, pues la ley la ordena cuando existen vínculos, previstos en ella, que determinan la conveniencia de su acumulación. Como requisitos, la doctrina establece que se da conexión cuando:

- a) Existen dos o más procedimientos distintos. Debe entenderse que son distintos cuando “hay instrucciones separadas e imputaciones diversas”.

---

<sup>7</sup> Derecho Procesal Penal de Prieto Castro, p. 72.  
Leone, L, p. 396 del Tratado.



Se debe aclarar que esa exigencia no se refiere a seguir varias instrucciones provenientes de diferentes delitos a la misma persona. Allí procede la acumulación, no es caso de conexión, y ello para evitarse duplicidad de pruebas.

- b) Existencia entre estos procesos, de un vínculo que la ley señala cual es.

El art. 21º establece los casos de conexión.

- 1) “Cuando se imputa a una persona la comisión de varios delitos, aunque cometidos en ocasión y lugar diferentes”. Es la **conexión por identidad de persona**. Siendo uno el autor de varios hechos, deben ser investigados en un solo proceso.

Si las instrucciones se encontraren ante jueces de diferentes categorías o lugar, se acumularán ante el competente para conocer del delito más grave y en caso de duda, el Tribunal señalará al del último delito (art. 20º).

- 2) “Cuando varios individuos aparecen responsables del mismo hecho punible como autores o cómplices”. Es la **conexión por unidad de delito**. La investigación debe ser una para autores y cómplices, puesto que todos han tenido participación en la realización del evento criminal y solo en el juzgamiento se determinará su exacta responsabilidad.

Una ejecutoria declara: “La continencia de la causa no permite que por los mismos hechos se pueden seguir dos instrucciones, ni que las declaraciones instructivas que son fundamentales, sean evacuadas ante distintos jueces, desnaturalizándose la acción penal” (R.P.J., 1959, p. 789).

- 3) “Cuando varios individuos han cometido diversos delitos, aunque sea en tiempo y lugares distintos, si es que precedió concierto entre los culpables”. Se exige el acuerdo previo entre los autores de delitos, para actuar conforme al concierto establecido. “Banda es la asociación de tres o más personas, destinadas a cometer delitos múltiples e indeterminados”, dice Cabanellas<sup>8</sup>. No todo delito cometido por acuerdo de varios puede decirse que sea por banda: si se encontraren en un café y allí planean un robo

---

8 Diccionario de Derecho Usual por Guillermo Cabanellas, Tomo I, p. 256.

que ejecutan a continuación, hay participación múltiple y acuerdo para el delito pero no banda. Lo que caracteriza a la banda es el acuerdo para el delito pero no banda. Lo que caracteriza a la banda es el acuerdo previo al delito, con finalidad delictiva, y ejecución posterior.

- 4) “Cuando unos delitos han sido cometidos para procurarse los medios de cometer otros, o para facilitar o consumar su ejecución o para asegurar su impunidad”. Es la **conexión por finalidad**. El establecer si existe esta conexión es labor del juez y puede decretarla si conviene a los intereses de la investigación.

Presentada una de las causas previstas en el art. 21º, pueden ocurrir dos situaciones:

- a) El juez cree que a él le corresponde el conocimiento de la instrucción. Entonces oficiará al otro juez comunicándole las razones que le asisten y pidiéndole remita la causa referida. Si el juez que recibe la comunicación está de acuerdo, entonces le remitirá la instrucción con aviso al inculcado, al Ministerio Público y a la parte civil, quienes pueden oponerse.
- b) El juez que recibe el aviso del primer Juez cree que él es el competente. Entonces manteniendo su jurisdicción, dará cuenta al Tribunal Correccional para que dirima la contienda de competencia. Es la llamada Declinatoria de Jurisdicción.

La conexión de causas se tramita como incidente, en cuaderno aparte para no interrumpir la secuela del procedimiento. La conexión solo procede tratándose de causas seguidas ante el fuero común y por delitos comunes. Si los jueces pertenecen al mismo distrito judicial, el competente es el Tribunal Correccional quien señalará “libremente”, dice el art. 22º a qué juez corresponde conocer de la instrucción. Contra lo que resuelva el Tribunal, no procede recurso de nulidad.

Si los jueces pertenecieren a diferente distrito judicial, la Corte Suprema resolverá a quién corresponde instruir (A.J., 1950, p. 135).

También puede ocurrir que las causas de conexión se presenten en proceso seguido ante el Juzgado o cuando se encuentren en el Tribunal Correccional. En tal caso la ley dispone,

Domingo García Rada

que si el Juez es quien se entera de la causal, avisará al Superior para que resuelva lo que sea de ley; si fuere el Tribunal el primer enterado, pedirá la causa de oficio, o a petición de alguna de las personas del proceso (art. 26°).

Pero la contienda de competencia solo surge cuando ambos jueces se disputan el conocimiento del mismo asunto o ambos lo rechazan; si uno está de acuerdo en que le corresponde y el otro acepta, no hay tal contienda. (R.T., 1946, p. 416)

La contienda se entabla a base de procesos, es decir que existan dos instrucciones contra la misma persona, y por el mismo delito o delitos conexos. La competencia no puede entablarse por discutirse la sede del delito, el domicilio del inculpado, o la naturaleza de las lesiones. (A.J., 1917, p. 35)

Preguntamos: ¿el Ministerio Público puede pedir al Juez que asuma el conocimiento de una instrucción que se encuentra en otro juzgado, aduciendo motivos de conexión? Como persona del proceso especialmente considerada en la ley puede hacerlo y el juez acceder o no. Pero el Fiscal Provincial no puede exigirlo en su condición de titular de la acción penal. El art. 95 al señalar sus atribuciones, habla de la transferencia de competencia y no de la proveniente de conexión (inc. 6°).

En 1946 la Corte estableció que solamente el Juez tiene iniciativa en materia de competencia y no la puede solicitar el inculpado (A.J., 1946, p. 200).

**Acumulación.** Es la acción, de reunir o juntar dos cosas o más. En lo procesal es reunir varios procesos en uno solo con el fin de darle una tramitación conjunta. Se seguirán en una sola instrucción y concluirán con una misma sentencia.

Se impone la acumulación cuando existe pluralidad de agentes en un solo delito, varios delitos cometidos por un solo inculpado o pluralidad de agentes y de delitos.

La ley 10124 de diciembre de 1944 regula y completa los casos de conexión y de acumulación previstos en el Código.

La regla general es que la acumulación es facultativa, quedando a criterio del juzgador el decretarla. Constituye excepción cuando la ley la dispone obligatoria.

Examinando la ley, encontramos que existiendo conexión, es obligatoria la acumulación en dos casos:

- 1) cuando existe un solo agente como autor de varios delitos y se han iniciado instrucciones con este motivo, pero no en todos los delitos. En este caso deberá decretarse la acumulación ante el juez llamado a conocer del delito más grave.
- 2) si varios agentes aparecen como autores de un delito. Todos ellos deben ser procesados en una sola instrucción.

Es **facultativa** la acumulación:

- a) cuando existe instrucción abierta por todos los delitos. Si todos los procesos se encontraren en la misma situación, entonces es recomendable la acumulación. Pero si una instrucción se encuentra en estado de audiencia y otra u otras ante el juzgado, en estado de investigación, no es aconsejable, pues al hacerlo se paralizaría la primera con grave perjuicio de la justicia. Lo conveniente en esos casos es juzgar el proceso que se encuentra en estado de audiencia y luego remitir copia certificada de la sentencia a la otra instrucción, a fin de que se tenga presente en su oportunidad. Es decir estando los procesos en etapa diferente, no es procesal la acumulación.
- b) si hay pluralidad de agentes y de delitos procede decretar la acumulación, siempre que con ello no se aplace el juzgamiento de alguno de los procesados.

Cuando se dicta sentencia en un proceso y se remite copia certificada para ser tomada en cuenta en otro, con el cual existe conexión, la ley establece que en la sentencia no se podrá alterar la calificación legal del hecho ni la culpabilidad de agente, pero la pena impuesta en la última se refundirá con las primeramente dictadas, a fin de que exista una sanción única que responda mejor al tratamiento y readaptación del delincuente.

En cuanto a la oportunidad de la acumulación, una ejecutoria de 1930 dispone que “sólo procede al iniciarse la instrucción” (A.J., 1930, p. 130). Examinando los considerandos de esta ejecutoria, vemos que la decisión se apoya en el derogado C.P. en M.C. –vigente en esa época– pero se fundamenta en que la acumulación se decreta según las conveniencias de la justicia, teniéndose en cuenta “las circunstancias de cada caso” y desecha la acumulación decretada por el Tribunal por cuanto aplazaría indefinidamente la audiencia en los otros procesos.

Domingo García Rada

En cuanto a las instrucciones, deben ser por delitos comunes y ante el juez común (A.J., 1935, p. 20; R.T., 1935, p. 307 y 1946, p. 215; R.F., 1950, p. 544).

Si las causas acumuladas se encontraren en el Tribunal Correccional, acusará uno de los Fiscales que interviene. “Acumuladas varias instrucciones para los efectos de un solo juzgamiento, la ley no autoriza la intervención de varios fiscales, aunque los delitos sean distintos”. (R.T. 1938, p. 28)

Así como en el juzgado de instrucción, la acumulación hace desaparecer a un juez y al fiscal provincial, también en el tribunal superior solo corresponde conocer a un tribunal y al fiscal del mismo, no a quien antes interviniera, aunque tuviera dictamen emitido, pues en ese caso el fiscal que le correspondiera intervenir, hará suyo el dictamen.

Salvo los casos antes indicados, la regla general es que la acumulación es facultativa: examinando las circunstancias de cada caso y las conveniencias de la justicia. Si en la causa más antigua el detenido está libre y en la recién iniciada se encuentra detenido, pueden y deben ser acumuladas sin causar daño al procesado. Pero si fuere al revés, se causaría evidente perjuicio al procesado.

Una ejecutoria de la Corte Suprema establece que “la más avanzada debe paralizarse hasta que se hallen todas en el mismo estado y puedan sentenciarse juntas” (A.J. 1909, p. 144 y 304). Esta resolución debe interpretarse en el sentido que con la paralización no se cause perjuicio al inculpado; de lo contrario no procedería.

## **5. — Transferencia de jurisdicción**

Este instituto ha nacido a la sombra del art. 28º, cuya última parte habla de la competencia entre jurisdicción de diverso fuero sobre el conocimiento de un mismo delito o de delitos conexos.

Basándose en esta disposición, la Corte Suprema, como natural consecuencia de dirimir competencias, ha aceptado la transferencia de la competencia de un tribunal a otro o entre jueces de diverso distrito judicial, cuando se presentan circunstancias que la hacen inevitable. Ante un grave impedimento para la instrucción o el juzgamiento de un acusado, la Corte Suprema ha establecido que puede transferir el conocimiento de un juez a

otro o de un tribunal a otro. Aunque más tarde desaparezcan los motivos que la determinaron, una vez decretada la transferencia, es definitiva.

La transferencia solo puede disponerla la Corte Suprema, porque altera sustancialmente las reglas de la competencia. En ese proceso, la competencia no se fija aplicando el art. 19º del Código sino conforme a lo dispuesto en la resolución suprema. La Corte Suprema tiene amplia potestad para transferir la jurisdicción en los procesos penales y entre los tribunales correccionales (A.J., 1959, p. 184; 1950, p. 50).

Una ejecutoria establece que los Tribunales Correccionales no deben inhibirse de una causa cuando los inculpados aducen dolencias físicas que les impide concurrir a la audiencia; lo procesal en tales casos es recurrir a la Corte Suprema pidiendo transferencia de jurisdicción. (A.J., 1944, p. 34)

Conforme al art. 95, inc. 6º, el Fiscal Provincial está autorizado para solicitar la transferencia de competencia, que es el nombre exacto de este instituto. Puede hacerlo siempre que redunde en la buena administración de justicia. También está facultado para oponerse a la que solicite el inculpadado.

El motivo más frecuente para pedir la transferencia es la enfermedad. Nuestro territorio presenta ciudades de altura, a veces no convenientes para personas con dolencias cardíacas, las cuales de concurrir allí lo sería con grave peligro para su salud. Es caso de imposibilidad física que, debidamente acreditado, justifica la transferencia.

Pero no es el único motivo. Se ha presentado el caso de la imposibilidad material del Tribunal de realizar una audiencia con numerosos acusados, lo que obligó a transferir el juzgamiento de Huánuco a Lima. (A.J., 1950, p. 140)

En cuanto al certificado, debe ser expedido por dos médicos legistas en ejercicio de sus funciones, no siendo suficiente uno. (R.J.P., 1968, p. 481)

Si se acredita la lesión cardíaca y tiene varios procesos iniciados, todas las instrucciones se transfieren, porque el motivo es la persona del acusado. (R.J.P., 1968, p. 1233)

La oportunidad para pedir la transferencia, es durante el período investigatorio. Pero también puede ocurrir que la

Domingo García Rada

situación se presente en el juzgamiento, como es el caso de la transferencia de Huánuco a Lima.

El pedido puede formularse directamente ante la Corte Suprema, acompañando los certificados médicos respectivos, pues a ella le corresponde resolver y se acepta cuando el inculpado reside en Lima y no puede trasladarse al lugar en que está enjuiciado. También puede pedirse al juez de la causa, quien lo remitirá a la Suprema.

## CAPÍTULO V

### RECUSACIÓN

*1. – La recusación. 2. – Causales de recusación. 3. – Diligencias que pueda realizar el juez recusado. 4. – El incidente de recusación.*

#### **1. – La recusación**

Recusación: Es el acto procesal mediante el cual se tacha al Juez que conoce de la instrucción por cuanto su imparcialidad ofrece dudas. Es decir cuando existe un motivo que permite dudar de la rectitud del juez.

Recusante es la persona que solicita al magistrado se aparte del conocimiento del proceso. Conforme al Código, solo tienen capacidad para recusar el inculgado y la parte civil.

Fenech entiende por Recusación, el acto procesal mediante el cual se solicita la exclusión del juez o del auxiliar de justicia, por estimar que existe lo que denomina “un presupuesto impeditivo de su legitimación”<sup>9</sup>.

La recusación solo puede ser interpuesta cuando existe causa legítima, prevista en la ley. Son las que Fenech denomina Impedimentos de Legitimación.

---

<sup>9</sup> El Proceso Penal, p. 57.



Domingo García Rada

Si la recusación fuere declarada fundada, la consecuencia es apartar al juez recusado.

Si fuere declarada infundada, la instrucción continuará siendo conocida por el juez originario, que fue recusado.

Nuestra ley no previene sanción alguna cuando la recusación es declarada infundada. Otras legislaciones establecen el pago de costas y aun la imposición de multa para el recusante temerario o de mala fe.

Pueden presentarse dos situaciones: a) el juez – o el Fiscal Provincial – reconoce que tiene motivos para que se dude de su imparcialidad –v.g. es padrino del hijo del inculpado– entonces voluntariamente se aparta del proceso. Es la abstención o Inhibición. b) El instructor no admite tener impedimento alguno: v.g. es amigo de la infancia del inculpado pero encuentra que ello no justifica separarse del conocimiento de la instrucción. No se aparta y si se lo piden, se niega a ello. Entonces viene la Recusación.

En ambos casos se busca la separación del juez del conocimiento de la causa que está instruyendo. La Recusación y la Abstención tienen la misma finalidad: evitar decisiones injustas y eliminar situaciones delicadas para el juez, permitiéndole que se aparte del proceso. El objetivo perseguido es mantener la respetabilidad de la justicia y hacer desaparecer todas las posibilidades que generen dudas sobre la imparcialidad del juez.

Ambos institutos se fundan en la presencia de elementos en el juez que lo hacen sospechoso de parcialidad. El juez es un tercero en el proceso y debe ser ajeno al mismo, no tener simpatía por ninguna de las partes y solo decir el derecho.

El juez, como todo ser humano, tiene simpatías, antipatías, prejuicios, etc.; puede tener vinculación con alguna de las partes v.g. compañero del colegio, del barrio; ser más amigo de un abogado que del otro, etc. Son situaciones inevitables que derivan de la propia naturaleza humana. Cuando estos intereses no trascienden a la voluntad, no hay peligro. Pero cuando estos afectos son fuertes o existe vínculo legal, entonces es conveniente separar al juez del conocimiento de la causa, puede peligrar la justicia o por lo menos aparecer como dominada por el favoritismo. Ante tales situaciones, la ley entrega el proceso a otro juez de igual categoría.

La competencia del juez está vinculada a la ausencia de determinadas relaciones con las partes; la presencia de estas circunstancias determinan la incapacidad del juez. La recusación altera las reglas de la competencia, porque entrega el proceso a quien no era llamado a conocer cuándo ocurrió el evento.

La abstención supone que el propio juez se da cuenta de la presencia de un motivo de incompatibilidad para el juzgamiento; o por lo menos, que permite dudar de su imparcialidad y la ley quiere que no exista ninguna duda sobre el recto proceder del instructor. El abstenerse es obligación del juez, es motivo legal para apartarse del conocimiento de la causa. También comprende al Fiscal que por carecer de jurisdicción no puede ser recusado, pero ante la presencia de estos motivos, tiene la obligación moral de abstenerse de intervenir en el proceso (A.J. 1919, p. 108). Así lo establece el art. 19 L.O.M.P.

La Recusación es derecho que solo puede fundarse en la ley, es decir en alguno de los casos taxativamente señalados en el Código. No hay Recusación por interpretación extensiva o analógica. Cuando el inculpado o la parte civil hacen valer estos motivos, se denominan causas de recusación; y cuando es el Juez o el Fiscal quien se sirve de ellos para eximirse del conocimiento del proceso, se llaman causas de abstención. En los dos casos son los mismos motivos, que no afectan al fondo del proceso sino a la persona del Juez.

## 2. – Causales de recusación

El art. 29º lo señala:

- 1º – Agraviado con el hecho punible. No puede ser juez y parte al mismo tiempo. Se refiere al Juez que resulta perjudicado con el delito. Su incapacidad para actuar como juez es clara. Aunque se encuentre de turno, no puede abrir instrucción por delito cometido en su agravio. Ni aunque dictado el auto apertorio, envíe la instrucción a juez competente. Tiene incapacidad absoluta.

Puede darse caso análogo: el Juez en oportunidad anterior, resultó agraviado en un delito, por el cual se abrió instrucción. Ahora quien antes fue autor en ese delito cometido en la persona del juez, comete un nuevo delito y ese juez está de turno. Preguntamos: ¿puede abrir ins-

trucción por hecho que no le afecta? Creemos que no. Es cierto que el delito es diferente y también la persona del agraviado, pero es posible que carezca de objetividad. Es conveniente alejar toda duda sobre la imparcialidad del Juez y aplicando el art. 31 debe excusarse.

2º – Si han presenciado el delito. Quien es testigo no puede ser juez del mismo hecho. En tal caso prevalece la obligación de declarar como testigo presencial y su testimonio será inapreciable. Además habiendo visto cómo ocurrió el hecho, tendrá concepto formado y carecerá de objetividad. La ley quiere que el Juez esté libre de todo prejuicio y que ignore lo que motiva la denuncia, cuyos alcances irá descubriendo conforme avance la investigación.

3º – Si han sido o son cónyuges, tutores o curadores del inculpa- do o agraviado. El matrimonio genera parentesco y afecto y ello impide ser imparcial con quien se está unido, tan íntimamente. En cuanto a quien ha sido cónyuge la Ley 11868 declara: “La afinidad en línea recta y la colateral hasta el segundo grado, no acaba por la disolución del matrimonio que la produjo”. Esto se explica porque la relación entre quienes estuvieron unidos por matrimonio deja rezagos, siempre queda o afecto o rencor, difícilmente indiferencia; no volverán a ser extraños. Este impedimento se refiere únicamente al matrimonio civil, que es el reconocido por la ley.

También comprende el impedimento a la Tutela y Curatela, pues puede ocurrir que antes de ser juez, aceptó tales encargos. Constituye impedimento, porque el cargo significa gran amistad o parentesco con el pupilo y con su familia, lo que le impediría ser imparcial o por lo menos sería objetable.

4º – **Parientes consanguíneos hasta el 4º grado, afines hasta el 2º, o adoptivos o espirituales con el inculpa- do o con el agraviado.**

Parentesco es el nexo existente entre personas, sea que una proceda de la otra o tienen un antepasado común. Cuando el parentesco proviene de vínculos de sangre, es el natural; cuando es el originado por actos que imitan el engendramiento, se llama Parentesco Legal.

El parentesco natural puede ser: el propio e inmediato, que se llama consanguinidad; y el mediato o por derivación, que se denomina afinidad. La consanguinidad es el vínculo que nace de la sangre, cuando dos personas provienen del mismo tronco y tienen la misma sangre. La afinidad es imagen de la consanguinidad y es la relación de parentesco que nace por el matrimonio, entre un cónyuge y los consanguíneos del otro y entre éste y los consanguíneos de aquél. La afinidad viene a ser el parentesco de consanguinidad de uno de los cónyuges proyectado en el otro. Este parentesco solo comprende a quienes contraen matrimonio, no a sus familiares.

El parentesco legal tiene dos clases de vinculación: la legal, nacida de la ley, creando un vínculo a imitación del de la sangre. Luego la espiritual, proveniente de la administración de los sacramentos del bautismo y de la confirmación; entre la persona que lo recibe y sus padrinos nace una relación especial y también existe de los padrinos entre sí. (R.J.P. 1972, p. 569). El padrinzago es el único vínculo espiritual que existe y a él se refiere la ley cuando habla de impedimento. "La excusa basada en parentesco espiritual es fundada". (R.T. 1944, p. 458)

El fundamento de este impedimento espiritual es la estrecha amistad que determina la elección de padrinos y por ello el juez se vería en compromisos si tuviera que ser imparcial con quien tiene afecto.

El parentesco en el grado señalado —4º de sangre y 2º de afinidad— crea impedimento y motiva la excusa o la recusación.

- 5º — **Si han sido parientes por afinidad hasta el 2º grado, aunque se haya disuelto la sociedad conyugal que causó la afinidad.** Esto significa que el parentesco por afinidad puede desaparecer —el divorcio o la nulidad de matrimonio— pero subsiste el impedimento. Es decir los hermanos políticos siempre tienen impedimento, aunque el matrimonio que creó el parentesco haya desaparecido.
- 6º — **Si son acreedores o deudores del inculpado o agraviado.** Las relaciones económicas vinculan a las personas y con frecuencia generan amistad. Quien es deudor o acreedor

de otro, no puede ser objetivo con respecto a él; siendo deudor o acreedor, el juez tendrá interés material en el resultado del juicio y procurará orientarlo en ese sentido.

Este inciso es fácil de aplicar cuando se trata de deuda de dinero, en cuyo caso el impedimento es claro. Pero la vida moderna ofrece mil formas de acreencias: inversiones en acciones, bonos, obligaciones, hipotecas, seguros, etc. En cada caso debe examinarse si esa relación comercial puede influir en la resolución del juicio; es decir examinar si lo económico decidirá el parecer del juez. No es acreencia ni deuda la cuenta corriente en un banco, pero si hay sobregiro, entonces resulta deudor del banco. La hipoteca bancaria respaldada con la propiedad inmueble convierte al juez en deudor del Banco Hipotecario y constituiría impedimento para actuar; la posesión de cédulas hipotecarias no es acreencia, porque estos valores están respaldados por las hipotecas y no constituyen deuda del Banco que las emite; las acciones, bonos, obligaciones de las compañías crean impedimento si la proporción fuere mayoritaria. Es decir, en cada caso al juez corresponde examinar la relación económica con el denunciante o denunciado y según eso abstenerse o mantener su jurisdicción.

- 7º – Haber intervenido en instancia inferior como jueces, testigos, peritos y defensores. Si el instructor ha intervenido en instancia inferior, no puede conocer. Existe impedimento cuando el juez ha dictado resolución o actuado diligencias que conlleve formación de criterio sobre la responsabilidad. Si fueren firmas en providencias de trámite como disponer una confrontación, señalar una reconstrucción, etc. Tales actos no importan pronunciamiento sobre lo actuado.

Existe una ejecutoria que dice: “Constituye causal de impedimento, aunque el juez solo haya dictado decretos de mero trámite” (R.J.P. 1946, p. 516). Aunque este parecer es respetable, sin embargo insistimos que mientras la resolución que dicte no implique pronunciamiento directo o indirecto sobre lo investigado, no constituye causal de recusación. En cada caso el juez debe examinar si el decreto dictado por él constituye emitir opinión o no: v.g. si en vacaciones reiteró mandatos anteriores, puede no constituir pronunciamiento, pero si tales mandatos implican opinar sobre la responsabilidad del inculpado –v.g.

reiterar la orden de captura – entonces es indudable que existe impedimento. En este sentido debe entenderse la ejecutoria citada.

Las anteriores consideraciones tienen validez en cuanto a defensores, testigos y peritos: si solo fueron designados por el juzgado, e ignoraron el nombramiento, no hay impedimento; pero si lo aceptaron o pidieron autos, entonces existe impedimento.

Los miembros del Ministerio Público no son recusables, pero deben excusarse en las causas en que, directa o indirectamente, tuvieren interés su cónyuge, parientes en línea recta o dentro del 4º grado de consanguinidad o 2º de afinidad, o sus compadres, o sus ahijados o su apoderado (art. 19 L.O.M.P.).

Si han emitido dictamen como Fiscal Provincial, tienen impedimento para –promovido– dictaminar como Fiscal Superior. Siempre tiene vigencia la ejecutoria que dice: “Quien emitió dictamen como agente fiscal, está impedido de conocer como vocal” (A.J. 1916, p. 281). Es aplicación del impedimento señalado en el Inc. 7º del art. 20 C.P.P.

El art. 31º contiene una declaración general: constituye impedimento la existencia “de un motivo fundado” por el cual pueda dudarse de su imparcialidad. Son las graves razones de conveniencia de que habla Manzini.

La vida es muy rica en situaciones y se encargará de ofrecer diferentes motivos de recusación. Señalaremos algunos: ser cónyuge, hermano o pariente muy cercano del tercero civil cuyo derecho se verá afectado con la sentencia que se dicte en el proceso penal; hermano, padres o hijo de la concubina, pues aunque no es parentesco, la relación de afecto es evidente; ser pensionista de quien está procesado o resulta agraviado con el delito; parentesco derivado del matrimonio religioso, etc.

La jurisprudencia ha resuelto algunos casos: el letrado propuesto como testigo, aunque no llegue a declarar, está impedido para actuar de juez. (R.T. 1936, p. 232). La vinculación derivada de un lejano parentesco pero con muy estrecha amistad y afecto, impide actuar como juez. (R.T. 1944, p. 458). El vocal ofrecido como testigo, tiene impedimento para actuar. (A.J. 1913, p. 164). El magistrado cuyo hijo es el defensor, debe excusarse. (R.T. 1933, p. 417). Como regla general los magistrados deben evitar todo motivo que provoque dudas sobre su imparcialidad

Domingo García Rada

y para ello está la excusa. (A.J. 1933, p. 331). Si el yerno es perito, el vocal debe excusarse. (R.J. 1945, p. 575). El compadrazgo que demuestra amistad y afecto, justifica la inhabilitación. (R.J.P. 1970, p. 486). La enemistad capital con el cuñado del juez, constituye causa legítima de excusa (J.A.J. 1971, p. 109). Grave enemistad personal (*El Peruano*, 5 octubre 1981).

### **3. — Diligencias que puede realizar el juez recusado**

Presentada la recusación por el inculpado o por la parte civil, el juez formará el cuaderno respectivo y lo elevará al Superior. Mientras se resuelve, la ley lo autoriza a practicar diligencias, pero rodeándolas de mayores garantías.

El Juez cuya imparcialidad se discute, puede actuar diligencias mientras se tramita el incidente de recusación. La ley le permite aquellas cuya realización no admite demora, como es el recoger armas, elementos, oír a testigos presenciales, identificar instrumentos, huellas, etc. De esperarse la resolución de la recusación, tales pruebas se perderían. Pero en esos casos se exige la presencia obligada del representante del Ministerio Público: expresamente la ley lo prescribe en la inspección ocular y en la recepción de testimoniales. También deberá citarse a la parte civil, siendo su asistencia facultativa.

En cuanto a la libertad del inculpado, la ley autoriza al juez recusado a decretar la detención provisional y definitiva, pero le prohíbe acceder a la libertad, provisional, la que solo podrá concederla una vez resuelto el incidente de recusación. También puede recibir la declaración Instructiva, por cuanto el plazo de las 24 horas es imperativo pero impone la presencia de defensor; al concluirla tiene que decretar detención, no la libertad. Como el Código dice: “el juez no podrá conceder la libertad del inculpado”, no puede distinguirse entre la provisional y la incondicional y tiene que aceptarse que la prohibición de concederla comprende a ambas. Es decir como conclusión de la instructiva, el juez siempre deberá decretar detención, pudiendo ser provisional o definitiva; al décimo día, si no estuviere resuelto el incidente de recusación, tendrá que convertirla en definitiva.

El juez recusado puede trabar embargo sobre los bienes del inculpado en proporción suficiente al pago de la reparación civil. Se explica esta autorización, porque el decretar tal medida es consecuencia legal de la detención definitiva.



#### 4. – Incidente de recusación

**Tramitación.**— Del escrito de recusación se formará cuaderno aparte, con las pruebas que la fundamenten. El cuaderno debe ser elevado al Tribunal el que, previa vista fiscal, resolverá.

Mientras se tramita la recusación, el juez seguirá conociendo del proceso, limitándose a las pruebas urgentes, aquellas que de no actuarse de inmediato, se perderían.

La recusación de Vocales ha sido modificada por el D. Leg. 126. Veamos las innovaciones:

La recusación se interpone ante el mismo tribunal hasta tres días antes de la audiencia. Para resolver se completará el tribunal con otro vocal expedito.

Las pruebas que justifiquen la recusación deberán presentarse junto con el escrito de recusación. Únicas pruebas serán las instrumentales. Esto evitará abrir el incidente a prueba con las inevitables dilaciones. Como la ley solo habla de instrumentos, se entiende que pueden ser públicos y privados.

Con el escrito y los documentos se forma cuaderno separado. El Vocal recusado deberá informar en el plazo de 3 días, pudiendo presentar pruebas de descargo, también instrumentales. Previa vista fiscal, resolverá el Tribunal.

Si el Vocal acepta la excusa, el Tribunal resolverá dentro del 3º día, sin formar incidente ni pedir vista fiscal. La ley dice “sin más trámite”.

Al modificar el art. 40, el D. Leg. 126 agrega: “Los vocales solo podrán inhibirse en los casos expresamente señalados en el art. 29”. En esta forma limita la inhibición a los casos en que exista motivo que objetivamente pueda acreditarse, como son los señalados en el art. 29º. Elimina el art. 3º, pues por su imprecisión permitiría excusas sin suficiente justificación.

Cuando el Vocal advierte que tiene impedimento viene la Inhibición. Lo expone al Tribunal y previa vista y en el plazo de un día, resolverá. Contra esta resolución no procede recurso alguno.

La única diferencia entre Recusación e Inhibición es que en la primera procede recurso de nulidad y en la segunda no. Ambos deben ser fundamentados para justificar el pedido.



**Oportunidad.**— En cuanto a la oportunidad para recusar al Juez, la ley no señala en qué etapa del proceso; pero es indudable que puede plantearse en el momento en que se conozca la causal. Emitido el informe final — o dictada sentencia en el procedimiento sumario— ya no es dable presentar escrito de recusación. Sería fácil medio de anular informes o sentencias desfavorables al recusante. Si la causal fuere de público conocimiento, la oportunidad es iniciada la instrucción; en caso contrario, apenas el interesado tome conocimiento de ella.

La oportunidad para recusar a un Vocal es hasta tres días antes de iniciarse la audiencia. Iniciada ésta ya no procede. El interesado sabe con anticipación —ha sido notificado con el auto que señala día y hora— quiénes componen el tribunal juzgador y ha tenido tiempo para recusar al magistrado impedido.

El problema que puede presentarse es cuando el Tribunal se completa al iniciarse o ya iniciada la audiencia y el magistrado que es llamado, tiene impedimento. En estos casos no procede la recusación, pero el Vocal Impedido debe excusarse, pues de no hacerlo incurre en responsabilidad y más tarde ser sometido a proceso disciplinario por el Órgano de Control Interno.

## CAPÍTULO VI

### PERSONAS DEL PROCESO PENAL

*1. – Personas principales. 2. – El Juez Instructor. 3. – Función que le corresponde como director de la instrucción. 4. – Clases de providencias que puede dictar. 5. – Atribuciones de los jueces de Paz no Letrados.*

#### **1. – Personas principales**

En el proceso civil, el término **parte** responde a una realidad: presupone posibilidad de discutir, de transigir, de desistirse, de llegar a un acuerdo. Nada de esto puede ocurrir en una instrucción. Es el juez el que por propia iniciativa, adelanta el desarrollo de la instrucción, buscando los elementos probatorios y actuando las diligencias que estima convenientes. No cabe desistimiento, transacción ni acuerdo de partes porque no existe poder de disposición sobre la acción penal, como en el proceso civil. Solo el agraviado puede desistirse y por eso la ley lo denomina **parte**; su actividad procesal tiene contenido preponderantemente civil, exigiendo el pago de la indemnización por el daño causado con el delito.

Más exacto es el vocablo Personas del Proceso. Se distinguen Personas Principales y Personas Auxiliares.

Domingo García Rada

Son principales aquellas que se caracterizan porque intervienen en el desarrollo del proceso con facultades decisorias y ejercitando derechos, su participación es plena. Son el Juez Instructor, el inculcado, el Ministerio Público, la Parte Civil y el Tercero Civil.

Son Auxiliares aquellas personas que intervienen en el proceso en forma secundaria, colaborando en su desarrollo pero su participación no es decisiva vg. no pueden ofrecer pruebas. Son el testigo, el perito secretario del juzgado, secretario y relator del Tribunal Correccional.

## **2. – El Juez Instructor**

El Juez Instructor es el órgano jurisdiccional encargado de organizar la instrucción. Es la persona física que ejerce la jurisdicción penal; es el medio de la decisión judicial.

La instrucción puede iniciarse de oficio – por iniciativa del juez – y por denuncia del Ministerio Público, en los casos en que el ejercicio de la acción penal es público (art. 107 L.O.M.P.).

El Prof. Donnedieu de Vabres reconoce que una de las características principales del Juez Instructor es su amplia facultad de disposición durante la instrucción; su libre decisión regulará el desarrollo del proceso, incluyendo la libertad provisional del encausado.

## **3. – Función que le corresponde como director de la instrucción.**

El Juez es el Director de la Instrucción y le corresponde actuar la prueba; en el proceso penal todas las pruebas son gratuitas y se desenvuelven sin costo alguno para las partes. El instructor organiza la instrucción en la forma que crea conveniente, actuando aquellas diligencias que considere necesarias para establecer la existencia del delito y la persona de su autor (art. 49).

Ante la violación de un derecho – a la vida, a la propiedad, a la integridad física, etc. – el Estado encarga a la administración de justicia restablecer el orden alterado con el evento criminal y sancionar a su autor. El juez actúa en primera instancia teniendo a su cargo recibir pruebas para determinar si hay delito y descubrir quién es su autor. Estos son los fines del proceso.

Hasta 1920 el Juez del Crimen sustanciaba y sentenciaba en todos los delitos mediante procedimiento escrito. La apelación era ante la Sala del Crimen de la Corte Superior. Introducido el juicio oral en el Código de dicho año, se estableció la instancia única al disponer que el Juez Instructor solo estaba encargado de realizar la investigación para acreditar el delito y la persona de su autor. Concluida ésta, se elevaba al Tribunal Correccional en donde se realizaba el juicio oral. Existían dos etapas diferenciadas: la investigatoria en el juzgado y a cargo del Instructor; y la decisoria mediante audiencia en el Tribunal Correccional, de cuya sentencia procedía el recurso de nulidad ante la Corte Suprema.

Esta situación procesal concluyó en 1962 en que la nueva L.O.P.J., concedió la facultad de fallo a los jueces en las querellas por delitos exceptuados. Contra lo resuelto por el juez procede apelación.

Posteriormente se amplía la facultad del *judicium* de los instructores, creándose el llamado Procedimiento Sumario para determinados delitos, en los que el juez instruye y a su conclusión, previa acusación del fiscal, dicta sentencia, la que puede ser impugnada ante la Corte Superior. En mérito de la doble instancia, en todos los casos en que el juez sentencia, no procede el recurso de nulidad. Los delitos en los cuales el instructor sentencia, están señalados en la ley.

En este procedimiento sumario se respeta la existencia de las dos etapas: Investigación y Juzgamiento, con la única diferencia que el mismo juez que instruye en lugar de informar, expedirá sentencia. El Fiscal Provincial emite dictamen y los abogados pueden Informar oralmente ante el juez. Estas sentencias no van a conocimiento de la Suprema, porque han sido objeto de dos instancias, que es principio general en el ordenamiento procesal penal.

La finalidad perseguida para crear este doble procedimiento – ordinario y sumario – es agilizar la justicia permitiendo que en casos de poca gravedad – sin ser faltas – el instructor en vez de informar, sentencia, respetando la inmediatez que existe en la audiencia y el informe oral de los defensores.

La labor del Juez instructor es semejante a la del historiador: reconstruye los hechos pasados mediante las pruebas dejadas por el autor y descubiertas por el magistrado. Una vez reconstruidos

Domingo García Rada

los hechos, corresponde al Juzgador el apreciarlos y ver si constituyen delito y si su autor es el procesado.

En la primera etapa —llamada Instrucción— reúne los elementos que más tarde servirán para formar la opinión del juzgador. En la segunda —el Juicio Oral— también hay una búsqueda de la verdad legal mediante la apreciación de la prueba recogida por el Instructor; hay pruebas reunidas y solo resta apreciarlas y valorarlas. En la etapa instructoria se buscan pruebas; en la etapa decisoria se aprecian pruebas.

Para ejercer la jurisdicción penal, el Juez necesita tener capacidad procesal: la subjetiva —nombramiento, juramento y posesión del cargo—: y la objetiva —competencia para conocer de determinado proceso— Solo cuando ambas se dan, entonces el Juez Instructor puede instruir un proceso.

El Juez instructor tiene intervención activa en el proceso penal, al revés de lo que ocurre con el civil, cuya participación es pasiva. Pero esta intervención debe ser imparcial: actuar las pruebas que sirvan para esclarecer la verdad de lo ocurrido. Buscar la verdad y nada más. La imparcialidad debe ser absoluta. Goza de libertad en su proceder, con la única limitación de no poder actuar pruebas que contradigan los fines del proceso: vg. usar pentotal para lograr confesiones, puesto que el inculpado tiene derecho a negar su delito.

En 1972 la Corte Suprema en ejecutoria declaró que el juez tiene la iniciativa en presentar pruebas, pues es la justicia quien debe buscarlas (R.J.P. 1972, p. 93). Con la creación del Ministerio Público como Instituto autónomo cambia la estructura del proceso penal. Ahora es el Fiscal Provincial quien debe presentar las pruebas y el juez las actúa y más tarde al juzgar, las aprecia.

Hoy, el responsable del éxito de la investigación no es el juez instructor —que lo era conforme al régimen del código— sino el Ministerio Público por ser en él en quien recae la carga de la Prueba (art. 14 L.O.M.P.).

#### **4. — Clases de providencias que puede dictar**

El Juez Instructor tiene amplias facultades en el campo del procedimiento penal; la ley también le concede algunas extra-penales. Así puede dictar providencias no penales, unas

de carácter civil y otras de Derecho Administrativo: tal ocurre cuando decreta el embargo de los bienes del procesado; y cuando ordena la inscripción de una partida de defunción. (Arts. 54 y 51)

La amplitud de las facultades que la ley procesal concede al Instructor tiene como lógica limitación el control que sobre sus actos ejerce el Tribunal Correccional, en vía de apelación, de consulta o administrativamente por quejas sobre su mal proceder. Cuando deniega la apertura de instrucción, su resolución es elevada en consulta al Superior. Toda resolución que dicte el Juzgado puede ser apelada ante el Tribunal. Las quejas que se formulen por irregularidades en la conducta funcional de los jueces instructores, pueden ir hasta la Corte Suprema, que puede separarlo del cargo, según la gravedad de la falta. (art. 230)

Esta amplitud de atribuciones tienen un evidente peligro: la arbitrariedad judicial. Así por ejemplo el juez puede soltar a un procesado en forma indebida y mientras el Tribunal ordena la recaptura, ha habido tiempo para su ocultamiento. A pesar de que pueda excederse en sus atribuciones, sin embargo es indispensable otorgárselas por ser el único medio de lograr la finalidad del proceso penal: establecer la existencia del delito y la Identidad de su autor.

**Las Facultades del Juez** se agrupan en: sobre las personas; sobre terceros no inculcados; y sobre las cosas.

**Sobre las personas.** Puede decretar la detención provisional y la definitiva de los procesados; si fuere necesario la ley lo autoriza para incomunicar al Inculcado, medida que tiene limitación en el tiempo. Como facultad propia tiene la de ordenar la soltura incondicional del encausado en tres momentos de la instrucción: al concluir la instructiva; en el curso de la instrucción; y al dar término al proceso cuando su parecer coincida con el del Fiscal en cuanto a la irresponsabilidad del sometido a proceso. Es decir, le corresponde resolver todo lo referente a la libertad personal del procesado (arts. 88, 200 y 201). Puede decretar la libertad provisional, cuando lo crea conveniente.

**Sobre terceros no procesados.** La citación de testigos y peritos es atribución del Juzgado. Para lograr su comparecencia la ley le autoriza a dictar medidas coercitivas que afectan su libertad obligándolos a comparecer mediante el auxilio de la fuerza pública. Estas medidas solo pueden dictarse cuando fracasan las ordinarias de la citación y el requerimiento.

Domingo García Rada

Se justifica porque existe la obligación social de colaborar con la justicia penal, sea mediante el testimonio o con el aporte técnico de una pericia.

**Sobre las cosas.** La ley permite al instructor incautarse de los instrumentos del delito. También puede recoger papeles y documentos del procesado así como su correspondencia con la limitación de que solo puede ser leída por el Juez, debiendo devolver al interesado lo que no tiene relación con la investigación. Tratándose de documentos conservados en archivo oficial, puede pedir su exhibición y tomar copia de ellos, salvo que se trate de secretos de Estado. La incautación de la correspondencia atenta contra el principio constitucional que reconoce su Inviolabilidad, pero quien está procesado tiene sus derechos recortados en vista de la necesidad de la investigación judicial, lo que solo el juez puede determinar. (Arts. 184, 185 y 187)

La instrucción comienza con el auto apertorio del proceso. Reviste suma importancia la buena y exacta redacción de este auto, pues allí queda fijado el delito, lo que más tarde tendrá influencia en la investigación y en la sentencia. El instructor debe estudiar la denuncia a fin de que el auto de procesamiento responda al delito denunciado evitándose una posible ampliación. Si esta resolución estuviera equivocada, tendría que expedirse nuevo auto apertorio y rehacerse todo el proceso.

En el curso de la investigación, el Juez debe actuar las pruebas ofrecidas por el Fiscal Provincial y por el inculcado. De oficio podrá actuar aquéllas otras que resulten de las anteriores y las que considere necesarias. Solamente debe respetar la persona del procesado, lo que le impide autorizar torturas ni emplear barbitúricos que atenten contra la dignidad humana, puesto que obligan a decir cosas secretas, impidiendo al procesado que oculte su delito. Además, tales drogas no siempre constriñen a decir la verdad, sino también hacen declarar como ciertos, deseos insatisfechos, cosas pensadas o deseadas, pero no ejecutadas.

El proceso penal ordinario concluye con el informe final. En este documento estudiará el delito y la responsabilidad del procesado. No puede pedir pena. Debe limitarse a indicar el artículo del Código Penal aplicable al caso.

El plazo que al modificar el art. 202 señala el D. Leg. 126, es de cuatro meses. Como excepción acepta la ampliación, si la pide el Fiscal Provincial o el juez la considere indispensable. En ese

caso expediré una resolución fundamentando la necesidad de la ampliación; esta resolución deberá ser comunicada al Superior. La ampliación no puede exceder de 60 días adicionales.

El Superior toma conocimiento de la ampliación, pero no puede reducirla, ampliarla y menos negarla; tampoco puede ordenar nuevas pruebas, puesto que no conoce el desarrollo del proceso. El oficio va para su conocimiento.

Los procesos sumarios deberán concluir en el plazo de 60 días Terminada la investigación, pasarán a la fase decisoria. El Fiscal Provincial emitirá dictamen que, si fuera acusatorio, deberá pedir pena y reparación civil en favor del agraviado. En estos procesos el Juez sentenciará; previamente los defensores pueden informar oralmente ante el juez que instruyó y que va a expedir sentencia.

#### **5. — Atribuciones de los jueces de paz no letrados**

El art. 7º del D.L. 21895 autoriza a las Cortes Superiores para que en la primera quincena de enero de cada año judicial, al hacer la designación de las personas encargadas de los juzgados de paz no letrados señale a quienes por razón de la “lejanía o dificultades de comunicación con sus correspondientes Jueces de Primera Instancia”, les confiere atribuciones antes reservadas a los instructores. Con posterioridad, se dispuso que el año judicial se inicie el 2 de enero y que la elección de autoridades judiciales, de suplentes y de jueces de paz se realice en diciembre.

El mismo artículo encarga a las Cortes Superiores que al hacer la designación, transcriba a los referidos jueces, el texto del articulado posible a los mencionados jueces de paz sobre cómo actuar al ejercer las atribuciones que se les confiere.

Al prestar juramento en la apertura de los Tribunales, adquieren competencia, que está limitada a la práctica de las diligencias judiciales a que se refieren los artículos mencionados en la ley.

La designación de qué jueces de paz no letrados tienen estas atribuciones solo puede hacerlo la Corte Superior, en enero de cada año. Fuera de ella, por ninguna circunstancia puede la Corte declarar que algún juez no señalado oportunamente, tiene las facultades de que habla esta ley.

El criterio para establecer cuáles jueces de paz no letrados gozarán de estas facultades, es geográfico. Solamente el alejamiento



Domingo García Rada

de los pueblos y la imposibilidad, dificultad o distancia a la capital de la provincia donde reside el Juez Instructor, es lo que justifica que la Superior declare cual juez de paz no letrado tiene competencia para actuar las diligencias que precisa esta ley.

La competencia restringida que se concede a los jueces de paz no letrados, se limita al ejercicio de determinadas atribuciones que normalmente ejercen los instructores.

Estas atribuciones conferidas a quienes desempeñan la judicatura de paz no letrada, son las siguientes:

- art. 172. Practicar el reconocimiento externo del cadáver, en los casos de muerte violenta o sospechosa de criminalidad; y ordenar la autopsia de ley.
- art. 173. Reconocido externamente, procurar la identificación del cadáver.
- art. 174. Ante la no identificación, exponer el cadáver durante 24 horas para su reconocimiento e identificación.
- art. 175. Ante el resultado negativo de lo anterior, fotografiar el cadáver y guardar sus prendas personales, levantando acta pormenorizada para una posterior identificación.
- art. 176. Invitar al médico de familia para que asista a la autopsia e informe sobre la última enfermedad del finado.
- art. 177. Presenciar la autopsia para dejar constancia de las observaciones que formulen los abogados.
- art. 179. Vigilar que la autopsia sea completa, comprendiendo la apertura de las tres cavidades; y
- art. 180. En caso de sospechas de envenenamiento, enviar las vísceras al Gabinete de Toxicología.

Todas son diligencias urgentes, en las que no procede aplazamiento en espera de la llegada del Instructor que puede encontrarse a días de distancia. La presencia de la autoridad judicial puede ser beneficiosa para la búsqueda de la verdad por las pruebas que pueda reunir.

La Corte Superior tiene a su cargo formular las instrucciones para la práctica de estas diligencias, sin perjuicio de transcribir el texto íntegro de los artículos mencionados.

## CAPÍTULO VII

*1. – El Ministerio Público. 2. – Caracteres de la institución. 3. – La Ley Orgánica del Ministerio Público. 4. – Notas propias del Ministerio Público. 5. – El Ministerio Público en el proceso penal. 6. – Facultades en la investigación.*

### **1. – El Ministerio Público**

Cuando el Estado asume el monopolio de la penalidad, surge la necesidad de contar con funcionarios públicos dedicados a la investigación de los delitos, actuando en nombre de la sociedad agraviada. Su origen histórico aparece en Francia cuando a comienzos del siglo XIV se dicta una Ordenanza que crea un representante especial para que al mismo tiempo que vele por los intereses del Estado, defiende los de la sociedad, especialmente en el campo de los delitos. Con esto se perseguía suprimir la denuncia privada que había alcanzado auge mediante el “chantaje”. En España en el mismo siglo XIV, se crea el Procurador General o del Rey, encargado de defender los derechos de la Corona así como los de la sociedad, para el caso de los delitos.

Al instalarse la Corte Suprema de la República, en febrero de 1825, junto con los Vocales se nombra al Fiscal. Sus contornos aparecen en el Reglamento de Tribunales de 1854 y con más precisión en la Ley Orgánica de 1912. Su nombre era Ministerio Fiscal convertido en la actualidad en Ministerio Público, que es más exacto. Con algunas variantes su función principal ha sido

de carácter judicial, especialmente en el ramo penal, no obstante lo cual antes de la creación de la Fiscalía en lo Administrativo de la Corte Suprema y de las Procuradurías, tenían a su cargo la defensa de los intereses del Estado y eran parte en demandas que se formulaban. El Ministerio Público aunque ya no integra el Poder Judicial, siempre representa el interés social y está encargado de hacer valer la pretensión punitiva —como dice Manzini— la sanción de los delitos, pero teniendo independencia en el ejercicio de sus funciones, las que desempeña según su propio criterio y sin obedecer órdenes superiores, salvo las derivadas de la jerarquía funcional. Hoy es el titular de la acción penal (art. 11º, L.O.M.P.).

Se justifica la existencia del Ministerio Público por la necesidad de defender los intereses de la sociedad, afectados con la comisión de los delitos. Los organismos del Estado tienen funciones propias que no pueden confundirse con ésta de defensa social. Muchas veces el agraviado por ignorancia, incapacidad económica, desidia, temor o por haber muerto y no tener familiares, desatiende la acción penal y el Juez ignorando el delito, no puede abrir instrucción y más tarde sancionar al autor. En estos casos es indispensable la presencia de quien representa a la sociedad que resulta agraviada con la comisión de todo delito. Existen otros delitos —los llamados de peligro— en que no hay agraviado concreto, como es el caso de las infracciones contra la Salud Pública y de ignorarlos el Juez, quedarían en la impunidad. En todos estos casos la intervención del Ministerio Público es decisiva para denunciar el delito y sancionar al autor.

## 2.— Caracteres de la Institución

La doctrina señala los siguientes caracteres:

- A) **Independencia.**— En el ejercicio de sus funciones, los miembros del Ministerio Público no están sujetos a órdenes superiores. En cada expediente o informe deberán emitir su opinión conforme a su propio criterio “en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución” (art. 5º). La única pauta es tener en cuenta la finalidad que persigue la ley al crear el Ministerio Público como institución autónoma.

Siendo cuerpo jerarquizado, los Fiscales en sus diversas escalas deberán sujetarse “a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores”, dice el art. 5º.

Nos preguntamos: ¿las ejecutorias supremas obligan al Ministerio Público?

Las ejecutorias supremas no obligan al fiscal, porque no son ley. Su imperatividad es con las partes, no *erga omnes*; pues es resolución en determinado caso y no constituye norma de carácter general.

La ejecutoria, por la sabiduría que contiene, puede constituir una valiosa fuente de orientación para el magistrado y aun para el Fiscal pero no es de observancia obligada. Válidamente el juez puede apartarse de ella, si en conciencia cree que la orientación suprema es equivocada o no es de aplicación al caso a resolver. Con mayor razón el Fiscal que no tiene obligación jerárquica con respecto a la Suprema.

La Ley Orgánica del Ministerio Público en su art. 7º autoriza al Poder Ejecutivo a exhortar al Ministerio Público para que cumpla debidamente sus funciones. La ley la llama “exhortaciones” para quitarle carácter impositivo. Esta exhortación no debe convertirse en intromisión en la función del Fiscal.

Pero la Ley Orgánica admite que si el Fiscal Superior o Provincial considera que esta exhortación del poder político es excesiva o constituye recomendación que altera el libre ejercicio de sus funciones, debe dirigirse al Fiscal de la Nación —su superior jerárquico— reclamando del requerimiento. El Fiscal de la Nación puede resolver de inmediato la consulta del inferior o someterla a la Junta de Fiscales Supremos, según sea la naturaleza de la consulta.

Con lo que resuelva el Fiscal o la Junta de Fiscales concluye el asunto.

**B) Jerarquía.** — La Ley Orgánica en el art. 36º establece la jerarquía y declara que son órganos del Ministerio Público:

1. El Fiscal de la Nación;
2. Los Fiscales Supremos;
3. Los Fiscales Provinciales;

Agrega que también son órganos:

4. Los Fiscales Adjuntos, de menor jerarquía que el Fiscal con quien trabajan.

5. La Junta de Fiscales, órgano colectivo que cumple funciones de asesoramiento. Pueden ser Junta de Fiscales Superiores presididas por el Fiscal Decano y de Fiscales Supremos, presididos por el Fiscal de la Nación.

El Fiscal de la Nación es un Fiscal Supremo que cada dos años se turna en el cargo. Los tres restantes fiscales supremos están destinados al ramo penal, civil y contencioso administrativo.

Siendo institución autónoma, su nombre es el de Fiscales ante la Corte Suprema.

Ante la Corte Superior, ramo penal y ramo civil, se encuentran los Fiscales Superiores.

En primera instancia, los antiguos Agentes Fiscales han sido reemplazados por los Fiscales Provinciales.

Como auxiliares de los Fiscales Superiores y Provinciales, la ley ha creado los adjuntos Fiscales que son sus inmediatos colaboradores y los reemplazan provisionalmente en caso de impedimento. En la jerarquía administrativa el adjunto al Fiscal tiene la categoría y el haber del cargo inmediatamente inferior.

- C) **Inmovilidad.**— El representante del Ministerio Público no puede ser removido por disposición del Ejecutivo. Sin su consentimiento no puede ser trasladado del lugar para el cual ha sido nombrado. La Ley Orgánica en su art. 59º declara que los traslados de los miembros del Ministerio Público, “solo pueden hacerse a su solicitud o con su anuencia”. Es decir, si no media pedido o consentimiento, ningún Fiscal puede ser cambiado por disposición gubernativa.
- D) **Unidad.**— Los representantes del Ministerio Público constituyen un cuerpo orgánico, y aunque varía la persona que emitía el dictamen, el reemplazante, respetando la opinión emitida, debe mantenerla para que el Ministerio Público tenga un criterio uniforme en sus dictámenes. Si un Fiscal formula acusación y luego por cambio, vacaciones, muerte o licencia, no asiste a la audiencia, quien lo reemplaza debe reproducir la

misma acusación, aunque personalmente discrepe de ella. La Corte ha declarado que el cambio de personas no altera la opinión oficialmente expresada en un dictamen (A.J. 1942, p. 186).

Aunque esta ejecutoria se ha dictado cuando el Ministerio Público integraba el Poder Judicial, sin embargo consideramos que tiene vigencia, pues aun siendo autónoma, la institución mantiene los caracteres de unidad e independencia.

Precisando los contornos de la institución, Gómez Orbaneja señala que el Ministerio Público es órgano creado por el Estado en función de la justicia, “pero independiente del órgano jurisdiccional, con quien coopera. Ambas son funciones públicas; mas lo que se busca justamente es que el Estado, en cuanto acusa, no juzgue; en cuanto juzgue, no acuse”<sup>10</sup>. Esto se ha logrado con la nueva estructura del Ministerio Público que busca las pruebas pero no decide sobre ellas.

### 3. — La Ley Orgánica del Ministerio Público

La Constitución de 1979 cambia completamente la estructura del Ministerio Público. Deja de integrar al Poder Judicial y constituye una entidad autónoma, cuyas funciones especifica la misma Constitución, y que exceden, en mucho, a las clásicas atribuciones que señalaba la L.O.P.J.

El Decreto Legislativo N° 52 de 16 de marzo de 1981 contiene la Ley Orgánica del Ministerio Público y señala los contornos de la institución, dentro de los parámetros fijados en el art. 250 de la Constitución del Estado.

Empieza declarando que es “organismo autónomo del Estado”, sujeto a su propia ley orgánica, aunque los requisitos, retribuciones y jerarquía guardan similitud con los de la magistratura.

Su función se realiza en los mismos niveles que las instancias judiciales y por eso la ley los denomina Fiscales ante la Corte Suprema, ante los Tribunales Correccionales en lo Civil de la Corte Superior y Fiscales Provinciales que ejercen su autoridad en primera instancia. Intervienen también ante

---

10 Ob. Cit., p. 54.

la policía, cuando existe denuncia de delito y detención del presunto responsable.

La Constitución dedica el Capítulo XXI al Ministerio Público: el Fiscal de la Nación, los Fiscales ante la Corte Suprema, los Fiscales ante las Cortes Superiores y los Fiscales Provinciales que operan ante los Juzgados de Primera Instancia y de Instrucción. Sus miembros tienen las mismas prerrogativas que los magistrados en su respectiva categoría y les afectan iguales incompatibilidades; para su nombramiento deberán observarse idénticos requisitos y procedimientos que los magistrados.

También son órganos – dice la ley – la Junta de Fiscales. Los Supremos los preside el Fiscal de la Nación y los Superiores el más antiguo. La ley les concede atribuciones de consulta y decisión en algunos casos –vg. licencia–, no siendo instancia con relación al parecer individual de los fiscales expresado en sus dictámenes.

Las funciones del Ministerio Público son varias y pueden agruparse en:

- a) Intervenir en la investigación del delito, desde la etapa policial hasta su culminación ante la Corte Suprema. Dentro de esta atribución, la Ley Orgánica señala que es el titular de la acción penal y le corresponde la carga de la prueba, y dice que le compete “la persecución del delito y la reparación civil”. Ante el Tribunal Correccional le corresponde emitir dictamen y sostener la acusación en el juicio oral. Emite dictamen en las instrucciones que van a conocimiento de la Sala Penal de la Corte Suprema. Es la función judicial propiamente dicha y será materia de estudio en este Manual. Las siguientes atribuciones no son atinentes al proceso penal, por lo cual nos limitaremos a su enumeración.
- b) Defensa de la legalidad, de los ciudadanos y los intereses públicos tutelados por la ley. Procura la defensa de la juridicidad a fin de que la norma legal impere en la sociedad peruana. Vigila el estado de derecho de la República.
- c) Representa a la sociedad en juicio para los efectos de defender a la familia, menores e incapaces y el interés social. Debe velar por la moral pública.

- d) Especial mención merece el velar por la independencia del Poder Judicial y la recta administración de justicia.

#### **4. – Notas propias del Ministerio Público**

En forma sucinta señalamos las principales:

1. Ante las deficiencias de la ley, el art. 4º establece que el Fiscal debe tomar en cuenta los principios generales del derecho, de preferencia los que inspiran el derecho peruano.  
  
En estos casos – agrega – el Fiscal de la Nación elevará al Presidente de la República los proyectos de ley y de reglamentos que considere necesarios para obviar esta deficiencia. Solamente puede ejercer esta atribución en asuntos que se relacionan con la materia que le sea propia.
2. El Ministerio Público puede emitir su parecer –no constituye obligación– en los proyectos de ley relacionados con la institución y con el Poder Judicial. Esta opinión puede ser emitida aun cuando los proyectos se encuentren en el Congreso.
3. La Fiscalía de la Nación debe llevar un Registro completo de todos los fiscales supremos, superiores y provinciales con sus datos personales, carrera docente y judicial, licencias, comisiones legislativas, libros publicados, estudios, etc.  
  
Igual Registro debe llevar el Fiscal Superior Decano con respecto a los Fiscales de su distrito.
4. La especialización es reconocida en esta ley. Para la promoción se establece que cada uno debe ser promocionado dentro del área de su especialidad.
5. En el año no puede gozar más de 60 días continuos de licencia. La de los supremos la concede el Fiscal de la Nación; la de los Superiores la Junta de Fiscales, así como de los provinciales. El reemplazo corresponde al de grado inferior más antiguo y en último caso con el Adjunto, siempre considerando la especialidad.
6. En el ejercicio de sus funciones, el Fiscal de la Nación puede dirigirse por escrito a los presidentes de las Cámaras Legislativas, a los Ministros de Estado, a los presidentes de las Cortes de Justicia, organismos públicos autónomos,



etc., solicitando informes y documentos que considere necesarios para el ejercicio de su función, los que le serán entregados, salvo que tengan relación con la seguridad del Estado. Este derecho es irrestricto y no sufre limitaciones por el estado de sitio o emergencia, decretado por el Gobierno. Todos los funcionarios están obligados a contestar estas comunicaciones.

7. El Fiscal no puede ser recusado, pero existiendo causal de recusación, debe excusarse.

Como norma general, los Fiscales están impedidos de conocer en causas en las cuales tenga interés su cónyuge, parientes en línea recta o 4º de consanguinidad o 2º de afinidad, por adopción, compadres, ahijados o apoderados. Luego la ley señala aquellas actividades que no pueden ejercer los miembros del Ministerio Público como es el ejercicio de la profesión, industria, comercio, etc.

Les está permitido la docencia universitaria, integrar comisiones codificadoras, asistir a conferencias internacionales, etc. Causa no fácil de establecer es aquella que dice “conducta irregular” que lo haga “desmerecer en el concepto público”. Entra lo subjetivo que no siempre es posible determinar y se presta a dictar sanciones indebidas.

8. Requisitos, sueldos e impedimentos son los mismos que los de los magistrados de primera y segunda instancia y Suprema.

Están sujetos a la responsabilidad civil, penal y disciplinaria. Los Fiscales Supremos – como los Vocales de la Corte Suprema – gozan del privilegio del ante-juicio constitucional.

## **5. – El Ministerio Público en el proceso penal**

El Ministerio Público, que establece la Constitución y regula el D. Leg. 52, cambia totalmente la fisonomía de la institución que como integrante del Poder Judicial contempla la L.O.P.J.

Ya no es el representante de la sociedad que en la instrucción se limitaba a colaborar con el Juez, pero cuya dirección y responsabilidad corría a cargo de este último. Hoy el proceso tiene como principal responsable al Fiscal Provincial, a quien le

corresponde presentar pruebas y el Juez queda encargado de su actuación y apreciación.

El Ministerio Público interviene desde la etapa policial. Apenas detenida una persona a quien se sindicaba como autora de un delito, es avisado el Fiscal Provincial, quien personalmente o por medio de auxiliar especialmente autorizado, se constituye en el lugar de detención para vigilar que el detenido goce de todos sus derechos y tenga defensor.

En la investigación policial, el Fiscal debe orientar las pruebas que se actúen apenas producido el hecho. Vigila el exacto cumplimiento de la ley. Concluida la investigación policial, el Fiscal examina si existe mérito suficiente para iniciar una instrucción, así como si se encuentra identificado el autor. Solo entonces denunciará el hecho delictuoso al Juzgado de Instrucción correspondiente.

Abierta instrucción, al Fiscal Provincial corresponde la carga de la prueba. Debe estar enterado de las diligencias a realizar. Expresamente declara el art. 14 que los jueces, “sin perjuicio de las facultades que al respecto les otorgue la ley”, deben notificar al Fiscal. Esto significa que el Juez puede intervenir en las pruebas, ordenar aquello que resulta de una diligencia.

En cuanto a la presentación de pruebas, la ley dice que al Fiscal compete la carga de la prueba, pero en el art. 14 declara procedente la “actuación de pruebas ofrecidas por cualquiera de las partes y ordenada de oficio”. Esto significa que el inculpado y la parte civil pueden ofrecer pruebas y que el Juez puede decretarlas de oficio. Todo lo que contribuya a esclarecer el delito tiene que ser aceptado. Establecer la limitación de que el Fiscal es el único que puede ofrecer probanza, sometería el éxito de la investigación a la diligencia y capacidad de Fiscal. Si no reúne estas condiciones —lo que puede ocurrir— los delitos quedarían sin probar. La intención de la ley es que el Fiscal tenga la responsabilidad de la probanza, como antes la tenía el Juez, pero también las partes pueden presentar las pruebas que consideren necesarias para esclarecer la verdad.

Preguntamos: Concluida la investigación policial, ¿la policía la remite al Juzgado o es el Fiscal Provincial quien formula la denuncia? Creemos lo último, pues el art. 11 declara expresamente que el Ministerio Público es el titular de la acción

Domingo García Rada

penal, “la que ejercita de oficio, a instancia de la parte agraviada o por acción popular”.

Es decir, conociendo la existencia de un hecho tipificado como delito en la ley y sabiendo la persona de su autor, le corresponde denunciar el delito al Juzgado y al Juez competente abrir Instrucción.

El único que puede denunciar delitos es el Fiscal Provincial. La L.O.M.P. reconoce que de tres modos puede el Fiscal enterarse de la comisión de un hecho que la ley penal considera delito.

1. De oficio. Cuando el Fiscal se entera de un delito y está identificado su autor, entonces presenta la denuncia al Juzgado. Es el caso del atestado policial.
2. Por acción popular. Cuando una persona del pueblo se entera de un delito de comisión inmediata y procede a denunciarlo. Si es perseguible de oficio, el Fiscal puede amparar la denuncia.
3. A instancia de parte agraviada. Cuando quien ha sufrido con la comisión de un hecho delictuoso, se presenta denunciando el delito y la persona de su autor.

Al recibir una denuncia el Fiscal Provincial, la examina y si la encuentra procedente la envía al Juzgado para que abra instrucción. Si no la encuentra procedente, la desestima, pero lo hace saber por escrito al denunciante.

Si el denunciante no se conforma con la denegatoria, puede ocurrir en queja ante el Fiscal Superior –cuando la denuncia ha sido presentada ante el Fiscal Provincial– o ante el Fiscal Supremo si la presentó ante el Fiscal Superior. Con lo que resuelva éste, concluye todo.

En el proceso penal la figura sobre quien recae la responsabilidad del éxito o del fracaso de la investigación es el Ministerio Público. La responsabilidad se ha desplazado del Juez Instructor –que conforme al art. 49 era el responsable de la instrucción– al Fiscal Provincial que es a quien compete la carga de la prueba. Es cierto que las partes y el Juez pueden ofrecer pruebas, pero la responsabilidad es del Fiscal Provincial.

La intención de la ley es que el proceso penal recaiga principalmente sobre el Ministerio Público de manera que el Juez tenga libertad espiritual suficiente para apreciar las

pruebas. Como no es obra suya la que se juzga, es objetivo en su apreciación. El Juez tiene como misión principal apreciar las pruebas aportadas por el Ministerio Público y examinar si acreditan el delito y la persona de su autor.

La constitución del agraviado como persona del proceso –parte civil– no altera esta situación. Todo delito debe ser castigado y toda víctima indemnizada. Si no ocurre esto no se restablece el orden jurídico en su plenitud.

La pretensión punitiva del Ministerio Público concluye con la sentencia. Si es condenatoria, mantiene su intervención en la etapa denominada ejecución de sentencia. Si es absolutoria, con la sentencia termina su intervención.

### **Atribuciones y obligaciones**

La Ley Orgánica señala las que corresponden al Fiscal Supremo en lo penal, al Fiscal Superior en lo penal y al Fiscal Provincial en lo penal.

#### **A. Fiscal Supremo en lo penal:**

- 1) El art. 82 declara que le corresponde interponer recurso de revisión ante la Sala Penal o participar en el ya interpuesto;
- 2) Deducir la nulidad de lo actuado en un proceso penal, cuando se ha incurrido en graves irregularidades procesales;
- 3) Solicitar la apertura de proceso disciplinario contra los jueces, miembros del tribunal correccional y del Ministerio Público responsables de las irregularidades procesales que motivan la nulidad del proceso penal;
- 4) Instruir al Fiscal Provincial en lo civil que corresponda, para que vigile la pronta y exacta ejecución de las sentencias que imponen como pena accesoria, la de interdicción civil a fin de que se nombre curador del interdicto;
- 5) Emitir dictamen en los procesos penales que señala el art. 83: extradición, defraudación, contrabando, piratería aérea, tráfico ilícito de drogas, motín, en las sentencias que hubieren impuesto pena privativa de la libertad por más de diez años, etc.

**El Fiscal Superior en lo penal** emite dictamen en la: acumulación y desacumulación, cuestiones previas, prejudiciales

Domingo García Rada

y excepciones, constitución en parte civil, libertad provisional e incondicional, embargo, etc. (art. 91 L.O.M.P.)

Al dictaminar en una instrucción –dice el art. 92– el Fiscal Provincial puede pedir su ampliación, el archivamiento provisional o acusar y pasar a juicio oral.

Si pide ampliación debe señalar las pruebas a actuarse y plazo para ello; en este caso las pruebas serán ratificadas en la audiencia.

El Fiscal Provincial en lo penal participa activamente en la instrucción. Sus obligaciones las señala el art. 94 y las atribuciones el art. 95. Le corresponde denunciar los hechos de que ha tomado conocimiento por el aviso de la policía acerca de los delitos y de sus presuntos autores, hasta denunciarlos al Juzgado; velar porque el detenido goce de defensa adecuada desde la etapa policial hasta su juzgamiento y para asegurar la reparación civil debe pedir el embargo en bienes suficientes. Le corresponde la carga de la prueba e intervenir en su actuación. Aunque al Juez compete la dirección del proceso penal (art. 49), sin embargo la intervención del Ministerio Público es decisiva. La ley dice que le corresponde “participar en la instrucción” y actuar la prueba ofrecida por él y por los defensores. Antes el Juez era el responsable del éxito de la investigación judicial, pero ahora lo es el Ministerio Público.

## **6. – Facultades en la investigación**

Todos los actos del Ministerio Público están destinados a lograr la aplicación de la ley penal en un caso concreto. Colabora con la actividad jurisdiccional del Juez, pero no la ejerce. Pide la declaración del derecho, pues no le corresponde declararlo.

Recibe denuncias sobre la comisión del delito y prepara el Informe que sustentará el ejercicio de la acción penal. En la preparación de esta denuncia actúa como autoridad administrativa, pudiendo dictar todas las medidas que considere necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

Ahora preguntamos:

- a) ¿Puede ordenar la detención de la persona sujeta a investigación?

- b) ¿Puede incautarse de especies relacionadas con el delito, citar a declarar a personas que pueden aportar datos y practicar otras diligencias, como el reconocimiento, la pericia, etc.?
- c) ¿Puede prohibir la salida del país?

A) No ejerciendo jurisdicción, no puede ordenar la detención de una persona. El decretarla es acto propio del Juez en un proceso penal. La autoridad judicial es la que puede recortar la libertad ambulatoria de una persona sujeta a un proceso penal y la detención es el máximo recorte de las libertades de la persona.

Solamente puede pedir, al ejercitar la acción penal, que el Juez decrete la detención provisional o que la policía mantenga detenido al sujeto contra quien ha realizado la investigación y lo denuncia. (art. 5º del Reglamento de la L.O.M.P.)

B) Creo que al igual que la policía, el Fiscal Provincial puede ordenar el recojo de aquellos instrumentos o medios relacionados con el delito, con la obligación de presentarlos al Juzgado oportunamente.

Teniendo la obligación de reunir datos para formular denuncia penal, también tiene la facultad de recoger todo aquello que sirva como fundamento a la denuncia a presentar. En esta materia no tiene otro límite que el respeto a la persona humana y a su libertad ambulatoria.

C) La jurisdicción es eminentemente territorial, de manera que si el sujeto a proceso sale del territorio de la República, el juez automáticamente pierde imperio sobre él y las citaciones y demás medidas que se dicten no le afectan, pueden ser decretadas pero no llegan a su ejecución. Sin la presencia del denunciado es difícil llevar a cabo una investigación.

Conforme a los arts. 94º y 95º de la L.O.M.P. el Fiscal Provincial tiene facultad para abrir o denegar una investigación, ordenar el reconocimiento médico por siquiátras, pedir la transferencia de jurisdicción u oponerse a ella, etc. Es decir actuar todas aquellas providencias que no implican ejercicio de la jurisdicción

Domingo García Rada

sino que constituyen actos administrativos inherentes a su función.

¿Cuál es la naturaleza de la medida de prohibir la salida al extranjero de persona sujeta a investigación? Indudablemente que no es acto jurisdiccional, pues el Fiscal no declara nada, se limita a pedir que dicho sujeto no deje el país. Es acto puramente administrativo que no implica declaración de derecho, es medida precautoria para que pueda realizarse la investigación.

Es de la misma naturaleza que la citación para declarar, la de señalar domicilio y no cambiarlo ni dejarlo, sin aviso al Fiscal. La naturaleza de la investigación exige que la persona a quien se imputa el delito, esté a disposición del Fiscal. Si se permite que salga del país, se frustra la investigación y se vuelve ilusoria la actividad del Ministerio Público.

Por estas razones creemos que el Ministerio Público puede pedir que la persona sujeta a investigación no salga del país. Es recorte mínimo de su libertad ambulatoria impuesto por la necesidad de la investigación. Es derecho que va implícito en la obligación de ejercer la acción penal y de preparar el informe que la fundamente. Quien tiene una obligación tiene los medios para cumplir con ella.

## CAPÍTULO VIII

*1. – La Parte Civil. 2. – Caracteres y contenido de la acción civil. 3. – Concepto de Parte Civil. 4. – Facultades y personería de la Parte Civil.*

### **1. – La Parte Civil**

El delito es a la vez ilícito penal e ilícito civil. Todo ilícito penal es ilícito civil, pero no todo ilícito civil es ilícito penal. El delito es, pues, ilícito penal e ilícito civil. El penal origina la pena; el civil la reparación pecuniaria.

Como consecuencia de todo delito, surgen dos acciones: una dirigida a obtener la aplicación de la ley penal; la otra busca el resarcimiento del daño causado. Para la primera el delito es mal público y agravia los intereses de la sociedad; para la segunda, es mal privado y afecta los intereses de un particular.

Todo delito ocasiona perjuicio material a la víctima, en su persona o en su patrimonio. La sentencia debe repararlo: unas veces podrá devolverse la especie perteneciente a la víctima; otras no será posible como en las lesiones. Entonces procede disponer el pago de determinada cantidad de dinero en concepto de indemnización por la lesión causada. El orden jurídico no quedaría restaurado si a la sanción penal no se agregara una de carácter pecuniario, destinado a hacer desaparecer el desequilibrio material producido por el delito.



A su vez, en el proceso penal el agraviado puede limitarse a cobrar lo que le señale el juez en concepto de indemnización; o a participar activamente en el desarrollo de la instrucción. En ese caso para tener legitimación deberá constituirse en Parte Civil y así ejercer la Acción Civil emergente del delito de que ha sido víctima.

La acción civil corre pareja con la penal y se ejercita ante el que tramita la instrucción. Se ha discutido si el Juez que conoce del aspecto penal, también conozca del aspecto civil del delito. Pero existen razones prácticas muy atendibles: no es posible que a la víctima del delito, ya perjudicada con este hecho, se le obligue a seguir un juicio en la vía ordinaria, costoso y dilatado para alcanzar la indemnización a que tiene derecho. Son dos acciones emanadas del mismo hecho delictuoso, con prueba igual que deben ser resueltas por el mismo Juez. Se evita que el de Primera Instancia tenga un proceso más a su cargo; se ahorra dinero a la parte agraviada, puesto que ejercitar la acción civil no le cuesta nada o muy poco; hay evidente economía procesal al mantener la unidad de la causa y evita el peligro de sentencias contradictorias.

El derecho a la reparación nace con el delito. La sentencia no crea el derecho sino la exigencia legal para hacerlo efectivo.

La acción civil es objeto accesorio de la penal. El delito es condición necesaria pero no suficiente, puesto que puede desaparecer y sin embargo queda subsistente la acción civil; la única diferencia es que ya no puede ejercitarse en la vía penal sino en la civil. Tal es el caso de la amnistía que “suprime legalmente el hecho punible pero deja subsistente la reparación civil”. (art. 126 C.P.)

## 2. – Caracteres y contenido de la acción civil

Caracteres de la Acción Civil:

- a) es privada, porque corresponde su ejercicio a la persona lesionada y por tanto es de interés particular; las relaciones jurídicas que norman su contenido son privadas.
- b) **es de carácter patrimonial**, pues representa un derecho de contenido patrimonial, aun en el caso de que el daño sea moral. El resarcimiento de todo daño ocasionado por el delito, sea material o inmaterial, es de carácter patrimonial.

- c) es contingente, significa que puede ejercitarla juntamente con la represión del delito, accionar en otra vía o no ejercitarla por razones personales.

Florián insiste en el carácter jus privatista de la acción civil. Sin embargo se ejercita en la vía penal y se sigue paralelamente con la acción penal y el resultado de ésta, influye en aquélla: así por ejemplo la gravedad de las lesiones implican mayor cantidad por reparación civil.

Contenido de la Acción Civil.— La reparación del daño causado con el delito, reviste dos formas: Restitución y Resarcimiento.

La restitución es procedente cuando el delito ha consistido en la sustracción de la cosa y es posible recuperarla y devolverla a su dueño; la Restitución tiende a reintegrar la cosa a su legítimo propietario. Esta devolución solo puede darse en los delitos contra el patrimonio y aun en ellos, no siempre es posible, porque a veces el inculpado la ha hecho desaparecer, se le ha extraviado o la ha vendido. En los demás delitos — v. g. lesiones, honor sexual, contra la vida, etc. — no puede hablarse de restitución, porque no es posible. Para estos casos, existe una segunda posibilidad.

El resarcimiento consiste en vez de devolver la cosa, dar su equivalente en dinero. La moneda es el común denominador que sirve para determinar el valor — exacto o aproximado — de los bienes de uso y de consumo. La vida humana así como la integridad física de las personas solo admiten como reparación el pago de cierta suma de dinero. Ante la imposibilidad de devolver la vida, se acepta que los familiares sean resarcidos mediante el pago en dinero. Es la única forma de indemnizar el daño inferido con el delito.

Conforme al art. 66 del C.P., la Reparación Civil comprende tres puntos: 1º la restitución de la cosa; 2º la reparación del daño causado; 3º la indemnización del perjuicio material o moral irrogado a la víctima.

No existe discusión alguna acerca de la obligación de la restitución y cuando ella no es posible, tiene lugar la indemnización pecuniaria. El art. 69 del C.P. establece que la víctima del delito puede escoger entre recibir la cosa en el estado en que se encuentre — más o menos deteriorada — o una suma de dinero como compensación y en concepto de reparación civil.

El segundo objetivo ofrece mayor dificultad. Todo delito determina indudable daño a la víctima. La sustracción de un bien material ocasiona perjuicios no solo por la privación del mismo, sino por las molestias que ocasiona su recuperación; además su reemplazo, significa desembolso de dinero. Constituye finalidad de la Reparación indemnizar estos daños.

Problemas más graves presenta la reparación del daño moral. Dada su inmaterialidad, es difícil fijar sumas y apreciar perjuicios de hechos que carecen de dimensiones materiales. La reparación debe comprender los perjuicios materiales e inmateriales: tales son las aflicciones que causa una muerte, los dolores de una lesión corporal, la publicidad desagradable motivada por el delito, el tiempo que se pierde en las diligencias ante la policía y en el Juzgado, etc. Estas circunstancias de orden espiritual afectan a la vida de la persona y se traducen en estados afectivos que conllevan disminución de la capacidad productiva. Todo debe resarcirse y el único medio es la Reparación Civil. Volveremos a ocuparnos de este tema en la Sentencia.

### **3.— Concepto de Parte Civil**

El derecho a constituirse en Parte Civil en el proceso penal, se adquiere por haber sufrido un daño. El perjudicado con el delito tiene derecho a invocar la pretensión destinada a su resarcimiento. En caso de muerte este derecho pasa a sus causahabientes. Si el delito es en agravio de varias personas, todas tienen opción a constituirse en Parte Civil, cada una ejercita su propio derecho como víctima del delito. También cada una debe percibir la reparación en proporción al daño sufrido.

Para Fenech el papel de la parte civil se reduce a mantener la acusación a los solos efectos de pedir la reparación del daño causado, sin que su actuación afecte a las vicisitudes de la pretensión punitiva y permanece extraña a la misma.

Considera que la pretensión resarcitoria sigue la suerte de la punitiva, pero mantiene la posibilidad de ejercitarla fuera del proceso penal, en la vía civil correspondiente.

Cesa la calidad de actor civil por declaración de voluntad efectuada expresamente, en el proceso.

La extinción extra-procesal de la pretensión civil —v. g. la transacción— constituye renuncia al derecho del resarcimiento en el proceso penal.

Las condiciones requeridas para constituirse en Parte Civil son: 1º acción nacida de delito que afecte a quien la ejercita; 2º existencia de daño material o moral verosímilmente acreditado y económicamente apreciable en dinero; y 3º interés personal, directo y actual, no futuro.

Cuando la acción civil se ejercita en forma subsidiaria juntamente con la penal, solo puede dirigirse contra el autor del daño, no contra sus familiares, allegados o socios, y ello porque la acción penal es personalísima. Cuando se emplea la vía ordinaria, entonces la acción civil derivada de delito puede dirigirse contra el acusado o quien sus derechos represente.

Requiere que exista previamente un proceso penal y que la pretensión económica tenga los mismos hechos como fundamento, o sea que derive del delito que la motiva.

Puede haber acción penal sin pretensión económica (cuando existen casos de inimputabilidad o de justificación en que se dicta una medida de seguridad). Cuando hay pretensión económica pero no puede haber pretensión punitiva, por ejemplo en los casos de la amnistía – art. 126 C.P. – o delitos, contra el patrimonio entre parientes con estrecho vínculo familiar, – art. 260 C.P. –, entonces como no cabe reclamar nada en la vía penal, pues ésta no está expedita, tiene que dirigir su acción indemnizatoria por la vía civil.

La existencia del proceso penal es presupuesto necesario para ejercitar la acción civil. Cuando se desecha la acción penal (por absolucón, prescripción o porque solo se dicta una medida de seguridad), la acción civil desaparece. La imposición de una sanción penal trae consigo la desaparición de la acción civil derivada de delito. En tales casos, la víctima tiene que recurrir al juicio ordinario.

La ley reconoce al lesionado la facultad de interponer la acción indemnizatoria en forma accesoria, juntamente con la penal; o independientemente en la vía ordinaria. Es facultad alternativa, no acumulativa, es decir que si la ejercita, en una vía, no puede hacerlo en la otra; escogida una vía, queda cerrada la otra. La falta de éxito en una o descontento por el escaso monto señalado, no autoriza a la víctima del delito a presentarse en la otra vía con igual pretensión. Ya agotó su pretensión indemnizatoria. (R.J.P. 1969, p. 1514; A.J. 1934 p. 193)

**Nombre de Parte Civil.** El C.P. en M.C. contenía referencias a la acción civil derivada de delito y a quienes podían ejercerla,

pero como instituto autónomo solo aparece en el Código de 1940.

El agraviado constituido en Parte Civil es persona principal del proceso, juntamente con el Juez, el Fiscal Provincial y el procesado. Es parte necesaria porque no existe proceso sin agraviado. Integra el proceso penal como víctima del inculpado. Como parte lesionada se le exigen los requisitos de identidad –establecer quién es el agraviado– y existencia –que haya estado vivo en el momento del delito–. No se le pide capacidad procesal, puesto que puede ser menor de edad o incapaz.

En cuanto a quienes pueden constituirse como Parte Civil el art. 54 lo indica: el agraviado, sus ascendientes o descendientes, cónyuge, parientes colaterales o afines dentro del 2º grado; sus padres o hijos adoptivos o su tutor o curador. Cuando el agraviado no ejerza por sí sus derechos civiles, podrá constituirse como parte quien lo represente legalmente.

Faltando el agraviado –por muerte o incapacidad– puede apersonarse el pariente más cercano, según las leyes de la herencia. Si el perjudicado no quisiera constituirse en parte, sus parientes no pueden sustituirlo. Solamente se acepta a éstos cuando el agraviado hubiere muerto, fuere incapaz o estuviera inhabilitado por el mismo hecho. Es necesario que el agraviado quiera ser parte en el proceso o presumir que desea serlo. Si el agraviado no quiere constituirse como tal o pudiendo, no lo hace, tampoco los demás parientes pueden hacerlo. La constitución de los parientes opera cuando no vive el agraviado o no puede expresar el deseo de ser parte civil; es subsidiaria de la voluntad del perjudicado, no su reemplazante. Los allegados y otros perjudicados con el delito, carecen de legitimación. Así por ejemplo los hijos no reconocidos o la concubina, no pueden ser parte civil, a pesar de que pueda existir afecto entre ellos pero la ley no los considera. Tampoco puede ser parte civil quien celebró contrato con la víctima para que realizara un trabajo manual y como consecuencia del accidente, está imposibilitado de cumplir este compromiso aunque su interés es evidente y claro el perjuicio que sufre al no tener la obra y quizás, hasta perder el dinero entregado a cuenta. Ninguna de estas personas tiene legitimación activa que le permita ser parte civil.

El requisito fundamental para ser Parte Civil en un proceso penal, es tener la condición de parte lesionada. Su interés es directo y personal, no futuro ni posible.

#### 4. – Facultades y personería de la Parte Civil

Siendo derecho facultativo, la constitución en parte civil no se presume. Es necesario escrito y resolución del juez que lo acepte como tal: “Requiere auto expreso del Juzgado, no bastando haberlo pedido”. (A.J. 1964, p. 256). Otra ejecutoria agrega: “No basta denunciar el hecho y considerarse agraviado con el delito, es necesario asumir expresamente la condición de parte civil y para ello es indispensable la petición al Juzgado y la aceptación de éste, mediante resolución”. (R.J.P. 1954, p. 461; Rev. Foro, 1926 p. 68)

El Ministerio Público y el inculpado pueden oponerse al auto que acepta al agraviado como parte civil; procede la apelación, pero no el recurso de nulidad. (A.J. 1962, p. 180)

Para que la parte agraviada pueda participar en los actos del proceso e impugnar resoluciones, es necesario que previamente se constituya como parte civil (R.J.P. 1967, p. 1208). Si la persona que sufre el agravio fuere incapaz absoluto, lo hará quien sus derechos represente, dice la ley (art. 54). Si el recurso lo interpusiera el menor o incapaz, es improcedente, solo puede hacerlo su representante legal. (Boletín C.S. N° 3, p. 164)

La oportunidad para pedir la constitución en parte civil, es durante la investigación y hasta antes que se inicie el juicio oral. (A.J. 1965, p. 265). Aceptada la parte civil, mantiene esta situación durante todo el proceso, no siendo necesaria nueva constitución. Existen algunas ejecutorias que limitan los efectos de la resolución del Juzgado al período de la investigación, pero la jurisprudencia se inclina de que basta la constitución ante el juzgado y sus efectos se mantienen durante toda la instrucción. (A.J. 1965, p. 265). Esta última es la interpretación exacta, porque el proceso es uno solo, aunque dividido en dos etapas, que se continúan y completan; de manera que lo resuelto por el Juzgado – v. g. embargo, libertad, parte civil, etc. – mantiene su vigencia mientras dure el proceso.

Pero si la petición del agraviado no fue resuelta por el Juez, entonces no existe parte civil y el agraviado carece de derecho para participar en las incidencias de la instrucción. Faltando el auto del Juzgado, no hay parte civil.

Por lo general la petición es escrita y a continuación de ella, el juez dicta el auto respectivo. La ley autoriza la petición

Domingo García Rada

verbal sentándose acta y por su mérito el juez puede acceder o rechazarla. Pero no es lo acostumbrado.

Es inadmisibile el recurso de nulidad o apelación interpuesto por quien no es parte civil. (R.J.P. 1948, p. 70; y 1954, p. 740)

No es necesario constituirse en parte civil para percibir la indemnización fijada en la sentencia. Es derecho de todo agraviado el ser indemnizado del daño causado con el delito y solicitar el pago de la reparación civil mandada abonar en la sentencia. Lo que no puede el agraviado que ha cobrado la reparación señalada en la sentencia, es presentarse ante el Juzgado de Primera Instancia demandando indemnización por el hecho ilícito que motivó la instrucción: una ejecutoria suprema es clara y dice: "Apersonado como parte civil en una instrucción, la sentencia del Tribunal Correccional establece cosa juzgada sobre lo penal y lo civil; no es posible recurrir a otra vía que puede llegar a conclusiones distintas". (R.J.P. 1945, p. 98)

La constitución en parte civil permite al agraviado intervenir en el desarrollo de la instrucción: ofrecer pruebas, llevar peritos, interrogar a testigos, intervenir en las confrontaciones, acreditar el daño sufrido, etc. Tiene derecho de impugnar resoluciones: del auto que concede la libertad, señala el monto del embargo, deniega pruebas, etc. (R.J.P. 1948 p. 70; y 1954 p. 740)

En la audiencia puede apersonarse con su abogado, quien debe informar acerca del daño sufrido con el delito o destacar la solvencia del acusado o del tercero civil. Lo único que no puede hacer es calificar el delito. Si no estuviere de acuerdo con la sentencia, podrá impugnarla ante el superior. Para todo ello necesita constituirse en forma expresa como parte civil. (R.J.P. 1967 p. 1207). Si no estuviere constituido como parte civil, tiene que contentarse con lo que el juzgador señale, pues no tiene personería para impugnar resoluciones, aunque sea denunciante. (A.J. 1933, p. 323)

La constitución del agraviado en parte civil no exime al Ministerio Público de perseguir la reparación del delito; la parte civil coadyuva con el Fiscal pero no lo reemplaza ni lo exonera de esta obligación que le impone la ley.

La acción civil como accesoria de la penal solo funciona al mismo tiempo que ella y se extingue conjuntamente. A ambas acciones seguidas en un solo proceso, le es aplicable el término

de prescripción de la acción penal. Si el agraviado escoge la vía civil, le es de aplicación el plazo que señala el Código Civil para la prescripción de los actos ilícitos.

Si en la instrucción se acredita que no ha existido delito y se archiva definitivamente, queda extinguida la pretensión penal, pero no lo civil, la cual puede hacerla valer en la vía civil, siempre que no hubiere prescrito. Esto se explica porque en el acontecer humano, es posible que se cause daño sin intención y entonces no existe delito que perseguir, pero la evidencia del perjuicio material no puede discutirse y ese resarcimiento solo puede pretenderse en la vía civil.



Domingo García Rada

## CAPÍTULO IX

*1. – El responsable civil. 2. – Capacidad procesal del responsable civil. 3. – Su situación en el proceso penal. 4. – Caracteres de esta responsabilidad. 5. – Naturaleza de la responsabilidad civil del tercero.*

### 1. – El responsable civil

“**Responsable Civil** es aquél que está obligado a la restitución o al resarcimiento del daño por el hecho del imputado”.<sup>11</sup> Es la persona natural o jurídica que sin haber participado en la realización del delito tiene que pagar sus consecuencias económicas.

Es responsabilidad nacida de la ley civil. Se establece: a) la responsabilidad de los padres, tutores y curadores por los actos que cometan sus hijos menores, sus pupilos o los mayores sometidos a curatela; b) la responsabilidad de los patronos por los actos ilícitos cometidos por quienes se encuentran bajo su inmediata dependencia, como son sus servidores; c) responsabilidad del propietario del vehículo por los hechos practicados por el conductor al conducir el vehículo que le ha entregado; etc.

---

<sup>11</sup> Leone, ob. cit., tomo I, p. 507 y ss.  
Fenech, ob. cit., p. 80.

## **2. – Capacidad procesal del responsable civil**

En cuanto a la capacidad procesal del tercero civil, ésta se rige por las leyes civiles. Es responsable en la medida que tenga capacidad para contraer obligaciones. Leone cree que cuando tales personas no tienen el libre ejercicio de sus derechos, pueden ser responsables en el proceso penal, “solamente si son representadas, autorizadas o asistidas en las formas prescritas por las leyes civiles”.

La responsabilidad es directa cuando coincide la persona del autor del delito con el responsable civil. Es frecuente que la misma persona tenga responsabilidad penal y económica, la primera recae exclusivamente sobre la persona y la segunda sobre el patrimonio.

La responsabilidad es indirecta cuando la reparación civil recae sobre persona ajena al hecho, que no ha tenido nada que hacer con el delito pero que por especial vinculación – personal en el caso del padre, tutor o curador y empleador o patrimonial en el caso del propietario del automóvil – es responsable por las consecuencias económicas del delito. En tal situación es necesario que posea capacidad procesal para ser demandado, aplicándosele las reglas del procedimiento civil. Esta responsabilidad es frecuente en los casos de los accidentes automovilísticos en que el dueño del automóvil es persona distinta al chofer que lo conduce; el dueño responde económicamente y el chofer penalmente.

La Legitimación del Tercero Responsable está vinculada al autor o al hecho: es el padre o tutor del menor inculcado, o es el propietario o principal del chofer responsable.

Fenech dice que tiene legitimación para ser responsable civil el que por título lucrativo hubiere participado en los efectos de un delito. También responde por vinculación familiar o legal. Pero siempre y en todo caso esta responsabilidad deriva de que la ley la establece.

El Tercero Responsable tiene facultades paralelas a las del inculcado, pero limitadas a las de la pretensión civil del agraviado. Por ello pueden serle aplicadas las medidas cautelares de orden económico que se utilizan contra el inculcado, como es el embargo de sus bienes.

Siendo varios los responsables civiles, el Tribunal Correccional al sentenciar, deberá señalar la solidaridad en el pago, quedando siempre el derecho de repetir por lo pagado. En el procedimiento sumario corresponde hacerlo al juez sentenciador.

Tratándose de compañías aseguradoras, a ellas corresponde el pago, teniendo el derecho de ser citadas así como la facultad impugnatoria. Al sustituirse al asegurado en la responsabilidad en que puede incurrir por negligencia, imprudencia o impericia, solo lo hacen por el monto del seguro. Si la indemnización se señalare en mayor cantidad le corresponderá abonar el monto de la póliza y el saldo al asegurado, quien, por este motivo, deberá ser citado en el expediente, juntamente con la compañía.

### **3. — Su situación en el proceso penal**

Nuestro Código concede escasa importancia al Tercero Civil. Le dedica pocos artículos: en el 100 autoriza el embargo sobre bienes de terceras personas, cuando sobre éstas recae responsabilidad civil; en el 229, inc. 4º, al disponer que el Tribunal dispondrá la citación del Tercero Civil para que tome conocimiento de la realización del acto oral; en el 278 al establecer que después del defensor, el Tribunal concederá la palabra al abogado del responsable civil, si hubiere concurrido a la audiencia.

El Código no contiene ninguna disposición que ordene citar al responsable civil con el auto apertorio. Se debe a que con anterioridad a la vigencia del indicado cuerpo de leyes, se dictó la Ley 9014 que establece la citación del tercero desde el comienzo de la instrucción; en el art. 3º declara que la indemnización mandada a pagar a terceros, no los obliga, si éstos no hubieren sido citados “desde el principio de la instrucción”.

Cuando coincide la figura del responsable civil y del responsable penal —v.g. el propietario del automóvil que atropella a un peatón—, la notificación hecha al presunto responsable se entiende que es en su doble condición de chofer responsable y del dueño del vehículo.

La notificación con el auto apertorio, permite al tercero participar en el proceso, en defensa de sus intereses económicos.

También debe ser citado con el auto que señala día y hora para la audiencia. Una ejecutoria dice: “Es nula la sentencia pronunciada sin citación del tercero responsable”. (A.J. 1932, p. 43). La razón de esta exigencia es clara: si el tercero civil no fue emplazado con el proceso y para el acto oral, lo que la sentencia disponga no le afecta. Por eso la Corte declara que la sentencia es nula cuando no se ha citado al obligado subsidiariamente. (A.J. 1932, p. 147). Requiere nueva citación para el juzgamiento.

Este tercero civil puede ser el padre, tutor, o curador, personas a quienes se debe citar para la audiencia: “Es nula la sentencia pronunciada sin citar al padre del menor, por ser éste el tercero responsable”. (A.J. 1936, p. 60). Cuando la obligación legal proviene de un vínculo laboral, debe ser notificado el principal de quien depende el autor material del daño. “La institución de la que depende el autor del daño, responde civilmente por el daño causado”. (R. de los T. 1936, p. 8)

Siendo indudable la obligación de citar al tercero civil, éste tendrá derecho a intervenir en el proceso ofreciendo pruebas y participando en su realización. También en la audiencia, el tercero civil puede intervenir por medio de un abogado que destaque todo lo relacionado con el aspecto económico, v.g. la capacidad exacta del obligado al pago, el monto del daño sufrido por la víctima para reducirlo a sus justos límites, etc. Tanto ante el juzgado como en audiencia, el defensor del tercero civil, tendrá una limitación: solamente podrá ocuparse de la reparación civil, no puede hablar sobre la persona del acusado ni sobre el delito.

Una de las finalidades del proceso penal es indemnizar a la víctima del delito y ello solo es posible cuando el obligado al pago, es citado desde el comienzo de la instrucción y para el día del juicio oral. Si no se hace, la sentencia no la obliga y no cumplirá con el resarcimiento.

La situación procesal del Tercero Civil está cercana a la del procesado. Tiene la vinculación del delito: a uno lo afecta en el aspecto penal, responsabilidad personal; al otro en el aspecto económico, responsabilidad patrimonial.

#### **4. — Caracteres de esta responsabilidad**

Como notas características tenemos:

- 1º La responsabilidad del Tercero surge de la ley. Como norma general la responsabilidad proveniente de delito comprende a quienes participan en su comisión, nunca a extraños. Pero en el caso especial del Tercero, es la ley la que establece que él responderá con su patrimonio para indemnizar económicamente a la víctima del delito. Si no lo dijera la ley, no le alcanzaría ninguna responsabilidad, porque el delito es eminentemente personal.
- 2º El Tercero interviene en el proceso penal por su vinculación con el procesado. Es relación autónoma entre procesado y Tercero, y puede haber oposición entre sus intereses, por lo cual no deben tener el mismo abogado. Son intereses no convergentes y a veces opuestos, que provienen del mismo hecho.
- 3º El Tercero es ajeno a la responsabilidad penal. Su responsabilidad civil deriva de la responsabilidad penal de otro, no de la propia. No tiene nada que hacer con la responsabilidad penal, pero abona el monto de la reparación civil de un hecho en el que no ha tenido parte; responde por su condición de padre, tutor, curador o dueño del vehículo.
- 4º El Responsable Civil no es tercero interviniente. Tiene el mismo rango que el procesado y responde del delito, en lo relativo al daño causado con su comisión.
- 5º Necesita tener plena capacidad civil, pues si careciere de ella no puede asumir las responsabilidades como Tercero Civil. Al contrario de la responsabilidad penal que siempre es personal, la civil puede recaer sobre personas jurídicas cuyo patrimonio responde por los daños ocasionados con el delito: es el caso frecuente de las compañías de seguros.

#### **5. — Naturaleza de la responsabilidad civil del tercero**

Como regla general la responsabilidad penal por hecho delictuoso incumbe a quien lo ha cometido o concurrido a cometer sea por dolo o por culpa. Es la Responsabilidad Directa.

El autor del delito, juntamente con la responsabilidad penal, le comprende responsabilidad civil. Ambas tienen como fundamento el hecho propio del imputado, calificado por la ley penal de delito. Habiendo sentencia condenatoria, hay responsabilidad civil, que debe guardar proporción con el daño

Domingo García Rada

causado. (R.T. 1938, p. 189; 1943, p. 47. — R.J.P. 1975, p. 1234) En sentencia absolutoria, el juzgador se abstiene de pronunciarse sobre la responsabilidad civil.

Por tanto — dice Manzini — el imputado siempre responde por el daño causado: como autor, responde penalmente y como responsable directo, patrimonialmente.

Por excepción, el resarcimiento puede recaer en persona ajena al delito, en quien no ha participado en el hecho. Es la Responsabilidad por Hecho Ajeno o Indirecta.

En unos casos, — dice la ley — deriva de la relación de parentesco que une al autor directo con el responsable económico: vg. el padre por su hijo, el tutor o curador por el menor o incapaz, etc. (art. 1142 C.C.)

En otros casos proviene de la relación de dependencia existente entre el autor del hecho y el responsable civil. Tal es el principal que responde por el hecho delictuoso causado por su empleado en ejercicio de sus funciones (art. 1144 C.C.)

La responsabilidad civil por hecho propio, —Directa u Originaria— no requiere emplazamiento especial. Desde el momento en que está procesado, el inculpado queda citado como responsable penal y civil y la condena que ponga fin válidamente a la instrucción, debe referirse al procesado como responsable penal y como responsable civil.

En cambio la responsabilidad civil por hecho ajeno — indirecta — es diferente. Tiene que declararse la calidad de Tercero Civil, notificársele y acreditar la relación de parentesco o dependencia, según los casos. Es en concepto “in eligendo” dice la Suprema. (R.J.P. 1953 p. 484)

Al Tercero Civil se le reconocen derechos en orden a la defensa de sus intereses económicos. Por esta razón y dentro de estos límites puede intervenir válidamente en el proceso penal (art. 100 C.P.P.).

Es lo que la doctrina denomina *legitimatío ad processum*. Tiene interés en el resultado de la acción penal y frecuentemente este interés es coincidente con el del acusado, pero puede ocurrir que sea opuesto. Por esta razón el defensor del Tercero Civil tiene impedimento para ser, al mismo tiempo, Defensor del acusado.

La ley señala un requisito fundamental: la notificación oportuna. Dice el Código:

*“Las terceras personas que aparecieron como responsables civilmente, deberán ser citadas y tendrán derecho para intervenir en todas las diligencias que les afecten, a fin de ejercitar su defensa” (art. 100)*

*La ley 9014 en el inc. 3º del art. 1º autoriza la acción civil ordinaria “cuando la resolución dictada en la jurisdicción penal no alcanzare a dichos terceros por no haber sido éstos citados desde el principio de la instrucción”.*

Con anterioridad a la dación del código, la Corte Suprema estableció: “Debe citarse con la denuncia al tercero responsable”. (A.J. 1930 p. 104)

Si no fuere citado, no puede ejercer su derecho de defensa y en consecuencia, la sentencia que lo condena al pago de la reparación civil no lo obliga. En estos casos – dice la Corte Suprema – la audiencia y sentencia que le pone fin, son nulas, porque no puede resarcirse el daño causado con el delito que es uno de los fines del proceso. Requiere nueva audiencia y nueva sentencia. (R.T. 1932 p. 43; R.J.P. 1949 p. 569; A.J. 1961, p. 175)

Es importante esta notificación porque permite al Tercero oponerse al auto que lo constituye como responsable económico, impugnar el embargo o también ofrecer garantía real suficiente, para evitar el embargo, señalar bien libre sobre el cual puede recaer la medida precautoria, etc.

La notificación al Tercero Civil debe ser ordenada de oficio, por el Juez. Puede y debe pedirla el Fiscal Provincial; le corresponde hacerlo, porque conjuntamente con la pena, la ley le encarga perseguir la reparación civil.

El agraviado, sea o no parte civil, tiene derecho a solicitar se cite al responsable civil.

Finalmente, el propio Tercero Civil puede apersonarse en la instrucción y pedir al Juez que se le notifique las diligencias del proceso. Tiene legitimación para hacerlo lo que le permitirá vigilar el desarrollo de la instrucción y proteger sus derechos.

La responsabilidad penal es personal e intransferible que concluye con la muerte.



Domingo García Rada

La responsabilidad civil tiene contenido económico; es solidaria entre el conductor del automóvil y el propietario del mismo (A.J. 1935, p. 329; R.T. 1936, p. 42 y 1938, p. 290).

En jurisprudencia uniforme, la Corte Suprema ha declarado que la responsabilidad civil es solidaria entre el chofer y el dueño del vehículo, no es subsidiaria. (R.T. 1938, p. 225; 1939, p. 28; 1940, p. 462; 1943, p. 59)

La sentencia establece el pago de la reparación civil en favor de la víctima del delito, en forma solidaria entre acusado y responsable civil, no siendo necesario que previamente se establezca la insolvencia del condenado para exigir el pago al tercero civil. El agraviado puede dirigir su reclamación contra el Tercero Civil.

El Tercero Civil que paga la reparación civil puede repetir contra el responsable penal. El autor del delito es el responsable directo y principal. El tercero debe ser citado por una posible insolvencia del responsable directo. Pero si este último está en condiciones de pagar la reparación civil, no le corresponde hacerlo al Tercero Civil.

Frente a la víctima la responsabilidad es solidaria; entre los obligados es subsidiaria, es decir el Tercero puede repetir por lo pagado mediante la acción civil ordinaria.

Tratándose del seguro de automóvil, la compañía abonará la suma señalada en concepto de indemnización, siempre que hubiere sido citada en el proceso y que el hecho sea involuntariamente causado, carente de intencionalidad. La compañía indemniza la negligencia del chofer no la intención criminal. "La acción indemnizatoria solo procede por actos ilícitos derivados del descuido o imprudencia" dice la Corte Suprema. (R.J.P. 1978 p. 958)

Si el agraviado mediante escritura pública, recibe determinada cantidad de dinero en concepto de reparación civil, ya ha sido cumplida la obligación resarcitoria. No obstante eso siempre el juzgador señalará determinada suma en conceptos de indemnización y habiendo sido abonada, funcionará la compensación que autoriza el art. 1307 C.C. (A.J. 192, p. 91; R.J.P. 1949, p. 394). Pero, agrega la Corte Suprema, el Tribunal Correccional – hoy también el instructor – no queda obligado por el monto señalado en la transacción, pudiendo fijar suma diferente (R.J.P. 1950, p. 971).

Existiendo relación laboral entre principal y dependiente, se presentan situaciones diferentes, pues en unos casos el

principal responde de los actos ilícitos de su subordinado y en otros no.

Veamos estas situaciones:

- A) Un empleado de banco se pone de acuerdo con personas extrañas al banco, para sustraer cheques de gerencia, imitar las firmas de los funcionarios encargados de su otorgamiento y hacerlos circular. El empleado debe sustraer los cheques y colocar el pantógrafo; los extraños imitan la firma y los negocian. Esto último es fácil por tratarse de cheques de gerencia.

En realidad el bancario y los terceros forman una organización, en la cual cada uno realiza trabajos diferentes pero están unidos por el mismo propósito criminal e igual afán de lucro.

El delito se descubre y se establece la autoría del bancario y de sus socios. Todos tienen participación directa y decisiva en la comisión del delito.

Preguntamos: ¿el banco como empleador del bancario tiene la condición de Tercero Civilmente Responsable?

El empleado tiene determinadas atribuciones y funciones en el desempeño de su cargo, todas relacionadas con el comercio bancario, pero ninguna de ellas consiste en sustraer cheques de gerencia y colocarles el pantógrafo para entregarlas a terceros ajenos a la institución. La falsificación de la firma hecha en el local del banco o en la calle, no altera la figura delictiva.

Lo mismo puede decirse del empleado, privado o público, que integra una banda. Los delitos que cometa no tienen ninguna relación con el desempeño de su labor en la empresa comercial o en el empleo público. Es indudable que ni el banco, ni la empresa, ni el Estado son responsables civiles de los delitos cometidos por el empleado.

En el caso del bancario, el Banco es agraviado pues un cheque de gerencia aparentemente emitido por él, ha sido aceptado y pagado por otra oficina o por otro banco con la garantía de ser girado por una entidad bancaria seria. Sufre perjuicio en su patrimonio —si hubiere abonado el cheque— y su prestigio y buen nombre comercial.

El Banco es agraviado y puede constituirse como parte civil. De ninguna manera puede ser calificada de Tercero Civil. De más está decir que tampoco la empresa comercial o el Estado pueden ser calificados de terceros civilmente responsables.

B) La responsabilidad del chofer por acto ilícito derivado de la conducción del vehículo, presenta situaciones diferentes.

a) El chofer que conduce el automóvil de su principal, atropella a un peatón. Manejaba el auto en servicio del dueño. Es indudable que el propietario responde económicamente del daño causado por su chofer.

Como regla general puede afirmarse que todo accidente causado por el automóvil manejado por el chofer y realizando éste actos en provecho de su principal, el principal responde por los daños que cause, puesto que el auto es conducido por la persona a quien él había encargado y realizaba actos en su servicio. Es el clásico Tercero Civilmente Responsable.

b) El chofer conduciendo el carro de su principal y para cumplir con un encargo, se detiene en una esquina y tiene un cambio de palabras con otro chofer o con un peatón. Se baja apresuradamente y lo golpea duramente, ocasionándole lesiones graves. El chofer se encontraba en servicio de su principal e iba a cumplir un encargo suyo, pero el acto de violencia no formaba parte de la comisión a realizar, es acto personal no derivado del cumplimiento de la función. Al chofer le corresponde la responsabilidad penal y la económica. Los actos violentos no integran su oficio de chofer y los comete al margen de su ocupación, por lo cual su principal no tiene la condición de Tercero Civil.

c) El chofer utiliza el carro que se le entrega para conducir cosas robadas. Son actos ilícitos cometidos fuera del desempeño de su labor aunque para su comisión utilice el vehículo que se le ha confiado. El dueño del automóvil no es Tercero Civil porque los hechos cometidos por su empleado no están comprendidos dentro de su función.

d) El propietario del carro lo envía al taller para que sea reparado; concluidas éstas, el mecánico lo saca

para probarlo y en este recorrido atropella a un peatón. Preguntamos: ¿el dueño del carro responde económicamente por este accidente?

El dueño lo ha dejado a componer y dentro del encargo está la de probar el carro lo que es necesario para establecer que está bien arreglado. En la prueba es que ocurre el accidente.

De todos los daños que cause el mecánico en el curso de la reparación responde el propietario del vehículo en virtud de la responsabilidad “in eligendo”. Él eligió el taller y la prueba forma parte del arreglo, pues no puede entregarlo sin estar convencido de que el carro quede compuesto.

Naturalmente que el dueño del vehículo puede repetir contra el dueño del taller, para que le reintegre lo que ha pagado a la víctima del atropello.

Existe una ejecutoria interesante: el propietario de un camión deja su vehículo en un taller de la ciudad de Ica para determinados arreglos; para probarlo – dice el mecánico – saca el carro y se dirige a Chincha y en el camino atropella a dos personas y les causa la muerte. El Tribunal de Ica lo condena a pena de prisión y al pago de reparación civil, pero exonera al propietario del camión de este abono. Interpuesto recurso de nulidad, el Fiscal opinó por la No Nulidad en cuanto a la pena, pero Haber Nulidad en cuanto al pago de la responsabilidad que considera debe ser solidaria con el dueño del camión. La Corte Suprema declaró No Haber Nulidad (R.J.P. 1957 p. 1054).

La razón de esta sentencia, que aparentemente va contra la doctrina de la Responsabilidad del Tercero Civil, es que el chofer - mecánico estaba ebrio, que el hecho ocurrió en horas de la noche del 1º de enero de 1956 y que se dio a la fuga. En tales condiciones no puede admitirse que el mecánico realizaba labores de la probanza del camión entregado a componer, pues ese día y esas horas no son laborables. La ebriedad acredita que había estado divirtiéndose y ya borracho sacó el camión para ir a Chincha.

En estas condiciones no puede aceptarse que el propietario del camión responda económicamente. Los actos del mecánico no están encuadrados dentro de las labores propias del taller ni puede admitirse que el viaje a Chincha, distante más de cien kilómetros de Ica, era el requerido para probar el carro y acreditar que ya estaba arreglado.

La Corte Suprema ha estado en lo cierto al no admitir que en este caso existe solidaridad entre dueño y chofer. Este último responde penal y económicamente por el delito y por los daños causados con su propio quehacer.

- e) El dueño del automóvil guarda su coche en un garaje público. Una noche el guardián, que tenía las llaves del auto, lo saca para pasear con su enamorada, pero en su recorrido atropella a una persona y le causa lesiones graves. En este caso, ¿el dueño responde económicamente?

Creemos que se aplica el principio de la culpa "in eligendo" pues el dueño del vehículo escoge el garaje para guardar su carro considerando que es local seguro. La solidaridad entre propietario y conductor funciona plenamente en este caso. El dueño del auto responde como Tercero Civil, pero puede repetir por lo pagado contra el dueño del garaje, quien también podrá hacerlo contra el guardián, aunque quizás en este último caso no será exitosa la demanda. (R.J.P. 1953 p. 484)

- f) Roban un auto y lo emplean para asaltar a un banco. Preguntamos: ¿el dueño del auto es responsable económico del delito de asalto y robo?

Ante la desaparición del automóvil, el propietario debe dar cuenta inmediata a la Policía. Es el único modo para ser eximido de responsabilidad en los delitos que se cometan con el vehículo robado. Pero si por la rapidez como ocurren los hechos, el dueño no tuviere tiempo de denunciar el robo, acreditado lo anterior no se le considera responsable económico.

Es el caso frecuente del robo del automóvil para cometer asaltos a bancos. Si media tan poco tiempo entre un delito y otro, acreditado lo anterior, el dueño del auto no es Tercero Civil.

Pero si el robo del auto ocurre antes y días después lo emplean en el asalto al banco, entonces el tercero que no cumplió con la denuncia del robo, es responsable económico y hasta quizás cómplice. Todo hace suponer que estaba de acuerdo y por eso no denuncia el robo del auto. Responde económicamente como propietario y hasta puede ser comprendido en la investigación.

Para que exista responsabilidad por acto ajeno, es necesario que el subordinado se encuentre ejecutando actos propios del cargo que se le ha confiado y en beneficio del principal. No es suficiente que sea empleado del principal, sino que el acto ilícito sea consecuencia del actuar en servicio del empleador.

La relación laboral chofer - patrón puede darse. También puede ser que el primero conduzca el automóvil del segundo. Pero es indispensable que el acto ilícito sea consecuencia del actuar como chofer. Si responde a decisión propia del empleador y el acto no tiene relación de dependencia con el actuar en la conducción del vehículo, entonces no existe la figura del Tercero Civil. En este último caso aunque exista relación laboral y el hecho se realice con el vehículo del dueño, éste no responde económicamente.

En los otros casos que hemos comentado, opera la responsabilidad objetiva. Tal el caso del que entregó su auto a tercera persona y ésta con la autorización del propietario, maneja y atropella a un peatón. El propietario es Tercero Civil.

Todo lo relacionado con la responsabilidad de tercero, se rige conforme a las normas del Código Civil y de la Ley 9014, dice la Corte Suprema. (A.J. 1940 p. 103). Son las disposiciones civiles relacionadas con el acto ilícito las que se aplican para determinar si el tercero responde económicamente frente al delito.

Domingo García Rada

## CAPÍTULO X

*1. – El Procesado. 2. – La imputación. 3. – Condiciones objetivas y subjetivas del procesado: capacidad procesal, edad y salud mental. 4. – Derechos del procesado. 5. – La presunción de inocencia. 6. – Derechos del procesado detenido.*

### 1. – El Procesado

**Procesado** es la persona central del proceso penal. Los vocablos **inculpado** o **imputado** se aplican a quien está sujeto a una inculpación o imputación. El nombre exacto es el de **procesado**, o sea la persona que se encuentra sometida a proceso. Inculpación o Imputación son los cargos contenidos en una denuncia que origina la puesta en marcha del mecanismo judicial para constituir el proceso penal.

Procesado es contra quien se dirige la acción penal desde el comienzo de la instrucción hasta la sentencia que le pone fin. Es persona física. Las personas jurídicas no pueden ser inculpadas de delito sino sus personeros. La responsabilidad penal es personalísima y no pasa a los herederos, puesto que concluye con la muerte. En cambio la responsabilidad civil es posible reclamarla a quien continúa como heredero del responsable penal. Eso explica que la acción civil puede iniciarse contra los herederos y la penal no. (R.J.P. 1972, p. 357)

Al formularse una denuncia, debe indicarse el nombre de la persona contra quien se dirige. La **identidad** es el primer



elemento. Debe precisarse nombre y apellidos, con indicación del domicilio. La denuncia debe imputar un delito (A.J. 1910, p. 165; 1916, p. 214). El art. 77, modificado por el D. Leg. 126 establece que para abrir instrucción, es indispensable haber “individualizado al presunto autor”.

Al recibir la declaración instructiva el Juez anotará los datos identificadores, que constituyen las generales de ley. Estas son: nombre y apellido, nacionalidad, edad, nombre de los padres, profesión u oficio, estado civil, número de hijos, religión y cualquier dato particular que presente. Estos datos se completan con los fisonómicos que diferencian a una persona de otra: tamaño, raza, color del cabello, piel y ojos, peso, señas físicas, etc. Deberán agregarse los títulos académicos, apodos y sobrenombres. Así se logra la identificación completa de la persona procesada para diferenciarla de cualquier homónimo.

## **2. – La imputación**

Imputar es atribuir a una persona la comisión de un hecho que la ley penal califica de delito. La imputación está contenida en la denuncia que presenta el Ministerio Público.

La imputación debe reunir dos requisitos: concretos e íntegra. Lo primero significa que debe contener una denuncia cierta de un hecho que es delictuoso para la ley; deberá precisarlo en sus contornos, no siendo necesario detalles íntimos que se darán en la ratificación. Debe ser íntegra conteniendo todo aquello que constituye el delito denunciado, sin recortes ni limitaciones y señalando quiénes lo cometieron sin omitir a alguno de los autores o cómplices.

Esta última nota señala una diferencia entre denuncia penal y demanda civil. En la vía civil se puede demandar parte de un derecho y condonar otro: por ejemplo, reclamar el capital y no cobrar los intereses. En lo penal, la denuncia debe comprender todo el hecho y quiénes intervinieron en su realización, no pudiéndose silenciar nombres por motivos de amistad o parentesco. Por ejemplo si se comete robo con lesiones, ambos deben denunciarse; si los autores son varios, la denuncia debe indicar todos los nombres, no pudiendo silenciar a ninguno. La denuncia puede ser escrita o verbal. (R. del F. 1921, p. 481)

La denuncia, tiene suma importancia para el proceso penal y la vinculación entre uno y otra es estrecha y permanente. El delito y las personas a quienes se procesa, serán la materia de la investigación y sobre ello recaerá la sentencia. Así por ejemplo si se abre instrucción por lesiones, no se puede condenar por robo.

### **3.— Condiciones objetivas y subjetivas del procesado: capacidad procesal, edad y salud mental**

Lo primero es la **Capacidad Procesal**. Capacidad Procesal es la aptitud de una persona para ser sujeto en proceso penal válido. Para ser sujeto de imputación se requiere ser persona física y estar viva. Esto que nos parece tan claro, no lo era en la antigüedad, en que se han seguido procesos contra animales y contra muertos. Con la muerte acaba la relación jurídico - penal; no hay sanción post - mortem de ninguna clase. La memoria del procesado fallecido no sufre ultrajes ni vilipendio alguno. Como la responsabilidad penal es de carácter personal, concluye con la vida.

Como excepción existen algunas personas físicas contra quienes válidamente no puede constituirse proceso penal: tal es el caso de los Jefes del Estado y los Agentes Diplomáticos acreditados en el país.

Las personas jurídicas no tienen capacidad de enjuiciamiento. Los delitos que se les imputan deben ser individualizados en sus ejecutivos, a quienes se puede procesar para establecer su responsabilidad en el delito que se dice cometido. Las sociedades pueden ser citadas como Tercero Civilmente Responsable por ser esta responsabilidad de contenido patrimonial y recae sobre la economía de los entes jurídicos. También pueden ser agraviadas y como tales intervenir en el proceso penal. Lo que no pueden tener es responsabilidad penal.

Apartándose de esta orientación —“Societas delinquere non potest”—, existen leyes que sancionan a las personas jurídicas cuando cometen actos calificados de delictuosos.

El Código Tributario establece que las personas físicas y jurídicas son las responsables del pago del tributo y establece sanciones para quienes no cumplen con esta obligación, sea por descuido o negligencia —infracciones tributarias— o con dolo —delitos tributarios—. Son sanciones pecuniarias para las

Domingo García Rada

contravenciones; penas de prisión, comiso, y multa, para los casos de delito. Si la responsable de la infracción o del delito es una compañía, la pena será apropiada a su condición de ente jurídico.

La Ley Represora del Contrabando dispone que cuando una persona colectiva resulta responsable de la comisión del delito de contrabando, sin perjuicio de castigar a sus autores directos, se sancionará también a la persona jurídica, aplicándose pena adecuada a esta calidad. La sanción de mayor gravedad que previene la Ley y el Reglamento, es la cancelación de la personería jurídica en el libro respectivo de los Registros Públicos.

Estos son los únicos casos en nuestro ordenamiento jurídico, en que se castiga a las personas jurídicas por la comisión de hechos que la ley especial considera delictuosos.

Como presupuesto subjetivo tenemos la edad. Hasta los 18 años el menor es irresponsable. Cualquier infracción que cometa se le somete a investigación en el Juzgado de Menores. El resarcimiento económico de los daños que ocasione un menor, se reclamará por la vía civil. Los mayores de 18 años pero menores de 21, gozan de privilegios en el juzgamiento y en la sentencia (art. 148 C.P.). Al concederse el voto político a los menores de 18 años, no se ha modificado el C.P.

En consecuencia subsiste lo que dispone la ley penal sobre la menor edad como atenuante.

Otro presupuesto subjetivo es la sanidad de mente. Se presume que todo individuo goza de salud mental. Si se afirma lo contrario requiere probanza. El estado de salud mental afecta gravemente la responsabilidad, pudiendo empezar con la atenuación y concluir con la inimputabilidad. Si hubiere duda sobre el estado de salud mental del procesado, el Juez ordena su examen por dos peritos siquiátras. Si como resultado de ello se acredita que el inculpado no es enajenado o que pasa solo por una perturbación transitoria de su conciencia, el Juez declara que continúa la instrucción. Si, al contrario, el Juez se persuade de que “el inculpado padece de enajenación mental”, previo dictamen fiscal ordena su ingreso a un asilo de insanos (arts. 189 a 191).

Este examen por dos siquiátras —único caso en que el Código señala la clase de técnicos que debe realizar la pericia— lo ordena el Juez de oficio; el defensor tiene personería para pedir

este examen siquiátrico (R. de los T., 1933, p. 299). Si el inculpado presenta signos de enajenación mental y el Juez o tribunal no ordena la pericia y procede a sentenciar, tal sentencia es nula (R. de los T., 1938, p. 81; 1942, p. 385).

En la L.O.M.P. se establece como atribución del Fiscal Provincial en lo penal, el “solicitar el reconocimiento del inculpado por médicos siquiatras cuando tuviere sospechas de que el inculpado sufre de enfermedad mental o de otros estados patológicos que pudieren alterar o modificar su responsabilidad penal; y en su caso, pedir su internamiento en un nosocomio, cortándose la instrucción con respecto al inimputable”. Como no han sido derogados los arts. 189 a 191 del Código que concede esta facultad al Instructor, es Indudable que el Fiscal Provincial puede pedir el reconocimiento del Inculpado y, por su parte Juez ordenarlo de oficio. En esta nueva norma no se indica el número de peritos, pero aplicando la regla general deben ser dos.

#### **4. — Derechos del procesado**

Todo procesado goza de garantías de las cuales no puede ser privado. Una de ellas es la de contar con defensor. Prueba de este derecho es que el Juez debe aplazar la diligencia en espera de que llegue el abogado designado por el procesado; otra es que cuando el letrado es pariente del magistrado, este último debe excusarse, pues el abogado excluye al Juez. Si se venciera el plazo de un día, empezará la diligencia pero no concluirá hasta que llegue el defensor; mientras tanto el procesado queda sujeto a detención provisional.

Desde el momento del procesamiento, la persona sufre restricciones en su libertad ambulatoria y en sus bienes. Antes de iniciarse la instrucción, no hay procesado y no puede decretarse medida alguna. Dictado el auto apertorio, el Juez está en condiciones de ordenar medidas sobre la persona del procesado y sobre sus bienes; la detención provisional y que se le prohíba salir del país. Dictada la detención definitiva viene el encarcelamiento.

Las restricciones económicas se expresan en el embargo de los bienes del inculpado en cantidad suficiente para asegurar el pago de la reparación civil. Conforme al art. 94, modificado por el D.L. 21895, el embargo podrá ser trabado al dictarse el auto apertorio o después.

Los derechos del procesado se agrupan en:

- 1º. Ocurrir en queja al Superior cuando considere que el Juez es arbitrario en su proceder; no le toma la instructiva a pesar de haber transcurrido más de 24 horas de su detención; no provee los recursos que le presentan; no resuelve los incidentes de libertad provisional, excepciones, etc.;
- 2º. Deducir excepciones y cuestiones previas y prejudiciales;
- 3º. Cuando se presenta alguna causal legal, puede recusar al Juez, secretarios, peritos y testigos;
- 4º. Solicitar su libertad provisional, pudiendo apelar en caso de denegatoria;
- 5º. En los interrogatorios podrá dictar sus respuestas, aclarar lo que hubiere dictado el Juez o pedir que lo haga su defensor. Asimismo puede protestar por las preguntas capciosas, oscuras o ambiguas;
- 6º. Escoger defensor, debiendo prevalecer esta elección sobre la que haga el Juzgado;
- 7º. En la instrucción y en el juicio oral, ofrecer pruebas de toda clase, que deberán ser aceptadas siempre que fueren pertinentes e idóneas. Entre ellas solicitar la ampliación de su instructiva, así como confrontaciones con coinculpados, agraviados y testigos;
- 8º. Conferenciar libremente con su defensor; si estuviere incomunicado lo hará en presencia del Juez; y,
- 9º. Hacer uso de los recursos impugnatorios que la ley autoriza.

##### **5. – La presunción de inocencia**

Existe la Presunción de Inocencia como derecho del procesado. Ha sido expresamente reconocida en la Declaración de los Derechos Humanos proclamados por las Naciones Unidas (art. 11). El procesado no tiene por qué probar su inocencia, porque ella se presume. Constituye presunción que todo hombre es inocente, mientras no se pruebe lo contrario.

La Constitución del Estado incorpora esta presunción como derecho de la persona humana (art. 2º, inc. 20 f); y como garantía

de la administración de justicia al establecer que en caso de duda, debe aplicarse la ley más favorable al reo (art. 222, inc. 7º).

La conocida máxima romana **In dubio pro reo** tiene este fundamento. Procede absolver a un procesado cuando las pruebas no producen certeza de culpabilidad. La presunción de inocencia prevalece ante prueba insuficiente.

**La Instructiva.**— Es la declaración del procesado prestada ante el Juez Instructor. Apenas iniciado el proceso, el Juzgado debe recibir la declaración de la persona a quien se le imputa la comisión del delito. Si estuviere detenido, el Juez tiene el plazo de 24 horas para recibir su declaración; si se hallara libre, debe citarlo para oírlo a la brevedad posible. El Juez Instructor personalmente debe recibir esta declaración, pudiendo librar exhorto ni comisión alguna.

Al concluir la instructiva, el Juez puede decretar la detención definitiva o su libertad incondicional. Si el Fiscal Provincial se opone a esta última, continúa la detención provisional por diez días más, al final de los cuales debe decretarse la libertad incondicional o la detención definitiva.

Si el número de inculcados excede de veinte, la detención provisional puede durar veinte días y si éstos fueren insuficientes, el Juez puede pedir la ampliación al Superior, quien puede concederle nuevo plazo hasta por treinta días más (art. 83, modificado por D. Leg. 126).

Solamente pueden asistir a esta diligencia el Juez con el Secretario, el procesado con su defensor y el intérprete, si fuere necesario. En los delitos en agravio del patrimonio del Estado, puede asistir el Procurador General de la República.

Conforme a la L.O.M.P. es obligatoria la asistencia del Fiscal Provincial a las diligencias del proceso (art. 107).

La instructiva es una de las diligencias de mayor importancia en todo proceso. Es la versión de quien está sujeto a una imputación y en ella contesta a lo que se dice en la denuncia.

En el Capítulo XIV desarrollaremos con más amplitud este punto.

## **6.— Derechos del procesado detenido**

Veamos ahora los **Derechos del procesado en detención.**

- 1°. **Libre comunicación con su defensor.** Es derecho irrestricto. Puede ser restringido pero no negado; en el caso de decretarse su incomunicación o dictarse en su contra una medida disciplinaria, el defensor siempre puede visitarlo en presencia del director de la cárcel quien verá la entrevista pero no oirá la conversación.

Las visitas del abogado no pueden ser limitadas en su duración ni en su número. Tampoco puede señalársele horas inacostumbradas, como sería entre 6 y 7 de la mañana. Estas entrevistas serán secretas.

Igualmente irrestricto es el derecho del detenido de escribir y recibir correspondencia con su abogado, pero no puede enviar paquetes.

A su vez el defensor está prohibido de llevar especies a su defendido y menos a facilitar su fuga. Si se acreditare esto último, las visitas del defensor pueden ser suspendidas.

- 2°. **Libre comunicación con extraños.** Para los fines de reunir pruebas, el procesado requiere entrevistarse con personas extrañas a fin de pedirles que colaboren en su defensa. Puede necesitar datos, cartas, documentos, recibos, etc.; a veces es necesaria una inspección ocular, siendo conveniente avisarle al interesado para que facilite la diligencia. Demás está decir que antes de ofrecer testigos conviene avisarles para lograr su concurrencia. El peligro de estas entrevistas previas es que pueden preparar las respuestas; pero un hábil interrogatorio descubrirá la verdad.
- 3°. **Visitas y cartas de parientes y amigos.** El procesado detenido puede recibir visitas de sus parientes y amigos, así como escribirles cartas. Pero no tiene el privilegio del defensor y están sujetas al reglamento del penal que señala días y horas adecuadas para esto. Si la autoridad lo estima necesario, las cartas y visitas pueden ser controladas. En caso de enfermedad grave, el detenido puede recibir visitas a horas no acostumbradas y fuera de las reglamentarias. Las visitas se suspenden cuando se dictan medidas disciplinarias, pero no las cartas, que siempre se reciben.
- 4°. **Visitas de médico, dentista, sacerdote y cónsul.** Aunque el establecimiento cuenta con servicio de médicos y dentistas, si el detenido lo solicita y es por su cuenta, puede

pedir la visita de su médico o de su dentista, y la Dirección debe autorizarlo. Si la dolencia requiere tratamiento hospitalario, debe ser trasladado al hospital bajo buena guardia y custodia.

El extranjero puede ser visitado por su Cónsul, quien no está sujeto a restricciones de horas ni de días, realizándose las visitas cuando el Cónsul lo solicite.

Es también derecho del detenido el de recibir las visitas del sacerdote que indique o del ministro de su culto. Aunque en los establecimientos penales existen capellanes, sin embargo si el detenido lo solicita, debe accederse a estas visitas. La asistencia espiritual contribuye eficazmente a la buena conducta del procesado y facilita su readaptación social.



Domingo García Rada

## CAPÍTULO XI

*1. – Personas auxiliares del Proceso Penal: Testigos, peritos, intérpretes y secretarios. 2. – Su intervención en el desarrollo de la instrucción.*

### **1. – Personas auxiliares del Proceso Penal: Testigos, peritos, intérpretes y secretarios**

Personas auxiliares son aquellas que intervienen en el proceso para colaborar en su desarrollo a fin de que alcance sus fines, sin que su intervención tenga carácter decisivo. No puede haber proceso sin procesado o agraviado; en cambio puede haberlo sin testigo o perito. Los primeros son indispensables para que se constituya la relación jurídica; los segundos no. Los secretarios del Juzgado y del Tribunal son necesarios para el proceso, pero no desempeñan el papel predominante que tienen las llamadas personas principales.

Sobre peritos, testigos e intérpretes, nos remitimos al capítulo de la instrucción, donde trataremos de estos auxiliares de justicia.

Los Secretarios del Juzgado cumplen una función autoritativa en la constitución del proceso, pero no lo integran. Intervienen en las diligencias, las cuales sin su firma carecen de eficacia; redactan las actas de inspecciones oculares, reconstrucciones, etc., y autorizan las sentencias. Son depositarios de la fe pública en el proceso penal y en nombre de la autoridad,

Domingo García Rada

autentican diligencias y resoluciones. Desde el punto de vista administrativo en su Oficio guardan los expedientes en giro, garantizando su integridad y conservan en su archivo las instrucciones terminadas.

Las personas auxiliares del proceso pueden ser recusadas por las mismas causales que los jueces; también pueden excusarse. Son remplazados por otros funcionario de igual categoría que preste sus servicios en el mismo Juzgado o en otro. En este caso el Juez despacha con otro Secretario adscrito a su despacho.

## **2. – Su intervención en el desarrollo de la instrucción**

Los Secretarios y Relatores de Corte como auxiliares del proceso cumplen análoga función en el Tribunal Correccional al cual integran y sin su presencia física no puede llevarse a cabo el acto oral. Las actas de la audiencia que redactan los Secretarios y cuya firma es necesaria para darle autenticidad, constituyen el fundamento de la sentencia y mediante ellas la Corte Suprema apreciará el desarrollo del acto oral. Los relatores son los encargados de la redacción de las resoluciones de la Sala y en la audiencia tienen a su cargo la lectura de las piezas de la instrucción.

## CAPÍTULO XII

*1. – La Policía Judicial. 2. – Función que realiza cerca de los Jueces. 3. – El Atestado Policial y su valor procesal.*

### **1. – La Policía Judicial**

Antes de 1940, los Jueces de Paz eran los encargados de intervenir en los casos de delitos flagrantes, practicando las primeras diligencias y recogiendo las pruebas que hallaren en el lugar del hecho, así como ordenando la detención del presunto responsable. Esta ayuda no siempre era eficaz porque el encargado del Juzgado carecía de preparación, despachaba pocos días a la semana, estando los demás dedicados a su trabajo, a veces en zona alejada y carecía de todo elemento técnico y de personal para actuar rápidamente. Las pruebas se perdían, el juez intervenía tardíamente y daba tiempo a que el autor desapareciera.

El Código introdujo varias novedades y una de ellas, quizás si la más importante, fue la creación de la Policía Judicial como instituto autónomo, vinculado a la judicatura por razón de trabajo, pero contando con todos los elementos de la técnica moderna de que hoy dispone la policía de Investigaciones, de la cual forma parte. En esta forma la Justicia gana en oportunidad y eficacia. Gracias a la Policía Judicial, el Juez toma contacto directo e inmediato con el delito, recoge huellas frescas y puede detener al presunto autor, a veces con los indicios del delito, facilitando en esta forma su identificación.

Domingo García Rada

Como Fuerza Auxiliar de los Institutos Armados, se encuentra la Policía Nacional. Dentro de ella está la Policía de Investigaciones y formando parte, pero con diferentes funciones y distinta preparación, se encuentra la Policía Judicial. Tiene sustanciales diferencias de destino y de estructura y con subordinación funcional a la magistratura penal.

La Policía de Investigaciones tiene una doble función: antes del delito, para prevenirlo; y cometido éste, para reunir pruebas que permitan establecer el delito e identificar al responsable. Esta segunda finalidad la cumple de manera especial la Policía Judicial puesto que interviene cuando se ha realizado el evento y trabaja al lado de la magistratura penal. La intervención apenas producido el delito otorga valor probatorio al atestado que ella formula, pues la inmediación le permite recoger pruebas que más tarde desaparecen y que de no hacerlo se perderían para la justicia.

La labor de la Policía Judicial previa al proceso penal consiste en recibir denuncias, dictar las medidas pertinentes para conservar las huellas de delito, detener al presunto responsable, buscar las pruebas del mismo y confeccionar el atestado que contenga el resultado de su labor. Entregado éste, allí concluye la etapa directa en relación con el delito y su autor, empezando la de colaboración con la administración de justicia que dura todo el desarrollo de la instrucción. La comparecencia de procesado y testigos queda librada a la Policía Judicial.

Todo delincuente deja huellas visibles e invisibles, estas últimas son las llamadas "tarjetas de visita" de su paso por el lugar del delito. Son vestigios dejados sin querer, sin darse cuenta. Fijar y revelar esas huellas es fundamental para esclarecer los hechos e identificar a sus autores. La delicada y difícil tarea del Juez puede aliviarse con la colaboración técnica, eficaz y rápida de la Policía Judicial.

## **2. — Función que realiza cerca de los Jueces**

Doble función realiza la Policía Judicial: apenas producido el delito, confeccionar el Atestado, luego su posterior colaboración con el Juez, desde que se inicia la instrucción hasta la audiencia. En la primera etapa prepara pruebas bajo la orientación del Ministerio Público. Algunas de las pruebas no pueden repetirse

y se perderían si la Policía no las toma, como el caso de las huellas de frenada; en la segunda etapa tiene función ejecutora de la labor judicial y la realiza bajo la inmediata dirección del magistrado.

Para poder cumplir con esta tarea, la Policía Judicial goza de poder de detención sobre las personas por el tiempo que autoriza la ley, pudiendo también secuestrar todo aquello que considere cuerpo del delito o necesario para su comprobación, con la única exigencia de que más tarde sea puesto a disposición del Juzgado.

### **3. – El Atestado Policial y su valor procesal**

La fisonomía del Atestado ha cambiado sustancialmente. Ya no reúne los datos recogidos por la policía, según su criterio ni contiene manifestaciones rendidas por quienes la policía ha considerado conveniente y sin ningún control. La autenticidad del Atestado realizado en estas condiciones era discutible y por eso el Código solo le concedía el valor de denuncia.

La L.O.M.P. y el D. Leg. 126 han cambiado sustancialmente la organización del Atestado Policial y la ley le concede valor probatorio.

El art. 62 –modificado por el D. Leg. 126– establece que la investigación policial debe ser realizada “con intervención del Ministerio Público”. Esta participación le concede valor a su contenido y ya no es dable acusar de falsas a las manifestaciones en él contenidas.

Por eso este mismo art. 62 dice luego que el Atestado “constituye elemento probatorio que deberá ser apreciado en su oportunidad, por los Jueces y Tribunales, conforme a lo dispuesto en el art. 283 del Código”.

El 283 establece que el Tribunal apreciará las pruebas con criterio de conciencia. Es decir el atestado de una de las pruebas actuadas en la instrucción, que el juzgador debe apreciar al expedir sentencia.

Modificación trascendental es la que establece la L.O.M.P. al disponer que apenas conocida la comisión del delito y la detención del presunto culpable, la policía debe dar aviso al Fiscal Provincial para que se constituya en el lugar de detención

Domingo García Rada

— puede enviar a un delegado suyo— y preste asesoramiento al detenido para que tenga defensor y no sufra en los derechos que la Constitución le reconoce. El art. 9º dice la Ley, que conforme a la Constitución, el Ministerio Público “vigila e interviene en la investigación del delito desde la etapa policial”.

Este atestado actuado bajo la vigilancia del Ministerio Público constituye una prueba importante, pues se ha actuado cuando el detenido no sufre las influencias del medio ambiente y con las garantías le proporciona la presencia de su defensor y, en caso necesario, del Fiscal.

Reúne las pruebas apenas producido el hecho cuando aún no han tenido tiempo de borrarse, el detenido no ha recibido los consejos y orientaciones de otros procesados y está en ánimo de declarar con verdad sobre lo ocurrido. El tiempo influye en la veracidad no solo porque se esfuman los recuerdos, sino porque se presentan influencias que procuran cambiar el sentido de las declaraciones, con desmedro de la verdad. Actuado el Atestado con la garantía del defensor y del Fiscal Provincial, es indudable que será prueba de indiscutible valor procesal.

Si la policía lo considera necesario puede ampliar el atestado y luego, en tal condición remitirlo al Juzgado. Pero esta ampliación también requerirá de la presencia del representante del Ministerio Público, a fin de que tenga igual valor probatorio.

Si el inculpado estuviere detenido y la policía quiere reconstruir los hechos, lo comunicará al Juez. En este caso el Instructor debe realizar personalmente dicha diligencia como una más del proceso.

Llevada a cabo con las garantías del contradictorio, no puede discutirse su valor probatorio.

## CAPÍTULO XIII

1. – *El Ministerio de Defensa.*
2. – *Naturaleza de esta función.*
3. – *Obligaciones de los defensores.*
4. – *El defensor de oficio.*
5. – *El defensor de ausentes y de contumaces.*

### 1. – El Ministerio de Defensa

El Ministerio de Defensa se encuentra frente al Ministerio Público, en forma que se complementan. Siendo el proceso penal una síntesis de acusación y defensa, no puede existir la una sin la otra, encontrándose ambas en igualdad de condiciones.

Entre el juez que ejerce la función jurisdiccional y el inculpado a quien se imputa la comisión de un hecho calificado como delito, se encuentra una tercera persona: el defensor. Carnelutti dice que el defensor viene a ser un intercesor, porque su misión es evitar o mitigar el castigo. Por lo general el inculpado está privado de la energía y de los conocimientos necesarios para exhibir las razones que le favorecen en cuanto a comisión del delito, a los motivos que lo determinaron, a las circunstancias en que ocurrieron los hechos, etc., todo lo cual puede alterar sustancialmente la calificación del delito y la penalidad. La defensa es elemento esencial del contradictorio y garantía de recto juzgamiento. El contradictorio supone libre argumentación, posibilidad de oponer unas razones a otras, de destacar aquello que favorece al reo, de explicar su proceder, etc. La contraposición de razones entre quienes acusa y quien defiende, es la esencia del proceso penal.



Manzini distingue entre la defensa y el defensor. Puede darse la primera sin la segunda; así cuando el inculpado ante el juez declara encontrarse en condiciones de asumir su propia defensa, existe ésta, pero no defensor, en cambio en la segunda etapa del juzgamiento siempre es necesaria la presencia del abogado que patrocine a quien está acusado de delito. La defensa es elemento esencial para oponer razones contra los cargos de la imputación, aducir argumentos favorables, circunstancias atenuantes, etc. Se da la defensa cuando existe comparación de razones entre acusación y acusado.

Aunque el inculpado se declare autor o su participación sea evidente, es necesario el patrocinio del abogado para presentar las atenuantes –que siempre existen– y lograr una condena menor. El defensor es el encargado de destacar lo favorable al imputado y evitar la condena o aminorando sus efectos.

En las dos etapas del proceso, debe intervenir el defensor; pero en la del juzgamiento es indispensable y no puede dictarse sentencia sin informe oral o escrito –según sea ante el Tribunal o ante el Juzgado– del defensor. No puede realizarse audiencia ante el Tribuna Correccional sin presencia del acusado y de su abogado; la ausencia del defensor impide realizar el juicio oral y si se llevara a cabo es nulo, lo que no ocurre con la parte civil o el tercero civil que pueden o no asistir y su inasistencia no acarrea la nulidad del acto.

En el procedimiento sumario siempre es necesaria la asistencia de letrado, pues el juzgado no debe expedir sentencia si el acusado carece de defensor que exponga por escrito u oralmente las razones que beneficien a su defendido.

Conforme a la nueva L.O.M.P. el detenido por la policía tiene derecho a nombrar defensor y el Fiscal Provincial, o su delegado, vigilará porque el detenido pueda ejercer este derecho.

El Ministerio de Defensa como institución aparece en el Código de 1940. En el de 1920 existían artículos aislados que se referían al derecho de designar un abogado que patrocinara al inculpado, pero no estaban ordenados como institución.

La realidad es que muchos procesados por no tener cómo pagar honorarios, no designan abogado. Para estos casos la ley ha creado los abogados de oficio, designados anualmente por la Corte Superior para que asistan gratuitamente a los inculpados

que carezcan de abogados o que soliciten sus servicios. En el Tribunal Correccional existe el Defensor de Oficio rentado que puede ejercer la abogacía en los asuntos civiles, pero en los penales está al servicio de los tribunales. (A.J. 1940, p. 287). Pueden actuar en otros procesos penales, siempre que sean designados por los inculcados. (A.J. 1941, p. 355)

El Ministerio de Defensa está constituido tanto por los defensores de oficio, como por los designados por los encausados. La diferencia entre unos y otros reside en que unos son nombrados por la Corte o el Juzgado y otros por los propios interesados. En uno y otro caso desempeñan la misma función: patrocinar a quien se encuentra sometido a proceso, asumiendo su defensa.

Durante la investigación, el inculcado puede renunciar a la presencia del defensor y el Juez lo aceptará siempre que sea mayor de edad y sepa leer y escribir. En tal caso asume su propia defensa. Ante el Tribunal Correccional no cabe esta situación, porque es indispensable la presencia del defensor para que se realice el juzgamiento; si falta abogado no hay audiencia.

En cuanto a sus facultades, el abogado es patrocinador del procesado, no su apoderado, ni personero. (R.T. 1933, p. 71). Sus facultades están limitadas a la mera defensa vg. pedir la actuación de pruebas, los antecedentes, que los autos pasen al Fiscal, etc. Solo el inculcado puede apelar de una resolución, formular excepciones, deducir cuestiones prejudiciales, etc. El defensor, salvo que sea apoderado, no puede hacerlo.

Para deducir excepciones es necesaria la firma del inculcado, (A.J. 1940; RJP; 1959, p. 1263). El fundamento de la ejecutoria de 1959 reside en que al interponer excepciones o cuestiones prejudiciales, el inculcado ejercita una acción y ello le incumbe, pues él es el dueño de tales *acciones* y *el abogado sólo lo patrocina, no lo representa y por eso no puede formularlas. Diferente es el caso del defensor del Ausente.*

La defensa comienza al mismo tiempo que la instrucción, nacen juntas. Desde que es llamado a declarar inestructivamente, el inculcado tiene derecho a designar un defensor que lo asesore frente a la imputación que se le ha formulado. Solo si el procesado no lo hiciere ni pretendiere defenderse a sí mismo, es que el Juzgado nombrará un defensor de oficio. Esta designación

durará mientras el inculpado lo permita, es decir mientras no nombre abogado por su cuenta.

## 2.— Naturaleza de esta función

Puede presentarse otra situación: al declarar instructivamente el detenido pide postergación para contratar abogado. La solución es clara: el juez recibirá sus generales y decretará detención provisional por diez días, dándole así tiempo para que busque abogado; al vencerse este plazo, con el abogado designado por el reo o el de oficio, el Juez concluirá la diligencia forzosamente. En cualquier momento del proceso, el inculpado puede designar abogado desplazando al de oficio.

Tratándose de varios inculpados, el Juez designará un abogado que los patrocine a todos, salvo que la defensa conjunta sea incompatible, en cuyo caso nombrará a los que sean necesarios. (A.J. 1959, p. 167)

Entre el abogado designado por el reo y el de oficio, prevalece el primero; es el que cuenta con la confianza del procesado y debe ser preferido. El de oficio solo puede ser nombrado cuando el inculpado no designa uno por su cuenta; si no lo nombra o el elegido no concurriera reiteradamente a las diligencias o las frustrare, o no asistiere y se venciera el plazo, entonces el Juez le nombrará uno de oficio (R.T. 1944, p. 447).

En cuanto al carácter de las relaciones entre defensor y defendido, Manzini dice que es de naturaleza privada y contractual; es prestación de trabajo intelectual; tiene un lado de deber pues si fuere el único profesional tiene obligación de aceptar el cargo, aunque personalmente el crimen le repugne.

## 3.— Obligaciones de los defensores

Ángel Gustavo Cornejo<sup>12</sup> señala las siguientes obligaciones de defensor:

- 1) aceptar el nombramiento, no pudiendo excusarse sino en los casos previstos en la ley;
- 2) guardar absoluta reserva sobre las diligencias del proceso, estándole prohibida toda publicación de lo relacionado

---

12 Derecho de Procedimientos Penales, p. 87.

con la instrucción. Esta reserva acaba con la audiencia. Si su patrocinado estuviera incomunicado estará prohibido de llevarle comunicación del exterior;

- 3) conferenciar con su patrocinado cada vez que sea necesario; si estuviere incomunicado lo hará en presencia del Juez;
- 4) asistir a su cliente en las diligencias de la instrucción, evitando que le formulen preguntas capciosas y dejando constancia de todo aquello que convenga a los intereses de la defensa;
- 5) intervenir en la audiencia haciendo preguntas y pidiendo la lectura de las piezas que favorezcan a su cliente;
- 6) emplear los recursos impugnatorios que la ley permite y que sean necesarios a la defensa;
- 7) exhortar a su cliente a que diga la verdad y que colabore con la justicia en la investigación;
- 8) informar oralmente ante el juzgador. "En la audiencia está obligado a hacer la defensa y si faltare a esta obligación, la audiencia es nula". (R.T. 1944 p. 149);
- 9) presentar las conclusiones escritas que prescribe la ley. "En la audiencia, además del informe oral, está obligado a presentar sus conclusiones escritas; si no lo hiciera la audiencia es nula". (A.J. 1942 p. 88);
- 10) firmar las actas en las diligencias de la instrucción y en el juicio oral. Si tuviere alguna objeción contra el texto, deberá dejar constancia escrita de su observación y firmar; lo que no puede hacer es negarse a firmar el acta.

#### **4. – El Defensor de Oficio**

Cuando el inculcado es analfabeto o menor de edad, la ley exige la presencia de defensor. También la impone tratándose de reos ausentes y contumaces. En este último caso, las atribuciones que la ley confiere al defensor son mayores que las que goza el abogado del reo presente.

La defensa de oficio se funda en la necesidad de proveer la defensa al inculcado que no hubiere designado letrado que lo asesore.

Domingo García Rada

La designación de defensor puede tener su origen en una exigencia legal, como es el caso del ausente; o provenir del inculpado quien careciendo de medios económicos, pide al Juzgado se designe abogado de oficio que lo patrocine, sin costo alguno para él.

El abogado designado de oficio tiene los mismos derechos que el escogido por las partes: interviene en las diligencias del proceso asesorando al inculpado, participa en la ratificación de pericias, formula preguntas al agraviado y a los testigos, presenta escritos relativos al desenvolvimiento de la instrucción, etc.

El Ministerio de Defensa creado por el vigente código, está constituido por los abogados que en juzgados y tribunales, defienden de oficio a inculpadados y acusados. No teniendo defensor el proceso y requiriéndolo la ley, el juez designará uno de oficio, quien queda obligado a participar en las diligencias del proceso.

El inculpado y el acusado, tienen derecho preferente a seleccionar su propio abogado y si el juez o tribunal ya le hubiere designado, quedará desplazado por el escogido por el reo. Entre abogado de oficio y abogado de parte, prevalece este último.

En los tribunales correccionales existen los Defensores de Oficio rentados que forman el Ministerio de Defensa. Son profesionales designados por el Poder Ejecutivo que gozan de haber y de tiempo de servicios, pero no integran el Poder Judicial.

Si el acusado no estuviere conforme con el profesional designado como defensor por el tribunal, para que lo asista en la audiencia, podrá reemplazarlo con otro de su confianza. Pero si se limita a rechazarlo manifestando que no tiene su confianza, sin ofrecer a otro letrado, *el Tribunal no admitirá la oposición y llevará a cabo el juicio oral. Lo mismo cabe decir si tal situación se diera en el juzgado.*

En cualquier etapa del proceso, aun en la misma audiencia, el acusado puede cambiar el defensor de oficio, designando a profesional de su elección y el Tribunal deberá aceptar este cambio, por ser derecho inalienable del procesado, el contar con defensor que goce de su completa confianza.

Por su parte, los defensores de oficio tienen obligación de aceptar las defensas que le encomienden, salvo que tenga impedimento.

## 5. — El defensor de ausentes y de contumaces

En el capítulo XXXV en que nos ocupamos de la Ausencia y de la Contumacia, tratamos con detenimiento estos dos institutos. Ahora lo veremos brevemente para completar el estudio del Ministerio de Defensa.

Aunque la defensa del reo presente y la del reo ausente es esencialmente la misma, sin embargo por la no concurrencia la ley establece algunas características que le son propias.

La primera de ellas es la necesidad de que el reo ausente y el contumaz cuenten con defensor, sea de oficio o designado por la familia; es indispensable tanto en la etapa investigatoria como en la decisoria. La investigación no puede llevarse a cabo si es que el ausente o el contumaz no cuentan con abogado designado como defensor. La firma del letrado en las diversas diligencias acreditará su presencia y aunque ésta no sea indispensable en todas ellas, es necesario que esté enterado de su realización y pueda concurrir si viere convenirle.

La segunda nota propia de esta defensa, es la mayor amplitud que tiene el defensor del ausente y del contumaz. La jurisprudencia, apoyándose en el art. 205 admite que puede deducir excepciones e interponer excepciones. (A.J. 1944 p. 278 y R.T. 1933 p. 71). El abogado del reo presente es mero asesor de su defendido; el del ausente, por su misma situación, puede actuar sin la firma de su cliente. Una ejecutoria de 1971 le niega este derecho, pero no ha sido seguida. La estudiaremos con detenimiento en el capítulo de Ausencia y Contumacia.

Aunque la ausencia y la contumacia tienen diferencias por cuanto la primera se ocasiona por la ignorancia del estado de procesamiento y la segunda proviene de la desobediencia al mandato judicial, sin embargo tienen similitud procesal pues en ambas existe la misma situación: investigación sin que esté presente el inculpado.

Ante esta realidad, la ley y la jurisprudencia las igualan considerando que ambas requieren defensa y conceden al abogado mayores atribuciones. De carecer de ellas, la labor del defensor sería ineficaz y el contradictorio, ilusorio.

Domingo García Rada

**TERCERA PARTE**  
**LA INSTRUCCIÓN**



Domingo García Rada

## CAPÍTULO XIV

*1. – La Instrucción. 2. – Notas propias. 3. – Principio de la Instrucción. 4. – El Auto Apertorio. 5. – La Instructiva.*

### **1. – La Instrucción**

Para que se dé el proceso penal, es necesario que exista un hecho o acto del hombre susceptible de constituir tipo previsto y penado como delito y que pueda ser atribuido a una persona física, en el grado que sea, como autor o como cómplice.

Como características del proceso penal –dice Prieto Castro– se tiene su inmutabilidad e indisponibilidad. El proceso no puede desaparecer ni adquirir distinta fisonomía por voluntad de las partes. Si el autor de un robo devuelve la especie robada, el delito se mantiene y la devolución no corta el proceso y solo influye en el monto a pagar en concepto de reparación. El autor ha dañado un bien jurídicamente protegido por la ley penal y así seguirá siendo hasta la resolución judicial que ponga término al proceso.

*Las partes no tienen la libre disponibilidad del proceso y aunque lo quieran, no pueden exonerar de culpa.*

Tomando como base las dos grandes categorías de Infracciones –Delitos y Faltas– que obedecen a criterio cuantitativo, la ley procesal regula dos procesos perfectamente caracterizados y diferenciados: juicio por faltas y la instrucción por delitos.

Domingo García Rada

En el Capítulo XXXIV estudiaremos el proceso por Faltas. Ahora veremos el proceso penal por delitos.

A su vez el proceso penal se diferencia el Ordinario, del Sumario y del Especial por Querrela. Tienen los mismos principios pero con algunas variantes en la tramitación. El Ordinario y el Sumario tienen dos grandes diferencias: el *judicium* y el plazo. Aunque en el proceso ordinario el Instructor resuelve las incidencias – excepciones y cuestiones –, las sentencias las expide el Tribunal, lo que no ocurre en el Sumario en el cual el mismo magistrado que instruye es el que resuelve definitivamente.

El Atestado Policial no constituye etapa procesal. Su confección corre a cargo de la Policía de Investigaciones pero interviene el Fiscal Provincial escogiendo pruebas y procurando defensor al imputado. Es documento administrativo que, conforme a ley, constituye elemento de prueba.

La ejecución de sentencia tampoco es etapa. Es el cumplimiento de lo que ordena la resolución que pone término al proceso. Es etapa administrativo-judicial como la llaman muchos autores, pues falta la declaración de derechos. Gómez Orbaneja la denomina “concreta actuación de la sanción”. Esto corresponde a la Ejecución de Sentencia Propia, pues la impropia se da en el caso de las absoluciones y tiene como finalidad levantar las medidas restrictivas dictadas durante el proceso.

El proceso penal ordinario se desarrolla en dos etapas: una dedicada a la investigación; y otra destinada al juzgamiento en acto oral y público. La primera tiene como finalidad establecer si el hecho constituye delito. En la segunda etapa apreciamos la prueba reunida, juzgar al autor, sancionándolo o absolviéndolo. El plazo es de 4 meses.

En el procedimiento sumario establecido, para instruir determinados delitos y con menor plazo – sesenta días – las dos etapas están a cargo del Juez, quien reúne pruebas y expide sentencia, la que puede ir en apelación al Tribunal Correccional pero no en recurso de nulidad ante la Corte Suprema.

Florián<sup>13</sup> señala como notas de la instrucción, las propias del Sistema Inquisitorio, atenuado por interferencias del Acusatorio. La instrucción está organizada por el Juez; con

---

13 Derecho Procesal Penal, p. 64 y siguientes.

intervención de la defensa que colabora en el proceso pero no dirige. La instrucción se orienta por el sistema inquisitorial, con la atenuación del ofrecimiento de prueba por la defensa, que será aceptada siempre que sea pertinente e idónea.

## 2. – Notas propias

Nota propia del sistema inquisitorial es el secreto de la instrucción. El vocablo exacto es carácter reservado como lo dice el Código. Significa que quienes intervienen en el proceso pueden conocer todo lo que ocurra en la instrucción, pero no los extraños, lo cual constituye un atenuante en el sistema inquisitorial. Los participantes ofrecen guardar reserva sobre su contenido. La reserva es necesaria en el período investigatorio pues la publicidad atentaría contra el éxito de la investigación: se perdería espontaneidad en las declaraciones y los testigos serían advertidos y preparados, con grave desmedro de la verdad. La publicidad es en el acto oral, pues el debate público es garantía constitucional.

La ley permite al Juez que cuando lo considere indispensable para el éxito de la investigación y por breve término, pueda mantener en secreto una diligencia. Por ejemplo la declaración de un testigo es contradictoria con la del inculpado, entonces ordena la confrontación y mientras tanto mantiene en secreto la referida testimonial, guardando el expediente bajo llave.

La reserva del proceso dura todo el tiempo de la investigación. Concluye cuando se da término a ella. Entonces el Juez pone los autos a disposición de las partes.

Finalmente – anota Florián – tenemos como última nota, la escritura. Todo el proceso penal es escrito; las declaraciones son orales pero inmediatamente se vierten al papel procurando hacerlo con fidelidad. Estas diligencias actuadas por el Instructor, serán apreciadas por el Tribunal y servirán de fundamento a la resolución final.

En la etapa investigatoria predomina la escritura pero las declaraciones son orales; en la etapa decisoria predomina la oralidad pero se leen piezas escritas.

### 3. — Principio de la Instrucción

La Instrucción tiene una finalidad práctica, no especulativa. Busca establecer la realidad del delito y sanciones al autor. No pretende formular declaraciones teóricas sobre el evento.

Al declarar su finalidad, la ley es concreta. Dice el art. 72º: “La instrucción tiene por objeto reunir las pruebas de realización del delito, las circunstancias en que se ha perpetrado, sus móviles y descubrir a los autores y cómplices del mismo, estableciendo la distinta participación que hayan tenido en los actos preparatorios, en la ejecución o después de su realización, sea para borrar las huellas que sirvan para su descubrimiento, para prestar auxilio a los responsables o para aprovecharse en alguna forma de sus resultados”. Dentro de estos fines el Código no señala el obtener el resarcimiento económico de las víctimas.

Se explica esta omisión porque la reparación civil opera en la etapa decisoria; durante la investigación solo se dictan medidas cautelares que aseguren el pago de la reparación a señalarse en la sentencia.

Este art. 72 permanece vigente pero el D. Leg. 126 al modificar el 77, indirectamente establece una nueva exigencia. Declara que el Juez “Solo abrirá instrucción si considera que el hecho constituye delito, que se ha individualizado a su presunto autor y que la acción penal no ha prescrito”.

Con esta nueva exigencia se eliminan aquellas instrucciones “contra los presuntos responsables” o “con motivo de...”. Ya solo puede iniciarse instrucción cuando se conoce al autor. Si se ignora quién cometió el delito —v.g. robo aprovechando de que los dueños estaban ausentes— la investigación quedará en la etapa de la investigación policial hasta que se descubra al autor. Solo entonces procede denunciarlo a la Autoridad Judicial.

Para alcanzar estos fines es necesario la actuación de pruebas. Mediante ellas el Juez adquiere certeza legal sobre la realidad del delito y la responsabilidad de su autor. El Instructor tiene libertad para escoger y aceptar la prueba que considere necesaria a esta finalidad; la única limitación radica en el respeto a la persona del procesado.

Iniciación del proceso penal. De varias maneras puede iniciarse una instrucción.

- I. De oficio. El Juez se entera de un delito perseguible de oficio. Puede enterarse personalmente, por dato periodístico, por referencia de quien ha presenciado su comisión, etc. El magistrado concede verosimilitud y dicta el auto apertorio respectivo.

La nueva ley concede al Ministerio Público la titularidad de la acción penal, declarando que a su cargo corre la carga de la prueba, de manera que el éxito de la investigación judicial depende, en buena parte, de la diligencia y acierto del Fiscal Provincial.

- II. El Ministerio Público promueve la acción penal:

1. Mediante el atestado policial.

Apenas la policía detiene a una persona, lo comunica al Fiscal Provincial y bajo su control y vigilancia, se actúan las pruebas en el atestado. Concluida la investigación si el Fiscal Provincial considera que hay delito, que no ha prescrito y que se conoce a su autor, denuncia el delito al Juzgado de Instrucción y presenta este atestado como fundamento de su denuncia.

2. Mediante el ejercicio de la Acción Popular.

El art. 76 del Código permite que cualquiera del pueblo se presente denunciando la comisión de un delito cuya realización sea inmediatamente anterior a la denuncia, y que se haga por escrito, para fijar sus caracteres. (R.J.P. 1952, p. 3113)

El denunciante se limita a presentar la denuncia y allí concluye su intervención. No puede participar en la instrucción y menos constituirse como parte civil. Puede ser llamado por el Juez para que amplíe sus términos o se ratifique en ella. (A.J. 1961, p. 144).

El Fiscal Provincial debe remitir esta denuncia al juzgado para que proceda conforme a sus atribuciones.

3. Por denuncia del agraviado.

El agraviado, sus ascendientes, descendientes, cónyuge, colaterales dentro del 4º de consanguinidad y 2º de afinidad, hijos adoptivos, tutores y curadores, pueden denunciar la verificación de un delito cometido en su agravio. "La facultad de denunciar delitos está limitada a tales personas". (A.J. 1981, p. 143)

La denuncia debe presentarse al Fiscal Provincial quien puede, alternativamente, abrir una investigación policial para reunir la prueba relativa al delito denunciado; o formalizarla ante el Juzgado de Instrucción. En este caso – dice el art. 92, inc. 2º L.O.M.P. – al denunciar el caso expondrá los hechos, ofrecerá la prueba mencionando la que debe actuarse y al calificar el delito, señalará el artículo del C.P. aplicable.

### III. Mediante querrela.

En los delitos de acción privada en que se requiere la denuncia de parte, es necesario que mediante querrela el agraviado se presente denunciando el delito. En el adulterio es indispensable la denuncia de la agraviada. (art. 212 C.P.)

Dos exigencias ha establecido la jurisprudencia: a) “La denuncia debe tener contenido penal”. (A.J. 1961, p. 136) dice la Corte pues lo que no es delito no va a conocimiento de la justicia penal.

a) La denuncia debe ser escrita. Es el medio necesario que sirve para fijar sus caracteres y mediante ellos el Ministerio Público puede apreciarla para ampararla o desestimarla. La Suprema ha dicho que es necesario que la denuncia sea escrita para deslindar sus caracteres. (R.F. 1921, p. 489)

### 4. – El Auto Apertorio

Presentada la denuncia, la etapa siguiente es el Auto Apertorio de Instrucción. Si el Juez cree que el hecho denunciado está tipificado como delito por la ley penal, y no ha prescrito, se conoce al autor, abrirá instrucción, iniciándose así el proceso penal. “Incumbe al Juez apreciar si el hecho denunciado constituye delito pesquisable” (A.J. 1921, p. 127). Tiene suma importancia esta resolución desde el punto de vista procesal. Determina el curso de la instrucción, tanto en su desarrollo como en su conclusión. Así las pruebas deben tener relación inmediata con el delito investigado; la libertad provisional es procedente en unos delitos y en otros no. La sentencia tiene que resolver el delito que ha sido materia de la investigación y a su vez ésta solo puede investigar el delito a que se refiere el auto apertorio.

Tanto la instrucción como el juicio oral no pueden apartarse de los marcos fijados en el apertorio. Si durante su curso o en la audiencia se descubre delito, distinto del investigado, se requiere auto ampliatorio y nueva acusación fiscal. Igual ocurre si se descubre otros autores o cómplices.

El auto apertorio debe contener:

- 1º. Lugar y fecha de expedición: mediante ellos se determina la competencia territorial del Juzgado y del Tribunal Correccional; y desde esa fecha empieza a correr el plazo de ley.
- 2º. Nombre completo del procesado, con sobrenombre, si lo tuviere. Si fueren varios los denunciados, deberán indicarse todos sus nombres. No debe decirse "Juan Pérez y otros"; tampoco "contra quien se denuncia" o frase análoga.
- 3º. Nombre completo del o de los agraviados. Esta identificación es necesaria para que en la sentencia se indique con precisión el nombre de la persona a quien se debe abonar la reparación civil. Siendo varios los agraviados, no es procesal decir "en agravio de Antonio Sánchez y otros", ni "contra los agraviados que aparecen en la denuncia". Deberá indicarse todos los nombres de los agraviados. Si durante el curso del proceso aparecieran más perjudicados con el delito u otros autores del hecho, es necesario dictar el correspondiente auto ampliatorio.
- 4º. Delitos que se imputan. Cuando se abre Instrucción por varios delitos, deberán precisarse todos ellos. No es procesal decir "por los delitos que se mencionan en la denuncia" o "que aparecen de ella". Es conveniente mencionar el delito en forma genérica, no por la específica: por ejemplo, abrir instrucción por delito contra el patrimonio, en vez de indicar que es por estafa o robo. Esto permite que si durante la instrucción se configura mejor una forma delictiva que otra dentro del mismo rubro, no hay necesidad de cambiar el auto apertorio; si no es hurto sino robo o estafa, diciendo que es contra el patrimonio no es necesario dictar auto ampliatorio. Será inevitable dictarlo si durante el curso de la investigación aparecieran nuevos delitos.
- 5º. Orden de comparecencia o de detención. El mandato que se expida contra el presunto responsable está determinado



por el delito incriminado y obedece al criterio que se forme el Juez sobre la gravedad del hecho que se denuncia.

Estos son los cinco elementos básicos de todo auto apertorio. Es necesario notificar esta resolución al Fiscal Provincial, al procesado, al agraviado y al tercero civilmente responsable para que durante la instrucción pueda presentar pruebas referentes a su solvencia o a acreditar que los daños causados son de escasa cuantía a fin de que el resarcimiento guarde proporción con éstos. Siendo el Tercero quien va a responder económicamente por los efectos del delito, es natural que se le comunique la apertura de la instrucción a fin de que pueda estar a derecho.

Pueden también dictarse otros mandatos, como ordenar practicar la autopsia, señalar día y hora para una inspección ocular, citar testigos, etc. De no hacerlo en el apertorio, más tarde puede ordenarlo el Juzgado.

Conforme al régimen del Código, el Juez Instructor atendiendo a la naturaleza del delito y la persona del denunciado —si es primario, habitual o reincidente— decretaba comparencia o detención provisional.

Con nueva ley ha variado sustancialmente esta sistemática. Lo general es la orden de detención provisional y la Ley 23612 señala en qué casos debe dictarse detención provisional. Estos son:

- I. — Homicidio intencional;
- aborto (art. 156 CP.);
  - lesiones dolosas seguidas de muerte;
  - lesiones intencionales (art. 165 CP.);
  - violación de menores (art. 199 CP.);
  - piratería;
  - contra el patrimonio cuando su monto exceda de 25 s.m.v. para la provincia de Lima;
  - traición a la patria;
  - rebelión;
  - incendio;
  - asalto y robo;

- peculado (art. 346 CP.);
- contra la administración de justicia (art. 335 CP.);
- corrupción de funcionarios (arts. 349 - 351 CP.);
- abuso de autoridad (D. Leg. 121, art. 6º y art. 340 CP.);
- falsificación de monedas, sellos, timbres y marcas oficiales (arts. 369 - 371 - 375 a 379 CP.);
- ataque a las fuerzas policiales (D.L. 19910);
- delitos tributarios;
- delito de contrabando (Ley 16185);
- delitos económicos (D. Leg. 1213) cuando su cuantía exceda a 20 s.m.v. para la provincia de Lima;
- tráfico ilícito de drogas;
- espionaje;

La ley agrega: siempre que la denuncia “se sustente en suficientes elementos probatorios”.

II.— Con relación a la persona del presunto responsable: si fuese reincidente, reiterante o se trate de delito “cometido en concierto o banda”.

En todos los demás casos es procedente dictar orden de comparecencia.

La orden de comparecencia debe indicar el delito denunciado y la obligación de presentarse al Juzgado el día y hora señalados, bajo apercibimiento de ser conducido por la fuerza pública.

El secretario del Juzgado vigilará la entrega personal de la citación o, por lo menos dejarla en el domicilio.

Si el inculpado no concurre, el Juez puede decretar la detención provisional o si cree que ha existido motivo que justifica la inasistencia, decretar una segunda orden de comparecencia.

La Ley 23104, modificando el inc. 2º del art. 85 C.P., considera atenuante o eximente de pena, cuando la persona en defensa de su hogar en defensa propia, repeliere el ataque agrediendo a quien pretendiera ingresar o ya ingresare a su cada, empleando violencia, escalamiento, fractura o “subrepticamente”. Es autorizar la defensa del hogar.

Domingo García Rada

En este caso, dice la ley, sea homicidio o lesiones, el Juzgado solo puede decretar orden de comparecencia.

### **5. — La Instructiva**

La declaración del procesado se llama Instructiva. Deberá recibirla el propio Juez Instructor. No puede librar exhorto a otro magistrado de igual categoría para que la reciba. Si por causa de enfermedad el procesado no pudiese ir al Juzgado, el Juez se constituirá en el lugar donde se encuentre para recibirla. Si el procesado estuviere en otra provincia y por salud no puede trasladarse de ella, procede pedir la Transferencia de Jurisdicción a la Corte Suprema, para que el proceso pase a conocimiento del magistrado de la provincia donde se encuentra el presunto responsable.

La declaración empieza con las generales de ley, agregando el Juez los rasgos fisonómicos que observe para lograr su plena identificación. Luego le interrogará sobre los hechos delictuosos que se le imputan, procurando que las respuestas sean claras y que conteste todo aquello que se le pregunta.

Concluida la declaración, el Juez puede hacerle preguntas aclaratorias sobre lo declarado y sobre el hecho denunciado. El Código establece que éstas deben ser claras y precisas, sin emplear amenazas. Tampoco puede hacerlo en forma oscura, capciosa o ambigua ni que ella implícitamente contenga la respuesta: por ejemplo empezar así: "no es verdad...".

El interrogatorio debe comprender todo: preparación y motivos del delito, su realización y lo que hizo después; señalar móviles y demás circunstancias; en compañía de quién lo hizo y en qué forma lo ayudaron. La negativa dificulta la labor del Juez, pues en tal caso las preguntas deberán agotar el tema hasta que se aclare la forma como ocurrió el hecho y el grado de participación del procesado. La resolución que el Juez dicte a su conclusión, reposa en el convencimiento obtenido en ella.

Es la diligencia más importante del proceso. Constituye la respuesta del presunto responsable a la denuncia que se le formula. Debe estar asistido por un abogado y puede dictar él mismo las respuestas; de no hacerlo, le serán leídas antes de firmarlas. Si careciere de defensor y estuviere por vencerse el plazo de las 24 horas, el Juez puede dar comienzo a la diligencia,

pero no la cerrará hasta que esté presente el defensor; mientras tanto decretará detención provisional. Si el plazo de los diez días de la provisional se venciere, entonces el Juzgado le nombrará defensor de oficio. Si el procesado fuere mayor de edad y alfabeto, puede renunciar a tener abogado.

Si el Juez formulare preguntas que no estén de acuerdo con lo que previene la ley, el defensor puede aclarar u observarlas, dejando constancia del hecho en la misma diligencia.

Si el procesado se negare a contestar las preguntas que le formule el Juez y guardare silencio, tras de amonestarlo, el Juez dejará constancia y dará por terminada la diligencia. El Código (art. 127) dispone que el Juez le haga presente que su negativa constituye un "indicio de culpabilidad". Esta disposición ha sido muy criticada, pues el silencio no es indicio de nada, solo revela el deseo de no colaborar con la justicia. Si la ley no obliga al procesado a decir verdad y acepta que mienta, pues por eso no se le toma juramento, con mayor razón debe aceptar su silencio como forma de defensa.

Solamente es instructiva, la prestada ante juez competente, no lo es la declaración rendida ante otras autoridades. (A.J. 1906, p. 35). En estas últimas, faltan las garantías que rodean a la declaración prestada ante el Instructor.

La instructiva es un todo, el juez no puede tomar parte como cierto y rechazar otra. La jurisprudencia establece que es indivisible. (A.J. 1923, p. 133). Además, como única prueba de cargo es insuficiente para justificar sentencia condenatoria. (R. de los T., 1938, p. 330)

Rendida la instructiva, el Juzgado tiene tres caminos:

- a) Convierte en definitiva la detención provisional. Los cargos contenidos en la denuncia no han quedado desvirtuados. En su declaración el procesado puede aceptar los cargos de la denuncia; o negarlos dando una explicación no satisfactoria. El Juez adquiere convencimiento de culpabilidad y ordena la detención definitiva. Esto no impide que más tarde, como resultado de la prueba actuada, decrete la libertad bajo caución o la incondicional del procesado, esta última no se hará efectiva sino después de su aprobación por el Superior. La detención definitiva no es estado permanente, como tampoco lo es la incondicional o la provisional; es

estado transitorio que dura mientras las pruebas actuadas no la invalidan.

- b) La detención, provisional ha cumplido su finalidad de lograr la comparecencia del presunto responsable. Los cargos contenidos en la denuncia se desvanecen debido a las explicaciones del procesado y a la prueba presentada en esa diligencia. No se justifica la detención y el Juez ordena la libertad incondicional. La instrucción continúa, pero el procesado goza de libertad para que pueda atender a su defensa.

Al modificar el art. 83, el D. Leg. 126 dispone que el Ministerio Público puede oponerse a la libertad incondicional decretada por el Juez, oposición que determina que la detención provisional continúe por diez días más. Si fueren más de veinte los inculcados, la provisional puede durar hasta por veinte días, plazo que es susceptible de prórroga por el Superior hasta por treinta días más.

Al vencerse el término de la detención provisional, el Juez debe resolver, bien sea reafirmando en la soltura o convirtiendo la provisional en detención definitiva.

La Parte Civil y el Fiscal Provincial pueden apelar del auto de soltura. La apelación no suspende la excarcelación, la que siempre se lleva a cabo. Pero el Juez tiene la obligación de asegurar que los actos de la instrucción no sufrirán interrupción. Se le autoriza a dictar medidas que aseguren la concurrencia del procesado puesto en libertad.

Tales medidas pueden ser: señalamiento de domicilio dentro del radio urbano, concurrencia semanal o quincenal al Juzgado, prohibición de salir de la ciudad en que domicilia, sin autorización del Juzgado. La inobservancia de estas reglas determinará la cancelación de la libertad.

- c) Situación intermedia. Ni los cargos quedan desvanecidos ni la inocencia probada. Entonces la ley ofrece un camino intermedio: continúa la detención provisional para que el Juez actúe pruebas a fin de adquirir certeza sobre uno u otro extremo. A su vencimiento, el Juez forzosamente deberá decidirse sobre la detención definitiva o la libertad incondicional.

Plazo de la detención provisional. El plazo ordinario de duración de la detención provisional conforme el art. 83º del Código, modificado por el D. Leg. 126, es de 10 días. Dice luego cuando: “los inculpados comprendidos en una instrucción exceden de 20 personas, la detención provisional podrá durar hasta 20 días”. Si fuere insuficiente por el número de declaraciones a recibir o la complejidad del delito a investigar el Instructor podrá pedir prórroga del término al Tribunal Correccional “hasta por 30 días más” dice la nueva disposición legal. La decisión que tome el Juez al concluir de recibir las instructivas, será al vencerse el plazo ordinario de los 20 días o el prorrogado de los 30 días.

Domingo García Rada

## CAPÍTULO XV

*1. — El embargo. 2. — Formas que puede revestir. 3. — Requisitos. 4. — Oportunidad del embargo. 5. — Embargo sobre bienes de terceros.*

### **1. — Requisitos**

Embargo es la medida precautoria decretada por el Juez Instructor, tendiente a impedir que el procesado disponga de sus bienes, garantizando así el pago de una cantidad de dinero a señalarse en concepto de responsabilidad civil derivada del delito, y que aparecerá en la sentencia que ponga término al proceso penal. Es medida cautelar real.

El embargo está regulado por los arts. 90-102 del Código, con las modificaciones del D. L. 21895.

El D. Leg. 126 cambia numerosos artículos del Código, pero los referentes al embargo no los menciona. Al derogar las modificaciones introducidas por el 21895, el D. Leg. declara expresamente que la derogatoria del art. 1º es “en cuanto se refiere a los artículos modificados en la presente ley”. Conserva, pues, vigencia la reforma del D. L. 21895.

Se dicta en razón de un delito cometido por el dueño del bien y tiene como finalidad asegurar el pago del daño ocasionado por el evento. A veces recae sobre bienes de tercero, ajeno al delito, cuando conforme a ley, responde económicamente de sus consecuencias.



El embargo preventivo dura lo que el proceso en el cual se dicta y está sujeto a sus resultados. Si la sentencia fuere condenatoria, se convertirá en definitivo. Si fuere absolutoria, se declara que no procede el juicio oral o prescrita la acción penal, el Tribunal ordenará al juez que levante inmediatamente dicha medida. (art. 102). La jurisprudencia establece que: “Prescrita la acción penal, debe levantarse el embargo”. (A.J. 1929, p. 49). Naciendo del mismo hecho delictivo la acción penal y la acción civil, al desaparecer aquélla, ésta queda sin sustento y se desvanece: “Declarada la prescripción de la acción penal, queda extinguida la acción civil para la reparación del daño”. (A.J., 1935, p. 126)

## 2. — Formas que puede revestir

El embargo –inserto civil en el proceso penal– puede revestir diversas formas:

- A) Cuando los bienes embargados consisten en dinero, valores, alhajas, se depositarán en un banco, a nombre del Juzgado de Instrucción.

Puede ocurrir que no se trate de un embargo propiamente tal, pero es necesario el aseguramiento del dinero, alhajas o valores hasta que concluya el proceso y se ordene su entrega. Este caso se presenta cuando el muerto es extranjero, sin familiares en el Perú; entonces al ordenar el levantamiento del cadáver, el Juez deberá disponer el aseguramiento de los bienes muebles que se encuentren; y ordenará el depósito hasta su entrega a la familia o al cónsul respectivo. De no hacerlo, el juez responderá por el extravío de tales bienes.

- B) Tratándose de bienes muebles o enseres, el juez trabará el embargo entregándolos en custodia, y el depositario responderá de la integridad de los bienes, hasta que concluya el proceso.
- C) Si fueren bienes inmuebles, bastará la inscripción en los Registros Públicos.
- D) Si el objeto del embargo es vehículo, el juzgado ordenará la anotación, de la medida de embargo en el Registro de Propiedad de Tránsito. Tanto en este caso como en el

anterior, el bien sigue en posesión del dueño, solamente no puede disponer de él mediante venta, hipoteca, etc.

### 3. – Requisitos

Conforme a nuestro Código, son tres los requisitos necesarios para que el juez obligatoriamente ordene trabar embargo como medida de carácter preventivo. (art. 94)

1º – orden de detención definitiva dictada contra el inculpado. No es suficiente la provisional y menos la de comparecencia. Cuando solo existen estas medidas restrictivas, el Juez se abstendrá de decretar el embargo preventivo.

2º – que la medida se dicte sobre bienes del inculpado. Solo puede referirse a bienes que posea el procesado en el momento del accidente o delito, no sobre los que le vayan a corresponder en la herencia de sus padres ni sobre los futuros beneficios sociales, de la empresa donde trabaja. Si el inculpado careciere de bienes presentes, el agraviado podrá iniciar su acción en la vía civil, en la que procede dictar esta medida por cuenta, costo y riesgo del demandante.

3º – en cantidad suficiente para cubrir la responsabilidad derivada del delito. Debe existir relación entre el monto del embargo y la responsabilidad civil que emergerá del delito: v. g. en caso de muerte, será insuficiente el embargo por cien o mil soles. La prudencia del juez lo determinará.

### 4. – Oportunidad del embargo

El D.L. 21895 ha modificado el Código en lo referente al embargo, estableciendo que puede dictarse:

- a) **al abrir instrucción.** El auto apertorio significa que el juez considera que el hecho constituye delito, que no ha prescrito y que el denunciado es el presunto responsable. Existiendo delito que sancionar, hay daño que reparar. Entonces se autoriza al Juez para que al abrir instrucción, antes de recibir declaración alguna o practicar cualquier diligencia, se trabe embargo en bienes del responsable civil. Esta disposición evita el ocultamiento de bienes.

Al no vincularlo al grado de responsabilidad del autor –caso de delitos por negligencia– permite asegurar el

pago de la reparación civil, sin que sea necesario decretar la detención definitiva.

- b) **al ordenarse la detención definitiva.** Es caso en el cual el juez, de oficio y por mandato de la ley, debe dictar embargo sobre bienes del responsable. Reemplaza a la hipoteca legal de que habla el art. 27 del C.P.

Exige que exista orden de detención definitiva, es decir establece correlación entre embargo y detención. La detención significa que el juez considera que hay responsabilidad en el procesado y más tarde será condenado al resarcimiento del daño.

Pero si la instrucción concluye con la absolución del inculpado, el embargo se levanta y el Juez no responde por las consecuencias de la medida, ya que al hacerlo cumplió con la ley.

- c) **en cualquier estado de la instrucción.** Puede ocurrir que en el curso del proceso, varíe la condición de la víctima y lo que aparecía como lesión leve, adquiriera gravedad o se defina mejor la responsabilidad del inculpado y quede más clara su obligación resarcitoria. El juez queda autorizado para que ante tales modificaciones, si lo considera procedente, de oficio mande trabar embargo en bienes del inculpado o del tercero civil.
- d) **a pedido de parte.** Se autoriza al Fiscal Provincial y a la Parte Civil a pedir se trabe embargo sobre bienes del inculpado o del tercero que sean suficientes para cubrir el monto indemnizatorio.

El art. 95, inc. 2 de la L.O.M.P. establece como atribución del Fiscal Provincial en lo penal, el solicitar el embargo como medio de asegurar el pago de la reparación civil.

Aunque el juez no queda obligado a acceder a este pedido, pudiendo denegarlo, sin embargo ello es improbable pues existe daño y eso es lo que motiva la instrucción. Sabemos que todo daño culposo debe ser reparado. El auto que lo denegare, puede ser apelado para que el Tribunal Correccional aprecie los motivos del juez.

Siendo instituto civil, el embargo se rige por el C.P.C. En consecuencia se traba por cuenta, costa y riesgo de quien lo

pide. Pero existe una diferencia: si lo pide el Fiscal Provincial y el proceso termina con la absolución, el embargo se levanta y aunque haya causado perjuicios, de ellos no responde el funcionario que lo solicitó. En cambio el agraviado responde por las consecuencias que ocasione su pedido, pero la jurisprudencia ha establecido que es necesario que haya procedido con dolo y malicia y que el embargo cause daño. Así dice la Suprema: "Procede el pago de daños y perjuicios, si se acredita malicia y dolo en el que solicitó la medida". (A.J. 1910 p. 162) Más tarde completó la idea al declarar: "No habiendo revestido daño el embargo, es infundada la reclamación de indemnizar". (R.T. 1931, p. 313)

Tramitación— Se formará cuaderno aparte, conteniendo el pedido —en los casos en que se solicitare—, el auto del Juez que lo decreta y la diligencia del embargo.

El embargo se traba a pesar de la apelación que se interponga. La resolución puede ser apelada, pero no es susceptible de recurso de nulidad. (R.T. 1932 p. 8). La ley es clara al decir que la apelación "se tramitará después de ejecutada la medida precautoria". (art. 49 modificado)

El embargo se inscribe en virtud de la resolución judicial que se dicta. El Código decía que debía transcribirse a los Registros Públicos. Pero la modificatoria del art. 94 es más amplia y agrega "o en la entidad que corresponda". Éste permite que en los vehículos el embargo se anote en el respectivo Registro de Propiedad de Tránsito. Si el embargo se refiere a naves o aeronaves, se hará en los registros administrativos pertinentes.

Conforme al art. 96, el embargo puede ser sustituido por caución o garantía real y podrá adoptar las formas de depósito, intervención o retención.

Entendemos que también puede ser sustituido por póliza emitida por compañía de seguros, siempre que su monto sea suficiente a criterio del juez y sea endosada al juzgado de origen, con la obligación de mantenerla vigente hasta la conclusión del proceso.

El auto de embargo constituye una advertencia de que los bienes embargados pueden ser objeto de una futura ejecución, pues están a las resultas de un juicio. Esa resolución constituye

Domingo García Rada

una intimación para que no se distraigan esos bienes que responden de la indemnización civil a señalarse.

El embargo puede ser ampliado o reducido. En el curso del proceso pueden sobrevenir motivos bastantes para creer que el monto embargado será insuficiente para el pago de la reparación que la sentencia señale en su oportunidad. En ese caso el Juez puede aumentar el monto del embargo. Al contrario puede ocurrir que el embargo es excesivo y causa evidente perjuicio al responsable civil, en cuyo caso puede ser disminuido.

El juez puede desestimar el embargo pedido por la parte civil por considerar que no aparece clara la responsabilidad del inculpado y no se justifica dictar tal medida precautoria. Pero también puede ocurrir que conforme avanza la instrucción las pruebas actuadas acreditan fehacientemente la responsabilidad y entonces el juez puede dictar el embargo, sea de oficio o acceder al pedido antes rechazado.

El auto que deniega el embargo no constituye cosa juzgada sino medida transitoria que responde al mérito de las pruebas actuadas ese momento. Si éstas varían, también el embargo puede variar aumentándolo o disminuyéndolo, o aceptando lo que antes se denegó.

## **5. — Embargo sobre bienes de terceros**

Examinemos ahora la situación del Tercero Civil y el embargo sobre sus bienes.

La responsabilidad civil por el hecho delictuoso incumbe ante todo a quien lo ha cometido o ha concurrido a cometerlo por dolo o culpa. En segundo lugar puede afectar a otra persona por el hecho ajeno o sea por responsabilidad indirecta.

La responsabilidad proveniente de hecho ajeno tiene caracteres propios: 1º surge de la ley, existe porque ella lo dispone; 2º el responsable interviene por especial vinculación con la persona del autor, no proviene del delito; 3º su responsabilidad civil emana de la responsabilidad penal de otro, no de él, que no la tiene; solo paga la reparación civil.

Nuestro Código (art. 100) dispone que el embargo sobre bienes de tercero, procede cuando el autor del delito careciere de patrimonio; si el procesado dispusiere de bienes suficientes, la

medida precautoria deberá limitarse a ellos. El embargo que se dicte sobre bienes del Tercero Civil es subsidiario, cuando no es posible hacerlo sobre los del inculpado por ser insolvente. Es la responsabilidad objetiva.

Este mismo art. 100 dispone que estas terceras personas “deberán ser citadas y tendrán derecho para intervenir en todas las diligencias que les afecten, a fin de ejercitar su defensa”. De esta disposición concordada con el art. 3º de la Ley 9014, emana la obligación del juez de citar al Tercero Civil, con el auto de apertura del proceso, del señalamiento de día y hora para el juicio oral, y demás resoluciones que tengan relación con el pago de la indemnización. Si se incumpliere la obligación de citar al extraño que en su oportunidad va a pagar, lo que dispone la sentencia no le alcanzaría y por ello sería nula. (A.J., 1932, p. 43; 1935, p. 60)

Conforme al art. 2º de la ley 9014, todo lo referente a la indemnización civil, se rige por el C.C., cuyo art. 1142 prescribe la responsabilidad de los padres, tutores y curadores por “el daño que causen sus hijos menores y personas sujetas a su guardia”; y el 1144 establece que “todo el que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño que éste irrogue”.

En esta forma se crea por la ley civil, la responsabilidad objetiva de los padres y de todo aquel que tenga a otro bajo sus órdenes. No es responsabilidad subsidiaria, como la que el C.P.P. establece en el art. 100, sino directa en razón de que el autor es menor, incapaz o está sujeto a dependencia.

Domingo García Rada

## CAPÍTULO XVI

*1. – La Libertad Provisional. 2. – Improcedencia de la libertad provisional. 3. – Procedencia de la libertad provisional. 4. – Diferencia entre libertad provisional, libertad vigilada y libertad incondicional. 5. – Caso especial del delito de Abandono de Familia.*

### **1. – La Libertad Provisional**

Para el eficaz desarrollo del proceso penal es necesaria la inmovilización de determinadas personas o cosas, en relación con el cumplimiento de los fines del proceso. Pueden referirse a las personas – actos de coerción personal – o a las cosas – actos de coerción real –.

La coerción penal – comprende a ambas – es limitación de la libertad física de una persona o de la disponibilidad de ciertas cosas de esas personas, todo con finalidad procesal.<sup>14</sup>

Se dan varios fundamentos a la coerción personal. El procesado goza de la presunción de inocencia, pues sobre él no ha recaído sentencia penal y sin embargo se da la detención. ¿Cuál es el fundamento de ésta? Excede a los límites de un Manual estudiar las varias teorías; solamente daremos una razón de orden práctico que la justifica: el juez necesita asegurar que la persona o la cosa estén a disposición de la justicia en el momento en que sea necesario.

---

<sup>14</sup> Viada-Aragoneses, I, p. 306.



La prisión no es la única medida que puede decretarse para asegurar la presencia física del inculpado. Existen otras que tienden a evitar la fuga y asegurar su presencia en el momento requerido: residencia obligada, vigilancia de su casa y lugar de trabajo, obligación de presentarse al Juzgado determinados días, prohibición de salir de la ciudad, sede del juzgado, y menos aún al exterior.

Pero la más frecuente y eficaz, sobre todo tratándose de habituales en el delito, es la prisión. Las otras medidas se emplean como medio asegurativo en los casos de la libertad provisional.

La detención se decreta cuando existen presunciones graves acerca de la responsabilidad del denunciado y es la medida adecuada para el delito imputado.

La libertad provisional opera cuando las presunciones se han desvanecido y el delito lo permite o no se acredita malicia en su ejecución. Es medida intermedia entre la prisión y la libertad. El inculpado sale de la cárcel, pero con limitaciones que recortan su libertad ambulatoria: residir en determinada ciudad y casa y no cambiarla sin conocimiento del juez.

Las medidas cautelares tienen como carácter la *provisionalidad*, es decir no son definitivas y pueden ser alteradas por el mismo juez que las decretó, o más tarde cambiar su fisonomía y convertirse en definitiva, como es el caso de la sentencia condenatoria con reo en cárcel, cuya detención adquiere firmeza.

Estas medidas tienen relación de medio a fin con el proceso, es decir son disposiciones que se dictan para cumplir con los fines que persigue el proceso y carecen de finalidad propia. Cuando recaen sobre la persona son las personales y reales cuando operan sobre las cosas: son limitaciones a la libertad personal –la detención– y a la libre disponibilidad de las cosas, como es el embargo.

El estado de procesamiento acarrea trastornos al procesado: está obligado a asistir continuamente al Juzgado, a las diligencias judiciales, necesita de abogado que lo patrocine, no puede salir del país, si se muda de casa, tiene que avisar al juzgado y si cambia de localidad, requerirá permiso del juez. Las exigencias le ocasionan pérdida en la asistencia al trabajo y dificultades de toda clase.

Estas molestias aumentan en el caso de ser privado de la libertad ambulatoria. La coerción personal afecta gravemente al inculpado. La privación de la libertad es una de las medidas más graves que se pueden adoptar en un proceso penal y debe ser meditada por el juez antes de decretarla, sobre todo tratándose de delitos en los que no procede la libertad provisional.

La detención ocasiona perjuicio tanto en lo material como en la parte espiritual del individuo. Determina merma en la actividad, depresión síquica, decaimiento de las energías vitales, etc. Los perjuicios son más graves cuando el detenido tiene mayor sensibilidad moral. A un reincidente la detención no lo afectará y quizás si está contento porque ella le permite vivir sin trabajar. A la persona con fina espiritualidad, la detención puede acarrearle un grave daño en su vida, arruinando su porvenir y destruyendo su prestigio. La sociedad rápidamente se entera de la prisión, en cambio no siempre conoce la excarcelación y a menudo ignora que se han desvanecido los cargos.

En el C.P. en M.C. existía la libertad bajo fianza, consistente en aceptar que una persona —el fiador— garantizaba la concurrencia del inculpado a los actos de juzgamiento y si no cumplía con hacerlo, quedaba obligado a pagar una fianza cuyo monto señalaba el juez. Existía una verdadera clase social de “fiadores”, personas insolventes, que garantizaban a quienes no conocían, no se preocupaban de presentarlo y no cumplían con pagar la fianza a que se habían obligado. La burla era completa.

El Código vigente limitó la fianza a los casos en que el extremo máximo de la pena es de seis meses; en todos los demás, era necesaria la casación, consistente en el empoce de una suma de dinero señalada por el juez, antes de acceder a la excarcelación, la que garantizaba la asistencia a las citaciones de la justicia y al concluir el proceso quedaba asegurado el pago de la reparación civil que señalara la sentencia.

El Decreto - Ley 18978 ha suprimido la caución y todos los procesados que reúnan los requisitos de ley, pueden salir de la cárcel sin depositar suma alguna. En esta forma se iguala a quienes tienen dinero con los que carecen de él, pero se olvida a la víctima del delito, para quien la caución aseguraba el resarcimiento del daño causado con el delito, al menos en lo que alcanzaba su monto.

Es inconveniente esta norma, pues olvida al agraviado.

La solución es otra: mantener la caución como principio general, pero autorizar al Juez para que en casos de indigencia o muy escasa capacidad económica, pueda conceder soltura sin caución.

El D. Leg. 126 ha modificado el art. 103 del Código, introduciendo los siguientes cambios:

- a) Habla solamente de libertad, sin relacionarla con caución o fianza, que desaparecieron del ordenamiento en virtud del D.L. 18978;
- b) El inculpado puede pedirla verbalmente —dejándose constancia en autos del pedido— o por escrito, no requiriendo firma de letrado;
- c) El Juez puede decretarla de oficio, sin pedido de parte interesada. Esto es conveniente porque muchos inculpados por ignorancia o descuido no piden su libertad que es procedente;
- d) Señala tres años como extremo máximo de la pena. La admite en casos más graves, si las pruebas actuadas, las circunstancias del delito o las condiciones personales del inculpado, hacen presumir que no le será impuesta una pena mayor;
- e) Procede la libertad cuando los detenidos llevan en prisión un tiempo mayor a la pena pedida por el Fiscal.

En virtud de esta disposición, en cualquier época del año, el detenido que sufra mayor tiempo de la pena pedida en el dictamen, puede solicitar su libertad. Este principio que orienta las Audiencias Extraordinarias, que se realizan en julio y en diciembre, puede ser aplicado en otras épocas. Es beneficioso para la justicia.

- f) Devolución de los documentos identificatorios, conforme lo dispone el D.L. 20580, dejando copia certificada de ellos.

## **2. — Improcedencia de la libertad provisional**

Al modificar el Código, el D. Leg. 126 establece los dos casos en los cuales no procede la excarcelación provisional. Uno se refiere al delito y el otro al delincuente.

No procede la libertad provisional:

- a) cuando expresamente la ley lo prohíbe (art. 104). Es el caso de los delitos en agravio del patrimonio del Estado (art. 246, inc. 5º, 344, 346 a 348 C.P.); contra la salud pública (arts. 274 a 280 C.P.); prohibición de la pesca con dinamita (Ley 8002); delito contra la salud previstos en el Código Sanitario. (D.L. 17505); tráfico ilícito de drogas; (D. Leg. 122); atentados con fines políticos, (D.L. 20828), etc.
- b) tampoco procede la libertad provisional de los reiterantes, reincidentes, habituales y prófugos. Es decir de aquellas personas proclives al delito o que viven de él. (art. 105)

### 3. — Procedencia de la libertad provisional

Para que el juez acceda al pedido de libertad o la decrete de oficio, debe examinar el delito y el inculpado.

1º **el delito de que se trata.** Existen infracciones en las cuales por disposición expresa de la ley se niega la libertad provisional v.g. contra salud pública, tráfico ilícito de drogas, etc.

Existen otros delitos en que por la gravedad del hecho —v.g. homicidio— no puede accederse a la libertad provisional, puesto que de ser declarados responsables, la sanción sería superior a los 3 años.

Conforme al Código, en dos casos procede la libertad:

- a) cuando se trata de delitos sancionados con no más de tres años como extremo máximo de la pena;
- b) cuando es pena mayor, pero por las circunstancias del hecho y las condiciones personales, el Instructor considerare que no sería merecedor de una pena “superior a los tres años de prisión o penitenciaria”.

2º **la persona del procesado.** La ley procesal es benévola con el delincuente primario y, salvo delitos graves siempre accede al pedido de libertad.

En cambio no procede la libertad provisional: de los reincidentes, habituales y prófugos. (A.J. 1936 p. 261)

**Reincidente** del latín “recidivus” es el que vuelve a caer en un mismo hecho; es la comisión de igual o análogo delito por reo

Domingo García Rada

ya condenado. El autor demuestra peligrosidad, ineficacia de la sanción y tendencia al delito.

El Código Penal da la siguiente noción: “Es reincidente el que después de haber sufrido en todo o en parte una condena a pena privativa de la libertad, impuesta en sentencia nacional o extranjera, incurre, antes de pasar cinco años, en otro delito reprimido también con pena privativa de libertad”. (art. 111)

Agrega esta disposición que no se tomarán en cuenta las condenas por delitos culposos, exclusivamente militares o políticos sociales cometidos sin homicidio, incendio o saqueo.

Según la jurisprudencia suprema, es requisito esencial para que exista reincidencia haber sido condenado a pena privativa de la libertad y haberla sufrido en su totalidad o en parte. Tampoco si la pena le fue impuesta con carácter de condicional. (R.J.P. 1952 p. 2325. A.J. 1961 114; 1960 p. 129)

Sin embargo de esto último, existe jurisprudencia que declara reincidente al antes condenado condicionalmente. Se fundamenta esta resolución en que la condena condicional fija un período de prueba durante el cual el beneficiado con la medida no puede cometer delito y de hacerlo, debe aplicársele la ley; que si fracasa la previsión del legislador, la ley debe ser aplicada rígidamente y considerarlo como reincidente (R.J.P. 1970 p. 1488). Es muy forzada esta interpretación, pues frente a expresa afirmación del texto legal, no cabe hablar de período de prueba ni de previsiones legales. Consideramos equivocada esta orientación jurisprudencial y va contra lo que dispone el art. 111 C.P.

Estudiando la jurisprudencia suprema, encontramos lo siguiente:

- a) Es necesario haber cumplido una sentencia condenatoria, en todo o en parte; no es tal si la anterior fue suspendida condicionalmente (A.J. 1960 p. 129)
- b) La pena impuesta condicionalmente, aunque el condenado hubiera estado detenido durante el proceso, no puede considerarse como pena efectiva para esos efectos (A.J. 1961 p. 114)
- c) Si la segunda condena es a pena de multa, no procede calificarlo de reincidente, aunque la primera fuera a pena de

prisión. Ambas condenas tienen que ser a pena privativa de la libertad para que exista reincidencia. (R.R. 1934 p. 371)

- d) Si de la primera condena cumplió parte de la pena y luego le fue concedida la liberación condicional; en la segunda condena debe mandarse que cumpla primero el tercio de la condena impuesta primeramente y del cual fue liberado; y solo a su conclusión empezará a correr la segunda condena; art. 56 C.P. (A.J. 1947 p. 327)
- e) En ningún caso las faltas configuran reincidencia, ni aunque sean repetidas. (R.J.P. 1955 p. 598)
- f) La única manera de acreditar reincidencia es el Boletín de Condenas y a falta de éste, el testimonio de condena respectivo (A.J. 1968 p. 216)
- g) El término de los cinco años que señala el C.P., se cuenta desde la fecha del vencimiento de la pena (R.F. 1969 p. 352)

La Habitualidad en el delito impedirá la concesión de la libertad provisional. Puede calificarse de habitual, quien tiene numerosos ingresos a la cárcel por delitos dolosos, todos los cuales se encuentran en la etapa de la investigación, es decir la instrucción se encuentra en trámite y aún no se ha dictado condena en ninguno de ellos; o se halla pendiente de audiencia.

No puede ser considerado como reincidente, pues falta el elemento esencial que es la condena anterior, pero es indudable que tales antecedentes lo acreditan como sujeto acostumbrado al delito, que tiene el hábito de vivir en el campo de la ilicitud penal. Es estado permanente “a veces constitutivo de la reincidencia o de la reiteración” dice Cabanellas.

Prófugo es quien huye de la justicia, el que ha dejado de concurrir a las diligencias de la instrucción y se oculta al requerimiento judicial. Con su actitud demuestra que de ser puesto en libertad dificultará los actos pues no asistirá a las citaciones que se le hagan. Por eso se considera que es fugitivo de la justicia, quien ha desobedecido a las citaciones del Juzgado. Una vez detenido no puede concedérsele libertad provisional.<sup>15</sup>

---

15 Cabanellas, Diccionario, II, 282 y 526 y III, 398.

Como recomendación general el Código en su art. 190 establece que el Juez al conceder libertad provisional “tendrá en cuenta la condición personal del inculpado y sus antecedentes”. Es decir, considerará si tiene familia y hogar que lo reciba al salir de la prisión, trabajo estable, primera vez que comete delito y su ocasionalidad, reparación del daño en la medida de lo posible, arrepentimiento sincero, colaboración con la justicia, etc.

3º **Requisitos administrativos.** Son de dos clases: antecedentes penales y judiciales; y comprobación domiciliaria y de trabajo.

**Antecedentes penales** están constituidos por los boletines del Registro Central de Condenas de la Corte Suprema. En este departamento se registran todas las sentencias condenatorias que expiden los tribunales correccionales de la República, anotándose los datos personales de cada uno y el delito o delitos, materia de la sentencia con indicación de fecha y lugar. Mediante el boletín que expide el Registro, se acredita la reincidencia por cuanto es documento público y prueba plenamente que ha existido condena anterior, precisando fecha, lugar y delito.

Si la persona de quien se pide boletín no apareciere registrada, acredita que no ha sido condenada anteriormente por tribunal de justicia ordinario. Se expedirá y en lugar de los datos, solamente dirá desconocidos. Este documento prueba que no es reincidente ni registra antecedentes penales. Puede ocurrir que la sentencia sea de fecha anterior a los cinco años, entonces aunque no constituya reincidencia, establece que tiene antecedentes *judiciales*.

Los *Antecedentes Judiciales* están constituidos por los ingresos a la cárcel y las sentencias condenatorias que por su antigüedad, no configuran reincidencia. Cada vez que una persona ingresa a la cárcel, por cualquier delito, culposo o doloso, es registrado, anotándose fecha, delito y excarcelación. Estos antecedentes acreditan el ingreso a la cárcel, mas no sentencias, puesto que muchas veces el procesado que ingresa a la cárcel y sale más tarde, pudiendo concluir el proceso que se le sigue sin sentencia: tal es el caso de la prescripción, de la excepción declarada fundada o de la declaratoria que no procede el juicio oral. Las Hojas Penales de la Cárcel acreditan haber estado preso, por denuncia criminal y sometido a proceso penal, nada más.



El informe de la Policía Judicial establecerá que el solicitante tiene trabajo u ocupación estable y domicilio en donde será recibido por su familia.

Los requisitos administrativos no son necesarios en los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud por negligencia.

Si el juez examinando los datos anteriores, considera improcedente la libertad provisional –v.g. el inculcado registra numerosos ingresos a la cárcel por delitos comunes o es reincidente– la rechazará. De esta resolución procede apelación ante el Tribunal Correccional, pero no recurso de nulidad.

Si el pedido lo estima procedente, el cuaderno formado con el pedido de libertad, los antecedentes y el informe policial, se remitirá al Fiscal Provincial quien se pronunciará sobre la procedencia o improcedencia de la solicitud. Este parecer no obliga al juez, quien puede acceder a petición contra la opinión del Ministerio Público “pero la excarcelación no se llevará a efecto en este caso, hasta que el auto quede ejecutoriado”. La Parte Civil deberá ser notificada y puede apelar el auto que la concede pero con la diferencia que en este caso, la excarcelación se ejecutará.

En delito de Tráfico Ilícito de Drogas, el Procurador General de la República puede apelar del auto de libertad y mientras tanto no se ejecuta la medida. (D.L. 22095, art. 74)

La apelación es ante el Tribunal Correccional que corresponda quien previa vista fiscal, la resolverá. Contra lo que resuelva el Tribunal no procede recurso alguno (A.J. 1929, p. 196)

El auto concesorio de libertad provisional es formal, requiere la presencia de los requisitos antes estudiados. Por ello la Corte Suprema ha declarado que “Constituye grave irregularidad poner en libertad, con el solo fundamento de **equidad** al acusado que por tener la condición de ausente, ha sido capturado por orden del Tribunal Correccional”. (Boletín de la Corte Suprema 1972, p. 164)

En cuanto a la oportunidad, la libertad puede ser concedida por el Juez Instructor durante el periodo de la investigación; también por el Tribunal Correccional “mientras no se haya iniciado el juicio oral”. Empezado éste, ya no procede sino esperar la sentencia que resuelva sobre la libertad en forma definitiva.



#### **4. – Veamos ahora la diferencia entre libertad provisional, libertad incondicional y libertad vigilada**

##### **a. Libertad Provisional.**

La Libertad Provisional se concede durante el curso de la investigación, hasta la iniciación del juicio oral. Rendida la instructiva y decretada la detención definitiva, puede solicitarse esta libertad que dura mientras el juez no la revoca. No es definitiva, pues si posteriores pruebas acreditan su inconveniencia o la conducta del procesado lo justifica, puede ser revocada por el mismo juez que la concedió. Está sujeta a condiciones: asistir a los actos del procesamiento y no incurrir en nuevo delito doloso en que se decrete detención definitiva. Para otorgarla no es necesario empozar dinero — como antes con la caución — sino el cumplimiento de determinados requisitos acerca del delito y del delincente. La ley declara que es derecho del inculpado.

Al modificar el art. 114, el D. Leg. 126 establece que el auto de libertad provisional puede ser revocado de oficio o a petición del Ministerio Público, si se presentan algunas de las siguientes causales:

- a) cuando el procesado incumple las obligaciones impuestas en el auto de libertad;
- b) si realiza actos preparatorios de fuga;
- c) si se descubren circunstancias que revistan de mayor gravedad al delito investigado;
- d) si contra el mismo procesado se ha dictado detención definitiva en otra instrucción seguida por delito intencional.

##### **b. Libertad incondicional.**

La **Libertad Incondicional**. Es dictada por el juez cuando las pruebas de cargo se han desvanecido y la denuncia es insuficiente para justificar la detención.

El inculpado sale libre incondicionalmente al ser absuelto, al declararse la improcedencia del juicio oral o fundada una excepción. Es el modo normal de quedar en libertad sin condiciones.

Pero la ley establece que en el curso de la instrucción, sin que se dé ninguno de los casos antes mencionados, el inculpado

puede quedar en libertad incondicional: al finalizar la instructiva; en el curso de la investigación, si el juez lo cree conveniente; y al concluir el proceso, si existen informes favorables al inculpado.

Nos remitimos al Capítulo XXII en que estudiamos con detenimiento este instituto.

### c. **Libertad Vigilada.**

**La Libertad Vigilada.** Es la concedida por los tribunales con motivo de las audiencias extraordinarias de julio y diciembre. Requiere que la instrucción se encuentre concluida y con acusación fiscal. Será concedida al detenido para quien en el dictamen fiscal se solicite pena de prisión de duración inferior a la que lleva sufrida. Será puesto en libertad “bajo vigilancia de la autoridad” (art. 367), quedando obligado a concurrir a los actos del juzgamiento.

En cuanto a la revocatoria de las libertades provisional y vigilada, el resultado es diferente. En la primera, habiéndose producido un motivo que justifique dejarla sin efecto –v.g. nuevas pruebas de cargo o incumplimiento de las obligaciones que le fueron impuestas– es difícil que se acceda nuevamente a ella. En cambio es distinta la situación con la libertad vigilada: si el puesto en libertad no concurre a la audiencia, puede decretarse su detención, pero en la próxima extraordinaria, el Tribunal accederá nuevamente a dejarlo en libertad vigilada, puesto que subsisten los motivos que la hicieron procedente la vez anterior, y estos motivos no son otros que haber sufrido carcelería superior a la pedida en el dictamen fiscal.

## 5. – **Caso especial del delito de Abandono de Familia**

El art. 6º de la Ley 13906 permite la libertad provisional de los procesados por este delito y lo somete a las exigencias que señala el Código de la materia. Cuando se dictó dicha ley, uno de tales era el depósito de la caución; este requisito hoy ha desaparecido y por lo tanto tampoco puede ser obligatorio en esta clase de delitos.

Distinta es la situación de la siguiente exigencia que coloca la ley: la cancelación del “monto de la asignación provisional o las pensiones devengadas en caso de sentencia o garantizar a satisfacción del juez, el pago de las futuras”. Esta exigencia

Domingo García Rada

del pago previo de las pensiones devengadas y por devengarse constituye la esencia de la ley y cumple plenamente la finalidad perseguida por ella. No puede asimilarse este pago a la caución, puesto que no responde por la concurrencia del reo a las diligencias del proceso, siendo distinto su objetivo. Consideramos que el requisito del pago de las pensiones adeudadas está vigente y no ha sido eliminado por el Decreto-Ley 18978.

## CAPÍTULO XVII

*1. – Teoría de la Prueba. 2. – Concepto. 3. – Objeto y sujeto de la prueba. 4. – Hechos que no requieren probanza. 5. – Limitaciones en materia probatoria. 6. – Oportunidad de la prueba. 7. – Medios de prueba. 8. – Órgano de prueba. 9. – Carga de la prueba. 10. – Clasificación. 11. – Los Indicios. 12. – Principios probatorios. 13. – Finalidad y valoración de la Prueba.*

### **1. – Teoría de la Prueba**

Para que un tribunal de justicia penal declare la existencia de un delito e imponga la sanción que previene la ley, es necesario haber seguido un proceso penal que concluya con sentencia condenatoria, siendo preciso que el juzgador adquiera certeza de que el procesado es el autor del delito, lo que justifica la imposición de la pena y el pago de la reparación civil.

Para adquirir esta certeza deben realizarse una serie de actos de procedimiento por el órgano jurisdiccional que reciben el nombre de Actos de Prueba.

Las pruebas son los medios por los cuales el juez obtiene experiencias que le sirven para juzgar. Carnelutti dice que son las llaves que abren las puertas de lo desconocido. Las pruebas son indispensables en todo proceso y sin ellas no puede darse condena alguna.

Mientras se desarrolla el proceso, el inculpado tiene la condición de inocente y goza de derechos que merecen respeto,

con limitaciones que no afectan a su integridad física y síquica. La persona humana sigue intacta, solo con recortes en la libertad ambulatoria. Declarado culpable sufrirá la pena impuesta pero siempre será considerado como persona humana, pues uno de los fines de la pena es procurar su readaptación.

A todo procesado se le considera inocente mientras no se acredite lo contrario y la prueba tiene como finalidad destruir esa presunción.

Devis<sup>16</sup> define las pruebas judiciales: “Conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso”. Viada-Aragoneses transcribe la definición de Las Partidas “Prueba es el averiguamiento hecho en juicio, en razón de alguna cosa que es dudosa” (Ley I Título XIV. Partida 2a). Probar es un modo de averiguar la verdad y tratadistas como Lessona, Manzini, Miller y otros, insisten en que la finalidad de la prueba es buscar la verdad.

Al comenzar la instrucción el juez ignora todo lo relacionado con la denuncia; cuando concluye la investigación debe tener criterio formado sobre el hecho y sobre la persona de su autor. Esto solo puede lograrlo mediante las pruebas.

## 2. – Concepto

Florián dice que la palabra Prueba tiene un sentido poliédrico, es decir existen varias acepciones que responden a aspectos diversos del mismo concepto.

Objetivamente considerada, la Prueba sirve para acreditar un hecho desconocido. Es decir el Juez se vale de hechos u objetos conocidos para descubrir lo que no conoce.

Desde el punto de vista Objetivo, Prueba es “todo medio que sirve para conocer cualquier cosa o hecho”. Se amplía esta acepción comprendiendo a los objetos, actividades judiciales, situaciones o realidades de la persona, como es el caso de la inspección ocular, de la corporal, de la pericia, etc. Esta acepción es empleada por Carnelutti y Florián.

---

16 Devis, I, p. 15 y p. 25, respectivamente.  
Viada-Aragoneses, I, p. 336.

Subjetivamente se considera prueba la convicción que ella produce en la mente del Juez, dice Devis. El conocimiento logrado por la prueba en el juez es resultado de la actividad probatoria. Muchos autores solo consideraron esta acepción subjetiva y para ellos prueba es la verificación de las afirmaciones hechas en el proceso, es decir es la comprobación de una verdad legal.

Comprendiendo ambos puntos de vista, Devis considera a la Prueba como “el conjunto de motivos o razones que nos suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso, que de los medios probatorios se deducen”.

Conviene diferenciar Medio de Prueba de la Prueba propiamente tal. Prueba es el conjunto de razones o motivos que producen certeza en el Juez. Medios de Prueba son los elementos o instrumentos utilizados para producir esa certeza. La ley usa la palabra prueba en ambos sentidos.

La Prueba implica una confrontación: verificar si las afirmaciones contenidas en la denuncia, coinciden con los hechos.

En el proceso penal existen dos clases de verdad a alcanzar:

- a) verdad en cuanto a los hechos: procurar que la idea que se forme el Juez concuerde con la realidad;
- b) verdad en cuanto al derecho: que la ley que se aplique al hecho sea la exacta.

Cuando mediante probanza, el Juez establece la realidad de lo ocurrido y aplica la ley que corresponde, entonces puede decirse que se ha alcanzado Verdad.

Prueba y Verdad se correlacionan, porque mediante la prueba adquirimos la verdad. La verdad debe resistir a la duda y vencerla mediante la prueba. La misión del Juez es alcanzar la Verdad de los hechos y de la ley.

La prueba judicial tiende a formar convicción en el juzgador acerca de la exactitud de lo afirmado en autos. Para Calamandrei la sentencia es juicio de verosimilitud, que no excluye el error judicial.

Los actos procesales destinados a la prueba pueden agruparse en: actos de producción, de recepción y de valoración.

- a) Actos de Producción. Conducen a poner la prueba a disposición del Juez para que sea incorporada al proceso como

medio probatorio. Al Ministerio Público corresponde la carga de la prueba. Solo el Juez puede aceptarla y ordenar su incorporación a la Instrucción.

La aceptación significa que ha sido considerada oportuna y más tarde debe ser apreciada. Una prueba que nada acredite, no es aceptada por el juzgado. La aceptación constituye una calificación de la prueba, no es pronunciamiento valorativo, sino solo sobre su oportunidad y conveniencia.

Algunos autores consideran que la admisión constituye una valoración y, en cierta forma un prejuzgamiento. Pero no es así, solo indica que tiene relación con el hecho que se investiga y que oportunamente será apreciado con relación al delito.

- b) Actos de Recepción. Son aquellos destinados a incorporar la prueba en el proceso penal. Para que sea apreciada es necesario que previamente se incorpore a los autos por mandato del juzgado. De lo contrario no será tomada en cuenta por el juzgador.

Las pruebas actuadas en otro proceso, pueden ser incorporadas al proceso, pero tendrán la condición de documentos: así una declaración no será considerada como testimonio porque no ha sido recibida por el juez y controlada por las partes. Se incorporará como documento y tendrá el valor de tal.

- c) Actos de Valoración. Consisten en el análisis crítico hecho por el juez. Devis lo denomina "Aprehensión mental de la prueba por el Juez".

En la última parte de este Capítulo volveremos al estudio de la Valoración de la Prueba.

La sentencia es síntesis que pone término al proceso, apoyándose en los elementos allegados. Tales elementos deben ser incorporados al proceso para que sean apreciados por el juzgador, de lo contrario no serán tomados en cuenta en la sentencia.

**Legitimación.** El Ministerio Público es quien tiene derecho de ofrecer pruebas; el juez puede ordenarlas de oficio. También pueden ofrecerlas el inculpado, la parte civil y el tercero civil.

Quien las acepta y ordena su actuación es el Juez; si lo negare el que las ofrece puede apelar al Tribunal Correccional.

**Lugar y tiempo.** Como regla general los actos de prueba deben realizarse en el local del Juzgado. Tiene excepciones: la primera es la proveniente de que el acto probatorio no pueda realizarse en el local del juzgado y menos aún, ser trasladado allí: es el caso de la inspección ocular en que la prueba reside precisamente en el reconocimiento del sitio donde ocurrió el evento. Para su exacta apreciación, el personal del juzgado deberá trasladarse a dicho lugar y de ser posible a la misma hora en que ocurrió el hecho.

La segunda excepción se presenta en determinados casos en que la ley permite al declarante, prestar su testimonio, a su elección, en la sede del juzgado o en su oficina o domicilio. Tal ocurre cuando el llamado a declarar desempeña la Presidencia de la República o es Jefe espiritual de la Diócesis.

La tercera excepción proviene de la realidad: cuando existen motivos atendibles –enfermedad, imposibilidad física o vejez– en el que declara, quien pide al personal del juzgado se constituya en su domicilio. El Juez se trasladará al domicilio, hospital o lugar de reclusión, para recibir la declaración y lo hará acompañado del secretario y de las partes que quieren asistir a ella.

La actividad probatoria debe desarrollarse durante la etapa investigatoria. Sin embargo la ley permite que hasta tres días antes de la audiencia, se presenten pruebas; y al iniciarse el acto oral pueden ofrecerse nuevas pruebas. Aunque la ley no dice nada, sin embargo los tribunales también la admiten durante el desarrollo de la audiencia, previa consulta con el Fiscal y con la defensa.

La diferencia es que existe libertad plena para ofrecer prueba de toda clase, durante la investigación. En cambio en la etapa decisoria, el ofrecimiento está condicionado: solo pueden ser testigos y peritos y deberá indicarse por anticipado, lo que va a ser materia del interrogatorio.

En el proceso penal no existe la preclusión que opera en el civil. Si la prueba tiene importancia para la investigación debe ser aceptada y apreciada en la sentencia. La finalidad de buscar la verdad prevalece sobre todo.



### 3. – Objeto y sujeto de la prueba

**Objeto de la prueba.** Todos los hechos relativos al delito, deben ser acreditados en el proceso, pues sirven para que el Juez se forme convicción.

Es común decir que solamente los hechos pueden ser objeto de prueba. Es más exacto afirmar que los hechos y situaciones de los cuales se derivan consecuencias procesales son el objeto de la prueba. Tal es el caso de ley extranjera, carácter del inculpado, intencionalidad, sanidad de mente, enfermedad del testigo que pueda influir en su testimonio, etc., son situaciones que tienen relación con el delito y requieren probanza. Por eso resulta más exacto decir que en el proceso deberán acreditarse hechos y situaciones extra-penales que influyan en la calificación del delito, en la investigación del hecho o en la responsabilidad de su autor.

No solamente se prueban los hechos controvertidos. También requieren probanza los admitidos por las partes. Así por ejemplo – dice la ley – la confesión del inculpado no releva al juez de su comprobación.

Como regla general, ningún hecho que no está debidamente acreditado, puede servir de fundamento a la decisión judicial.

Como el delito constituye una alteración del mundo exterior, el objeto de la prueba será demostrar que esa modificación se ha realizado a consecuencia de un acto del hombre y como resultado de esta acción ilícita, se ha alterado el mundo circundante, causándose perjuicio en la persona o en su patrimonio.

Los hechos a probar comprenden: a) actos materiales en que ha intervenido la actividad humana; b) los hechos de la naturaleza; c) las cosas u objetos del hombre, como son los documentos; d) los estados o hechos síquicos del hombre, como es la voluntariedad en su proceder.

**Sujeto de la prueba.** – Sujeto activo es quien introduce la prueba en la instrucción. En el proceso penal intervienen personas auxiliares y principales, pero no todos tienen poder de disposición.

Las personas auxiliares realizan actividad que no significa el ejercicio de derechos procesales: tales son los testigos y peritos. Su intervención es importante y puede ser decisiva, pero carecen de facultades procesales y concluye con la deposición o el dictamen pericial, sin que más tarde puedan, a su pedido, intervenir en la instrucción.

Las personas principales tienen participación en el proceso interviniendo en las diligencias y pudiendo ofrecer pruebas. Estas personas principales son las que constituyen la relación procesal penal, propiamente dicha.

La actividad probatoria está más restringida aún: recae principal, pero no exclusivamente, sobre el Ministerio Público y sobre el Juez, el primero ofreciendo pruebas y el segundo ordenando su actuación.

Conforme al artículo 14 L.O.M.P. sobre el Fiscal Provincial recae la carga de la prueba. Pero también el Juez puede actuarlas de oficio, pues el mismo artículo 14 dice que esta atribución de ofrecer la prueba se ejerce “sin perjuicio de las atribuciones que al respecto les otorga la ley” a los Instructores. — También el inculpado puede ofrecer la prueba de descargo que considere necesaria.

El tercero civil y la parte civil pueden ofrecer prueba en lo referente a su derecho.

Conforme al art. 49, el Juez es el Director de la instrucción y tiene como función principal actuar las pruebas que ofrezca el Ministerio Público, señalando día y hora para su actuación o incorporándolas a la institución, si fueren documentos.

En su labor interpretativa, la Corte Suprema ha establecido que el Juez “debe practicar todas las diligencias necesarias para esclarecer los cargos de la denuncia y dejar establecido la culpabilidad o inculpabilidad del denunciado como autor del delito”. (R.J.P. 1956 p. 1241). Posteriormente un juez fue sancionado disciplinariamente porque “con su negligencia da lugar a que no se realicen las diligencias indispensables para el esclarecimiento del hecho denunciado”. (R.J.P. 1976 p. 324)

#### **4. — Hechos que no requieren probanza.**

Son aquellos conocidos y aceptados por todos, son los indiscutidos. Su probanza no aumentarla el grado de convicción que el juez y las partes deben tener seguridad de su verdad.

- I. **Hechos Notorios.**<sup>17</sup> Son los hechos que por su general y pública aceptación, no pueden ser ignorados. Para Calamendrei la pública divulgación constituye la cultura

---

17 Devis, Ob. cit. I, p. 222 y ss.

general de determinado grupo social. La notoriedad debe ser aceptada por todos. Debe ser permanente pero de manera especial es necesario que lo sea en el momento de ocurrir el evento criminal.

La esencia del Hecho Notorio es su conocimiento por la comunidad y solo puede ser negado por mala fe v.g. la existencia de la ONU. No requiere prueba, pues aceptado por el Juez, entra a formar convicción en su ánimo.

Debemos diferenciar el Hecho Notorio de las Máximas de Experiencia y del Saber Privado del Juez.

**Máximas de Experiencia.** Son aquellos principios conocidos y aplicados en determinada zona cultural. Son reglas, que contribuyen a formar el criterio del juzgador y el perito las aplica para apreciar la prueba. El Hecho Notorio es un hecho concreto y real. La Máxima de Experiencia es principio abstracto que sirve para verificar una prueba, mientras que el Hecho Notorio constituye una prueba. Las máximas son normas de criterio para el entendimiento del juez. El hecho está sujeto a la apreciación del juez, las máximas no.

El Conocimiento Privado del Juez comprende aquello que él sabe y que no es de notoriedad. Cuando lo que él sabe es conocido de todos, estamos en presencia de un Hecho Notorio; pero si solo es conocido del Juez, ya no es notorio y requiere probanza, sin que pueda eximirlo la circunstancia que el juez lo conozca privadamente. De ninguna manera el Juez puede servirse de su conocimiento íntimo, solamente le servirá para formular preguntas y exigir aclaraciones. No es prueba pero le sirve para la apreciación de la prueba.

Para Introducir el conocimiento privado del Juez en el proceso, sería necesario que previamente declarara como testigo y ya en los autos, este saber podría ser aprovechado por las partes, y por el Juzgador. Pero como nadie puede ser testigo y Juez en el mismo proceso penal, esta declaración sobre su saber privado, eliminaría automáticamente al Juez del conocimiento de la causa.

Por otra parte si el Juez compartiera con sus colegas su conocimiento particular acerca de los hechos controvertidos para que todos pudieran aprovecharlos, tendríamos que el

Juez introduciría en la investigación una versión que no aparece de autos ni ha sido recibida en el expediente. Es decir un elemento nocivo a la imparcialidad que requiere el juzgamiento.

El conocimiento privado puede servir al Juez que lo posee, pero solamente en su fuero interno y para una mejor y más exacta apreciación de los hechos. Es el caso del magistrado que domina un idioma y se nombra intérprete para el acusado que ignora el castellano. Puede controlar eficazmente la traducción del intérprete pero no lo reemplaza.

Finalmente Devis habla de la Notoriedad Judicial. Aquello conocido por el Juez en razón de su actividad, es decir, tiene su origen en el campo judicial. Calamendrei diferencia: Hecho Notorio pertenece a la cultura general; Notoriedad Judicial proviene del saber del juez como magistrado. Fenech cree que no requiere prueba.

- II. **Hechos Evidentes.** Solo constituye objeto de prueba los hechos que pueden dar lugar a duda, que exijan comprobación. Cuando el hecho produce evidencia de por sí, cuando su materialidad no da lugar a duda ni puede ocasionar discusión porque es una realidad, entonces se dice que es Evidente. Tal es la claridad de la luz solar.

Son aquellos hechos – dice Fenech – sobre cuya existencia y certeza recae la plena conformidad de las partes en el proceso, manifestada de modo explícito y no condicional. Esta conformidad puede ser expresa y tácita; será tácita cuando ante una afirmación, no se le opone la negativa, entonces se dice que tácitamente acepta como cierta aquella afirmación.

Evidencia es el conocimiento indudable, la certeza absoluta acerca de una cosa. Evidente es lo Indudable, lo patente, lo cierto, lo exacto; es lo probado, lo demostrado, lo concluyente.

Los hechos evidentes conducen a la Evidencia Moral que es la certidumbre plena de una cosa, de modo que resolver contra ella constituya temeridad.

La evidencia no necesita prueba, por cuanto produce inmediatamente la certeza. La sola percepción del hecho evidente lo revela como cierto, indiscutido: Si un hombre

habla o se mueve no requiere probanza de que está vivo. Para Manzini probar lo evidente es no solo superfluo sino absurdo, calificándolo de estúpido.

Los hechos controvertidos o sujetos a investigación deben ser probados. Pero esa obligación no existe cuando se trata de hechos evidentes. El hecho evidente no puede ser desconocido por el juez ni se admite duda sobre él, dada su evidencia. Tal hecho no entra en el terreno de lo controvertido.

- III. **Presunciones.** Presumir es conjeturar, sospechar, deducir, inferir. Para Las Partidas la presunción era tanto como la sospecha en el averiguamiento de la prueba. En la doctrina moderna la presunción implica una verdad provisional: es la consecuencia que un juez deduce de un hecho conocido para establecer uno desconocido<sup>18</sup>.

Si la inferencia es señalada en la ley, tenemos la **Presunción Legal**. Pero si es la consecuencia lógica de hechos acreditados, es la Presunción Humana. La Legal dispensa de prueba en contrario; la Humana es verdad provisional que puede ser destruida mediante prueba.

En algunos casos, la ley establece como ciertos, determinados hechos que están exentos de prueba. Establecida la relación legal entre ese hecho conocido con otro desconocido, que es materia de la investigación, entonces este último queda acreditado como cierto. Lo importante es establecer la relación legal entre ambos hechos: si la agraviada tiene diez años, el atentado sexual siempre será calificado de violación, pues la ley presume la violencia en toda relación sexual pre-matrimonial.

**Presunciones Humanas.** En la presunción humana — dice Fenech — la relación entre el hecho que se prueba y el que el juzgador estima como cierto, depende de una regla de experiencia que el Tribunal debe formular antes de aplicarla. Exige cuidado formular esta regla, pues puede objetarse su validez. Esta exención de prueba no es a priori — como en las legales — sino a *posteriori*, como consecuencia de la regla que el juzgador formuló.

---

18 Ver Fenech, Ob. cit., p. 124.

## 5. – Limitaciones en materia probatoria

Como principio general, todos los hechos y situaciones que se presenten en el proceso, deben ser acreditados en debida forma. Sin embargo existen casos en que no se admite probanza.

Las prohibiciones son de dos clases: absolutas y relativas:

Son **Limitaciones Absolutas** aquéllas establecidas por ley, por existir presunciones que no admiten prueba en contrario. Tal es el caso de la buena conducta en menores de 14 años. Aunque su proceder indique deshonestidad, la ley no admite que se pruebe su mala conducta y el atentado es calificado de violación.

Las **Limitaciones Relativas** se vinculan a determinado medio probatorio. La ley establece que las lesiones deberán acreditarse mediante certificado médico, no admitiéndose el reconocimiento mediante testigos.

Manzini<sup>19</sup> clasifica los medios inadmisibles en:

- a) expresamente prohibidos por la ley;
- b) incompatibles con los fines del proceso;
- c) cuando producen alteraciones físicas o síquicas en la persona del inculpado;
- d) no admitidos por la ciencia por cuanto no producen certeza, y quizás hasta confusión.

Debemos diferenciar los medios no admitidos por la ley, de aquellos no previstos en la ley. Estos últimos aparecidos con posterioridad a la ley – v.g. cinta magnetofónica, audición fonográfica, visión cinematográfica, huellas dactilares, odontograma, etc. – no se encuentran en el Código pero deben ser admitidos, teniendo cuidado de acreditar su autenticidad y veracidad, lo que es cuestión de pericia.

Manzini considera que deben aprovecharse todos los medios que ofrece la ciencia, siempre que no atenten contra la integridad de la persona humana. Cuando la prueba por servir a una transitoria finalidad probatoria, vulnera los principios inmutables del Derecho, no es apta para servir de probanza.

---

19 Ob. cit. III, p. 208.

## 6. — Oportunidad de la prueba

El proceso penal tiene dos etapas: investigatoria y decisoria. La primera tiene por objeto reunir los elementos de juicio que servirán al juzgador para establecer si hay delito y quién es su autor. En la segunda etapa se apreciará la prueba reunida y se dictará sentencia.

Como regla general puede decirse que la oportunidad para ofrecer y actuar pruebas es la etapa investigatoria. En el proceso penal no hay preclusión. Estando de por medio la vida, el honor, el patrimonio y la libertad de una persona, todo momento es apto para actuar prueba; el proceso penal no se impermeabiliza ni concluye con el período investigatorio. Siempre pueden ofrecerse y actuarse pruebas.

En tres oportunidades el Código permite presentar pruebas:

- 1º Durante la etapa investigatoria. Se actuarán todas las que el Juez ordene, sean de oficio, a pedido del Fiscal Provincial o de las partes. Se llevarán a cabo sin restricción ni exigencia alguna.
- 2º Hasta tres días antes de la audiencia. Las partes a quienes se les notifica el auto que señala día y hora para la audiencia, pueden ofrecer peritos y testigos. La única exigencia es que se indique “los nombres de éstos y los puntos sobre los que deben declarar”. El Tribunal aceptará la prueba y dispondrá la comparecencia de ellos el día señalado; los gastos corren por cuenta de quien los ofrece.

Hay libertad para ofrecer esta prueba y el Tribunal debe aceptarla. La única exigencia es la de indicar las preguntas a formular, sin que ello impida que concluido el interrogatorio, se formulen repreguntas.

- 3º Al iniciarse la audiencia, el director de debates preguntará al Fiscal y al defensor del acusado si tienen nueva prueba que ofrecer. Este ofrecimiento tiene limitaciones:
  - solamente pueden ofrecerla el Fiscal y la defensa, estando impedido de hacerlo el Tercero Civil y la Parte Civil;
  - es prueba nueva, es decir antes no realizada. La jurisprudencia ha interpretado que nuevo significa

sobre puntos no interrogados, pudiendo ser los mismos testigos o peritos;

- deberán presentar el interrogatorio escrito para que el Tribunal lo examine y vea si la prueba es pertinente y nueva;
- no hay obligación de aceptar esta prueba nueva, pues las otras partes pueden tacharla y el Tribunal resolverá si la acepta o no.

Finalmente en el curso de la audiencia, hasta antes de la acusación y defensa, el tribunal puede aceptar pruebas u ordenarlas de oficio. La ley no lo dice pero tampoco lo prohíbe y es costumbre actuarlas; si fuere inspección ocular, el Tribunal en pleno deberá trasladarse al lugar donde se cometió el delito para practicarla.

Los documentos pueden presentarse en cualquier momento, hasta antes de la sentencia.

## 7.— Medios de prueba

Es todo lo que puede servir para adquirir la verdad. Es el modo de suministrar datos al Juez, puente que une el objeto por conocer con el sujeto cognoscente. Para Florián **Medio de Prueba** es un medio de conocimiento.

La ley no establece taxativamente cuáles son los medios de prueba admisibles en el proceso penal. Esto nos lleva a la Taxatividad de los Medios Probatorios.

Cuando la ley señalaba de qué recursos podía servirse el Juez para investigar la verdad y el valor de cada uno — sistema de la Prueba Legal — no existía el problema, pues el juez solamente podía recurrir a los prescritos en el Código. Pero como ahora ya no los señala, ha surgido el problema de la Taxatividad.

Existen los llamados medios tradicionales o clásicos — testigos y peritos —, pero a su lado hay una gama infinita de modos o instrumentos de investigación sobre los hechos y las operaciones, que no tienen límite ni están fijadas en la ley.

Son admisibles todos los que el Código establece como testigos, peritos, pesquisas, inspección ocular, reconstrucción, etc.



Pero existen otros medios no señalados en la ley, pero tampoco prohibidos. De todos ellos pueden hacerse uso, en virtud del principio de la libertad de las pruebas. Los adelantos de las ciencias abren paso a nuevos instrumentos probatorios. En la investigación de los hechos podemos emplear todos los medios adecuados a fin de que la investigación sea exhaustiva. La enumeración que contiene la ley no es taxativa sino enumerativa.

Manzini considera que la libertad impera sin otra restricción que el respeto a la persona humana. La ley deja completa libertad al juez para escoger la prueba que considere oportuna. Le encomienda organizar la instrucción, sin señalarle pautas preestablecidas.

Esta libertad no significa que el juez pueda escoger cualquier prueba, sea o no conveniente para la investigación. Es garantía de eficiencia y seriedad para las partes, que exista coordinación entre la prueba y la investigación.

Esta libertad en la elección del medio no es irrestricta. Florián hace notar que la ley moral y la conciencia del pueblo constituye una limitación, pues no se permiten pruebas inmorales o violentas, como serían golpes, amenazas, vejámenes, etc. La ley prohíbe coaccionar al inculpado o hacerle promesas para que declare. El inculpado debe tener absoluta libertad para declarar aquello que conviene a sus intereses, pues no está obligado a decir verdad y si miente no comete delito alguno.

Las pruebas deben ser:

- **Pertinentes.** Significa que deben referirse a la comprobación del delito, en forma directa o indirecta. Es decir debe tener relación con el objeto a probar: en delitos contra el patrimonio es pertinente acreditar la preexistencia. Tendrá relación indirecta cuando la prueba se refiera a la credibilidad del testigo.
- **Idóneas.** La idoneidad es la adecuación de la prueba al objeto perseguido por ella. Si se trata del delito de lesiones, es idóneo acreditarlas mediante certificado médico, no lo será pretender hacerlo con testigos.

## 8.— Órgano de prueba

La persona física intermediaria que se interpone entre el objeto de la prueba y el juez, y que suministra a éste el

conocimiento que proporciona el objeto de prueba, se llama **Órgano de Prueba**. Para Florián es la persona por medio de la cual el Juez adquiere el conocimiento del objeto de prueba, y eventualmente este conocimiento llega a los demás sujetos.

Mediante el órgano, el Juez adquiere el conocimiento para sí y esa percepción puede ser transmitida a las demás personas del proceso. Su actividad de percibir queda absorbida por la actividad probatoria. Como el Juez percibe y aprehende directamente el objeto de prueba para incorporarlo al proceso, se identifica con él y por eso no puede considerársele como objeto de prueba.

El órgano de prueba transmite el conocimiento directamente. La persona portadora de la prueba suministra al Juez el conocimiento en forma inmediata. No existe discusión en cuanto que la persona física es órgano de prueba.

Pero en forma indirecta la persona puede transmitir el conocimiento por intermedio del documento. En virtud de su consistencia física y de su contenido ideológico, el documento es utilizable en un proceso. Suministra referencias sobre lo que se investiga cuando su contenido consiste en declaraciones, datos e informes suministrados por personas físicas. Este contenido puede constituir invalorable ayuda para el Juez. En este sentido se dice que el documento es órgano de prueba por cuanto indirectamente transmite el pensamiento de un ser humano.

Debemos distinguir a la persona, que tiene interés en el proceso y aquella que es extraña. Entre las primeras están el inculpado y el agraviado. Extraños son el testigo y el perito.

El aporte del procesado y del lesionado es indudable. El primero posee derechos procesales y ofrece referencias sobre el delito que, aunque parciales, revisten importancia. Por eso Florián dice que “el reo es órgano de prueba”.

La parte agraviada también es órgano de prueba. Tiene evidente interés en el proceso y por eso su credibilidad sufre. Pero la ley lo considera testigo y le exige decir verdad. Moralmente se explica que al declarar procure magnificar el delito para hacer recaer la culpa sobre el agresor. Salvo el caso de falsa imputación, a sabiendas de su falsedad – caso que constituye delito de calumnia – se acepta que al declarar excluya todo aquello que le perjudique, siempre que con ello no falte a la verdad.

Los testigos y peritos —extraños al proceso— aportan datos sobre la realidad investigada, sea mediante relato o con informes técnicos. En ambos se presume y se exige imparcialidad. El sello de la imparcialidad es correlativo a su desinterés. Pero mientras el testigo suministra datos que cualquier persona en su situación hubiera percibido, el perito trasmite conocimientos que solo pueden tener quienes son especialistas como él. El perito aporta la técnica en el descubrimiento de la verdad. En cambio el testigo ofrece aquello que ha percibido mediante los sentidos.

### 9.— Carga de la prueba

Excluido de nuestro ordenamiento las presunciones absolutas de culpabilidad y con ello la Prueba Legal, es indudable que la llamada Carga de la Prueba corresponde a quien acusa.

El denunciado no tiene nada que probar. Sería absurdo e injusto pretender que la persona inculpada de delito, tuviera la obligación de demostrar no haberlo cometido. Quien acusa de delito y no lo prueba, acredita mala intención, se configura el delito de Calumnia y en todo caso constituye un ilícito que irroga responsabilidad civil. La parte inculpada no tiene la alegación de probar su inocencia (muchas veces estaría imposibilitada de hacerlo). Al contrario, la inocencia se presume y para condenar debe destruirse esa presunción.

El proceso penal es esencialmente abierto y las partes pueden aportar pruebas relativas a sus tesis, pero no están obligadas a hacerlo. Al Juez la ley encomienda el deber de actuar pruebas. Actúa independientemente, sin pedido de parte y aun contra la opinión del inculgado o del agraviado, correspondiéndole organizar la instrucción. “Al Juez Instructor le están abiertas todas las posibilidades probatorias” dice Beling.

El **jus puniendi** no pertenece a las partes sino al Estado y la carga procesal para establecer si ha habido delito y quién es su autor, recae sobre el representante del Ministerio Público. (art. 14 L.O.M.P.) que en primera instancia es el Fiscal Provincial. No recae sobre las demás personas del proceso. Esta es la regla general. Constituye excepción las acciones privadas que requieren querrela de parte.

Si en la instrucción no se reúne prueba suficiente para comprobar el delito y su autor, aunque éste no hubiere acreditado su inocencia, debe ser absuelto por insuficiencia de pruebas.

La carga de la prueba responde a la necesidad de estar a las resultas del ejercicio de la actividad jurisdiccional; su inactividad lleva aparejada una sanción: la absolución. En el proceso penal la carga de la prueba corresponde al Ministerio Público. La sanción por el quebrantamiento de esta obligación es procesal, no económica salvo que lleve aparejado el incumplimiento de un deber de función, en cuyo caso hay castigo administrativo: multa, suspensión o separación del juez.

El inculpado no está obligado a presentar pruebas pero puede hacerlo para destruir los cargos contenidos en la denuncia. Este aporte del proceso no elimina la obligación del Juez de reunir probanza sobre el delito y su autor. La confesión del agente tampoco lo exime de la carga de la prueba.

#### 10.— Clasificación<sup>20</sup>

Atendiendo al motivo que predomina, se clasifican en:

1. **Prueba directa** cuando es el mismo el hecho a probar y el que sirve para la prueba, predominando la percepción. **Indirecta**: cuando son diferentes el hecho a probar y el que se prueba, predominando la deducción. Esta clasificación es por las Fuentes.
2. En razón de los sujetos: prueba **del órgano jurisdiccional** y pruebas de las **partes**, según sean ordenadas por el Juez u ofrecidas por las partes.
3. Con relación a los actos, se diferencia la **prueba oral de la escrita**, mediata o inmediata, pública o secreta.
4. En relación con el procedimiento: prueba **simple** y prueba **preconstituida**.
5. Por los resultados: prueba de **apreciación facultativa** y prueba **tasada** o apreciación taxativa; esta última es muy poco frecuente.
6. Por los medios de prueba: señalada por la ley o dejada al criterio del Juez.

Esta última es la más importante. Como regla general la ley no señala de modo preciso la prueba que el juez debe utilizar

---

20 Viada-Aragoneses, Ob. cit. I, p. 342.

para establecer la responsabilidad del autor. En forma indirecta lo hace cuando dice que en la autopsia deberá precisarse la causa de la muerte; en el aborto, el estado de embarazo, la expulsión violenta y su causa; en el patrimonio, la preexistencia, etc. En los procesos por tales delitos forzosamente deberá actuarse esa prueba.

A su vez los Medios de Prueba se clasifican en: **Personales y Reales**. Son Personales aquellos que tienen como centro al ser humano, como es el interrogatorio. Son Reales o de percepción directa, los consistentes en un documento, en objetos que se pueden juntar a los autos, etc. También comprende aquello que se incorpora mediante el relato, cual es la inspección ocular que conste en acta.

Los acontecimientos o actos en sentido amplio, pueden ser utilizados como prueba cuando su existencia proporciona al Juez el dato procesal del hecho que se pretende probar: tales son las presunciones y los indicios que el instructor reúne.

## 11.— Los Indicios

Dice Framarino que la percepción directa es insuficiente para colmar nuestros conocimientos. Si solo contáramos con ella, sería muy limitado el ámbito de nuestro saber.

La gran mayoría de los acontecimientos ocurren al margen de la esfera de nuestra observación directa.

En el caso del Juez Instructor todo lo que es materia de la investigación, se encuentra fuera del ámbito de sus conocimientos directos. Al dar comienzo a la instrucción, el Juez **ignora todo** lo que debe conocer para resolver. La ley quiere que el Juez no conozca lo que es materia de denuncia. Más aún, **debe ignorarlo**, pues de saberlo ya no podría ser Juez. Los conocimientos los adquirirá a través del proceso. Suena a irrisión pero es exacto cuando afirmamos que, si el Juez sabe por conocimiento directo la forma como ocurrió el delito que es materia de la investigación. —v.g. lo ha presenciado— entonces tiene el impedimento previsto en el Inc. 2º del art. 29º del Código.

Todo el saber referente a la investigación lo adquirirá, en parte, con la observación propia —inspección ocular—, luego con la observación ajena mediante los testigos, y con el aporte de la técnica —la pericia— y finalmente por los “tenues hilos” de

que habla Framarino que son el medio para llegar a aprehender lo desconocido partiendo de lo conocido.

Toda prueba indirecta presenta la forma del raciocinio y para ello nos ayudan los principios inmutables de la lógica. En las Presunciones contamos con el auxilio del principio de **identidad**; y en el indicio en donde de lo conocido llegamos a lo desconocido, utilizamos el principio de **causalidad**.

Se ha dicho que toda prueba imperfecta es un indicio pero esto es un error, porque lo que es imperfecto no es indicio de nada. Una testimonial defectuosa o incompleta, no es indicio, simplemente no cuenta como prueba. Del indicio se deduce algo, de la prueba imperfecta nada.

La relación de causalidad que se establece entre el hecho indicador y el hecho indicado, es el conducto lógico del raciocinio y de allí surge el valor probatorio del indicio. Si el hecho indicador es efecto de determinada causa, acredita la existencia de ésta.

Doctrinariamente indicio es un hecho conocido del cual se induce otro desconocido. Es cualquier hecho material o humano, del cual es posible obtener un argumento probatorio fuerte o débil, completo o incompleto, con el cual podemos llegar al conocimiento de otro hecho que es el objeto de la prueba, mediante una operación lógico - crítica.

Lo conocido es el hecho indicador. La operación mental lógico - crítica es obra del Juez y la conclusión a que llegue depende de la exactitud con que se aplica el principio de causalidad. Es decir, la prueba de indicios depende no solo del hecho indicador cierto, sino del exacto raciocinio del Juez.

En el proceso penal la prueba de indicios tiene importancia cuando no existen las pruebas históricas o éstas son insuficientes. La confesión es calificada de reina de las pruebas y dada su importancia debía obtenerse a como diere lugar. Eso explica que el tormento se justificaba por ser el único modo de descubrir la verdad y evitar la condena de un inocente.

Suprimido el tormento y cuando hay ausencia de pruebas históricas aumenta la importancia de los indicios en el proceso penal y hoy es fundamental y diríamos indispensable.

En un principio fue calificado de prueba secundaria pero la doctrina moderna mejorando la técnica de investigación, la coloca como prueba principal.

Ciertamente que la apreciación del indicio implica riesgos y peligros pero también los presenta la apreciación de la prueba testimonial.

El fundamento del valor probatorio del indicio reside en la capacidad de raciocinio del Juez, que induzca lógicamente del hecho conocido, lo desconocido que se investiga.

Existe el llamado **indicio necesario** es decir aquel que de manera infalible e inevitable demuestra la existencia o inexistencia del hecho investigado, aquel cuya única consecuencia es acreditar el hecho investigado. El indicio necesario se presenta en el mundo físico y se basa en una ley física inmutable y constante que no tiene excepción.

En tales casos la inferencia es inexorablemente cierta. Las leyes físicas presentan certeza pero las leyes morales y síquicas no pueden producir indicios necesarios porque no son constantes.

Todos los demás indicios son contingentes y siempre contienen un cálculo de probabilidades que en muchos casos son fuertes y llegan a producir certeza.

El hecho indicador debe ser exacto dice Ellero; si no está acreditado en forma plena, el indicio no es cierto. Lo primero que tiene que hacer el Juez es comprobar que el hecho indicador existe, requisito indispensable para la inducción, a fin de que produzca convicción.

Los indicios deben ser procesalmente válidos pero además, deben tener eficacia probatoria. Pueden tener validez procesal pero no eficacia, entonces, son insuficientes para producir certeza en el Juez.

Puede ocurrir que desde el punto de vista procesal los indicios sean válidos pero son probables, dudosos, poco ciertos. El hecho por probar aparece como verosímil pero no como cierto.

También la prueba de testigos presenta problemas y sin embargo se admite. Los indicios dependen fundamentalmente de la preparación del Juez y del método científico que se ha seguido. No basta la verosimilitud en el indicio, es necesario que produzca certeza. Devis señala como requisitos:

1. — La conducencia de la prueba indiciaria respecto del hecho investigado.



Es necesario que el indicio sea conducente para la prueba, es decir que sea apto. Es necesario que la prueba que se busca no exija una formalidad “ad substantian actos”.

Tal es el caso del delito de Matrimonio Ilegal en el cual la única prueba es la partida de matrimonio. Los indicios que pretendan probar el estado de matrimonio son inconducentes.

2. – Que la relación –conexión– entre el hecho indicador y el que se investiga no sea producto del azar o de la casualidad.

El éxito del Indicio reside en la conexión entre un hecho conocido y otro desconocido. Esa conexión no puede ser obra de la casualidad. Si la conexión fuere casual, el Juez no puede tomarla en cuenta. Pero siendo mayores y más numerosos los indicios, ya no debe pensarse que son producto del azar.

3. – Que se descarte la posibilidad de la falsificación por obra del hombre.

Es decir, que no sea “indicio prefabricado” por terceros interesados en destruir pruebas o en orientar la investigación en determinado sentido. Tal sería el colocar huellas de sangre en lugares estratégicos, presentar documentos o cartas antiguas, etc. Hay gama ilimitada de falsificaciones y al Juez corresponde esclarecer su autenticidad.

4. – Relación de causalidad directa y cierta entre el hecho indicador y el indicado.

Este examen debe hacerse empleando la lógica y las reglas de experiencia del Juez y con informes técnicos de peritos, si fuere el caso.

5. – Que existan pluralidad de indicios, si son contingentes.

Un solo indicio es apenas un argumento de probabilidad. La doctrina niega valor al indicio único, exigiendo siempre **pluralidad real** de indicios, autónomos o separados y no aparentes. Pueden presentarse varios indicios que constituyen diversos aspectos del mismo hecho, allí no hay pluralidad: tal sería buscar antecedentes de enemistad entre víctima y agresor; cada dato que revele poca simpatía no es un indicio, sino que todos juntos conforman un solo indicio: la enemistad.



6. – Los varios indicios contingentes, deben ser graves concurrentes y convergentes.

Siendo necesarios varios indicios, éstos deben ser concurrentes al mismo fin, es decir, que armónicamente concurren a acreditar el mismo hecho cumpliendo igual finalidad probatoria.

Los indicios deben ser varios, de cierta fuerza probatoria –graves– y todos converger a la misma probanza. Un solo indicio no prueba nada, varios divergentes tampoco. Deben ser varios importantes y que tiendan a probar lo mismo. Solo así producirán certeza en el Juez.

Es decir, la concordancia y la convergencia dan calidad probatoria a su pluralidad.

7. – Que los contra-indicios que existan puedan descartarse razonablemente.

Son contra – indicios los hechos indicadores de los cuales se obtiene una inferencia contraria a la que suministran los otros indicios. En realidad destruyen el valor probatorio de los indicios. Si se presentan, deben haber motivos ciertos para no considerarlos. Rompen el raciocinio y desarticulan el conjunto, y el Juez prescindirá de los indicios.

8. – La univocidad del indicio o conjunto de indicios.

Del indicio debe resultar una sola inferencia, es decir una sola conclusión. Solo así producirá certeza en el Juez. Si hubieren otras posibilidades que no se descartan, el indicio no alcanza certeza.

9. – Que no existan hechos que demuestran lo contrario del indicio.

El indicio es prueba siempre que no existan otras pruebas que lo destruyan.

El indicio no destruye pruebas sino constituye una prueba que no existe.

10. – Que se alcance a una conclusión precisa y seguro que produzca certeza en el Juez.

El Juez debe estar seguro que el indicio acredita la realidad del hecho indicado. Si el Juez está perplejo e inseguro y subsisten dudas razonables, no hay prueba.

Si como resultado lógico del raciocinio el Juez se convence, entonces el indicio ha cumplido su función probatoria.

## 12. – Principios probatorios

Siguiendo a Fenech<sup>21</sup> veremos los más importantes:

1. Principios de la **Oralidad y de la Escritura**. Las pruebas consisten en una declaración de conocimientos que deben llevarse a cabo oralmente y en el idioma oficial. Constituye excepción cuando por impedimento material, se realiza mediante escritura como es el caso del sordo-mudo alfabeto.

El Juez adquiere esta prueba por medio de la percepción auditiva.

La permanencia de la prueba y su posterior apreciación por el Juzgador exige que toda declaración oral deba ser vertida al papel, aun aquella prestada ante el Tribunal.

Existen pruebas que siempre son escritas, como es el certificado médico, protocolos, etc. La oralidad se produce en la diligencia de ratificación que también es vertida al papel a fin de que conste la ratificación o su variación, según el caso.

2. Principio de la **Inmediación de la Prueba**. La oralidad se refiere a la forma de obtención de la prueba. En cambio la Inmediación es un grado en la escala de la percepción.

Consiste en que entre varias posibilidades probatorias, el juez como director a la instrucción (art. 49) debe escoger la que más se acerque al hecho. Entonces existirán mayores posibilidades de veracidad, sobre todo tratándose del testimonio en que el tiempo conspira contra el recuerdo de lo percibido.

Este principio aspira a constituir una norma de conducta para el juez penal: entre varias pruebas, debe escoger la que esté más cerca del hecho.

Para su aplicación, deberá considerar que:

Entre testigos, escoger a los presenciales con preferencia a los de referencias;

---

21 Fenech, Ob. cit., p. 114.  
Devis, ob. cit. II, pp. 638-677.

Entre la inspección ocular y el relato, preferir la primera;

Cuando puede probarse el hecho por prueba directa, dejar de lado la indirecta, etc.

3. Principio de **Concentración**. En virtud de este principio, la actividad probatoria se realiza sin limitación alguna, no existiendo la preclusión que opera en el procedimiento civil.

Durante el período investigador, la prueba corre a cargo del Juez. En la etapa decisoria, la prueba debe ser ofrecida cumpliendo determinados requisitos, como es la presentación del interrogatorio y su apreciación por el tribunal. Las pruebas están limitadas a testigos, peritos y documentos.

4. Principio del **Secreto y de la Publicidad**. El proceso penal no es secreto sino reservado, es decir conocido por quienes intervienen en él y secreto para los extraños.

La etapa investigatoria no es pública. La publicidad comienza en la decisoria y el juicio oral es público, bajo sanción de nulidad, con excepción de aquellos procesos cuya moral exija su no divulgación. Al concluir la investigación las partes y extraños pueden enterarse de las diligencias realizadas. El secreto de determinada diligencia puede ser decretado por el juez, pero por corto plazo.

### 13.— Finalidad y valoración de la prueba

**Finalidad de la Prueba.** Unas veces el proceso se inicia por denuncia que contiene la afirmación de un hecho tipificado como delito por la ley penal. Otras es a consecuencia de la realización de un hecho objetivo que tiene carácter delictuoso.

La investigación judicial tiene dos finalidades: investigar los hechos y hallar su calificación jurídica. Lo segundo es relativamente fácil, lo difícil es lo relativo a los hechos, su búsqueda. Es la esencia del proceso penal.

Se denuncia que un delito ha sido cometido por una persona física. Esta afirmación no es suficiente, sobre todo cuando proviene del lesionado, porque es inevitable la subjetividad, pues quien ha sufrido agravio no puede ser objetivo.

En el proceso, siempre será necesario demostrar cómo realmente ocurrió, qué circunstancias determinaron su

verificación, qué participación ha tenido quien se sindicó como autor, los motivos que determinaron su proceder, etc.

Es decir se trata de hechos que requieren comprobación. No importa quién formule la denuncia. Su solo enunciado no es suficiente para sancionarlo.

Como medio de comprobación aparecen las **Pruebas**. En el proceso penal, la prueba tiene doble función: introducir nuevos hechos en el proceso y acreditar la veracidad de la denuncia. Así, al interrogar al testigo, el Juez no puede limitarse a oír el relato, sino concluido éste, le preguntará sobre las demás circunstancias y personas que intervinieron. El mero relato será su aporte a la investigación, lo demás servirá para adquirir nuevos medios probatorios que requieran comprobación judicial. Es decir ofrecerá pruebas juntamente con el relato de lo visto. Aun sin quererlo el testigo aportará nuevas pruebas. Existe entrecruzamiento entre hechos y pruebas que quedarán deslindados en la sentencia.

En la investigación se acreditará si el hecho delictuoso ha sido cometido y quién es su autor. Para dictar sentencia, el Tribunal Correccional debe estar convencido que la persona sujeta a proceso es quien ha cometido el delito y sobre ella recaerá la sanción penal.

El Juez pasa de la ignorancia absoluta — al ser presentada la denuncia — hasta la certeza, que es lo que justifica la sentencia condenatoria. Por eso dice Zavala Loayza que el Juez atraviesa los grados del conocimiento: posibilidad, probabilidad y evidencia. Si no llega a adquirir la evidencia y solo ha alcanzado la probabilidad, entonces el juzgador tendrá que absolver al acusado, no por ser inocente sino por no estar acreditado el delito.

Frente a la certeza existe la duda. Cuando la duda se presenta durante la instrucción y antes del juzgamiento, la solución legal es mandarla ampliar para que con nuevas pruebas, el juzgador pueda adquirir evidencia. Cuando la duda se presenta en el juicio oral y no es posible la ampliación — v.g. las huellas han desaparecido — entonces la solución es absolver al acusado. Ante la duda proveniente de la insuficiencia de prueba, no es posible la condena sino la absolución. Prevalece la presunción *In Dubio Pro Reo*.

La certeza es un estado espiritual que tiene como fundamento material la prueba reunida en la instrucción. La certeza es

la consecuencia objetiva de la comprobación, es la culminación de un proceso probatorio. La certeza “es el conocimiento que quita toda duda acerca de la conformidad de las ideas con los hechos que se consideren; en otras palabras, la convicción de que se conoce la verdad”.<sup>22</sup> El análisis crítico que se hace para lograr certeza se realiza descomponiendo los sujetos complejos en sus últimos elementos y comparándolos con las ideas. Es comparar las afirmaciones de la denuncia con la prueba reunida, para ver si coinciden. Cuanto más minucioso sea el análisis, existirá menor probabilidad de error.

Alcanzada la certeza, desaparece la duda. El Juez adquiere convicción de poseer la verdad que se expresa en la sentencia condenatoria o absolutoria, según que la convicción sea por una u otra.

Una cosa es la ignorancia –ausencia de conocimiento–, otra el error –conocimiento equivocado, falso– y otra la duda que tiene elementos de verdad mezclados con falsos, lo que le impide alcanzar certeza.

Manzini diferencia la duda subjetiva de la duda objetiva. Será subjetiva cuando solo existe en la mente del juez, es sospecha más o menos razonable, pero carece de prueba que la fundamente. Será objetiva si existen elementos externos que justifican la duda, es decir cuando la prueba es insuficiente. En ambos casos prevalece el principio *In Dubio Pro Reo*.

¿Certeza equivale a Verdad? Debemos distinguir entre la Verdad Absoluta y la Verdad Legal.

El hombre tiene limitaciones físicas en sus facultades que le impiden aprehenderlo todo. Además tiene limitaciones espirituales, como es la deficiente educación, ignorancia de determinados conocimientos, etc. Todo ello conspira para alcanzar la Verdad y tiene que limitarse a una verdad relativa, humana. Es la que persigue el proceso penal y se llama Verdad Legal porque es la que emana de los autos, la que aparece de la prueba actuada. Solamente Dios posee la Verdad Absoluta porque es la Verdad misma. El hombre nunca puede alcanzarla.

La labor del Juez es procurar que la Verdad Legal dentro de lo posible, coincida con la Verdad Absoluta. Pero ello no puede

---

22 Manzini, Ob. cit., III, p. 221.

ocurrir en forma plena, por lo cual debe limitarse a la Verdad Legal, la que es consecuencia de la prueba actuada. Esa certeza no significa que el Juez esté en posesión de la Verdad Absoluta, sino que es la que fluye de la prueba actuada, siendo relativa y sujeta a error. Puede ser que tal conocimiento reunido en la instrucción sea falso, pues siempre existe un margen de error. La labor del Juez es reducir ese margen de error a una mínima posibilidad.

A este propósito Viada-Aragoneses transcribe unas palabras pronunciadas por Pío XII en la Rota Romana; referente a la certeza absoluta que excluya toda duda.

“Esta certeza absoluta no es necesaria, sin embargo, para dictar sentencias. En muchos casos los hombres no pueden alcanzarla... (Existe) la certeza moral que está caracterizada por la exclusión de toda duda fundada y razonable, si bien deja abierta la posibilidad absoluta de lo contrario. Esta certeza es necesaria y suficiente para pronunciar sentencia”.<sup>23</sup>

Dohring considera que el proceso está estructurado para alcanzar la verdad material; que ha sido superado el criterio que aceptaba la verdad a medias, pues debe aspirarse a la verdad total. Cree que la búsqueda de esta verdad responde a un estado de espíritu del ser humano. Para lograrla existen diversos medios. Cita el caso de Rusia en la cual la ley ha suprimido los motivos que tenían determinadas personas para eximirse de declarar en un proceso penal. Se busca enmendar las reglas de la prueba, sin sacrificar los valores permanentes. Se han mejorado los medios investigatorios. Las circunstancias que rodean al hecho son tomadas en cuenta. Se traza un cuadro sociológico del delito, pues antes se despreciaban los detalles económicos y sociales. La Psicología ofrece elementos para investigar el carácter del delincuente, las reacciones, la motivación, etc. Las ciencias naturales con sus refinados procesos permiten esclarecer los indicios. Los modernos métodos de investigación trabajan con mayor precisión. Los medios técnicos, antes desechados o discutibles, como las grabadoras, abren perspectivas para la averiguación. Empleados estos medios en el proceso, nos acercan a la Verdad y disminuyen las posibilidades de error, propio de toda obra humana. La aspiración de alcanzar la Verdad debe ser meta en el juez y para lograrlo, empleará todos los elementos compro-

---

23 Viada, I, 335; Doring, p. 5 y sgtes.

Domingo García Rada

batorios que la ciencia ofrece. El afán apasionado del hombre por alcanzar la Verdad, cubre todos los empeños.

**Valoración de la Prueba.** Es “la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que puede deducirse de su contenido”.<sup>24</sup>

Cada Medio de prueba es susceptible de valoración judicial. No existe pauta que indique cuántos y cuáles son necesarios para formar convicción. Escapa a la ley por ser operación en la esfera de lo espiritual.

La Valoración debe entenderse como conjunto de operaciones mentales referentes al estado crítico de las pruebas actuadas en un proceso, tanto las aportadas por las partes como las adquiridas directamente por el Juez.

Es actividad exclusiva del Juez. Las personas del proceso son colaboradoras. Colabora con el Juez el testigo que relata los hechos que vio, el perito que señala la naturaleza de una mancha, el inculpado que al negar su autoría, ofrece datos sobre quiénes pudieron ser los responsables, el agraviado que cuenta la forma como se desarrollaron los hechos, el Ministerio Público cuando interroga a los testigos, inculpado y agraviado, etc. Es decir todas las personas del proceso – principales y auxiliares – colaboran con el Juez en su tarea de formarse convicción.

De la apreciación de la prueba depende de que exista armonía entre sentencia y justicia. Vida, honor y patrimonio del inculpado dependen de que el juez obtenga éxito en esta tarea.

Dos grandes sistemas ofrecen criterios para su valoración: la Prueba Legal y la Apreciación Judicial.

Las diferencias entre uno y otro no son tajantes, pues a menudo se da la prueba legal atenuada con la apreciación del juez; tampoco la libre apreciación judicial exime al Juez de la obligación de motivar las sentencias. Lo que no se acepta es un sistema mixto, pues se dice que la verdad no puede aceptarse a medias. Existe atenuación pero no mezcla.

**Sistema de la Prueba Legal.** Constituye una regulación normativa para apreciar la prueba. La ley concede a cada prueba determinado valor probatorio, por lo cual al finalizar el proceso el

---

<sup>24</sup> Devis, I, p. 287.



Juez considera el número de pruebas reunidas, su valor probatorio según ley y apreciando el conjunto de la probanza reunida, le corresponde la operación aritmética de suma y resta. La actividad judicial resulta mecánica y carente de toda apreciación personal.

Ofrecía la ventaja de que el pueblo sabía las razones por las cuales sus jueces condenaban y que las pruebas estaban señaladas en la ley, así como su valor y no respondían al capricho de sus jueces o la arbitrariedad del Soberano. Las reglas que señalaba la ley para apreciar una prueba ofrecían mayor seguridad que el criterio del juez, a menudo ignorante y sometido al príncipe. La uniformidad de las reglas era garantía para los súbditos y las sentencias siempre tenían fundamento legal.

La Prueba Legal significó gran avance en época en que se carecía de jueces preparados e imperaban costumbres bárbaras.

**La Libre Apreciación de las Pruebas.** Empezó cuando Bacon dijo: “los testigos no se cuentan, se pesan”. Es decir lo que vale no es el número sino la calidad de quienes declaran. El juzgador se forma convicción apreciando las pruebas y lo hace no según pauta legal sino según su conciencia. Es la apreciación personal sin sujeción a normas legales.

Libre convicción no equivale a arbitrariedad. Significa que en la valoración de la prueba el Juez apreciará cada una según su conciencia. No es libertad para actuar o no actuar pruebas, sino para apreciar las recogidas. El Juez tiene el deber de comprobación, pero en la valoración entra a juzgar su conciencia, no lo que dispone la ley. Es el análisis crítico que sigue a la adquisición de la prueba, lo que predomina; es el parecer del Juez no lo que señala la ley.

Para apreciar cada alegación, el Juez toma en cuenta la prueba en sí: siendo documento su autenticidad, si es testimonial su veracidad, su concordancia con las otras pruebas actuadas. Lo hace conforme a las reglas de la crítica. Es labor personal.

La libre convicción no es otra cosa que ciencia y experiencia del Juez: los conocimientos y la práctica judicial serán decisivos en la apreciación. La formación científica y la moral del juez serán el sustento.

Del criterio legal — fijado en la ley — hemos pasado, al criterio judicial, que emana de la conciencia del Juez. No hay pruebas privilegiadas ni decisivas para formar convicción. El resulta-



do de la probanza será el de la apreciación de todas las pruebas actuadas en el proceso. Tenemos el caso de la confesión, que siempre ha sido considerada como privilegiada y para la Prueba Legal constituye plena probanza por suponerse que nadie se acuse a sí mismo, si es que no ha cometido el delito. Sin embargo aun cuando el inculpado se declare autor del delito investigado, siempre el Juez deberá reunir pruebas que la corroboren. Si no las reuniere, el juzgador deberá absolverlo, pues su sola confesión es insuficiente para fundar una sentencia condenatoria.

Esta valoración debe producir certeza en el ánimo del Juez. Si apreciando todas las pruebas actuadas en la Instrucción, el Juzgador adquiere convicción sobre la responsabilidad del acusado, debe absolverlo, no por inocente, sino por insuficiente probanza.

En el derecho positivo no existe ningún precepto que contenga reglas sobre el valor que debe concederse a cada prueba o el de sus resultados. El art. 286 dice que las pruebas actuadas serán apreciadas con criterio de conciencia. Este es el único principio normativo referente a la apreciación de la probanza.

Este principio es aplicable a todas las pruebas actuadas en el proceso y que constan en el expediente. La Corte Suprema ha precisado más el ámbito de su aplicación: solamente se refiere a las leídas y apreciadas en la audiencia, que han sido objeto del contradictorio. La recogida por el Juez de la cual no se da cuenta en la audiencia, no puede ser apreciada por el juzgador.

Criterio de conciencia – dice la jurisprudencia – significa apreciar la prueba relacionándola con los demás actuados y con la realidad de los hechos; y según ese examen, darle o no valor probatorio. No significa rechazar una prueba porque sí, ni tampoco no aceptaría en su integridad. Es la apreciación fundamentada que realiza el juez, explicando en el fallo cuál es la razón para su aceptación o rechazo. Indudablemente que en esta apreciación, el juez recurrirá a la doctrina.

Leone<sup>25</sup> ofrece las siguientes reglas para la apreciación judicial:

1. El Juez debe aceptar la certeza que resulte de la prueba. No la debe cambiar por su apreciación subjetiva. La libre convicción no es libertad para aceptar o rechazar una

---

25 Tratado, II, p. 155.

prueba, sino para apreciarla conforme a las reglas de la crítica.

2. El criterio objetivo se forma con el:
  - a) Máximo rigor en la individualización de la prueba. No omitir diligencias que puedan aportar datos: v.g. dejar de practicar una inspección ocular.
  - b) Rechazar de plano todo juicio a priori sobre hechos o circunstancias. Todo lo que contribuye a esclarecer los hechos debe ser investigado.
  - c) Aplicar la Psicología Judicial en la valoración de las pruebas, sobre todo en la testimonial: titubeos, dudas, etc., no siempre revelan mentira sino carácter tímido. Un llamado a la serenidad, una conversación previa puede tranquilizarlo.
3. El juez tiene la obligación de recoger pruebas. El investigar no puede ser dejado de lado ni nadie puede eximir al juez de este deber, quien tiene la obligación de reunir todas las pruebas que sean necesarias, para su apreciación, con criterio objetivo y sereno. La libre convicción se aplica solo en el momento de apreciar un testimonio, una pericia, etc., no antes.

Concluida la Teoría de la Prueba, entraremos al estudio de cada prueba en particular, siguiendo la distribución del Código: Testigos y Peritos. El Título Diligencias Especiales lo agrupamos en Pruebas Médicas y Diligencias Judiciales.

Domingo García Rada

## CAPÍTULO XVIII

*1. – El Testimonio. 2. – El Testigo. 3. – Conformación del testimonio humano. 4. – Motivos de error. 5. – Obligación de testimoniar. 6. – Capacidad de testimoniar. 7. – El Interrogatorio. 8. – La confrontación. 9. – Valoración del testimonio. 10. – La Preventiva.*

### **1. – El Testimonio**

En la investigación judicial, el Juzgado dispone de dos clases de elementos probatorios: aquellos que provienen de personas que presenciaron el hecho y por este motivo pueden ofrecer datos precisos sobre la forma cómo se realizó: es la **Vox Viva**; y los documentos contemporáneos al delito que ofrecen referencias escuetas pero exactas, que conforman prueba preconstituida, es decir existente antes de la realización del evento criminal: es la **Vox Mortua**.

Los testigos constituyen la Vox Viva. Son las personas que por haber presenciado el acto delictuoso, pueden relatar cómo ocurrió. Deponen sobre hechos percibidos por los sentidos, narran lo que han visto u oído y dan fe de ello porque les consta que es cierto. El testimonio no admite representación ni sustitución. Es obligación para con la justicia.

En la tarea de reconstruir el pasado para descubrir cómo tuvo lugar el hecho, es necesario recurrir al testimonio humano, único medio de adquirir datos acerca de las circunstancias de su verificación, ofreciendo detalles que no puede recoger el

documento. A menudo los hechos solo pueden reconstruirse mediante declaraciones de quienes los presenciaron.

## 2.— El Testigo

En el proceso penal el testigo es indispensable y no puede prescindirse de él. El delito se comete en la oscuridad, sin aviso previo, siendo difícil que existan documentos que acrediten la forma de su realización, todo lo contrario de lo que ocurre en materia civil. Los procesos civiles se resuelven en base de documentos; en cambio en toda instrucción hay testigos, por ser difícil suprimir la versión de quienes presenciaron el hecho o tuvieron conocimiento inmediato de su verificación. Así el testigo resulta indispensable en el proceso penal.

Viada-Aragoneses repite una frase antigua pero exacta: “Mientras el proceso civil es el reino del documento, el proceso penal lo es del testimonio”.

No debe olvidarse el grave peligro que entrañan los testigos falsos o equivocados que pueden desviar el curso de la instrucción y atentan contra la justicia.

La prueba testimonial completa y da sentido exacto a la Indiciaria. Al Juez corresponde, apreciando la veracidad del testimonio descubrir la correlación necesaria para interpretar y apreciar el valor probatorio de los Indicios.

El testificar es deber para con la justicia. Tenemos la obligación de colaborar con el Juez en la búsqueda de la verdad. Todo medio de Prueba —y el testigo lo es— pertenece a la justicia de manera que nadie puede negarse a declarar ante el Juzgado.

Toda persona física es jurídicamente capaz de servir de testigo, siempre que tenga conocimiento del hecho, captado por medio de los sentidos. No tiene importancia la raza, religión, nacionalidad, sexo, estado civil, profesión, situación económica, ocupación ni clase social. La condena penal constituye impedimento si es por delito de Falso Testimonio (art. 334 C.P.). Los defectos físicos y las enfermedades deben tomarse en cuenta, pues como atenuación de los sentidos pueden influir en la capacidad de aprehender las cosas y más tarde del relato: así un sordo no puede declarar sobre cosas que se perciben por el oído, pero sí podrá relatar lo que ve.

Para Fenech, el testimonio es “el medio de prueba consistente en la declaración de conocimientos que emite una persona, que no sea sujeto necesario, del proceso, acerca de una percepción sensorial adquirida fuera del mismo, relativa a un hecho pasado y dirigido al fin de la prueba”.<sup>26</sup>

El sujeto activo del testimonio es el testigo. Toda persona aunque sea jurídicamente incapaz, puede ser testigo. El único requisito es haber percibido los hechos u ofrecer datos convenientes acerca del delito o de su autor.

Notas del Testigo:

- 1º **Persona Física.** Solo las personas físicas pueden servir como testigos porque son las que perciben los hechos exteriores por medio de los sentidos y más tarde pueden relatarlos al Juzgado. Las personas jurídicas emiten informes; si fuera necesaria la versión de sus ejecutivos, se les llamará a declarar como testigos.
- 2º **Idoneidad.** La persona física tiene que ser idónea, es decir tener aptitud física para percibir sobre lo que va a hablar; sus sentidos en buen estado, carecer de inhabilidades físicas como sordera, ceguera, etc.  
  
También requieren idoneidad moral, es decir, no tener impedimentos o trabas de orden inmaterial: por ejemplo no haber sido condenado por delito de falso testimonio, tratarse de persona honesta, gozar de buena fama, no tener relaciones de parentesco con la víctima o el acusado.
- 3º **Extrañeidad.** El testigo siempre es extraño al proceso, careciendo de todo interés en su resultado. Su declaración la presta como medio de colaborar con la justicia. No puede presentar recursos ni participar en el proceso. Con la declaración concluye su misión.
- 4º **Requerimiento Judicial.** Es necesaria la citación judicial para que el testigo comparezca al juzgado. Si compareciere por propia voluntad, puede suponerse que tiene interés en servir a alguna de las personas del proceso. El Juez de oficio puede citar a quienes considere útiles como testigos; también puede ofrecerlos el procesado, el agraviado y

---

26 Ob. cit. p. 136.

principalmente el Ministerio Público, pero quien acepta los testigos y ordena su comparecencia es el propio Juez Instructor en su condición de Director de la Instrucción.

La citación generalmente es por escrito, pero también puede ser verbal; no requiere plazo alguno entre la entrega de la esquila y la presencia en el Juzgado. Es conveniente avisar al defensor y a la Parte Civil; pero si por motivo grave –v.g. enfermedad o viaje– no hubiese tiempo de hacer estas notificaciones, siempre recibirá la testimonial, con cargo de reabrirla más tarde si fuere necesario.

En cuanto al representante del Ministerio Público, recordemos que conforme al art. 14 L.O.M.P., es obligatoria la citación del Fiscal Provincial para la actuación de las pruebas tanto las ofrecidas por las partes, como aquéllas ordenadas de oficio por el Juez; y como obligación del Fiscal, el art. 94, inc. 4 señala la de intervenir en la instrucción.

También debe ser notificado de todas las resoluciones que expide el Juzgado “bajo pena de nulidad” dice la ley.

La declaración debe ser prestada ante Juez competente, las vertidas ante las otras autoridades del Estado no constituyen testimonio propiamente dicho.

- 5º **Sobre hechos pasados percibidos u oídos.** La deposición debe versar sobre hechos, oídos o percibidos, de los que se ha enterado de modo personal y directo. La obligación de testificar reside en declarar aquello que ha caído bajo la esfera de los sentidos. Las apreciaciones personales están demás, debiendo abstenerse de hablar sobre lo que no ha observado personalmente. Solo percepciones sensoriales, generalmente visuales o auditivas.

Por excepción puede referirse a hechos conocidos a través de terceras personas. En ese caso debe mencionar quiénes son esas personas, cómo se enteró, ofreciendo datos precisos para su comprobación. Tales declaraciones referenciales son importantes solamente cuando pueden ser comprobadas por el Juzgado, es decir, citar a la persona por la cual se ha enterado de aquello que ha declarado. El testigo debe diferenciar los hechos conocidos personalmente, de aquellos sabidos por referencias. El valor probatorio del testimonio personal es mayor que el referencial.

### 3. – Conformación del testimonio humano

Intervienen elementos psicológicos que constituyen operaciones mentales. Desde que la persona percibe los hechos hasta que declara ante el juzgado, el testimonio recorre varias etapas.

Para Gorphe las operaciones mentales que conforman el testimonio son: percepción, memoria y deposición. Pero afirma que las deficiencias que presente cualquiera de ellas, pueden viciar en variable proporción el resultado.

- a) **Percepción sensible de las cosas.** De modo casual el testigo ha sido espectador de un hecho delictuoso; no ha prestado atención y no ha fijado los caracteres de quienes intervienen en él. La falta de atención impide que perciba detalles del hecho y de los actores. Adquiere una percepción deficiente y así la trasmite.

En cambio si la persona está advertida recogerá mayor cantidad de datos, pues pondrá cuidado en observar cómo se desarrollan los acontecimientos. Tiene percepción exacta y completa. Es la menos corriente.

Cuando la percepción se relaciona con su medio habitual de vida – v.g. un chofer especta un accidente de tránsito – recogerá mayor cantidad de datos que otro que no lo es, v.g. podrá apreciar si el vehículo iba a velocidad y cuál era ésta.

- b) **Memoria.** Fenómeno complejo que comprende la propia percepción, la fijación de imágenes y su evocación y localización en el tiempo. Los defectos de la memoria –dice Ruíz Funes– proceden de la debilidad de la percepción y del tiempo transcurrido. Se fijan mejor las imágenes relacionadas con la ocupación del individuo.
- c) **Deposición.** Es la comunicación al juez. Es la operación final, resultado de las anteriores: informa al juez de aquello que conoce personalmente, lo que ha visto y recuerda con fidelidad. Es la etapa útil para la justicia.

Para alcanzar una exacta deposición, intervienen factores, que pueden agruparse en:

- a) condiciones individuales del testigo: tipo, temperamento, cualidades personales, poder de retención y observación, edad, sexo, condición social, estado de salud física y mental.



- b) condiciones genéricas que varían según el momento y se refieren a tiempo, lugar y modo. Estas condiciones son el medio ambiente en que vive el testigo, en el cual ha percibido el delito. Estas condiciones están vinculadas a las individualidades, de las que no pueden separarse.
- c) relaciones entre el testigo y el hecho y entre el testigo y el autor del delito. La proximidad o lejanía tanto del hecho como de su autor influyen en la veracidad del testimonio. El trascurso del tiempo entre la realización del evento, que el testigo presenció y su declaración ante el Juzgado conspiran contra la fidelidad del testimonio. Si además del intervalo, ha habido comentarios y publicidad, el peligro aumenta; la influencia de notas periodísticas y radiales sobre el testigo es indudable. En el caso de que el hecho hubiera permanecido oculto, el mero discurrir de los días facilita que los contornos del mismo se desvanezcan y al ser llamado al Juzgado, su versión resulta incompleta y poco verídica; a menudo las lagunas son llenadas por la imaginación.

Las relaciones de parentesco y amistad del testigo con el procesado aun cuando no lleguen al grado previsto como impedimento, sin embargo atentan contra la imparcialidad del testimonio. Existiendo vinculaciones familiares o de amistad, es difícil que el testigo mantenga objetividad. Aun sin darse cuenta procurará favorecer al amigo o parientes.

#### **4. – Motivos de error**

Los motivos determinantes de error en el testimonio humano pueden agruparse en:

- A. Causas patológicas.** Se agrupan las causas de este origen en:
  - a) Alucinaciones. Son fenómenos sico-patológicos por los cuales las representaciones subjetivas se imponen al sujeto y éste cree que son percepciones verdaderas y así lo declara. Escapan al razonamiento. Se presenta en los alienados y en quienes pasan por crisis análogas (alcoholismo, tóxicos y sicosis). Tales personas experimentan sensaciones de torturas, persecuciones, fantasmas, etc. Son difíciles de reconocer, pues el sujeto las expone como verdaderas. También existen las pseudo-

alucinaciones con la diferencia que en éstas el sujeto tiene conciencia de lo que ocurre.

- b) **Invencciones.** Constituyen creaciones debidas a un deficiente dominio del sujeto sobre su imaginación. A diferencia de la mentira, no tiene como finalidad engañar ni lo pretende. Son frecuentes en los sujetos histéricos, delirantes, imaginativos y en los mitómanos. En algunos casos formulan falsas denuncias basadas todas en un aparato escénico. Para descubrir cuándo es realidad y cuándo es mentira, es necesario buscar ciertos aspectos de la irrealidad del relato, v.g. la forma como ocurrió el delito.
- c) **Confabulaciones.** Consiste en llenar inconscientemente, por medio de representaciones subjetivas, las lagunas que presentan los vacíos de la memoria. A veces tales vacíos provienen de amnesia parcial debida a la decadencia senil; en otros casos a heridas en el cráneo. El testigo quiere declarar todo lo que ha visto, pero como le faltan detalles, de buena fe llena los vacíos con aquello que cree que ha ocurrido, como si fuera cierto.
- d) **Falsas Interpretaciones.** Constituyen errores de comprensión que deforman la percepción y el recuerdo. Son debidos a la acción de una idea fija, de una pasión dominante o de una emoción intensa. Los enajenados, los melancólicos, etc., lo interpretan todo en el sentido de su delirio. Es decir, la idea que los domina es la que determina el sentido de la declaración. Con frecuencia estos testigos declaran en sentido inverso de lo que han visto, pero los domina una idea fija y conforme a ella es lo que relatan, aunque no sea lo visto u oído.
- e) **Confusiones.** Proviene de la mezcla de representaciones mediante las cuales una persona atribuye a otra, las cualidades, defectos o hechos de un tercero. La percepción carece de claridad o es turbada por la emoción o la sorpresa. El testigo se equivoca y cree ver una cosa — que no es cierta — y lo afirma como si fuera verdad.
- f) **Ilusiones.** Son errores parciales que alteran una percepción o recuerdo. Constituyen ligeras y variables desviaciones del conocimiento. Por lo general no revisten importancia, por no alterar sustancialmente el contenido de la declaración.

- B. Causas naturales.** Son múltiples y varían según la persona, el ambiente y las condiciones humanas y sociales del testigo.

Las condiciones del medio físico en que se produce el hecho ejercen influencias en el testigo que lo ha presenciado, afectando la veracidad. El lugar en que se encuentra con relación al autor: si lo ha visto de frente, de espaldas, de perfil o solamente ha oído su voz. La hora: el hecho realizado al medio día tiene más posibilidades de ser observado con exactitud que si ocurriera de noche o en la hora del crepúsculo. La estación del año ejerce influencia, pues la luminosidad del verano facilita la percepción de los hechos.

Las cualidades personales del testigo pueden resultar decisivas en la emisión del testimonio. Si se trata de un hecho que se relaciona con su oficio —v.g. es chofer quien presenció el accidente— puede dar detalles precisos sobre la frenada, forma de conducir, preferencia de paso, acción de los frenos, etc. La presencia de defectos físicos que sin llegar a constituir impedimentos, sin embargo afectan la buena percepción de los hechos, tal es el caso de la sordera o miopía. La calidad de profesional, permite que el testigo observe los detalles y como posee mayor riqueza en su vocabulario, puede expresar los matices percibidos con claridad; en las personas de escasa cultura, los relatos adolecen de pobreza en la expresión.

- C. Motivos de orden personal** que afectan la veracidad del testimonio.

**La Ebriedad.** La ebriedad puede ser ocasional o consuetudinaria. Si el testigo ingiere bebidas alcohólicas en exceso pero ocasionalmente, no impide que fuera de esas oportunidades pueda observar con nitidez los hechos que ocurran en su presencia y tener conciencia clara sobre la forma como ocurrieron y demás circunstancias.

En cambio el ebrio consuetudinario, el que tiene el hábito de la embriaguez, que constantemente vive en estado etílico, tiene los sentidos disminuidos, la sensibilidad embotada, lo que le impide percibir con claridad los hechos. La habitualidad alcohólica determina falta de capacidad intelectual para percibir los hechos nítidamente; además carece de sentido moral, por lo cual su palabra no merece crédito.

**La Vagancia.** El no tener industria o trabajo estable, aunque no afecta sus facultades sensitivas, permite que sea fácil de corromper porque la falta de dinero lo expone al soborno. El trabajo permanente facilita el normal desenvolvimiento de sus facultades intelectuales y le provee de los medios económicos necesarios para subvenir a sus necesidades, sin recurrir a la ayuda ajena. La carencia de estos medios lo hace cómoda presa de quien requiere de testigos falsos.

**El Condenado por Falso Testimonio.** Aunque teóricamente quien una vez ha sido condenado por este delito, no se infiere que siempre mienta, sin embargo en las legislaciones se le considera como causal de tacha contra los testigos. Una condena por este delito resta idoneidad moral y permite dudar de su testimonio.

**La Vinculación personal** entre testigo y procesado. Por acreencia, estado de subordinación, parentesco o amistad, el testigo puede estar sometido al procesado y carecer de independencia para declarar con objetividad. Es fácil que atestigüe con el fin de favorecerlo, faltando a la verdad. Lo mismo cabe decir de la vinculación con el agraviado. La ley prohíbe requerir el testimonio de quienes tienen estrecho parentesco y si lo hiciera será sin juramento.

## 5. – Obligación de testificar

Toda persona tiene la obligación de concurrir a la citación del juzgado para deponer sobre hechos que han caído bajo el dominio de sus sentidos. El testigo tiene como deber el concurrir a declarar sobre lo que se le pregunte. Se exige juramento de decir verdad, incurriendo en delito cuando no la dice.

Existe Falso Testimonio cuando la declaración no refleja toda la verdad o cuando altera sustancialmente el hecho. También la negativa o la reticencia en declarar pueden constituir delito, si ella induce a error al juez. Los móviles que pueden llevar a falsear la verdad no tienen importancia, pues siempre se configura esta figura delictiva, pero serán tomados en cuenta para aplicar la pena al falsario (art. 51 C.P.).

El fundamento de la obligación de testificar reside en la necesidad de conocer la versión de quienes presenciaron el hecho. Como muchas veces, además de la declaración del

presunto responsable, no existe otra prueba de cargo que el dicho del agraviado, es indispensable comprobarlo, puesto que por su misma condición de perjudicado, tiende a magnificar el hecho. La opinión de los testigos presenciales deviene así indispensable en la tarea de reconstruir la forma como ocurrieron los hechos.

Es obligación personal la de concurrir a declarar. Además constituye deber social el de contribuir a que los jueces esclarezcan los hechos delictuosos para que sean sancionados sus autores, evitándose que por falta de pruebas, queden impunes.

Esta obligación de testimoniar recorre varias etapas:

- **Obligación de comparecencia:** toda persona citada por el juzgado tiene el deber de asistir el día y hora señalados.
- **Obligación de dar sus generales:** siendo importante para su identificación, no puede darlos falsos, equivocados, ni negarlos.
- Obligación de prestar juramento: si practica alguna religión, jurará por Dios poniendo a la Divinidad por testigo que va a decir la verdad; si no la practica, jurará por su honor.
- Obligación de decir la verdad: debe decir solamente la verdad, sin agregar nada más; no puede falsearla, recortarla ni negarla, pues de hacerlo comete delito de Falso Testimonio.

**Requisitos.** Los requisitos del testimonio son:

- a) **Judicialidad.** Es necesario que sea vertido ante magistrado competente. La declaración prestada ante otra autoridad del Estado no es testimonio en sentido estricto. Constituye irregularidad remitirse a la declaración rendida ante la policía y decir que la reproduce íntegramente. Las declaraciones prestadas ante la autoridad administrativa que más tarde pasan a conocimiento del juzgado no son testimoniales, sino documentos.

El atestado debe ser apreciado como cualquier otra prueba, pero no es actuado judicial. El Fiscal Provincial debe velar porque el detenido tenga defensor, pero su declaración – manifestación – no la presta ante la autoridad judicial.

- b) **Oralidad.** La declaración es oral, pero inmediatamente se traslada al papel. El testigo debe absolver las preguntas

sin consultar papeles ni documentos, salvo para precisar cifras y fechas. Solo en el caso del sordo-mudo que sabe escribir, la declaración es totalmente escrita, tanto las preguntas como las respuestas; si no supiera leer ni escribir se nombrará intérprete para que mediante el lenguaje de la mímica pueda ser interrogado y absuelva las preguntas que se le formulen.

- c) **Inmediación.** Debe existir inmediatez entre el testigo y el hecho, y declarar sobre lo que ha visto o percibido directamente. Cuando el testigo declara sobre hechos no vistos pero conocidos por referencia, este testimonio tiene menor calidad probatoria. Sin embargo es conveniente recibirlo porque puede aportar datos que al Juez corresponde comprobar.
- d) **Objetividad y determinación.** Debe ser objetivo y concreto destinado a probar hechos que se refieren al delito o a su autor y que pueden ser comprobados judicialmente. Las apreciaciones subjetivas del testigo, las deducciones que pueda sacar de lo visto, sobran. El testigo no debe hablar acerca de lo que cree que la víctima iba a hacer ni opinar sobre lo que pensaba. Tales apreciaciones se apartan de la esencia del testimonio humano, que es relato de lo ocurrido y no del pensamiento de quien lo vio. El testigo transmite lo que ha visto y nada más.
- e) **Retrospectividad.** El testigo debe referirse a hechos pasados que cayeron bajo la observación de sus sentidos. Carece de objeto que opine sobre lo actuado en el juzgado.
- f) **Extrañeidad.** El testigo es extraño al juicio y no puede tener ningún interés en el resultado de la instrucción. Es ajeno a su resultado. Si lo tuviere, ya no puede ser testigo, por carecer de objetividad.

A continuación de los requisitos de los testigos, debe agregarse una obligación del juez: la de **examinar personalmente al testigo**. (A.J., 1938, p. 213). Es el único medio de extraer toda la verdad que contenga una declaración. Las repreguntas y aclaraciones que se formulen deben ser apreciadas por el juez quien observará la reacción del deponente ante una interrogación suya, del agente fiscal o de la defensa; también deberá aclarar respuestas no bien explícitas y observar la forma como lo hace,

la soltura con que procede, las explicaciones que da acerca de su dicho, etc. Todo ello contribuirá a formar criterio en el juez acerca del valor del testimonio y lo perderá si él no actúa personalmente esa diligencia. Por eso la Corte Suprema ha dicho que cuando la testimonial no sea de importancia para los fines del proceso y el testigo domicilie en otro lugar, se puede comisionar a otro juez para que la reciba. (R.T., 1932, p. 271)

## 6. — Capacidad de testificar

Vinculado al deber de testificar, se encuentra la capacidad para ser testigo. Como principio general: toda persona requerida judicialmente, está obligada a concurrir al juzgado para declarar. Salvo que nos afecte una incompatibilidad, todos tenemos esa obligación.

Capacidad en abstracto: es la aptitud para declarar en cualquier proceso penal o civil. Toda persona mayor de edad que no sea insano de mente, tiene capacidad para declarar como testigo: es la capacidad en abstracto. Además de la falta de sanidad de mente, pueden existir defectos físicos que eximan de declarar, siempre que se relacionen con lo que va a declarar: así un ciego no puede ser testigo sobre hechos que ocurrieron, pero sí podrá declarar sobre lo oído; al revés un sordo lo hará sobre lo visto pero no sobre lo oído. Es decir, salvo los que padecieren enfermedad mental o alguna dolencia relacionada con el testimonio, esta obligación es exigible a toda persona. En cuanto a la edad, obliga desde los 18 años, antes por excepción y sin juramento, como veremos luego.

**Capacidad en concreto:** es la aptitud para declarar en determinado proceso. Los impedimentos son las causales de recusación: v.g. el juez y el secretario de la causa, el pariente cercano, el tercero civil, el abogado defensor, etc. Es decir todos los que intervienen o que tienen interés en el resultado del proceso.

Veamos situaciones de esta incapacidad:

- a) los parientes cercanos: cónyuge, padres, ascendientes, hijos y demás descendientes del procesado. No están obligados a declarar pues les afecta la incapacidad del parentesco. Sin embargo pueden ofrecer referencias de interés para la justicia, como son los antecedentes, ambiente familiar, motivaciones del delito, vinculación con la víctima, etc. Estos datos servirán para aplicar el art. 51 C.P. y solo



los pueden dar los parientes. Por eso la ley permite que declaren, pero sin juramento de manera que aunque alteren la verdad no cometen delito de Falso Testimonio.

- b) los menores de 18 años. Por lo general son eliminados del testimonio, pues su declaración no ofrece garantías de veracidad. Sin embargo, en ciertas circunstancias —v.g. testigo presencial— el juez puede necesitar esta declaración y entonces llamarlo a declarar, pero lo hará sin juramento. Es una indagatoria sobre los hechos. Ésta, como la anterior, será apreciada prudencialmente.
- c) el secreto profesional. Los sacerdotes, médicos, abogados, notarios y obstétricas se enteran de muchas cosas secretas. Si este conocimiento proviene del ejercicio de la profesión, no pueden declarar ni contarlos. El requisito es haberlo sabido con motivo del ejercicio profesional: el sacerdote en confesión o en junta, el abogado a quien se le pide parecer o se le encarga un juicio, etc.

Todo lo conocido por estos profesionales en el ejercicio de su profesión, no puede ser materia de la declaración. Quien califica lo que constituye secreto profesional, es el mismo sacerdote, médico, abogado, etc. Si cree que el interrogatorio o la pregunta se relaciona con lo conocido en su profesión puede negarse a declarar y el juez no debe exigirle ni menos calificar si es o no secreto profesional, pues ello compete determinarlo únicamente al profesional llamado como testigo. Si aceptare declarar entonces lo hará sin juramento, que le permitirá contar lo que cree puede hacerlo y callar aquello que es secreto.

Es indispensable que en estos casos, el juez advierta al interesado —pariente o profesional— que puede declarar o no, a su elección y solo si acepta hacerlo, no prestará juramento. Si no media esta advertencia, la declaración es nula, pues se ha dejado de observar una exigencia imperativa de la ley (A.J., 1939, p. 294).

## 7.— El Interrogatorio

El testimonio es importante y puede arrojar luz sobre la materia investigada. Es necesario que el Juez practique personalmente el examen del testigo para que pueda apreciar no solo las respuestas, sino la forma como declara, las dudas que manifiesta, la mirada franca o esquiva, etc. Son factores psicológicos importantes para la apreciación final.



Después de prestar el juramento y decir sus generales, el Juez debe explicar al testigo el motivo de la citación judicial, pidiéndole que cuente todo lo que sepa sobre el hecho que presencié o del cual tiene noticia, si fuere referencial. Después de oír todo lo que el testigo quiera decir, contando lo visto, no dando cuenta de sus impresiones, el Juez comenzará con el interrogatorio propiamente dicho. Es necesario que las personas del proceso estén enteradas de la declaración testimonial para que puedan asistir a la diligencia y tomar parte en ella. Se sentará acta pormenorizada que será leída al concluir la diligencia, debiendo firmarla todos los presentes. Si alguno se negare, el Juez dejará constancia de ella; pero si adujere no ser exacto lo que allí aparece, tiene derecho a formular aclaraciones que constarán en la misma acta.

De las personas del proceso, la intervención en el interrogatorio más importante es la del Ministerio Público. Es decisiva porque sobre él recae la carga de la prueba y de su Intervención depende el éxito de la investigación. Sin desmedro de las atribuciones que el art. 49 confiere al Juez, es indudable que al Fiscal Provincial corresponde participar en el interrogatorio en forma activa y decisiva. También pueden intervenir los defensores del inculpado y de la parte civil.

La ley prohíbe las preguntas capciosas y sugerentes, aquellas que llevan implícita la respuesta. También toda clase de coacción, aunque sea simplemente moral. El juez debe procurar espontaneidad y sinceridad en la declaración del testigo.

Si el testigo ignora el idioma castellano, el Juez le nombra intérprete quien debe prestar juramento de ser fiel traductor de lo que diga el deponente.

La declaración del testigo siempre es **personal**. No puede enviar su declaración por escrito alegando viaje, enfermedad o trabajo. Tal escrito sería un documento, no una testimonial. Es necesaria su presencia física para que pueda ser interrogado por el juez y los abogados. Es la garantía del contradictorio.

La declaración debe recibirse en el Juzgado.

El Código establecía que, a su elección, el Presidente de la República y el Obispo en su diócesis podían declarar en su domicilio o en su Despacho.

Al modificar el art. 143, el D. Leg. 126 amplía el número de personas que gozan de este privilegio, comprendiendo en ella

a los altos funcionarios del Estado a quienes permite prestar su testimonial bien sea en su Despacho o en su casa. Estos funcionarios son: el Presidente de la República, los Senadores y Diputados, los magistrados de la Corte Suprema y Cortes Superiores, el Fiscal de la Nación y Fiscales ante la Corte Suprema y Superior, miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales, del Consejo Nacional de la Magistratura y del Consejo Supremo de Justicia Militar y los Arzobispos y Obispos. Son las excepciones al principio general.

Por enfermedad, incapacidad o vejez, el Juez puede ir al domicilio del testigo para recibirle su declaración en donde también pueden asistir el fiscal y los defensores que quieran repreguntar.

Los diplomáticos extranjeros están eximidos de declarar. Si fueren ofrecidos como testigos, el Juzgado por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores les preguntará si desean hacerlo; ante su respuesta afirmativa, se les remitirá el interrogatorio respectivo. La defensa puede acompañar un pliego de repreguntas.

Los militares en actividad, empleados públicos en servicio y religiosos sujetos a obediencia, juntamente con la notificación para que declaren, el Juez oficiará a la Superioridad respectiva avisándole de la citación a fin de que se les conceda el permiso necesario para concurrir al Juzgado.

## 8.— La confrontación

El Código autoriza la confrontación del inculpado con los testigos y con el agraviado; pero la prohíbe para los testigos entre sí o con el agraviado, que procesalmente tiene la condición de testigo.

Etimológicamente **careo** es colocar “cara a cara” a dos personas.

“Careo es el acto consistente en la confrontación de las declaraciones de testigos o de los procesados entre sí, o de aquéllos con éstos, dirigido al esclarecimiento de la verdad de algún hecho o de alguna circunstancia que tenga interés para el proceso y sobre cuyo extremo las declaraciones prestadas con anterioridad por dichas personas, fueron discordantes”.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Gómez Orbaneja, Ob. cit., p. 183.

Domingo García Rada

El careo tiene como finalidad eliminar dudas y divergencias que aparecen de las declaraciones.

La utilidad de esta diligencia es indiscutible, pues pocas veces aclara algo. Es útil cuando se realiza apenas ocurrido el hecho, estando todo reciente. Pero el transcurso del tiempo permite la aparición de influencias extrañas que interfieren en las declaraciones y a menudo las alteran.

Tres exigencias deben cumplirse para ordenar el careo: a) existencia previa de declaraciones; b) discordancia entre estas declaraciones; c) que revistan importancia para la investigación.

Es acto oral que se transcribe inmediatamente en acta. En la diligencia se hará constar las contradicciones en que incurrir que son inexplicables, ya que todos vieron lo mismo. Siendo uno el hecho, todos los que lo presenciaron deben coincidir en su exposición. El Juez les hará ver lo anterior y la necesidad de que se pongan de acuerdo. De todo se dejará constancia en el acta que será firmada por quienes concurren a la diligencia.

En diciembre de 1973, la Corte Suprema pasó una Circular a las Cortes Superiores haciéndoles presente que las confrontaciones entre el Oficial de Investigaciones y el inculcado eran improcedentes. (A.J. 1973, p. 250)

En forma imperativa y sin fundamento legal, la Corte estima que tales careos son "legalmente inadmisibles", siendo así que no existe ninguna disposición en el Código ni en ley alguna, que las prohíba. Si el legislador lo hubiera deseado, al prohibir la confrontación entre testigos, hubiera agregado que también lo estaban entre inculcado e investigador. Al no hacerlo, debe entenderse que el Juez tiene plena libertad para decretarla si la estima necesaria. No se explica que un Ministro de Estado o Vocal de la Corte Suprema pueda ser confrontado y un Investigador no.

La búsqueda de la verdad puede exigirlo y la Corte hace mal en prohibirlo. Puede ser indispensable y a veces el único medio para aclarar la participación del inculcado en actividades que él niega y que el atestado afirma.

Las razones de respeto a la función que fundamentan la Circular deben ser tenidas presente por el Juez para hacer guardar los respetos debidos al servidor que ha tenido a su cargo la investigación, pero nunca justifican prohibir esta diligencia.

No está de más recordar que las Circulares de la Corte Suprema orientan al Juez pero no obligan pues por no ser ley, carecen de imperatividad. Si el Instructor considera **indispensable** confrontar al inculpado con el investigador que intervino en el atestado, puede hacerlo. Solamente está obligado a la ley y todas las recomendaciones de los Superiores deben ser acatadas en cuanto coincidan con la ley y con su conciencia. Esta Circular se explica porque responde al momento político del cual no supo sustraerse el Poder Judicial.

### 9. – Valoración del testimonio

El Derecho Romano dividía las pruebas en Perfectas, Imperfectas, Simples y Complejas y cada una tenía valor diferente.

El Derecho Canónico señaló reglas para apreciar el testimonio, estableciendo orden de preferencias: el testigo viejo elimina al joven, el rico al pobre, el hombre a la mujer, etc.

En el Derecho Moderno la apreciación toma otro giro. En cada caso debe apreciarse las condiciones personales del testigo, aceptando como inevitable que en cierta medida, contenga una dosis de error.

La valoración y crítica del testimonio se funda en la psicología aplicada. Los antiguos conceptos del derecho resultan insuficientes para alcanzar una exacta apreciación, por lo que es necesario recurrir a la psicología.

Para apreciar la veracidad de una declaración, debemos considerar que existen dos clases de elementos diferenciados: los que podemos calificar de **subjetivos** y recordar que los protagonistas de la tragedia llamada “proceso penal” son seres humanos con temperamentos, caracteres, antecedentes, etc., distintos: tal es el Juez, el agraviado, el procesado, los testigos, etc. Y los que llamaremos **objetivos**, que son los factores externos que intervienen en la captación de los hechos e influyen en el contenido de la declaración: v.g. las condiciones de tiempo, (neblina, tempestad, lluvia, luminosidad, etc.), la hora del evento (noche, día, tarde, etc.), la ubicación con relación al hecho (cerca, lejos), etc.

El éxito de la declaración testimonial reside, en gran parte, en la forma cómo está preparado el interrogatorio. El Juzgado

debe poner suma atención en la confección de preguntas, en las observaciones que formule ante las respuestas del testigo así como en las reticencias, dudas y titubeos del declarante. La pregunta y la forma como el testigo responde debe aparecer en el acta para que el Tribunal Correccional le conceda más o menos valor probatorio. No olvidemos que la técnica moderna ofrece medios para asegurar la credibilidad del testigo y el Código autoriza su uso para determinar “sus condiciones fisiológicas, intelectuales y síquicas” (art. 195 C.P.C.). El testigo puede equivocarse o querer equivocarse y en ambos casos al Juzgado corresponde establecer si realmente declara lo que sabe.

En la prueba testifical intervienen muchos elementos y resulta indispensable la coordinación de gran variedad de circunstancias, para que lo declarado responda realmente a la verdad.

De allí proviene el peligro de falibilidad, sin contar la voluntaria alteración de la verdad. Es decir aunque no intervenga la malicia humana y queriendo decir verdad, siempre hay muchas posibilidades de error.

Siendo prueba indispensable, tiene que actuarse. Para su apreciación por el juez, se deben tener en cuenta las siguientes circunstancias:

- La proximidad de la declaración con el hecho relatado, ofrece mayores garantías de veracidad. Ha habido menos oportunidad de recibir influencias de personas, de periódicos y de los interesados, por lo que con mayor facilidad tenemos un testimonio veraz. La lejanía en el tiempo conspira contra la fidelidad en el relato.
- El interrogatorio debe versar sobre los aspectos principales del hecho; los accesorios no tienen importancia y dan lugar a que el testigo creyendo estar en lo cierto y en su afán de dar una versión completa sobre lo que se le pregunta, rellene las lagunas con datos provenientes de la imaginación o sabidos después, lo cual resta veracidad al relato.
- El testigo solo debe relatar lo que ha caído bajo el dominio de los sentidos y nada más; cuando agregue algo sabido por referencias debe indicarlo, señalando la fuente de información.

- Debe pedirse al testigo que indique cómo sabe lo que relata y cuál es su origen, por qué se encontraba en el lugar de los hechos, que precise día, lugar y hora, con quién estaba en ese momento, qué hacía, etc. Son datos importantes porque acreditan que es testigo presencial y no de referencias.

Los testigos deben ser oídos, en público. Esto significa que en la audiencia lo serán ante el Tribunal reunido en pleno y en el Juzgado con citación de las otras partes, para que pueda ser repreguntado. En el proceso penal no hay testigos ocultos.

- En cuanto al testimonio, debe tenerse presente la precisión del relato, la espontaneidad con que declara el testigo, la coherencia de lo que expone, la firmeza y persistencia en sus declaraciones. La declaración debe ser clara, sin nebulosidades y el Juzgado puede hacer las repreguntas necesarias para convencerse que es testigo veraz y sincero.

Las preguntas deben ser claras y precisas. Cuidar que el tono no influya en la respuesta. No es lícito usar de las llamadas Preguntas Sugerentes o Sugestivas que inspiran el sentido de la respuesta, interviniendo indirectamente en la declaración. Tampoco deben ser capciosas o ambiguas. No está permitido al Juez formular amenazas ni promesas.

- No debe pedirse al testigo que diga más de lo que recuerda ni exigirle que “haga memoria”, pues con personas temerosas, esta exigencia de la autoridad judicial, y con el deseo de satisfacer las órdenes, pueden llenar los vacíos de la memoria con su imaginación.
- Estando prohibido el careo o confrontación entre testigos, si existieren discrepancias en las versiones testimoniales, el Juez podrá interrogar al testigo sobre lo que afirma el otro y viceversa de modo que sin la presencia física de ambos, queden aclaradas las dudas o bien que cada uno se mantiene en su afirmación, quedando a criterio del Juzgado apreciar cuál es la verdadera versión. En cambio no están prohibidas las confrontaciones entre procesado y testigo; si existiere discrepancias, el medio de resolverlas es el careo.
- El Juez debe tener presente que no siempre la firmeza con que se conduce el testigo es sinónimo de verdad, porque

eso depende del carácter de quien declara. A veces sujetos timoratos que se expresan en forma insegura ofrecen relatos de gran veracidad. Otras veces personas muy seguras de sí, para no dar un relato incompleto, lo rellenan con las referencias y dicen como visto lo que en realidad lo saben de oídas.

- Si bien es verdad que la incoherencia en el relato es sinónimo de falsedad, no siempre la coherencia lo es de la verdad, pues un testigo preparado y hábil hace un relato coherente que puede ser totalmente falso. La duda no siempre es mentira y a veces cuando dice solo que le consta y duda en lo demás, es garantía de veracidad.

El valor probatorio del testimonio humano lo establece el Juez meritando en su conjunto todas las pruebas actuadas. No hay testigos privilegiados ni prueba única, puesto que ni la misma confesión releva al Juez de allegar otras evidencias. La prueba aclara hechos y establece detalles, pero la autoría y la responsabilidad solo fluye como resultado de toda la probanza.

La Verdad Legal a que aspira todo juzgador solo se alcanza apreciando y meritando el conjunto de las pruebas actuadas en el proceso penal. El Código establece que el Tribunal Correccional apreciará las pruebas con criterio de conciencia y entre ellas está la testimonial.

#### 10.— La Preventiva

Dentro de la Prueba Testimonial, el Código coloca a la declaración de la víctima del delito. Tiene un nombre propio: **Preventiva**. Esta ubicación tiene una consecuencia legal: la declaración del agraviado está sujeta a los mismos requisitos del Testimonio con las modificaciones propias de su condición de perjudicado con el delito.

Todo agraviado tiene la obligación de concurrir al Juzgado para declarar sobre la forma cómo ocurrieron los hechos, la participación que le ha cabido en el delito de que ha sido víctima, así como las demás circunstancias del evento. Está obligado a prestar juramento, excepto que tenga parentesco estrecho con el procesado, dentro del grado que el Código señala, en cuyo caso declarará sin juramento. Tiene, como todo testigo, la obligación de decir verdad y si faltare a ella queda sujeto a la sanción



que la ley penal establece para los autores del delito de Falso Testimonio.

Tanto la Preventiva como la Instructiva son diligencias necesarias en todo proceso penal y el Juez debe recibirlas, como lo ordena la ley. Mediante ellas el Juzgado conocerá las versiones de quien sufre el agravio y de quien lo infiere; el primero procurará magnificarlo y el segundo acreditar que fue provocado, recayendo la culpa en la propia víctima que con su actitud lo empujó al delito. El examen del agraviado es obligatorio. (R.J.P. 1954, p. 1002)

Existe un peligro en la preventiva: su parcialidad y a menudo rencor, contra quien le ha causado daño físico o patrimonial. La víctima no puede ser imparcial, ni objetiva. Al relatar la forma cómo tuvo lugar la agresión, procurará demostrar que toda la culpa recae en el agresor. Existe otro riesgo de distinto carácter: que por temor a la represalia, por haber recibido dinero de los familiares del procesado o viendo el estado de pobreza en que ha quedado el hogar, cambie la declaración favoreciendo al procesado. En tal caso al Juez corresponderá interrogarlo con cuidado y mediante hábiles preguntas esclarecer la verdad. Además, pese al descargo de la preventiva, si hay otras pruebas que producen certeza, el delito quedará comprobado.

El D. Leg. 126 introduce una sustancial modificación en la sistemática del código. Conforme a su anterior redacción, el art. 143 establecía como obligación del juez el recibir la preventiva del agraviado. Esto no siempre era posible por ignorancia o ausencia del perjudicado o por temor a represalias de parte del inculcado o de sus familiares.

En su nueva redacción, el art. 143 establece que la declaración preventiva es facultativa, es decir el agraviado puede o no prestarla y si lo hace voluntariamente no le obliga el juramento. Solamente cuando el juez la ordena, de oficio o a pedido del Ministerio Público o del inculcado, es obligatorio el rendirla bajo juramento.



Domingo García Rada

## CAPÍTULO XIX

*1. – La Pericia. 2. – Su naturaleza. 3. – Pericia y testimonio. 4. – El Perito. 5. – La Pericia. 6. – Garantías de la prueba pericial. 7. – El dictamen pericial. 8. – La diligencia de entrega y ratificación. 9. – Perito de parte. 10. – El Intérprete. 11. – Valoración de esta prueba.*

### **1. – La Pericia**

Paralelo al deber de testificar se encuentra el deber de peritar que consiste en la obligación que tienen determinadas personas, poseedoras de título oficial que acredita el dominio de una ciencia o arte o con conocimientos prácticos especiales, de aceptar la designación del Juzgado para realizar determinada declaración de conocimiento, valorativa de un hecho.

A diferencia del testimonio, el deber de peritación tiene límites más estrechos en cuanto a su extensión. Solo alcanza a personas que poseen especial preparación en alguna ciencia o arte, las que están obligadas a poner sus conocimientos al servicio de la justicia. Incurren en responsabilidad, si faltan a la verdad.

Si la persona llamada a servir de perito se encuentra al servicio del Estado, este deber se convierte en obligación salvo que exista impedimento legal que lo exima.

La elección de peritos por el Juzgado recae en quienes posean determinadas aptitudes y preparación científica. Estas cualidades le otorgan idoneidad para resolver las cuestiones

técnicas surgidas en el desarrollo de una prueba para cuya apreciación la justicia necesita de colaboración técnica.

Para establecer la responsabilidad del procesado, el juez requiere apreciar en su justo valor las pruebas aportadas. Pero a menudo *para la valoración de alguna de ellas, son necesarios conocimientos especiales. Entre el juez y la prueba no se da la inmediatez que es nota esencial para la apreciación de los hechos.*

Esto es lo que justifica la intervención del perito y su ubicación dentro de las pruebas.

## 2. — Su naturaleza

La naturaleza jurídica de la pericia es cuestión debatida en el campo procesal existiendo diversas corrientes.<sup>28</sup>

Unos consideran al perito como **medio de prueba** por cuanto proporciona al juez el conocimiento de un objeto de prueba; no es prueba en sí pero hace posible apreciar una ya actuada. Es la corriente clásica que viene desde el Código Napoleón y que la siguen muchos autores modernos como Fenech y Florián.

Otros autores, consideran que la pericia sirve de intermediaria entre la prueba y el juez, actuando el perito por delegación y como **auxiliar del juez**. Gómez Orbaneja y Prieto Castro siguen esta orientación.

Schonke y Guasp consideran que el perito actúa por delegación del juez pero sirve de medio. Son **pareceres eclécticos**.

Para Mittermaier, el perito a veces actúa a órdenes del juez y otras en forma independiente, por lo cual no se le puede catalogar ni como auxiliar del juez ni como medio probatorio. Es **prueba sui-generis**. Sigue esta orientación Viada-Aragoneses al reconocer que en unos casos es medio probatorio, en otros actúa por delegación, pero existen algunas pericias en que no son ni lo uno ni lo otro, como es el caso del intérprete.

Nuestro parecer ha variado. Siempre hemos calificado al perito de medio de prueba al hacer posible apreciar la ya actuada por el juez.

---

28 Viada-Aragoneses, I, p. 373.

Pero estudiando mejor la ubicación de la pericia y sus varias clases, creemos que es una prueba *sui - generis* como la denomina Mittermaier. A veces ilustra al juez y opina sobre lo que se le muestra: es el caso de la mancha para determinar si es de sangre, de grasa o de semen. En otras ocasiones, el perito sirve a la parte e ilustra al juez, como es el caso del perito de parte, cuyo dictamen puede fundamentar una decisión judicial. En unos casos constata la causa de la muerte; en otros dice algo más: la calidad personal del autor del hecho, como es el caso del aborto. Al servir de intérprete se limita a traducir en el idioma del país lo que dice el testigo o el inculpado, sin agregar nada ni emitir parecer.

Su campo de operación es muy vasto y no puede ser ubicado rígidamente como medio de prueba, pues a veces es algo más. Sin embargo las legislaciones lo consideran como medio de prueba.

### 3.— Pericia y Testimonio

Cómo el peritaje integra el campo de la prueba, durante mucho tiempo se ha considerado al perito como un testigo especializado “una especie de testigo técnico”, dice Carnelutti.

Pero existen diferencias sustanciales:

- a) El testigo depone sobre hechos pasados, que se han producido antes de iniciarse el proceso penal; el perito aprecia hechos presentes que emanan de la instrucción;
- b) El testigo nace de circunstancias y es anterior al proceso. El perito nace de un auto del juez, cuando el proceso está iniciado;
- c) El testigo refiere hechos que han caído bajo el dominio de sus sentidos, sin formular comentarios sobre los mismos; relata lo que ocurrió, tal como lo vio. El perito analiza lo que no ha visto ni conocido personalmente para sacar conclusiones; no relata sino examina hechos pasados, cuyos efectos subsisten;
- d) El testigo no puede ser reemplazado, es obligación personalísima. El perito puede ser cambiado y se designa a otro técnico;

- e) En el testimonio prevalece la memoria; en la pericia, la técnica. El testimonio es representativo; el peritaje es racional, lógico.

Dice Carnelutti que mientras el testigo se coloca frente al juez para ser examinado; el perito se coloca al lado del juez para ayudarlo a examinar una prueba. Leone dice: el testigo refiere, el perito valora.

Pero tienen cosas en común:

- 1) Ambos deponen sobre percepciones sensoriales: el testigo sobre lo que ha visto y el perito sobre lo que ha examinado.
- 2) Tienen la obligación de aceptar el nombramiento o citación y concurrir al juzgado para ser examinado por el juez y absolver las preguntas que se les formulan.
- 3) Tienen la misma exigencia de prestar juramento y de decir verdad, incurriendo en delito si incumplen esta obligación.
- 4) Las mismas causales de inhabilidad les afectan y por ellas pueden ser tachados.
- 5) Cometten en el mismo delito, si incumplen el deber de veracidad: el Falso Testimonio previsto y penado en el art. 334 C.P.

#### 4. — El Perito

El Código no contiene ninguna disposición que señale los requisitos que debe reunir el perito. Se limita a decir que el Juez designará “de preferencia a especialistas, donde los hubiere”. Se da preferencia al experto con título profesional. No habiéndolo, se escogerá al profano entendido en la materia, aunque careciere de diploma alguno. El juez tiene libertad para designar a cualquier persona que considere idónea para realizar la pericia. Solo en último caso nombrará a persona de reconocida honorabilidad. La ley presume que el hombre honrado, de recta intención, dará opinión conforme a su leal saber y entender y eso basta.

Cuando el ejercicio de determinada ciencia o arte se encuentra reglamentado, es fácil determinar quién puede ser perito. Pero en aquella ciencia o arte cuyo estudio no culmina con la obtención de un título —v.g. la grafología— el Juez puede nombrar a quien conoce de la materia sin estar sujeto a que reúna determinado requisito.

Se define al Perito diciendo: "Es la persona que poseyendo conocimientos especiales en una ciencia o arte determinado, informa al Juez bajo juramento sobre los aspectos de un litigio que se vinculan con la materia de su especialidad".

Tiene plena libertad para practicar todas las operaciones y experimentos que la ciencia prescriba. Lo importante es que el peritaje sea completo y sus conclusiones claras para que orienten al juzgado en la investigación de la verdad.

El Juez carece de conocimientos técnicos especiales. Tiene los generales de todo abogado y aun los especiales del magistrado, pero no tiene por qué conocer determinada ciencia o arte, ajena a su profesión. En tales casos necesita de la colaboración de quien está enterado de aquella materia; la pericia resulta así indispensable. (A.J., 1948, p. 141)

El perito a menudo pone al descubierto una prueba. Mediante sus conocimientos, el Juez adquiere convicción sobre ciertos hechos que de otro modo permanecerían ignorados.

Las mismas causas de inhabilidad que afectan a los testigos, también son de aplicación para los peritos: por ejemplo el Secretario del Juzgado no puede ser perito y si en la provincia fuera el único técnico apto para el cargo, deberá ser reemplazado en su oficio a fin de que pueda ser designado como tal.

La recusación y la excusa se aplican para los peritos y las mismas causales de los testigos los afectan a ellos.

En el auto que nombra peritos, el Juzgado deberá señalar plazo para realizar la pericia, procurando que sea suficiente. Si se ordena un reconocimiento médico, solo se requerirán de pocos días, pero si es un examen psiquiátrico, entonces el plazo será mayor, pues tal reconocimiento requerirá meses.

En los delitos contra el patrimonio es indispensable la pericia, valorizando las especies sustraídas para determinar si es delito o falta. La Corte ha declarado:

"Es nula la sentencia si no se ha cumplido con mandar hacer la valorización pericial de los objetos del delito a fin de determinar si se trata de delito o falta". (A.J. 1967-1969, p. 301)

Según la pericia a realizar, el término será diferente y el juez al señalarlo, deberá evitar que los peritos pidan ampliación.

Es conveniente señalar plazo, dado que la duración de la instrucción no debe exceder de los cuatro meses. La demora en entregar el dictamen no debe servir de excusa al Juez cuando se excede del término legal.

Vencido el señalado y no entregado el dictamen, dice el Código que el Juez lo “compelerá” para su entrega, dentro de los dos días siguientes. La ley considera que ha habido tiempo suficiente para realizar la pericia y solo falta redactar el dictamen correspondiente.

**Causales de incapacidad.** Existen causas de inhabilidad. Unas tienen carácter general y quienes las sufren no pueden ser peritos en ningún proceso. En cambio otras solo afectan a la persona en relación con determinada instrucción y pueden ser peritos en cualquiera, menos en aquella.

Veamos la incapacidad general. No pueden ser peritos en ningún proceso penal: **los incapaces**. La incapacidad puede provenir por resolución judicial, como es la interdicción; o determinada por la carencia de conocimientos técnicos, como es el analfabeto o quien no tiene instrucción superior; o por tener impedimento físico, como es la ceguera que impide peritar sobre cosas que se perciben por la vista. Los **insanos mentales** judicialmente declarados, por ser la sanidad de mente el sustento de todo juicio valorativo. Los que sufren detención corporal por delito común, por cuanto carecen de la libertad ambulatoria necesaria para realizar cualquier pericia. Los **profesionales suspendidos** o no inscritos en el respectivo colegio, que están impedidos de ejercer la profesión y la pericia es una forma de actividad profesional.

En estos dos últimos casos la incapacidad no es rígida pues si el delito por el cual sufre detención no tiene nada que hacer con la pericia –v.g. lesiones por negligencia– o se trata de profesional retirado, no inscrito en el colegio médico, entonces si no hubiera otro técnico en la región, el juzgado puede designarlo perito. El aporte científico que pueda ofrecer no se verá afectado por esta causal de incapacidad. Si la detención proviene de estar procesado por delito doloso –v.g. aborto, homicidio, robo, etc.– en que existe malicia y revela falta de moral profesional o personal, entonces es indudable que el juzgado, aunque fuere el único técnico, no debe designarlo perito. La presencia de una

causal de incapacidad, como regla general, impide la designación de quien la sufre, como perito en un proceso penal.

Incapacidad especial. Puede darse el caso de quien teniendo capacidad general, sin embargo existe impedimento para que actúe como perito en determinado proceso. Tal ocurre cuando es testigo presencial y le corresponde declarar en esta condición; el pariente cercano tiene impedimento, pues consciente e inconscientemente procurará favorecer a quien está unido con vínculos de parentesco. Igual cosa cabe decir de la concubina pues aunque carezca de todo título legal, sin embargo la vinculación afectiva impedirá emitir opinión objetiva. El acreedor o deudor, el tercero civil, etc., tienen el mismo impedimento de falta de objetividad. Los encausados por el mismo delito o delitos conexos tendrán indudable interés en favorecer al procesado. La obediencia jerárquica o vinculación personal o comercial, situación de subordinación, etc., impide actuar como peritos. Estas relaciones de parentesco, afecto, etc., se refieren tanto al inculcado como a la víctima de delito.

La situación de los auxiliares de justicia es diferente. Como regla general no pueden actuar de peritos; pero si fueren los únicos técnicos de la región, entonces serán designados peritos y el juzgado nombrará a otra persona para que lo sustituya. Esta situación puede presentarse en la designación de intérprete cuando el único que conoce el idioma del procesado fuere el secretario del juzgado, caso en el cual éste será reemplazado por un testigo actuario.

## **5. — La pericia**

Es declaración de conocimiento, necesaria para la valoración de una prueba; ordenada por el Juez y realizada por personas distintas a las del Proceso, que son expertos en la materia a peritar.

Carnelutti dice que la pericia consiste en “un no saber del Juez, y un saber del perito, esto es en una comunicación de éste a aquél”.

En el auto que el Juzgado nombra los peritos, indicará el objeto de la pericia en forma precisa. Es decir la materia que es sometida al examen de los técnicos y sobre la cual recaerá el informe respectivo.



Domingo García Rada

Para que exista pericia, es necesario que se observen las exigencias legales, que son las garantías de esta prueba.

No todo informe evacuado por especialistas es pericia; es insuficiente que sea apreciación técnica sobre un hecho. Objetivamente considerado contiene la opinión de un entendido emitida sobre un objeto que está sujeto a examen. Pero desde el punto de vista legal, tal documento no es pericia, porque se ha realizado sin las garantías que establece el Código. Tales informes no son pericias; son declaraciones de técnicos emitidas sin las exigencias de ley.

Leone califica a la pericia como “declaración técnica acerca de un elemento de prueba”.

La pericia nace de la necesidad de proporcionar al juez conocimientos científicos de los que carece. La pericia soluciona problemas extra-penales, dice Carnelutti.

Puede decirse que lo que caracteriza a la pericia es ser declaración técnica sobre una prueba, emitida por un especialista en la materia y con las garantías que la ley establece. Si falta alguna de estas exigencias, puede ser parecer técnico, quizás de calidad, pero no es la pericia en la forma que la ley prescribe.

Como notas de la pericia, Ángel Gustavo Cornejo<sup>29</sup> señala tres:

- Es **comisión** del Juzgado, que constituye mandato judicial;
- Es **operación mental** que constituye opinión técnica sobre algo que el Juez no puede hacer por carencia de conocimientos especiales o por falta de instrumentos científicos;
- Es **parecer del perito** que no obliga al Juez quien puede aceptarla o no. El Juzgado le ha pedido una opinión técnica, no le ha delegado la función del juzgamiento.

**Clases de Pericias.** La doctrina las agrupa en:

1. **Examen de personas.** Tratándose de inculpado, la pericia establecerá el estado de salud mental para determinar su responsabilidad.

---

29 Derecho de Procedimientos Penales, p. 110.

Tratándose de agraviados, el examen de la víctima es indispensable para establecer la lesión y la inhabilidad derivada de ella, indicando número de días de asistencia médica y de incapacidad para el trabajo. En los delitos contra la honestidad, determinando la violación o si solamente es atentado contra el pudor. En los delitos contra el honor sexual, el reconocimiento médico debe ser inmediatamente después de cometido el delito, para que tenga valor probatorio. (A.J. 1932, p. 24)

2. **Examen de cadáveres.** Mediante la autopsia, determinar la causa de la muerte.
3. **Examen de huellas y manchas** que quedan en vestidos, cosas, pavimentos y paredes y establecer su naturaleza y origen.
4. **Examen biológico** de sustancias y cosas: examen del revólver, vestidos, instrumentos contundentes, cuchillos, etc. Tiene como objeto establecer, si han tenido alguna utilización en la comisión del delito. Tal es el caso de las huellas dactilares y ver si corresponden al inculpado.
5. **Examen de animales.** Puede darse el caso de que se afirme que la muerte fue causada por un animal, en cuyo caso conviene examinarlo y establecer si pudo haber sido en la forma que se indica; la respuesta afirmativa haría desaparecer el delito, quedando la vía civil.

**Finalidad de la Pericia.** En cuanto a su finalidad, la doctrina la divide en:

1. Establecer la identidad del agresor, determinando edad, sexo, particularidades anatómicas y fisiológicas;
2. En lo relativo a la muerte: fecha y causa del deceso;
3. En lesiones: causa y naturaleza de éstas, modo cómo han sido causadas, instrumentos utilizados, traumatismos e incapacidad;
4. En envenenamiento: calidad y cantidad de la sustancia ingerida y si ha sido la causante de la muerte;
5. En honor sexual: virginidad, desfloramiento, embarazo, etc.
6. En delitos contra la vida: causa de la muerte, si ha sido por mano extraña; si hay aborto; en infanticidio, si ha habido vida post-uterina.

7. Sobre responsabilidad del procesado: determinar su estado de salud mental.

#### 6.— Garantías de la prueba pericial

- a) **Número.** La ley ordena que se nombren dos peritos, a fin de que sean dos, los pareceres y puedan aportar mayores conocimientos en el examen a practicar.

Solo en casos excepcionales — v.g. huellas que desaparecen con el tiempo — se permite que el Juez designe un perito. Pero más tarde se nombrarán otros dos quienes estudiarán el primer examen y reconocerán las cosas “en cuanto sea posible” dice la ley. Los tres peritos concurrirán a la diligencia de entrega y reconocimiento y deberán absolver las preguntas que se les formulen.

- b) **Competencia.** La ley pide que se nombren profesionales y especialistas; solo si no los hubiere, el Juez designará a personas de reconocida “honorabilidad y competencia en la materia”. (art. 161). Se entiende que esta competencia se refiere al conocimiento que pueda tener una persona no técnica sobre lo que es objeto del peritaje. Tratándose del nombramiento de técnicos, el título profesional debe ser adecuado a la pericia v.g. un ingeniero para una inspección ocular, un médico para constatar lesiones, etc.
- c) La **imparcialidad** se asegura mediante el juramento prestado en el momento de entregar la pericia. Las tachas se permiten para evitar que el designado tenga algún impedimento que le prive de actuar como perito, pero deben formularse antes de la entrega del dictamen.
- d) **Garantías de la Instrucción.** Como toda diligencia judicial, la designación de peritos debe ser comunicada a quienes intervienen en el proceso (inculpado, parte civil, tercero civil y fiscal), para que puedan objetarla si existiere impedimento. En la diligencia de entrega y ratificación podrán intervenir las personas del proceso; el inculpado y la parte civil pueden ser asesoradas por peritos para pedir aclaraciones y formular preguntas; los peritos oficiales tienen la obligación de contestarlas; redactando una síntesis de sus argumentos. En esta diligencia puede modificarse y ratificarse el dictamen y ella integra la pericia. (A.J., 1942, p. 291)

- e) **Nombramiento.** Como norma general, el nombramiento de peritos corresponde al juez de la causa y lo hará mediante auto. La designación del perito de parte corresponde a quien lo ofrece.

Como la L.O.M.P. confía la carga de la prueba al Fiscal, preguntamos: ¿los peritos tienen que ser pedidos y ofrecidos por el Fiscal Provincial o pueden ser designados de oficio por el Juzgado?

Siendo la pericia una prueba, su ofrecimiento incumbe al Ministerio Público. Pero como el art. 161 no ha sido derogado, al Juez corresponde nombrarlos de oficio y si no son profesionales al servicio del Estado, en el mismo auto les designa sus honorarios.

Es decir tanto la pericia como el testimonio, la reconstrucción o cualquiera otra prueba, corresponde ofrecerla al Ministerio Público y actuarla al Instructor. Pero también puede este magistrado decretarla de oficio y realizarla con citación del Fiscal Provincial y defensores.

Como en Lima, capitales de departamento y en algunas provincias, existen técnicos al servicio del Estado, en ellos deberá recaer la designación. Cuando exista Servicio Médico-Legal o Morgue, a estas entidades corresponde practicar las pericias anatómicas que sean necesarias. Lo mismo cabe decir del Gabinete de Técnica Policial para el examen de vísceras, manchas, etc. En estos casos –que es el de Lima– el juez no debe hacer ninguna designación porque está dispuesto que estos organismos del Estado sean los encargados de las pericias anatómicas necesarias en los procesos penales. En las provincias en que no exista organizado el Servicio Médico-Legal o no haya Morgue, entonces el Juez Instructor deberá designar a los peritos que practiquen la autopsia, reconozcan las lesiones, etc. Esto explica que cuando se formula atestado policial por homicidio, lesiones, honor sexual, etc., la policía da cuenta de haber remitido el cadáver a la Morgue o haber hecho reconocer al agraviado por los médicos legistas, limitándose el juzgado a solicitar el protocolo o el certificado respectivo.

#### **El deber de ser perito**

Todo técnico designado perito tiene la obligación de aceptar el cargo, salvo que tuviere impedimento legal; si en el lugar existe técnico que trabaja para el Estado, por mandato de

la ley, el juzgado debe nombrarlo de preferencia a cualquiera. Al ser designado, el juez le señalará un honorario, excepto que estuviere al servicio del Estado, caso en el cual la pericia será gratuita. (D.S. 015-79-PM, de 11-6-77). El cumplimiento de este deber tiene tres etapas:

- a) Deber de comparecencia. Como el Código no exige la aceptación previa, este deber se cumple cuando el perito entrega el dictamen al juzgado.
- b) Juramento. En la diligencia de entrega, los peritos juran haber desempeñado el cargo con imparcialidad. La infracción a este deber de fidelidad constituye delito.
- c) Informe. Es la esencia del deber. Consiste en expresar en conciencia e imparcialmente, los resultados del examen practicado. El Informe o dictamen pericial siempre es escrito pero en la diligencia de entrega lo repiten oralmente o se remiten al informe presentado. Excepcionalmente cuando en la audiencia, el Tribunal manda practicar una pericia y los peritos la realizan a continuación — v. g. edad del acusado — entonces informan oralmente al tribunal del resultado de su examen, de todo lo cual queda constancia en acta. Salvo este caso de la audiencia, en todos los demás, el informe pericial siempre es escrito. Luego de la ratificación, los peritos deberán absolver las preguntas y aclaraciones que le formulen el juez, Fiscal, inculpado y parte civil. Los peritos tienen la obligación de contestar estas preguntas, pudiendo ratificarse en su dictamen, modificarlo o rectificarlo sustancialmente. Todo lo que ocurra en la diligencia de entrega y ratificación constará en el acta respectiva que suscribirán quienes intervienen en ella. Esta acta integra el dictamen pericial.

Carnelutti destaca un deber de los peritos: guardar secreto. El perito tiene la obligación de guardar secretas las conclusiones de su trabajo, así como todo lo relacionado con él. Este secreto dura lo que la instrucción y solo concluye cuando el proceso termina mediante sentencia o auto. Debe aclararse que el secreto que concluye con el proceso, es aquella parte relacionada con la instrucción —v.g. la edad, lesiones, causa de la muerte, etc.— Pero lo relativo a circunstancias relacionadas con el examen practicado, eso no concluye nunca, puesto que forma parte del secreto profesional del médico y este último subsiste indefinidamente.

## 7. – El dictamen pericial

Practicadas las operaciones periciales y los exámenes que sean necesarios, los peritos se reunirán en privado para deliberar. La deliberación será sin la presencia de extraños, a fin de que tengan absoluta libertad para exponer su parecer y concordar o no, en las conclusiones. El examen puede ser público –v.g. la autopsia– pero en algunos casos deberá ser en privado –v.g. examen de los genitales–; la deliberación siempre será en privado. Como resultado se extiende el llamado Dictamen Pericial.

Este documento comprende tres partes:

- a) Descripción de la persona o cosa, objeto del examen, indicando su estado en el momento de realizar el examen;
- b) Relación de las operaciones practicadas, indicando el método científico seguido, así como los resultados;
- c) Conclusiones a que han llegado en vista del examen pericial y como resultado de haber aplicado los principios científicos indicados.

Las conclusiones constituyen la parte más importante del dictamen: Son el resultado de la pericia y es el aporte técnico que se ha solicitado.

Emitido el dictamen, los peritos se presentarán al Juzgado para entregarlo personalmente y ante el juez realizar la última etapa de la pericia: la diligencia de entrega y ratificación.

El informe pericial deberá ser firmado por los dos peritos, si es que estuvieren de acuerdo en sus conclusiones.

Si discreparen, cada perito por su cuenta presentará un informe; en la diligencia, los peritos presentarán los dos informes.

Entre la conclusión del informe y señalamiento de día para la entrega, el dictamen podrá ser conocido por las partes, a fin de enterarse de su contenido y preparar las preguntas aclaratorias.

Es facultad del Juez ordenar el secreto de las diligencias de la instrucción, cuando lo considere indispensable para los fines investigatorios; el secreto solo podrá durar pocos días. Esta facultad puede ejercerla tratándose del dictamen pericial.

El secreto concluye el día de la entrega y ratificación. A su vez, las partes pueden pedir ampliación de la diligencia o nueva

Domingo García Rada

fecha para la entrega, cuando necesiten preparar el interrogatorio respectivo.

#### **8. – La diligencia de entrega y ratificación**

El Juzgado señalará día y hora para la entrega y ratificación del dictamen pericial; es diligencia importante, puesto que no puede expedirse sentencia sin que esté ratificado el dictamen presentado por los peritos del juzgado. (A.J., 1944, p. 130). La notificación permitirá al inculpado y a la parte civil asistir acompañados del perito designado por ellos y llevar preparado el interrogatorio para las preguntas y aclaraciones que absuelvan los peritos. El examen que practique el juez es obligatorio y personal. (A.J., 1963, p. 264). Lo ordena el art. 168.

Presentes los peritos, el juez les tomará juramento de haber procedido imparcialmente; luego les preguntará si ellos son los autores del dictamen y finalmente si se ratifican en su contenido. Esta es la primera parte de la diligencia.

La segunda parte consiste en las preguntas y aclaraciones que se soliciten a los peritos, que deberán absolver obligatoriamente.

La tercera es el debate contradictorio. “Si hubiera contradicción en los dictámenes, el juez abrirá un debate”, dice el art. 167. Al hablar en plural, la ley se refiere a que los dos peritos pueden presentar cada uno un dictamen separado si es que tienen opiniones diferentes. También se refiere a la discrepancia entre el dictamen oficial y el de parte.

Los peritos oficiales están obligados a absolver las preguntas y hacer las aclaraciones que se les soliciten y redactar “en síntesis, los argumentos expuestos”.

Cuando los dos peritos coinciden en su opinión – que es lo frecuente – presentan un solo dictamen; pero si discrepan pueden presentar cada uno un informe por su cuenta, que serán materia del debate. Si el Instructor no estuviere satisfecho con ninguno de los dictámenes, puede designar otros peritos. Esto no lo dice la ley, pero no prohibiéndolo puede hacerlo siempre que sea necesario para descubrir la verdad.

En esta diligencia los peritos pueden modificar en parte o en todo, su dictamen o pedir plazo ampliatorio para redactar uno nuevo, con los elementos de juicio recién aportados. Esta

diligencia integra la pericia, pues lo que en ella se diga, modifica o completa el dictamen presentado antes. (A.J., 1942, p. 291)

Si la parte pidiera al juez la citación de su perito para que concurra a esta diligencia, el juez deberá hacerlo, pues la intervención de las partes del proceso constituye una de las garantías del contradictorio.

Las preguntas impertinentes pueden ser objetadas y el juez resolverá si deben o no ser contestadas.

Si para absolver alguna pregunta, los peritos consideren necesario dialogar en privado, practicar algún reconocimiento o examinar el expediente, pueden solicitarlo al juez quien accederá y si fuere necesario, suspenderá la diligencia por breves momentos o por días, según el caso.

#### **9. — Perito de parte**

El procesado y la parte civil tienen derecho a designar a un técnico para que, participe en el proceso, asesorándolo en las diligencias que sean necesarias —v.g. inspección ocular, y entregar y ratificación del peritaje—. Lo ayudará a formular las preguntas que convengan a la defensa.

Como notas propias indicaremos: es uno solo; su designación no tiene carácter oficial, puesto que lo nombra el propio interesado; no presta juramento; no le afectan incompatibilidades y no está obligado a concurrir a la diligencia de ratificación, pudiendo entregar las preguntas al abogado para que las formule como propias.

Al permitir la ley que el inculpado y la parte civil designen un perito por su cuenta dice “cuyo dictamen se agregará a la instrucción”. (art. 165)

Constituye un informe técnico que el juzgador debe apreciar y si cree que tiene fundamentos sólidos, puede apoyarse en él para el juzgamiento.

La ley no exige ningún requisito al perito de parte y no puede ser tachado. De manera que puede ser hermano de quien lo ofrece como tal. Naturalmente que cuanto mayor objetividad ofrezca el dictamen y más calidad científica presente el perito, su dictamen tendrá más peso en la decisión final del proceso.



Aunque la ley no exige nada, sin embargo es indudable que debe recomendarse que el perito de parte sea técnico, pues si no lo fuere, vale poco o nada su parecer frente a los oficiales del juzgado; el juicio de un experto tiene más peso en el ánimo del juzgador, que la opinión de un empírico. Debe ser **objetivo**, es decir emitir opinión basada en los hechos examinados; cuanto más imparcial sea este parecer, mayor influencia puede tener en la decisión del juzgado. Carecer de **incompatibilidades**, pues aunque no es susceptible de tacha ni existe impedimento en que un hermano sea perito en el proceso seguido con motivo de las lesiones a otro hermano, sin embargo el carecer de estos impedimentos le concede autoridad moral. Tener **capacidad** por las razones anteriores, para que este dictamen pueda ser comparado al emitido por los peritos oficiales y aun ser preferido por el juzgador.

La ley solo dice que el peritaje de parte se agregará a los autos, pero es indudable que debe ser apreciado por el juez, como toda prueba que corra en el expediente.

La oportunidad para presentar el dictamen, u ofrecer el perito, es durante la investigación para que pueda concurrir a la diligencia de entrega y ratificación y allí formular preguntas a los técnicos oficiales. Si lo hace después, solo lo tomará en cuenta al sentenciar, pero ya no podrá interrogar a los peritos.

## 10.— El Intérprete

Carnelutti lo llama Perito Impropio, pues actúa para completar la prueba documental, testifical o la propia declaración del inculcado. Su actividad no prueba ningún hecho en el proceso, pero hace posible apreciar una declaración prestada en idioma no oficial. Es, pues, prueba pericial.

Cuando el inculcado o el testigo ignore el castellano, es necesario designar a una persona que domine ambos idiomas —el oficial y el del declarante— para que asista a la declaración y traduzca la versión de quien declara. Por su conducto se harán las preguntas y se recibirán las respuestas.

Por auto del juzgado, se nombrará intérprete el que debe prestar juramento de traducir bien y fielmente la declaración del testigo. De acreditarse alteración maliciosa, será culpable del delito previsto en el art. 334 del C.P.

Si el declarante fuese sordo-mudo alfabeto, el interrogatorio será escrito en sus preguntas y respuestas. Pero si fuere analfabeto, se designará un intérprete entendido en el lenguaje de la mímica.

Si el juez conociere el idioma de quien va a declarar, no siendo este el español, siempre debe nombrar intérprete para que las demás partes que participan de la reunión puedan entender lo que se habla.

En el expediente deberá constar la declaración en ambos idiomas.

### **11. – Valoración de esta prueba**

El valor probatorio de todo dictamen pericial será el que le conceda el Juzgador según las reglas de la crítica. Tomará en cuenta la competencia de los peritos; la uniformidad o disconformidad en sus opiniones; los principios científicos en que se apoyan y la concordancia del dictamen con los principios lógicos y con las demás pruebas actuadas en la instrucción.

Las reglas de la crítica son ciencia y experiencia. La ciencia es el conocimiento que tiene todo magistrado de las reglas de la Lógica que regulan el conocimiento humano. La experiencia es el aporte que ofrece el saber del Juez y el que adquiriera en el ejercicio de la función.

El dictamen no determina el curso de la instrucción. Lo contrario sería aceptar que los peritos reemplazan al Juez. El Instructor apreciando el dictamen según las reglas de la crítica y las pruebas actuadas, le concederá o no determinado valor probatorio. Es el Juez quien resuelve y no el perito. La opinión pericial es importante, pero no obliga al Juez. (R.J.P. 1972, p. 218)

Sin embargo en muchos casos, la pericia resulta decisiva. Si el técnico dice que determinada sangre es humana, el Juez no puede afirmar que es de animal, salvo que otra opinión erudita justifique este parecer.

Toda resolución del Juzgado debe tener fundamento y si el proceso ha requerido de pericia técnica, ella sirve para sustentar el parecer judicial. Cuando esta opinión está en oposición a otras pruebas, el magistrado puede inclinarse por estas últimas y desechar la primera. La libertad que la ley otorga al Juez no es arbitrariedad, sino que le permite apoyarse en las pruebas que

Domingo García Rada

considere convincentes. Esto lo obliga a apreciarlas y decidirse por la que le produzca certeza legal.

Con la finalidad de adquirir esta certeza, el Juzgado debe buscar las pruebas de mayor categoría probatoria y apoyarse en ellas. Por lo general será el dictamen pericial, pero si este documento está en oposición a las demás probanzas y el Instructor considera que estas últimas tienen mayor calidad probatoria, se apoyará en ellas y desestimará el parecer técnico. El peritaje orienta la opinión judicial, pero no la decide. Siempre prevalece el parecer del Juez.

## CAPÍTULO XX<sup>30</sup>

*1. – Identificación y reconocimiento. 2. – La autopsia y el protocolo. 3. – Exhumación. 4. – Examen de vísceras. 5. – Lesiones. 6. – Aborto. 7. – Enajenación Mental. 8. – Examen médico del inculpaado y de testigos. 9. – Aporte de la Ciencia en el proceso penal.*

### 1. – Identificación y reconocimiento

Cuando se comunica a la autoridad judicial la muerte de una persona el juez debe actuar dos diligencias que constituyen etapas a seguir:

1. – La identificación y el reconocimiento del cadáver.
2. – La autopsia, hoy llamada necropsia, practicada en la morgue.

Debemos diferenciar la **Identificación** del **Reconocimiento**. La primera tiene por objeto establecer quién es la persona cuyo cadáver se ha encontrado. El Reconocimiento constata el aspecto

---

30 En el título de Diligencias Especiales, el Código agrupa las pruebas diferentes de la testifical y de la pericia, colocándola sin orden ni concierto. El mismo nombre es inexacto, pues toda diligencia judicial es especial en cuanto cumple una determinada finalidad.

Para su mejor estudio y por razones didácticas, dividiremos este título en dos grupos, según sean las pruebas reguladas. En el primero estudiaremos las Pericias Anatómicas que tienen como centro al ser humano; y en el segundo a las demás Diligencias Judiciales, que son aquéllas practicadas por el juez en el curso del proceso.

exterior que presenta el cadáver tanto las lesiones externas como las ropas, postura, etc.

**La identificación.**— Tiene como notas propias: **acto procesal** que solo puede ser verificado en un proceso penal, por el propio Juez que así resulta el sujeto activo de la identificación. Es **acto formal** que tiene una sola finalidad: identificar al cadáver. Es **escrita**, pues los datos recogidos deben ser trasladados al papel inmediatamente, único modo de asegurar su permanencia y que más tarde puedan ser utilizados por el juzgador. También puede darse la identificación de personas vivas, en cuyo caso será necesario la presencia de testigos y del agraviado. Tratándose de cadáveres en que falta la expresión que da la vida, la fotografía no siempre es exacta y puede ser desvirtuada mediante los llamados “trucos fotográficos”. La fotografía constituye un elemento auxiliar, pero siendo único, es insuficiente.

Para identificar un cadáver, al Juez se le presentan varias posibilidades. 1º Cuando la víctima lleva documentos personales, como es el Carnet del Seguro Social u otros. La tarea se cumple rápidamente y el Juzgado conoce el nombre de la persona cuya muerte se investiga. 2º No se encuentran documentos personales en el cadáver. Entonces el Juez llama a quienes lo descubrieron, o manifiestan conocer al occiso o a las personas del barrio donde fue hallado. Mediante estas declaraciones, el Juzgado logra identificar al cadáver. 3º Fracasas las investigaciones, pues nadie manifiesta conocerlo. La publicidad periodística facilita esta labor: se expone el cadáver en la Morgue durante 24 horas y allí concurren las personas que tienen parientes desaparecidos para saber si es aquél a quien buscan. Si nadie lo identifica, el Juzgado ordena sacar fotografías, guardar sus ropas y datos sobre el lugar del hallazgo para más tarde ver si se logra descubrir la identidad, ordenándose entre tanto la inhumación del cadáver.

Si bien es cierto que para abrir instrucción es indispensable que se encuentre individualizado el presunto autor, en cambio no es la del perjudicado y puede abrirse instrucción en agravio de persona desconocida.

Tiene importancia legal establecer la identidad del agraviado:

- a) Enterarse de su relación con el procesado y conocer los motivos determinantes del delito. Por otra parte el nombre

de la víctima es el primer paso para descubrir al autor del delito, si es que se ignorara.

- b) Inscribir en el Registro de Estado Civil la muerte de una persona, ordenada por el Juez Instructor, que tiene atribución para ello. Esta anotación tiene importantes consecuencias legales para la vida en sociedad: herencia, disolución de la sociedad matrimonial, extinción de la acción penal, supresión del nombre en el Registro Electoral, etc.

Para la identificación de cadáveres, la ciencia ofrece numerosos métodos científicos. Señalaremos dos: el de las Huellas Digitales, y el de la Fórmula Dental.<sup>31</sup>

La primera –Dactiloscopía– se basa en las impresiones dejadas por los relieves papilares de las yemas de los dedos de las manos o sea de su cara palmar. El documento que lo recoge se llama Dactilograma. De allí el nombre de Impresiones Digitales.

Debido al sudor y grasitud natural de los dedos, cuando éstos se apoyan sobre una superficie lisa –papel, vidrio, mueble, espejo, etc.– queda reproducido el dibujo-impresión de las líneas en relieve de las papilas. En las yemas de los dedos son numerosas y nítidas y sirven para identificar a una persona, pues no existen dos huellas digitales iguales. Son medio seguro para establecer a quién pertenecen esas huellas. Se fundan en que no varían en toda la vida y sólo desaparecen con el cadáver en putrefacción. Según Nerio Rojas, “no se han encontrado dos individuos con las mismas particularidades dactiloscópicas”.

El procedimiento identificatorio de la Fórmula Dental es más moderno. Por su número y diversidad de singularidades, los dientes proporcionan datos para identificar a una persona.

Las señales dentarias de cada persona se componen de particularidades anatómicas, patológicas y protésicas y determinan que cada individuo tenga una fórmula dental propia. El conjunto de los caracteres físicos de los dientes diferencian a un individuo de todos los demás, incluso hasta después de la muerte, porque resisten a la putrefacción del cadáver. La ficha dental es un medio preciso para identificar a un individuo.

---

31 Para dactiloscopía, Nerio Rojas, *Medicina Legal*, Tomo II, p. 14., Buenos Aires 1942. Para la Fórmula Dental, Prof. Ciro Simorín Barcelona, 1962, p. 869 y siguientes.

Domingo García Rada

La dactiloscopia sirve para los criminales que siempre dejan sus huellas dactilares; la fórmula dental es usada en las catástrofes en que desaparecen casi todos los demás elementos y solo quedan los dientes como únicos datos. La dificultad en esta fórmula es que no todas las personas se revisan periódicamente la boca ni los dentistas tienen la precaución de anotar las particularidades en la respectiva ficha dentaria.

Tratándose de las víctimas del delito, puede ser empleada con éxito la fórmula dentaria. Para los agresores siempre tendrá mayor valimiento la huella dactilar.

El Reconocimiento. A menudo es labor conjunta con la Identificación. Es prueba directa y personal del Juez. Permite que el instructor aprecie de visu las ropas y atuendos que el occiso usó en vida, las huellas dejadas en el forcejeo, si lo hubo, la postura en que quedó al caer, las lesiones externas, los desgarramientos en el vestido, etc. Estos datos recogidos por el Juez constituyen valioso aporte para la investigación judicial. Como la identificación, el reconocimiento es acto procesal, formal y escrito.

En su desarrollo, como diligencia doble, después de establecer la identidad seguirá con el examen externo del occiso en el mismo lugar donde se encuentra el cadáver y después de anotar en el acta: postura, aspecto externo, ropas, etc., procederá a examinar a la persona que se presume autor. De no haberlo, interrogará a vecinos y curiosos; para que digan de quién se sospecha; también preguntará sobre la identidad del muerto, sus costumbres y si han visto cómo ocurrieron los hechos.

Es un momento de espontánea sinceridad que la justicia debe aprovechar. Vecinos y curiosos declararán lo que sepan sin haber sido advertidos, ni tampoco pensado sobre lo que deben y lo que no deben decir. Estas declaraciones son de insospechable valor probatorio. Los datos que el Juzgado recoja sobre el hecho, instrumento usado, si estaban a la mano o fue llevado especialmente, quiénes participaron y en qué forma, si fueron varios o uno solo, etc., son valiosísimos.

## **2. — La Autopsia y el Protocolo**

Toda muerte ocasionada por causas no naturales requiere autopsia, salvo que los familiares presenten certificado médico que acredite que el occiso padecía de enfermedad cuyo final era

la muerte, que podía ser súbita o no. Es decir, ha habido asistencia facultativa antelada, aunque el deceso fuera imprevisto en el momento y lugar.

Si la atención médica se refiere a dolencia no susceptible de muerte violenta, entonces será necesaria la autopsia.

El médico que otorga el certificado de defunción, responde su veracidad y comete delito (art. 357 C.P.), si adoleciere de falsedad.

En caso de muerte violenta no es suficiente la percepción judicial inmediata del cadáver, aun cuando la herida sea aparentemente grave y pueda determinar el deceso o por lo menos, presumir que tal lesión lo ha ocasionado. Siempre es necesaria la autopsia para establecer si esa lesión, aparentemente de necesidad mortal, es lo que ha determinado la muerte; o si ha sido inferida *post mortem*.

Se entiende por muerte violenta aquella ocasionada por haber mediado un hecho extraño en su acaecimiento, ajeno al desarrollo normal de la vida.

Debe diferenciarse Muerte Violenta de la Sospechosa de Criminalidad. La primera también llamada súbita o repentina, es la que ocurre en circunstancias totalmente imprevistas. Son dos los requisitos: rápida e inesperada. A menudo la muerte súbita es sospechosa de criminalidad, excepto cuando se acredita que el occiso tenía asistencia facultativa regular. El certificado médico acredita el motivo del deceso desapareciendo toda sospecha de criminalidad: la muerte es de orden natural o patológico, sin caracteres delictuosos.

Solo cuando se ha producido una muerte violenta o súbita sin asistencia médica anterior, el Juzgado ordenará la autopsia para establecer legalmente cuál es su causa.

Así como el Reconocimiento es el examen externo del cadáver, señalando lo que se observa a la vista o se palpa al tacto; así también la autopsia es el examen interno del cadáver con la sola finalidad de establecer la causa de la muerte, y precisar si fue por arma de fuego, instrumento cortante, punzo-cortante, medios químicos; por mano propia o ajena; de necesidad mortal o si ha habido concausa; número y clase de heridas, etc. Son los datos técnicos que los expertos aportan a la justicia y que tiene



decisivo valor probatorio. El examen externo es insuficiente, pues los casos de envenenamiento, derrame interno o muerte por electricidad, solo pueden aclararse mediante el examen interno.

El reconocimiento lo verifica el Instructor, que es quien realiza la diligencia; en cambio en la autopsia son los peritos quienes la llevan a cabo.

Los fines de la autopsia son: establecer la causa de la muerte, los medios que la produjeron y el tiempo en que ocurrió. Los datos sobre el traumatismo céfalo-craneano, el uso de arma de fuego, indicando si el disparo fue con mano propia o ajena; o si el arma blanca empleada es cuchillo, lezna, florete, punzón, etc., son valiosos para establecer la responsabilidad y peligrosidad del agente, si hubo defensa o provocación de la víctima, coparticipación de otras personas, ocasional o premeditado, o si el arma empleada fue instrumento de trabajo. Apreciando estos hechos el Juez puede determinar los móviles y demás circunstancias calificativas del delito.

En cuanto a las condiciones de la autopsia, el Prof. Valdizán<sup>32</sup>, dice:

- a) Debe ser **metódica**, es decir llevada a cabo con orden para no olvidar comprobaciones que está obligado a hacer;
- b) Debe ser **completa**, es decir, abrir las tres cavidades que señala la ley y examinar todo lo que sea necesario para establecer la causa de la muerte. Una autopsia mal hecha difícilmente se reconstruye y los datos omitidos no pueden descubrirse más tarde. Si por precipitación se hizo mal esta pericia, los datos no recogidos están perdidos para la justicia, pues la descomposición opera rápidamente y las partes blandas desaparecen.
- c) Debe ser **descriptiva**, dictando el médico a su ayudante cuanto vea con especificaciones de forma, color, dimensiones, situación y peso.

El **Protocolo de Autopsia** es la declaración de conocimiento emitida por los técnicos como consecuencia del examen interno practicado en el cadáver, para establecer la causa de la muerte.

Consta de tres partes o secciones.

---

32 Elementos de Jurisprudencia Médica, Lima 1930, p. 96.

- a) **Examen externo.** Consiste en la descripción externa del cadáver: sexo, raza, estatura, color de ojos, pigmentación, grado de nutrición, ropa que lleva puesta y lesiones externas que presenta, así como la causa de la alteración de los tejidos superficiales.
- b) **Examen interno.** Apertura de las tres cavidades: craneana, torácica y abdominal y de los miembros superiores e inferiores si fuera conveniente.

En caso necesario deberán abrir la cavidad raquídea.

Señalarán las diagnósis anatómicas de las alteraciones descubiertas en el cadáver producidas por la lesión que las hubieran ocasionado.

- c) **Conclusiones.** Las conclusiones se referirán a la naturaleza de las lesiones que ocasionaron la muerte, el instrumento empleado, posición del agresor y del agredido y las demás particularidades del hecho, especialmente si la lesión fue inferida por mano propia o por mano ajena.

Conforme a ley, la autopsia tiene como finalidad principal el establecer la causa de la muerte. A esto se agrega señalar el instrumento usado para la agresión, forma que ha revestido, etc.

Aunque tiene que emplear lenguaje técnico, sin embargo debe ser accesible a los profanos, fácil en su expresión y conciso en su redacción. Basándose en datos objetivos y ciertos, no sobre presunciones, el Protocolo como pieza técnica de contenido médico-legal, es el aporte científico en la instrucción para determinar el motivo de la muerte. Su valor procesal es indiscutible; las sospechas de criminalidad desaparecen si los médicos afirman que la causa es de orden natural; o al contrario se confirma si en las conclusiones se determina un motivo extraño como causante del deceso. El Juez puede apartarse de este parecer médico, siempre que existan pruebas suficientes para destruir las aseveraciones que contiene.

Requiere ratificación en diligencia especial. Es allí donde el Juez y las partes — que pueden asistir acompañadas de un perito cada una — puedan pedir aclaraciones y formular observaciones que los médicos están obligados a contestar. Esta diligencia integra el protocolo, y lo que en ella se establezca puede modificar sus conclusiones.

Caso especial de autopsia, es cuando se trata de un recién nacido, en el cual la ley dispone que “se examinará si ha vivido después o durante el nacimiento, si había llegado al completo desarrollo y si nació en condiciones de viabilidad” (art. 179)

### **3. – Exhumación**

La Exhumación –de “ex” fuera y “humus” tierra– es la acción de desenterrar un cadáver. Cuando se trata de cambio de sepultura, existe una tramitación administrativa para autorizar la mudanza de nicho y otorgado el permiso del Ministerio, se procede al traslado. Aparte de este caso, solo puede desenterrarse un cadáver mediante una orden del Juzgado de Instrucción.

En dos casos procede la exhumación del cadáver:

- a) El Juzgado tiene noticia de la comisión de un delito de homicidio cuando ya se ha producido el entierro. Entonces en el auto apertorio de instrucción, ordena la exhumación y la autopsia a fin de esclarecer la causa de la muerte. Si se acredita que ha existido delictuosidad, el médico que otorgó el certificado de defunción ha cometido delito contra la Fe Pública. (art. 367 C.P.)
- b) La instrucción por delito de homicidio está en trámite y en ella corre el protocolo de autopsia; pero en la diligencia de entrega se aprecia la necesidad de ampliar el examen interno, por lo cual el Juez ordena la exhumación para una nueva comprobación por los mismos o por otros peritos.

En estos casos, la autopsia ofrece pocas posibilidades de éxito, por cuanto la descomposición del cadáver dificulta la investigación.

### **4. – Examen de Visceras**

Toda muerte sospechosa de criminalidad exige autopsia. Pero puede ocurrir que juntamente con ella, sea necesaria la práctica de alguna otra diligencia.

A veces junto al cadáver se encuentra un frasco con sustancias sospechosas. El frasco debe ser remitido al laboratorio, pues puede contener veneno y ser ésta la causa de la muerte.

Otras veces al abrir las cavidades, en el estómago se encuentran residuos alimenticios mezclados con sustancias

viscosas, que pueden contener veneno. En este caso los peritos extraerán dichos residuos y en frasco cerrado y lacrado, lo enviarán al laboratorio para su examen. En Lima será remitido al de la Facultad de Medicina o al de Técnica Policial para su examen toxicológico; en provincias el Juez designará peritos laboratoristas.

Hay casos en que existen dos pericias: la autopsia realizada por dos médicos y la toxicológica practicada por dos laboratoristas. Si no hubiere laboratorio en la provincia, deberá ser remitido el frasco a la más próxima ciudad que cuente con ellos, pues necesita de aparatos y sustancias especiales de que no dispone el empírico.

También requiere de dos dictámenes, cada uno firmado por dos peritos. Pueden ser ratificados conjuntamente, en la misma diligencia y uno después del otro, pues persiguen la misma finalidad: descubrir la causa de la muerte. Todos los peritos tienen la obligación de absolver las preguntas que se les formulen. Los cuatro peritos deberán asistir a la diligencia de entrega y ratificación.

Los técnicos deben poner sumo cuidado en este examen de vísceras, porque las intoxicaciones alimenticias presentan semejanza con ciertos venenos y sin embargo en ellas no existe delictuosidad.

Veneno es toda sustancia que introducida en el organismo humano, es susceptible de producir trastornos en la salud, pudiendo provocar la muerte. Los venenos son de muchas clases: animales, vegetales, minerales, químicos, etc.

La autopsia establece que la causa de la muerte es probablemente, por envenenamiento, pero solo el examen toxicológico de las vísceras señala la clase de sustancias y si ha sido ingerida en cantidad suficiente, capaz de producir la muerte. Si la sustancia venenosa hubiera sido introducida después de la muerte, para despistar sobre el motivo verdadero, es fácil establecerlo, determinando si el deceso se debe al veneno y en que momento fue ingerido.

Entiéndese por vísceras, los órganos internos del hombre que quedan al descubierto como consecuencia de la apertura de las cavidades. Por lo general es en la abdominal donde se

alojan las sustancias venenosas y es allí donde se encuentran los líquidos que acompañan a su ingestión.

Al practicarse la autopsia y hallar esta sustancia, los peritos las extraerán del cadáver y preparadas en formol, se colocarán en frascos sellados y lacrados para remitirlos al Gabinete de Toxicología, donde serán examinadas, anotando su identidad.

El examen toxicológico practicado en la sustancia remitida, debe indicar su naturaleza si fue ingerida con algún líquido y en cantidad suficiente para causar la muerte; su color y sabor, para conocer si fue de fácil ingestión o debió ser mezclada con otra sustancia; su solubilidad, etc. Estos datos acreditan la preparación y premeditación de su autor.

En la diligencia de ratificación y entrega, los peritos deberán absolver las preguntas que se les formulen así como las aclaraciones que se les soliciten, pudiendo ser citados a la audiencia. La diligencia puede ser una sola para los peritos de la autopsia y los del laboratorio, pero el examen debe ser separado para cada uno, por tratarse de materias diferentes.

La Parte Civil y el acusado tienen derecho para designar un perito y en su compañía concurrir a la diligencia. También puede presentarse el dictamen de parte. Si lo pidieran, el Juez debe aceptar que el perito de parte concurra a la autopsia y al examen toxicológico, ordenando la notificación correspondiente. Más tarde podrá intervenir en la diligencia de ratificación.

## **5. — Lesiones**

La lesión es perturbación en la integridad física o en el equilibrio funcional. Comprende desde el simple rasguño hasta la supresión de un miembro. No es necesaria la pérdida anatómica de un órgano, basta perder el uso. El C.P. emplea la palabra Daño.

La lesión puede afectar a la anatomía del ser humano, en el esqueleto; y en el funcionamiento, la fisiología. Constituye lesión tanto el cercenamiento de un órgano como su debilitamiento o mal funcionamiento.

Estas alteraciones en la salud física o mental de una persona requieren ser apreciadas pericialmente por técnicos —los médicos— a fin de que el juzgador conozca la Incapacidad y sus

consecuencias presentes y futuras. El objeto de este examen es la **Pericia Médico-Legal**.

El peritaje debe comprender los siguientes datos:

- 1) Clase, naturaleza y ubicación de la lesión;
- 2) Medio empleado para producirla;
- 3) Efecto de la lesión, indicando si es permanente o transitorio, presente o futuro;
- 4) Si la lesión fue producida por acto propio o por acción ajena;
- 5) Señalar la incapacidad para el trabajo como consecuencia de la lesión;
- 6) Indicar la asistencia médica que requiere su curación.

Este examen tiene consecuencias importantes desde el punto de vista procesal: determina si el hecho constituye delito o falta; si es procedente la libertad provisional; la peligrosidad del agente; las consecuencias posibles de la lesión, pues a veces quedan huellas indelebles; y el monto de la reparación civil.

Sobre lo que debe contener una pericia, la jurisprudencia declara: "Los dictámenes médicos deben expresar el tiempo y la clase de incapacidad en caso de lesiones; si la agraviada llegó a la pubertad, en caso de delitos contra la honestidad; y los dos peritos deben examinar personalmente a la persona o cosa sin que sea admisible que uno se limite a reproducir lo expresado por otro". (A.J. 1916, p. 404). El dictamen debe ser explícito y prolijo dada la importancia que tiene como elemento probatorio.

El Código Sanitario, (Decreto-Ley N° 17505) considera delito las lesiones graves producidas voluntariamente a sí mismo.

El informe pericial debe referirse a los siguientes puntos:

- 1) **Arma o instrumento empleado.** Tiene importancia establecer el arma empleada. Acredita su ocasionalidad si se ha usado el instrumento de trabajo — v.g. el zapatero que para herir utiliza la lezna que emplea en la labor diaria —; este uso no revela peligrosidad ni preparación del hecho por el agente. Si el ataque es con arma de fuego, la deflagración de la pólvora indicará la cercanía del disparo que puede provenir de la discusión acalorada, mientras que si ha sido hecho a distancia, determinará otras circunstancias.

- 2) **Huellas Indelebles.** La gravedad de la lesión es importante. En las leves transcurridos algunos días, desaparece toda huella, Sin dejar vestigio alguno. Pero las lesiones graves desaparecidas las consecuencias fisiológicas, dejan rastro en la persona. Son las llamadas Huellas Indelebles.

Los resultados son diversos, según el lugar donde se encuentren y la persona de quien se trate. Las huellas indelebles en el rostro constituyen deformación permanente y afectan sensiblemente la presencia física de la persona; más grave será si se trata de mujer que de hombre, de persona joven que anciana, y si es artista que doméstica. Generalmente las lesiones que dejan huellas indelebles son producidas por arma blanca, mordeduras, quemaduras, etc.

- 3) **Puesto en peligro la vida.** Es otro punto que debe considerar el certificado, pero resulta difícil establecerlo. Solo puede hacerse mediante inferencias y como deducción del sitio de la herida, el arma empleada, la forma y circunstancias del hecho, etc.

Poner en peligro la vida es haber causado un daño que constituye peligro real y evidente para la víctima. No es necesario que la herida sea grave, basta que exista peligro: v.g. un disparo que rozare la mejilla pone en peligro la vida y sin embargo la lesión es leve. Es importante establecer si hay amenaza de vida para calificar la peligrosidad en el agente.

- 4) **Causado enfermedad incurable.** Debe diferenciarse la huella indeleble, del debilitamiento y de la enfermedad incurable. En la primera, cicatrizada la herida, queda huella pero sin trastorno alguno; en el segundo el debilitamiento puede quedarse estabilizado, sin causar otros trastornos: tal es el caso del brazo anquilosado en que hay disminución de la función pero sin dolor ni enfermedad. En cambio la enfermedad incurable afecta a todo el individuo: tal es el caso del disparo cuya bala quedó en el cuerpo y como consecuencia acelera desproporcionadamente el proceso esclerótico. Aparentemente no hay lesión física, pero sí dolencia incurable derivada de la agresión.
- 5) **Pérdida de algún miembro u órgano.** Es la lesión grave causada por la pérdida de un órgano, v.g. un ojo. Aunque

el órgano de la visión está integrado por los dos ojos, sin embargo el criterio jurídico establece que la pérdida de uno de ellos equivale a la de un miembro u órgano. En realidad es el debilitamiento del órgano de que habla el Código.

- 6) **Circunstancias que intervienen en la calificación del delito.** Los peritos tienen una doble función: desde el punto de vista médico describen la lesión sufrida y determinan su clase y demás consecuencias. Desde el punto de vista legal, indican aquellas circunstancias que constituyen elemento importante para su calificación.

Pero deberán limitarse a aquellas que fluyen del examen médico sin ir más lejos en su parecer. Por ejemplo, al hablar de la lesión con arma de fuego, precisar la distancia en que se hizo el disparo; tratándose de lesión con arma blanca, indicar su clase. Estos hechos objetivos fluyen de la lesión y al médico corresponde indicarlos. Al juzgador compete deducir las consecuencias de orden jurídico del hecho anotado por el perito: de ser arma blanca, ver si puede constituir instrumento de trabajo.

## 6.— Aborto

El aborto constituye atentado contra la vida de la madre y del feto. La vida intra-uterina no es mera promesa, sino realidad en cuanto constituye una etapa en la formación del ser humano.

El aborto es la expulsión violenta y prematura del feto por medios provocados, sin considerar condiciones de edad, viabilidad o formación.

La pericia del aborto debe comprender:

- 1º **Estado de embarazo.** Para comprobar la preñez no basta la simple mirada del juez. Tampoco es suficiente que la mujer afirme estar grávida, no solo por temor al engaño, sino también por el error de cálculo o de sintomatología en que puede incurrir la propia interesada. Es necesaria la comprobación médica, pues solo el facultativo puede dar diagnóstico exacto que acredite legalmente el estado de embarazo.

Aun existiendo sintomatología —por simulación o por error—, si no hay embarazo, no puede haber aborto. Es requisito esencial establecer el estado de embarazo previo,



si se realizan maniobras abortivas sin preñez no existe aborto. En caso de revestir cierta gravedad, puede haber lesiones.

- 2º **Expulsión violenta del feto.** El examen médico deberá acreditar la expulsión violenta del feto. En los primeros meses de embarazo puede darse el caso de que la mujer no expulse el feto muerto y entonces es necesaria la intervención del cirujano para extraerlo. En todos los demás, la expulsión es consecuencia de la muerte del feto. Lo que quiere la ley para que exista aborto, es que se acredite la muerte del feto. La expulsión es consecuencia de la muerte y por su objetividad es fácil comprobar el delito. Si se establece la muerte del feto como consecuencia de las maniobras abortivas pero no hay expulsión violenta, sino mediante operación quirúrgica, siempre existe delito por haberse dado el supuesto previo que es la muerte.

Debe acreditarse que la muerte se ha debido a maniobras abortivas extrañas, no a circunstancias naturales como puede ser una caída. En este último caso no existe delito.

- 3º **Causas que determinan el aborto.** Es otro de los requisitos de esta pericia anatómica: determinar la causa del aborto, puesto que puede existir aborto y no ser delictuoso.

Para determinar el aborto, es necesario que los peritos médicos indiquen los instrumentos utilizados para llevarlo a cabo a fin de establecer la calidad profesional de su autor. Al hablar de lo que debe comprender este peritaje, la ley dice que indicarán "los probables autores" del aborto. Sería un error pretender que los peritos indiquen el nombre del autor. Lo que quiere la ley es que en la pericia, por la forma como se ha llevado a cabo la operación abortiva, se precise si sus autores son expertos en la materia, si tienen conocimientos técnicos, solo nociones elementales de la ciencia médica o son empíricos, con ignorancia absoluta en estos quehaceres.

Al indicar si el aborto ha sido practicado por un médico, una obstetrix o una comadrona, un experto o un empírico, contribuirán a desentrañar el problema jurídico de la autoría que plantea todo proceso penal.

Como las huellas de la expulsión desaparecen a los pocos días, la pericia debe practicarse de inmediato, puesto que de no acreditarse el delito quedará impune.

## 7. – Enajenación Mental

La penalidad en el Derecho moderno parte del concepto de la responsabilidad del hombre. Tiene como fundamento que el ser humano procede con libertad y que al decidirse en uno u otro sentido, actúa en forma independiente. La libertad humana constituye el fundamento de la responsabilidad penal.

Existen casos en que la autodeterminación en el actuar se encuentra restringida o anulada por diversos factores. Pueden provenir de lesiones orgánicas o deberse a alteraciones psicológicas que afectan sus condiciones volitivas y, por consiguiente, su responsabilidad. La presencia de estos factores patológicos determinan la disminución o desaparición de la responsabilidad.

Para que exista responsabilidad penal es necesaria la presencia de dos elementos: 1º **inteligencia** o **discernimiento** que nos da la noción del bien y del mal; 2º **libre voluntad** para escoger entre el bien y el mal. Toda causa que elimina una u otra condición o que solamente la restrinja, hace desaparecer o atenuar la responsabilidad.

La alienación suprime la responsabilidad. Al lado de ella existen alteraciones síquicas que no revisten los graves caracteres de la enajenación, pero cuya presencia atenúa la responsabilidad. En el primer caso la pena es reemplazada con una medida de seguridad; en el segundo no procede cambiar la sanción, pero sí disminuir la duración de la pena.

El art. 85 C.P. señala los casos de exención de pena y en su primer inciso comprende al que: “comete el hecho punible en estado de enfermedad mental, de idiotez, o de una grave alteración de la conciencia y no posee en el momento de obrar la facultad del apreciar el carácter delictuoso de su acto o de determinarse según esta apreciación”.

En su interpretación, la jurisprudencia suprema ha establecido:

- a) si la autora del doble homicidio ha cometido el hecho en un momento de desequilibrio moral, está exenta de pena, pero debe aplicársele medida de seguridad (AJ. 1943 p. 445).
- b) quien procede por grave alteración de la conciencia, está exento de pena (RJP. 1949 p. 939).

- c) la embriaguez que produce perturbación mental transitoria y no permite al inculpado darse cuenta del carácter delictuoso del acto, es causal de exención (RJP. 1954 p. 351).
- d) la emoción violenta es atenuante; pero cuando impide apreciar el carácter del hecho, hay exención de pena (R.F. 1956 p. 266).
- e) la grave alteración de la conciencia, puede provenir de estados no morbosos y también producirse por el terror o emoción violenta, si el sujeto sufre estados obsesivos de fácil reacción que comprometen la conciencia (RJP. 1970 p. 615).

Cuando el juez tuviere algún fundamento serio para considerar que el procesado sufre de enajenación mental “o de otros estados psicológicos”, dice el Código, lo hará reconocer por peritos siquiátricos. El reconocimiento no constituye prejuzgamiento. En el curso de la instrucción el Juez tiene oportunidad para examinar personalmente al procesado — en la instructiva, en la confrontación, etc. — y darse cuenta si ofrece algún desequilibrio. No es necesario que esté seguro de que padece de enajenación mental, basta que note anormalidades — permanentes o transitorias, profundas o superficiales — para que lo ordene.

Todo hecho que pueda “alterar o modificar la responsabilidad” debe ser esclarecido y el único modo es mediante el examen por peritos. Estas alteraciones pueden modificar en mayor o menor grado la responsabilidad del presunto autor. El defensor puede pedir este examen siquiátrico (R.T. 1933 p. 299)

El art. 189 establecía que era facultad del Instructor, ordenar el reconocimiento del inculpado por dos médicos siquiátricos, a fin de determinar su responsabilidad; y permitía que el agente fiscal y el inculpado, por su parte, pudieran nombrar un perito cada uno.

La vigente L.O.M.P. convierte en atribución lo que era facultativo. Establece que el Fiscal Provincial en lo Penal debe “solicitar el reconocimiento del inculpado por médicos siquiátricos” (art. 95, inc. 4º).

Es el único caso en el cual el Código determina la profesión y especialidad del perito: Dice que lo “mandará reconocer por dos peritos siquiátricos”. No admite que sea uno ni tampoco que

en caso de no haberlo, puede nombrar a persona de reconocida honorabilidad y competencia, como lo dispone en términos amplios el art. 161. Si en la región no existiere ningún médico siquiatra, el juez ordenará el traslado del inculpado a ciudad donde los hubiere, para que puedan servir de peritos.

Practicado el examen siquiátrico – cuya realización requiere tiempo – los peritos pueden llegar a diversas conclusiones:

- 1º Queda establecido que no es enajenado. Así lo declaran y la instrucción continúa su curso;
- 2º Que ha pasado solo por una perturbación transitoria, que no excluye su responsabilidad, aunque puede atenuarla. Lo harán saber al juzgado, quien concluirá y dará término al proceso; en la sentencia apreciará esta circunstancia como atenuante, mas no eximente de pena;
- 3º El inculpado sufre de enajenación mental. En vista de este parecer, el juzgado lo remitirá al asilo de insanos – dice la ley – y elevará la instrucción al Superior para que determine lo conveniente. No se puede juzgar a insanos (A.J. 1960, p. 126).

La pericia deberá indicar si la insanidad de mente es anterior al delito, caso en el cual no sería imputable y solo procedería dictar una medida de seguridad; o es posterior, en que procede disponer su internamiento en el establecimiento respectivo hasta su curación y cuando la alcance, ser sometido al juicio oral y juzgado por el delito cometido cuando era responsable. Entre tanto la instrucción quedará reservada en el Tribunal.

La pericia siquiátrica reviste suma importancia. Los peritos deben opinar acerca del estado mental del procesado y de su antigüedad, establecer si los trastornos, taras o anomalías han suprimido o solamente disminuido la conciencia del acto y por consiguiente su responsabilidad. Apreciando el mérito de esta opinión técnica, al juzgador corresponde resolver si es o no imputable. Si el juez tuviere duda sobre el estado mental, es necesario el examen siquiátrico; si no hubiere tal examen, la sentencia es nula. (R.T., 1938, p. 81; R.T., 1942, p. 385). No se puede juzgar al insano.

Como toda pericia, el parecer técnico no obliga al Juez. Lo ilustra pero no reemplaza su criterio. Si considera que la pericia

oficial padece de error, puede apartarse de ella, exponiendo las razones en que se apoya. La parte civil puede presentar su parecer técnico y el que lo suscribe objetar el examen de los peritos oficiales. A su vez el Juez puede apoyarse en este documento, si encuentra que la otra no le satisface.

En cuanto al agraviado, es necesario recordar que aunque se dicte medida de seguridad o se reserve el proceso, su derecho a ser indemnizado no sufre perjuicio. Tiene expedita la vía civil, para demandarlo ante el Juzgado de Primera Instancia, no teniendo otra limitación en el tiempo que el de la prescripción.

#### **8. – Examen médico del inculpado y de testigos**

El Código establece que si el inculpado enfermase, el Juez dispondrá su traslado a un hospital “tomando las seguridades necesarias”, de lo cual avisará al Tribunal Correccional. (A.J., 1910, p. 621)

También puede ordenar el examen del testigo y del acusado “para determinar sus condiciones fisiológicas intelectuales y síquicas” dice el art. 195. Debe entenderse que este examen médico de un extraño al proceso, como es el testigo, solo procede en lo que se relaciona con el testimonio vertido ante el juez: así por ejemplo si se afirma que el testigo es corto de vista y no pudo presenciar el accidente ocurrido a distancia, el juzgado puede ordenar su examen por un oculista.

Si el Fiscal o el defensor solicitaren un examen del testigo sobre algo que no tuviera relación directa e inmediata con la declaración prestada ante la justicia –v.g. que padece de enfermedad venérea o que es homosexual– el Tribunal no puede acceder al pedido porque ello no está vinculado a la credibilidad de la testimonial. El testigo tiene derecho a su intimidad que el juez está obligado a respetar. Si como razón se esgrimiera que siendo el agresor homosexual, el testigo está inclinado a favorecerlo, ello no justifica tal examen, pues el juez apreciará la declaración según las reglas de la crítica, que le permiten lograr una apreciación exacta del testimonio vertido.

Solamente el acusado –que tiene sus derechos recortados por el estado de procesamiento– puede ser sometido a exámenes, siempre que tengan relación directa o indirecta con el delito o el juez lo considere indispensable para el éxito de la investigación.

En cuanto a la **valoración de la pericia**, el dictamen emitido como consecuencia de estos exámenes médicos constituye un valioso aporte en la investigación judicial. No es decisivo, pues el Juez puede apartarse de él, pero para hacerlo requiere de prueba que lo justifique, como sería el caso de un fundamentado dictamen de parte.

Un dictamen pericial bien hecho contribuye eficazmente para determinar el delito, su gravedad y sus consecuencias.

### **9. – Aporte de la Ciencia en el proceso penal**

Los conocimientos científicos pueden ayudar en el descubrimiento de la verdad y corresponde a la justicia aprovecharlos. La técnica moderna debe servir para alcanzar los fines del proceso penal. El Juez de Instrucción puede y debe emplear los medios de prueba que sean idóneos y pertinentes. Todos son admisibles siempre que no se opongan al Derecho como fin supremo que rige la vida de los pueblos.

El hombre es el centro del proceso penal. Tiene derecho a su intimidad y a su conciencia. La Inviolabilidad del cuerpo humano es derecho sagrado de la persona: así por ejemplo, cuando es necesaria la palpación para descubrir si tiene oculta alguna arma, se emplea persona del mismo sexo para no ofender su pudor.

Todo progreso científico que contribuya a esclarecer la verdad, sin atentar contra los fines del Derecho, debe ser aceptado por la justicia penal y utilizado en el proceso. Solamente se exige que constituya aporte efectivo para el descubrimiento de los hechos: tal es el caso de la fotografía, de los Rayos X, de los Roentgen, del uso de películas, de las cintas magnetofónicas, etc. Los peritos pueden emplear esta técnica en su examen y aplicarla; explicarán el sistema usado, sus alcances y consecuencias del mismo.

Lo que no permite la ley es el empleo de drogas que sin garantizar la verdad de una declaración, atenta contra los más elementales derechos de la persona humana. No debe olvidarse que a todo procesado se le presume inocente mientras no se dicte sentencia condenatoria y como tal tiene derecho a su intimidad, a no declararse culpable, etc. La justicia debe respetarlos porque son derechos inviolables de la persona humana.

Domingo García Rada

El Código admite que el procesado oculte la verdad, le permite la mentira y por eso no le toma juramento. Si dice cosa distinta de lo ocurrido, no comete delito de Falso Testimonio. Si se confiesa autor del delito, la ley obliga al Juez a que procure otras pruebas que corroboren este dicho, pues es insuficiente para acreditar su responsabilidad. La sola confesión del acusado no justifica sentencia condenatoria.

Mientras se encuentra procesado, se le presume inocente. Ya sentenciado la ley lo considera persona humana susceptible de readaptación y el proceso de ejecución de condena persigue esta finalidad.

Toda persona tiene derecho a su intimidad, a guardar secretos, a que nadie conozca los pormenores de su vida y a ocultar aquello que considera vergonzoso, que son etapas superadas de la vida. En el interrogatorio judicial se respeta este fuero íntimo.

El conflicto con estos principios respetados y reconocidos universalmente, se presenta con el empleo de los barbitúricos, comúnmente llamados “sueros” de la verdad. Es el nombre corriente que se da a un conjunto de drogas que provocan en quien las ingiere un estado crepuscular, con tendencia a la locuacidad, con inhibición de los frenos de la voluntad y sumamente sensibles a las preguntas sugestivas que se le formulen con habilidad. La fantasía se despierta y llegan a configurar situaciones en que no han intervenido, que confiesan como propias dando detalles minuciosos en base a las preguntas que se le formulen. Producen un estado de semi-conciencia y de semi-responsabilidad.

Estas drogas responden a un deseo inveterado de la justicia humana: el hallar la verdad. Desde los llamados “Juicios de Dios” y pasando por el tormento, hoy llegamos a los barbitúricos, conocidos desde antiguo en el campo de la Medicina pero usados en el campo penal a raíz de los famosos procesos de Moscú, en 1936, en que periodistas de todo el mundo escucharon absortos cómo los procesados confesaban su delito, considerándolo gravísimo atentado contra su patria y pidiendo la pena de muerte como el castigo adecuado a tan grave falta. Solo tiempo después se descubrió que gracias al empleo de estas drogas, los acusados habían procedido en la forma que lo hicieron.

Son muy variadas las drogas usadas: escopolamina, evipan, nembutal, pentotal, amital, etc. No todas igualmente eficaces. Su



empleo es diferente: generalmente se inyectan por vía venosa, como el amital. El término Narco-análisis fue introducido en 1936 y hoy está generalizado.

El derecho a la intimidad y a la vida privada forma parte de los Derechos del Hombre proclamados en el art. 81 de la Convención Europea y en el art. 12 de la Declaración Universal de las Naciones Unidas. La Constitución reconoce este derecho en el art. 2º inc. 5º.

El Código en el art. 194 declara que para la investigación judicial, pueden emplearse “todos los medios científicos y técnicos que fuesen posibles”, señalando a título de ejemplo las impresiones digitales, manchas de sangre, trazas, armas, documentos, etc.

Esta disposición permite que el Fiscal proponga y el Juzgado utilice los medios científicos compatibles con los fines del proceso, tanto para establecer la existencia del delito como la persona de su autor. Tal es el caso de la Fórmula Dental, Huellas Digitales, Cintas Magnetofónicas. Es decir, pueden ser empleados todos los procedimientos que la ciencia permite y que hoy disponemos. No tiene más que una limitación: que sean compatibles con los fines del proceso penal y respeten la dignidad del ser humano. No autoriza el empleo de los barbitúricos, del llamado Detector de Mentiras, ni de otros procedimientos análogos que afectan la libertad humana al obligar al procesado a que diga la verdad o descubrir lo que quiere ocultar.

La Corte Suprema al resolver incidentes –no registrados en los Anales Judiciales por no constituir resoluciones finales– ha establecido que no puede aceptarse el uso de barbitúricos, existiendo otros medios de igual o mayor eficacia probatoria.

Existen objetos que al igual que el documento, tienen contenido intelectual, pero a diferencia de éste, no se expresan mediante signos convencionales –las palabras– sino por medio de imágenes, sonidos u otros análogos. Han sido proporcionados por los descubrimientos de este siglo y a veces utilizando los adelantos científicos de medios ya conocidos.

Tenemos la fotografía, la cinematografía y la fonografía que son creaciones objetivadas de la actividad humana y que proporcionan datos de carácter histórico y no crítico.



Domingo García Rada

Aunque no existe un dispositivo, especial referente a estos aportes científicos, sin embargo la jurisprudencia los admite, teniendo como fundamento legal el art. 194 que en forma amplia autoriza el uso de los medios que la ciencia permite.

La fotografía constituye un medio auxiliar para la percepción judicial inmediata de otros objetos, para hacer posible dicha percepción mediante cambio de objetos, luego de desaparecido el original y cuando ha sido modificado. Asegura permanencia de objetos y personas.

En los casos de falsificación de documentos, la fotografía tiene un valor extraordinario para establecer en qué consiste la alteración del documento. Tratándose de cuadros ayuda mucho el examen mediante Rayos Roentgen.

La difusión de la cinematografía para lograr imágenes con fines informativos, puede servir para identificar personas y hechos ocurridos ante el objetivo.

La grabación de sonidos en cinta magnetofónica puede descubrir el delito y el autor cuando recoge una conversación relativa al delito y celebrada antes de su comisión. La interceptación de teléfonos mediante orden judicial requiere ser grabada y la cinta entregada al Juzgado.

La utilización de la fotografía, de la cinta o la película, tiene valor procesal si mediante peritos, el Juez adquiere certeza sobre su veracidad y unidad: no han habido cortes ni interpolaciones. La fidelidad de las personas que aparecen en ellas, debe ser acreditada, pues los llamados "trucos fotográficos" solo pueden ser descartados mediante una pericia.

## CAPÍTULO XXI

*1. – Inspección ocular y reconstrucción. 2. – Reconocimiento de personas y cosas. 3. – El Secuestro. 4. – Documentos. 5. – Pesquisas. 6. – La preexistencia.*

### **1. – Inspección ocular y reconstrucción**

Dentro de las pruebas que se actúan en el proceso penal, existen dos de valía especial, con evidentes analogías pero también con sustanciales diferencias. Nos referimos a la Inspección Ocular y a la Reconstrucción. El Código las coloca en lugares distintos, por no existir un capítulo destinado a la Prueba, ubicando a la Reconstrucción en el título de Testigos, que ciertamente no es adecuado.

Tienen analogías y diferencias.

En ambas predomina el sentido de la vista. El Juez toma contacto personal e inmediato con el delito. En uno mediante el reconocimiento del lugar donde se verificó el evento, constata las huellas y vestigios dejados por quien lo realizó; en el otro, estando presente la persona sindicada como autor, la víctima –si fuere posible– y quienes lo espectaron, reconstruirá la forma cómo ocurrieron los hechos.

Pero existen sustanciales diferencias. En la inspección ocular, el Juez se limita a reconocer el lugar de los hechos, recogiendo vestigios y constatando huellas; es decir comprueba la presencia de los llamados elementos objetivos del delito. En

la Reconstrucción se repite el evento, contando con la presencia de quienes participaron en este drama humano. La primera diligencia debe practicarse a la brevedad posible para que no desaparezcan las huellas del delito y puedan recogerse los vestigios. La Reconstrucción carece de esta urgencia, requiriendo que previamente se haya recibido la instructiva, preventiva y declaraciones de los testigos presenciales.

La Inspección comprueba el medio ambiente en que se realizó el hecho y recoge las pruebas que hubiere dejado. La Reconstrucción permite que el Juez aprecie por sí mismo cómo se verificó el delito y la participación de sus actores. La primera **dónde** se cometió el delito, la segunda **cómo** se cometió.

Son diligencias diferentes, con diversa finalidad probatoria pero se complementan.

La Inspección es estática, constata lo que está sin movimiento. La Reconstrucción es dinámica, ve a los actores del drama en acción.

Inspección Ocular. Este nombre que usa el Código no es exacto, pues también se emplean los demás sentidos. Es más preciso el de Reconocimiento Judicial porque es practicado por la autoridad judicial utilizando los medios probatorios que estime convenientes, no solamente la vista. Debe citar al Fiscal Provincial (art. 14 L.O.M.P.).

Fenech la denomina Percepción Judicial Inmediata porque mediante ella el Juez adquiere conocimiento directo del lugar donde ocurrió el delito. No existe intermediario entre la prueba y el Juez; por eso dice Fenech que el Juez asume la prueba en el mismo momento en que la realiza.

Se lleva a cabo en el lugar donde ocurrió el evento para que el Instructor aprecie ubicación, luz, huellas, etc. Dice Carnelutti que mediante ella el Juez adquiere una verdad procesal: conoce el lugar donde se realizó el delito.

Es eficaz medio probatorio porque como toda diligencia judicial, se realiza con las garantías del contradictorio: asistencia y participación de las partes, constatación de lo observado, etc. Cuando esta diligencia la practica la policía se realiza sin las seguridades que la ley rodea a la judicial y por eso tiene el valor de mera referencia, no es prueba y no reemplaza a la que lleve a cabo el Juzgado.

Tiene importantes consecuencias procesales:

- a) recoge los vestigios del delito, si los hubiere. Debidamente conservados, cuando ya no quedan huellas del mismo, constituyen valiosa prueba que será apreciada por el juzgador.
- b) describe el sitio donde se cometió el delito y anota accidentes del terreno, visibilidad, etc. Son datos sumamente importantes para el proceso.
- c) puede agregar lo que Prieto Castro llama “constancia gráfica” de los hechos, es decir, planos, fotografía del lugar y de las personas, copia de lo hallado, etc.

Estos son los aportes que siempre ofrece la inspección ocular. Pueden agregarse dos más:

- a) la presencia de los testigos presenciales, vecinos del lugar, a quienes el Juzgado puede citar a la diligencia. Dada la proximidad con el evento y la ausencia de elementos perturbadores, este aporte testimonial puede ser muy valioso.
- b) la concurrencia de técnicos nombrados por el Juzgado para que examinen las huellas, lugar, visibilidad, etc. Puede ser decisivo para determinar la forma como ocurrió el delito, tiempo que demoró en su ejecución, medios empleados, facilidades que ofrecía el lugar y la hora, etc.

Si la Inspección ocular se practica inmediatamente después de cometido el delito y cuenta con la asistencia de quienes presenciaron su comisión y de los peritos que interpreten los elementos del lugar, quedarán muy pocas dudas acerca del hecho y de la responsabilidad de su autor.

La diligencia se compone de dos partes:

- 1° **Observación.** La inspección se agota con la observación del Juez sobre lo que percibe mediante la vista u otro sentido. Examinará el escenario donde se desarrolló el hecho, así como los vestigios dejados en la persona, cosa o lugar.
- 2° **Descripción.** Es consecuencia de la anterior. Requiere acta escrita en donde aparezca con detalle todo lo percibido, en forma tal que al ser leída en la audiencia, el juzgador pueda reconstruir mentalmente el hecho y darse cuenta cómo ocurrió.

Si el delito dejare huellas materiales o vestigios de su perpetración, el Juez debe recogerlos y guardarlos para su remisión al Tribunal. Para asegurar su identidad y no alteración, en el acta se transcribirá con exactitud: lugar, ubicación relacionándolo con otros cercanos; forma de las huellas, tapándolas o tomando maqueta si fuere necesario, accidentes del terreno que hubieren podido influir en el hecho, etc. Las cosas físicas están sujetas a variaciones y para no alterar su autenticidad, se deben tomar precauciones que aseguren la fidelidad.

Las cosas materiales no mienten y sirven para investigar la verdad. Constituyen prueba fehaciente para comprobar el delito y descubrir a su autor.

Este Reconocimiento Judicial puede ser:

**1º Inspección corporal.** Puede referirse a un cadáver o a una persona viva. En ambos casos el Juez practicará la diligencia y, de ser necesario, designará peritos. La inspección corporal no es pericia sino reconocimiento del juez y por ello aunque sea necesario designar peritos – existen circunstancias que requieren conocimientos técnicos – no pierde su calidad ni su Inmediación. La parte civil y el inculpado pueden designar un perito.

Tratándose de personas vivas, solamente el juez y el perito pueden presenciar la inspección.

El acusado puede ser reconocido para comprobar tatuajes, cicatrices, arañazos, lunares, etc., es decir, aquellos datos que solo proporciona este reconocimiento.

El examen del agraviado es más frecuente. El reconocimiento puede referirse a la comprobación de lesiones, violación, mutilación, etc. Por lo general estos reconocimientos exigen conocimientos especiales que solo poseen los técnicos. Tratándose de comprobaciones que afectan al pudor y no siendo indispensable la presencia del Juez, que no aporta conocimientos, el examen será realizado únicamente por los peritos.

El examen de testigos solo procede en el caso de discutirse sus aptitudes físicas: comprobación de sordera o miopía, es decir referirse a órganos necesarios para apreciar el hecho que dicen conocer.

**2º Inspección de cosas y lugares.** La lleva a cabo el propio Juez para reconocer huellas, vestigios y recoger datos en el mismo lugar del delito, así como examinar las cosas que sirvieron para su consumación. En esta forma el Juez toma contacto personal con el delito. En unos casos la sola visita será suficiente; en otros será necesario hacerse acompañar de peritos. Si el objeto de la prueba no tiene adherencia al suelo, se trasladará al local del Juzgado. En caso contrario, será el Juez quien se traslade al lugar donde se encuentra la cosa.

El Juez puede hacerse acompañar de peritos o más tarde nombrarlos para que examinen lo visto y constaten las condiciones del hecho. El perito no va a realizar una pericia, sino a comprobar hechos técnicos: mediciones, manchas, dirección, etc.

Cuando el Juez Instructor lo estime necesario, en una misma diligencia puede practicarse la Inspección Ocular y la Reconstrucción, con o sin peritos, sentándose acta pormenorizada de todo.

Toda diligencia judicial, en especial la Inspección Ocular y la Reconstrucción deben ser con citación del Fiscal Provincial.

**Reconstrucción.** Dentro de lo posible y con inevitables limitaciones, esta diligencia persigue repetir el delito. Fenech considera que es una “forma o tipo especial de percepción judicial Inmediata llamada **Reconstitución de los Hechos**”. Es indispensable que previamente corran en autos las declaraciones del inculpado, agraviado y testigos presenciales, si los hubiere. Con estas versiones y con la presencia física de quienes participaron en el drama humano – de ser posible también deberán incurrir los testigos presenciales – el Juez reconstruirá el hecho para ver cómo ocurrió el delito y la exacta participación de sus actores. Es el contacto personal e inmediato – sin intermediarios – entre juez y delito.

Demás es destacar la importancia que reviste esta diligencia a la cual debe ser citado el representante del Ministerio Público. Si con anterioridad no se ha realizado la Inspección Ocular, esta diligencia la reemplaza, con la exigencia de que en el acta final se indique todo aquello que debió ser objeto de inspección ocular, como es precisar el lugar donde ocurrieron los hechos,

la ubicación de las personas, las huellas que puedan percibirse, los vestigios que aún perduren, etc. Si la Inspección Ocular se ha realizado con anterioridad, la Reconstrucción se limitará a repetir la forma como ocurrieron los hechos, colocando a los actores en el lugar que les corresponde y viendo cómo procedieron. La versión oral de quienes presenciaron el delito ayudará a lograr una mayor fidelidad en la reconstrucción, pues tanto el inculcado como el agraviado darán versiones parciales y será indispensable oír a quienes no tienen interés en el asunto, para reconstruir con fidelidad el hecho. Ante versiones parciales, los testigos serán quienes señalen las frases pronunciadas, la agresión primera, la ubicación de los actores, etc. En esta forma se alcanzará veracidad en la diligencia.

La Reconstrucción tiene tres elementos:

- a) la reproducción de los hechos. El juez procurará lograr la mayor fidelidad en éstos, con la ayuda de quienes fueron testigos ocasionales.
- b) intervención del Juez Instructor y del Fiscal. Para lograr una visión completa, estos funcionarios deberán procurar que cada participante tenga la intervención que le corresponde, a fin de lograr una exacta reconstrucción del delito.
- c) el acta final, en la cual deberá constar con fidelidad lo que ha sido materia de la observación judicial.

Las dos primeras son esenciales y constituyen la diligencia propiamente dicha. La tercera es la comprobación de aquélla y tiene importancia de permitir que más tarde sea apreciada por el juzgador.

## **2.— Reconocimiento de personas y cosas**

El Código ubica esta diligencia en el capítulo de los Testigos.

Establece que cuando se trate que un testigo reconozca a una persona o cosa deberá describirla previamente y después le será presentada. La ley recomienda que para este caso “se restablezcan las condiciones en que la persona o cosa se hallaba cuando se realizó el delito” (art. 146). Con citación del Ministerio Público (art. 14 L.O.M.P.).

Tiene como finalidad que un tercero al proceso, como es el testigo, reconozca si la persona o cosa que se le presenta, es la misma que él vio. Previamente debe dar los datos identificadores en forma precisa e indicar cualquier otra circunstancia que sirva a esta finalidad. Igual reconocimiento compete al agraviado.

Si a los datos o señas indicadas en su declaración, se agrega el reconocimiento posterior la identidad queda establecida y desaparece toda duda.

Es indispensable cuando el inculpado niega ser autor del delito pero existe una persona que lo ha visto y ante el Juzgado lo sindicó como quien cometió el hecho.

Para realizarla el Juez deberá reunir a varias personas semejantes al inculpado y presentarlos al testigo para que entre ellos, señale al autor del delito. Si es identificado de inmediato, el reconocimiento constituye prueba importante. Si ello no ocurriere, el Juez tendrá que continuar buscando pruebas que corroboren la denuncia contra el procesado. De no lograrlo; el proceso concluirá inevitablemente con la absolución por falta de pruebas.

### **3. – El Secuestro**

El Secuestro tiene por objeto asegurar las cosas correspondientes al delito, determinando su indisponibilidad. Es la acción de depositar una cosa en poder de tercera persona, en espera de la conclusión del proceso.

Leone considera que el secuestro debe comprender no solo el “corpus delicti”, esto es las cosas utilizadas para su comisión o que representan sus consecuencias, sino todo aquello que en forma indirecta, ha servido para la comprobación del hecho y hasta la persona del delincuente.

Objeto del secuestro son las diversas cosas vinculadas al delito; es requisito que sean materiales, muebles o inmuebles, comerciales o que se encuentren fuera del comercio de los hombres. El cadáver y sus partes separadas también puede ser objeto del secuestro. Todo lo relacionado con el delito es susceptible de ser aprehendido por orden judicial.

La doctrina acepta que existen cosas no susceptibles de secuestro y solo por motivos de orden superior. Ellas son:

- a) Relativas a secretos militares y de Estado. Si como respuesta a la notificación judicial el Ministro contesta



que el documento del cual se pide su exhibición o copia, es secreto militar o de Estado, el Juez no puede insistir; lo comunicará el Tribunal pero tendrá que buscar otras pruebas que reemplacen al documento secreto.

- b) Relacionadas con el secreto profesional. Puede ocurrir que un médico, abogado, etc., a quienes la ley ampara con el secreto profesional, se encuentre procesado por delito común; el juzgado puede pedir datos y referencias sobre asuntos relacionados con el ejercicio, de su profesión, a fin de incorporarlos al proceso contra él instaurado. El mencionado profesional puede negarse a facilitarlos si considera que constituyen secreto de la profesión que ejerce y no puede exhibirlos. El secreto profesional no tiene límite alguno, es decir su duración es ilimitada y aunque ya el profesional no patrocine al cliente, siempre los documentos conocidos y archivados cuando tenía la defensa, constituyen secreto y no deben ser entregados, ni aunque el juzgado lo pida para los efectos del proceso. Tal es el caso de los archivos, de las fichas médicas, de las cosas entregadas – documentos, especies, fotografías, etc. – por el cliente y que el profesional guarda: no pueden ser incautados por la policía ni por el Juzgado, salvo que el mismo letrado, médico, etc., considere que no es secreto y lo entregue al juzgado. El profesional es quien califica lo que constituye secreto y el juez no puede obligarlo a la entrega. Si el Código respeta el secreto profesional tratándose del testigo, igual respeto existe para no insistir en la entrega de los documentos provenientes del ejercicio de la abogacía, medicina, etc. El instructor tendrá que reemplazar esta prueba con otra que cumpla igual finalidad probatoria.

Tratándose de especie robada no hay secreto. Es el producto del delito o el instrumento empleado para su comisión y quien lo tiene en su poder, deberá entregarlo, no pudiendo negarse diciendo que le ha sido dado en el ejercicio profesional. La ilicitud nunca genera derechos. En este caso procede el secuestro.

Igual ocurre con la ficha médica de la mujer sometida a prácticas abortivas. Puede ser secuestrada y agregada al expediente como prueba del delito. Esta ficha no constituye secreto profesional porque ha sido confeccionada en vista a la comisión de un delito.

Casos especiales de secuestro:

- a) el de la correspondencia. Es garantía constitucional la inviolabilidad de la correspondencia y constituye delito su violación. Pero quien se encuentra sometido a proceso penal tiene sus derechos recortados y ello se manifiesta en la correspondencia, la cual puede ser incautada por disposición del juez que instruye el proceso seguido en su contra.

En el mundo actual los medios de comunicación constituyen inapreciables instrumentos de vinculación personal y la justicia no puede desaprovecharlos. Cartas, cables, telegramas, etc., pueden constituir medios de comprobación de delitos y la ley autoriza al Juez para abrirlos y enterarse de su contenido y si fuere necesario, agregarlos al expediente.

Así, en la instrucción abierta por delito del tráfico de estupefacientes, las cartas que recibe el inculpado pueden dar una pauta para el curso de la investigación. En tal caso el juez dictará una resolución disponiendo el secuestro de toda la correspondencia del procesado, comunicándolo a la Administración de Correos. El Juez es el único que puede abrir y leer las cartas dirigidas al inculpado incorporándolas a la instrucción si su contenido tuviera interés; si fuere solo parte, tomará copia y la devolverá al interesado, siempre que ello no dificulte la investigación. Si no tuviere relación, devolverá la carta al interesado, cerrándola y sellándola con la firma del juez para indicar que ha sido abierta por el instructor.

También el juzgado puede recoger las cartas remitidas por el inculpado, que se encuentren en el correo – si pudieren ser identificadas – o que se hallaren en poder de terceros. El procedimiento es el mismo: lectura solamente por el juez y devolución de aquellas que no tuvieren interés para la investigación.

- b) de Valores, títulos y demás efectos mercantiles. Puede ocurrir que el robo a una firma o a un particular consista en acciones, bonos, cédulas, títulos, etc. y sean depositados en un banco o institución de crédito, en cajas de seguridad. Si provienen de delito o tienen relación con él, el Juzgado

deberá ordenar el secuestro en forma de retención y la institución en la cual se encuentran, no podrá entregarlos a su dueño ni abonarle los intereses, sino mediante orden judicial. Puede ocurrir que el robo sea de dinero y el autor, para su mejor conservación y creyendo que eso impide le sea quitado, lo convierte en cédulas hipotecarias, valores a su nombre o lo deposita en libretas de ahorros, que son inembargables. Investigándose el origen del dinero invertido o depositado, tales efectos deben ser secuestrados y quedar a disposición de la justicia.

La sentencia que ponga fin a la instrucción resolverá la situación definitiva. Si fuera condenatoria, ordenará entregar los valores o su importe al dueño; si fuere absolutoria dispondrá la devolución.

El único problema de esta decisión es determinar a quién corresponden los intereses de ese dinero: la inversión ha reeditado utilidades y/o se ha beneficiado con un mayor número de acciones entregadas en proporción a las adquiridas con el dinero robado. Todo será para su legítimo propietario, puesto que el capital es de él y la inversión hecha con su dinero, solo a él beneficiará. El robo no puede crear derechos sobre dinero sustraído.

- c) todo documento que tenga relación con el delito o que provenga de él, debe ser secuestrado por orden judicial.

El juez puede ordenar el secuestro o limitarse a la parte relacionada con el delito. También puede ordenar que se tome copia fotográfica para incorporarla a la instrucción. Solo será secuestrado el documento relativo al delito y lo que no reúne esta condición, deberá ser devuelto a su dueño.

- d) de especies. El Código Penal en el art. 46 ordena la confiscación de todos los efectos e instrumentos del delito, pertenecientes al procesado. Si fuere de terceros no responsables, le serán devueltos.

La ley penal hace un distingo entre especies del inculpado y las de terceros no responsables; a estos últimos no le serán secuestradas y se les devolverá salvo que tuvieran como finalidad "servir de instrumento de delito" caso en el cual, se dispone su confiscación.

Se considera como armas, las ofensivas y defensivas, sean de fuego, blancas, cortas, etc. También aquellas especies utilizadas para la consumación del delito. Estos últimos no son armas por destino sino por uso momentáneo.

Como regla general todo instrumento o arma usado para la comisión del delito, debe ser secuestrado. Cuando no tenga esa finalidad y el empleo ha sido ocasional y no es necesaria su conservación para el juzgamiento, entonces no procede el secuestro y debe ser devuelto a su dueño.

Debemos distinguir entre **objetos materia del delito y efectos e instrumentos** con que se ejecutó el delito.

Los **objetos** materia del delito son los afectados con el delito: las especies sustraídas. El agraviado ha sufrido una merma en su patrimonio con el robo, pues le han quitado efectos de su propiedad. La ley dispone que identificados y acreditados, tales objetos deberán ser devueltos a su dueño. El art. 188 dice “podrán” en el sentido de que cuando se ha cumplido con las exigencias procesales –identificación y preexistencia– pueden ser devueltos, salvo que sea necesario tenerlos presentes en el juzgamiento. Sea por el juez o más tarde por el tribunal, los objetos robados deben ser entregados a sus legítimos propietarios, previa constancia.

Los **efectos** del delito son los vinculados a la realización del evento criminal, los que han contribuido a su verificación. Los objetos son los que han sufrido el delito; en cambio los efectos son los que han contribuido materialmente al delito. El art. 46 del C.P. dispone que “toda condena llevará consigo la pérdida de los efectos que provengan de delito y de los instrumentos con que se ejecutó. Los unos y otros serán confiscados, a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable”.

Se consideran como efectos del delito, todo lo que tenga vinculación con el evento criminal y, en una u otra forma, pueda servir para su comprobación. En estas condiciones serán secuestrados por el juez, quedando a disposición del Tribunal, si fuera necesario. Guardado y sellado será remitido al Superior para la audiencia.

#### 4. – Documentos

Gramaticalmente documento es el diploma, carta, relación u otro escrito acerca de un hecho. En sentido amplio Documento

es cualquier objeto que sirva para comprobar algo. En sentido jurídico, es el instrumento, escritura; escrito con que se prueba, justifica o confirma una pretensión.

Para Fenech, documento “Es el objeto material en el que se insertó una expresión de contenido intelectual, por medio de signos convencionales”.<sup>33</sup>

El contenido de un documento puede ser tan variado, como variado es el pensamiento humano. Lo importante es que constituya un pensamiento, una intención, un quehacer humano expresado mediante signos convencionales, que es el lenguaje.

Pero es necesario hacer una diferencia: hay documentos que contienen una declaración de voluntad, hecha expresamente para acreditar un hecho –v.g. una escritura pública–; otras veces tal declaración no tiene esa finalidad, pero lo acredita, como es el caso de la carta. Los primeros son documentos de finalidad, destinados a servir de medio de prueba. Los segundos son de eventualidad, destinados a la comunicación y cuya finalidad probatoria es eventual.

Pero existen otros documentos que a pesar de haber sido escritos, no transmiten ninguna declaración de voluntad, como es el libro de cuentas, de gastos. Éstos, por lo general no constituyen prueba salvo que transmitan mensaje, como es cuando tales libros de contabilidad constituyan prueba del manejo de fondos.

Cuando el documento es escrito, exterioriza cierto pensamiento humano, mediante la palabra escrita. En este sentido documento y escritura son sinónimos. Lo importante es que el contenido exprese una intención exterior se toma en cuenta para su apreciación, pero en sí mismo no altera el mensaje del contenido.

Como medio de prueba, no es necesario que el documento tenga finalidad probatoria, es suficiente que aporte datos para la investigación. Lo único a probar es su autenticidad: haber sido escrito por quien lo firmó y que el contenido no haya sufrido alteración alguna.

Siendo prueba pre-constituida, es decir producida con anterioridad al hecho delictuoso, reviste importancia para

---

33 Ob. cit., p. 130.

descubrir la verdad. El documento es prueba privilegiada y puede presentarse en cualquier momento del proceso, aun en el acto oral.

Pero no todo documento es prueba, pues los hay aquellos que se limitan a esclarecer hechos y pruebas ya actuadas, como es el caso del certificado médico-legal que acredita lesiones. Otros como los antecedentes penales se refieren a las condiciones personales del inculpado pero no contribuyen a establecer si el hecho constituye delito. Pero ambos sirven a los fines del proceso penal.

Existen muchos objetos de naturaleza análoga a la escritura y que hoy tienen gran difusión: la fotografía, el cine, la cinta magnetofónica, etc.

La diferencia es que el documento reproduce el pensamiento humano mediante la escritura y los otros también lo reproducen, pero lo hacen mediante la palabra oral, el grabado, el dibujo, etc. Todos constituyen representaciones de hechos pasados, pero varían en la forma como lo expresan.

Por eso se dice que el Documento es objeto representativo. Lo que lo caracteriza es su intencionalidad cual es la representación. La diferencia reside en el medio empleado.

Todos los materiales recogidos en el proceso, sean escritos, papeles, libros, discos, etc., son documentos porque representan el pensamiento anterior al delito. Lo que importa no es la intención con que fue escrito, sino que acredite un hecho.

El documento de contenido intelectual, expresa ideas por medio de palabras e imágenes. La captación de las ideas se realiza mediante la lectura. Así en la diligencia de inspección ocular las imágenes que se suceden, quedan plasmadas en el acta y se transmiten al Juzgador por la vía de la lectura.

El testigo narra una experiencia, en cambio el documento representa una experiencia. Para Carnelutti la diferencia entre uno y otro estriba en que uno es "representación personal, (otro) representación real".

El documento constituye prueba privilegiada en el proceso penal. El Juez lo incorpora a la instrucción: en unos casos por la entrega voluntaria de una de las partes; y en otros por haber sido ordenado su secuestro por el juzgado cuando, de oficio, ha estimado conveniente que sea incorporado al proceso.

En uno y otro caso el documento integra la instrucción como prueba, sea ofrecido por el Fiscal o recogido por el Juez.

Los documentos se dividen en Públicos y Privados, según provengan de un funcionario que los expide en ejercicio de sus funciones y con las formalidades de ley; o de un particular, sin observar ningún requisito.

Los **Documentos Públicos** producen fe plena sobre su contenido y solo pueden ser destruidos mediante su impugnación en juicio ordinario y el valor probatorio subsiste hasta que quede ejecutoriado el fallo que lo declara nulo.

Los **Documentos Privados** son declaraciones de voluntad redactados sin observar ninguna formalidad, v.g. cartas, escritos, recibos, etc. Para que adquieran valor probatorio es necesario que sean judicialmente reconocidos. De dos modos pueden adquirir este valor: mediante reconocimiento voluntariamente otorgado ante el Juez de Primera Instancia, en un proceso judicial; y por cotejo, cuando la firma es negada o quien lo suscribió ha fallecido. Los documentos no reconocidos tienen escaso valor, dependen que sean corroborados por otras pruebas.

Todos tienen la obligación de entregar los documentos que solicite la justicia, siendo una de las formas de colaborar en la investigación de los delitos.

Tratándose de documentos oficiales, el Juzgado los solicitará por oficio y la autoridad está obligada a entregarlos o permitir que el Juzgado tome copia certificada de ellos. Excepción a este principio la constituyen aquellos Documentos que son Secretos de Estado.

**Secreto de Estado.** Secreto es lo oculto, lo que no debe ser divulgado; su revelación maliciosa puede constituir delito. Documento Secreto es lo que no debe ser conocido de la comunidad, bien sea por la naturaleza de su tenor o por el daño que acarrearía su divulgación.

El contenido del documento debe referirse a lo que se denomina Secreto de Estado. El daño que ocasione su publicación no requiere que sea material y actual, es suficiente que con ello se afecte el prestigio del Estado y que el peligro sea potencial, que pueda ocasionar daño, aunque de momento no se produzca.



La divulgación consiste en hacerlo conocer a quien no estaba dirigido; basta que personas ajenas a la oficina lo conozcan, para que exista divulgación. No es necesario entregarlo a diarios o revistas, siendo suficiente el darlo a conocer a extraños.

Documento Oficial es el emanado de un organismo de la Administración Pública, de uno de los Poderes del Estado. Las Beneficencias, Corporaciones para-estatales, etc., no emiten documentos oficiales.

Si un documento oficial es solicitado por el juzgado de instrucción para agregarlo a un proceso, debe serle remitido, excepto que se considere que tal documento constituye secreto de Estado. La negativa debe estar autorizada por el máximo representante del Estado en dicho organismo, como es el Ministro del Ramo.

Si el Ministro considera que no puede remitir el documento en su integridad, pero sí permitir que se copie la parte que interese para la instrucción, lo hará conocer al Juez, quien encargará al Secretario del Juzgado para que se constituya en la oficina respectiva y tome copia certificada de la parte que indique.

En cuanto a lo que constituye Secretos de Estado, se encuentran todos los relativos a la Defensa Nacional y a la política diplomática del país. También serán secretos de Estado lo relacionado con la orientación económica, puesto que hoy la economía constituye la base de la política internacional de un país.

Los datos del Servicio Nacional de Inteligencia son secretos, salvo que sean indispensables conocer en el desarrollo de una instrucción que tenga implicancias políticas v.g. la actividad y filiación de un procesado.

## **5.— Pesquisas**

La inviolabilidad del domicilio es uno de los derechos individuales reconocidos por la Constitución.

Pero no es irrestricto, pues en determinados casos el interés particular cede ante los supremos intereses de la sociedad. Es decir la inviolabilidad del domicilio no es derecho absoluto, por estar sujeto a restricciones impuestas por el Estado a favor de la justicia penal.



Domingo García Rada

La pesquisa es limitación a la garantía de la libertad individual, cuando la investigación judicial lo requiere para adquirir pruebas del delito que investiga o se refiere a la persona del inculpado. Para ello el Juez cuenta con medios coercitivos que le da la ley: coerción personal y coerción real.

Es muy importante esta facultad que la ley concede al Juez, consistente en la visita y pesquisa en lugares cerrados. Puede hacer uso de ella cuando el Juez se entera que en sitio distinto a la de su sede, existe una casa, colegio, cuartel, convento, etc., es decir un local cerrado, en donde se encuentran el presunto responsable, los efectos del delito, las pruebas de su comisión u otros objetos que puedan contribuir eficazmente al descubrimiento de la verdad.

En tal caso el Juez emite una declaración de voluntad –la resolución judicial– ordenando la pesquisa en ese local cerrado, con citación del Ministerio Público.

Esta diligencia permite al Juez recoger los llamados indicios materiales del delito.

El art. 186 autoriza el allanamiento de local cerrado, sea casa, colegio, club, cuartel, convento o cualquiera otro, a cargo de una autoridad, al decir que el Juez exigirá el ingreso al local “so pena de considerársele responsable por delito contra la administración de justicia”. La jurisprudencia en forma constante y uniforme ha establecido que si pese al requerimiento del Juez, la autoridad se negare a permitir el ingreso al local, el instructor puede allanarlo. De no hacerlo se perderían las huellas y vestigios del delito que pudieran encontrarse. Si la sanción se limitara al procesamiento, el representante del club, convento, cuartel, etc., sería sancionado, pero desaparecerían las huellas pudiéndose frustrar la detención del presunto responsable.

La pesquisa exige una formalidad previa: el requerimiento. Luego se produce el registro del local cerrado y finalmente el Juez deberá sentar acta pormenorizada de lo observado en la diligencia, firmándola los concurrentes. Si se recogen papeles, documentos, especies, cartas, etc., deberán ser inventariados, luego serán sellados y rubricados por el Juez. Esto también debe constar en el acta.

El instructor debe practicarla personalmente, no pudiendo delegarla en la policía, pues de cualquier exceso –real o supuesto– sería responsable.

La pesquisa puede servir para buscar al presunto autor, recoger las especies robadas, encontrar el cuerpo del delito, revisar documentos que contengan datos necesarios para la investigación, etc. Es diligencia de suma importancia que no admite demora y debe practicarse en el momento en que sea necesaria, sin esperar que transcurran 24 horas del requerimiento y que quede firme el auto que lo ordena ni tampoco pueda apelarse de esta resolución, pues la demora en la ejecución frustraría todo propósito investigador.

#### **6.— La preexistencia**

Cada figura delictiva tiene un elemento esencial y característico que constituye presupuesto de tipicidad del evento. Así por ejemplo en el adulterio, es el matrimonio anterior; en el aborto, la preñez. En los delitos contra el patrimonio, el elemento que le es propio y que a la vez constituye probanza, es la Preexistencia.

Pre-existencia es la existencia de la cosa con anterioridad al delito. Equivale a existencia antelada, cosa que ha existido con anterioridad al hecho.

Para dar por probado el delito contra el patrimonio, es necesario acreditar que la cosa mueble sustraída, ha estado con anterioridad al hecho, en posesión del agraviado. La víctima es quien ha poseído el bien y el agresor se lo ha arrebatado.

Es importante acreditar la preexistencia, porque según la doctrina civil, en materia de muebles rige el principio de que la posesión vale por título. Es necesario acreditar que el agredido había estado poseyendo la cosa mueble y es el procesado quien la ha desposeído, es decir, que la desposesión se ha debido a acto de violencia o mediante artificio, astucia o engaño.

La obligación de acreditar la preexistencia es imperativa. La ley dice: “deberá” con la intención de crear una carga procesal. Se hace para evitar denuncias maliciosas en que se afirme haber sido desposeído de especies nunca poseídas. Se impide que un proceso llegue a su culminación sin haberse establecido previamente la posesión anterior al despojo. Si no se acredita, procede absolver al procesado. (R.J.P. 1950 p. 1127)

El medio idóneo por excelencia es la factura que prueba que el agraviado había adquirido el bien mueble con anterioridad al

Domingo García Rada

robo y estaba legítimamente en su poder. Cuando las facturas se pierden, se permite acreditarla mediante el testimonio humano. Los testigos prueban que el agraviado tenía en su poder la cosa sustraída. (R.J.P. 1972, p. 639)

Cuando el agraviado no acredita la preexistencia — porque ha fallecido o no es habido —, pero el acusado confiesa la sustracción y entrega las especies robadas, queda satisfecho el requisito de la Preexistencia. (R.T. 1943, p. 453)

Caso especial para acreditar la preexistencia se presenta en el robo de dinero. No es posible exigir que la víctima indique el número que identificaría a cada billete sustraído, puesto que nadie podría cumplir con esta exigencia. La jurisprudencia suprema, salvando esta situación, ha declarado: “tratándose de dinero, no hay necesidad de acreditar la preexistencia. El C.P.P. se refiere a la identidad de la cosa que debe acreditarse; en el dinero no, sólo debe probarse la solvencia del agraviado”. (R.J.P., 1963, p. 1520; R.J.P., 1972, p. 639)

La recuperación de lo robado, permite que los peritos practiquen la valorización, teniéndolos a la vista; cuando no existe recuperación, tal apreciación es subjetiva, a base de las referencias de la víctima, lo que le resta seriedad a la pericia.

## CAPÍTULO XXII

### CONCLUSIÓN DE LA INSTRUCCIÓN

*1. – Dictamen del Fiscal Provincial e Informe del Juez Instructor. 2. – Los plazos en el proceso penal. 3. – La libertad incondicional del inculpado. 4. – Elevación de la instrucción al Tribunal Correccional.*

La ley dice que el Juez dará término a la instrucción cuando se hayan acumulado elementos suficientes para establecer la existencia del delito y la identidad de su autor. El plazo es de cuatro meses y a su vencimiento se elevará al Tribunal Correccional.

Al hablar de elementos suficientes, la ley quiere decir que la investigación debe reunir los elementos probatorios necesarios a esta finalidad: recoger aquellas pruebas que acrediten la comisión del delito y la persona de su autor. Corresponde al Juez determinar cuáles son estas pruebas y en qué momento se ha alcanzado la finalidad legal.

El proceso se inicia con el auto apertorio de instrucción. Antes no hay proceso. Concluye cuando se remiten los autos al Fiscal Provincial para que dictamine. Dentro de uno y otro no debe exceder del plazo máximo de los cuatro meses.

Cuando el instructor encuentra que en el proceso se ha establecido el delito y su autor, aun antes de los cuatro meses lo da por concluido y lo remite al Fiscal. Es al Juez Instructor, como

Domingo García Rada

Director de la Instrucción, a quien corresponde decidir cuándo la instrucción ha alcanzado su finalidad. Ni el defensor ni el Fiscal Provincial pueden pedirlo, por ser atribución exclusiva del Juez.

### **1. – Dictamen del Fiscal Provincial e informe del Juez Instructor**

Vencido el plazo ordinario y el adicional – si lo hubiere – el Juez debe remitir los autos al Ministerio Público para que se pronuncie sobre el mérito de lo actuado. El art. 95, inc. 7º, L.O.M.P. como atribución del Fiscal Provincial en lo penal, le señala la de emitir informe cuando lo estime conveniente “y en todo caso al vencerse el término de la instrucción”. El plazo es de 8 días si se trata de reos en cárcel y de 20 si se encuentran en libertad.

Habiendo hecho uso de los sesenta días adicionales, la ley considera que el Juez o el Fiscal Provincial han actuado todas las pruebas necesarias y la instrucción está completa. Se han actuado aquéllas consideradas indispensables para establecer el delito y su autor, no el presunto que se individualizó en la denuncia, sino el verdadero, aquel cuya autoría ha quedado establecida en la investigación.

Aun cuando la estimen deficiente, legalmente no pueden pedir ampliación y, como señala la jurisprudencia, les corresponde opinar sobre el delito y sobre su autor (R.T. 1941, p. 347).

Los informes deben ser minuciosos. Con estudio de las pruebas actuadas, sacando las conclusiones legales pertinentes, y citando los artículos del Código Penal aplicables al caso deben opinar por la responsabilidad o irresponsabilidad del inculpado. Sin dictamen del Fiscal Provincial e informe del Juez, el Fiscal Superior no puede acusar y el Tribunal tampoco puede declarar la procedencia del juicio oral y menos dictar sentencia. (R.T. 1939, p. 304)

Cuando – como veremos luego – ambos informes estén de acuerdo en que el inculpado es inocente y se encuentra detenido, deben ordenar su inmediata libertad. La prueba actuada es el fundamento de esta resolución y es la misma que más tarde servirá al Tribunal para resolver. Si se encontrare en libertad, también puede decretarse la soltura incondicional y entonces continúa libre pero sin las restricciones inherentes a la

libertad provisional. La soltura no requiere consulta y se ejecuta inmediatamente (art. 201).

## **2. – Los plazos en el proceso penal**

Plazo es el espacio de tiempo dentro del cual puede válidamente realizarse una diligencia judicial. Constituye un elemento principal en todos los procesos, pero no afecta a su existencia, sino a su cumplimiento. En los procesos penales no existen plazos denominados fatales, pues hay amplitud de tiempo para su ejecución, al revés de lo que ocurre en el proceso civil.

No hay día ni hora que no sea hábil para actuar diligencias en la instrucción. Conforme al Código todos los días de la semana y todas las horas del día están expeditas para realizar diligencias. Esta disposición es importante porque ciertas actuaciones no admiten dilación, como es el caso de la instructiva, que el juez debe recibirla dentro las 24 horas de que se encuentre el detenido en la cárcel, a disposición del juzgado; también la reconstrucción debe verificarse, de preferencia, a la misma hora en que se cometió el delito.

El instructor puede actuar válidamente diligencias fuera de las horas del despacho judicial, lo que le permite utilizar tales horas para ello, pero no como costumbre sino como medida justificada por las exigencias de la investigación.

Pocos plazos señala el Código. Uno es el de la duración de proceso ordinario. No son plazos perentorios, pues si se exceden en su duración, las diligencias actuadas después de su vencimiento, conservan su validez. Su vigilancia corresponde al Ministerio Público. (R.J.P. 1960 p. 858)

El Código señala un plazo amplio y general para la actuación de las diversas pruebas de la instrucción, quedando al criterio del Juez el determinar su oportunidad. La sanción de caducidad del término no existe en el proceso penal, pues las pruebas no actuadas ante el Instructor, pueden llevarse a cabo en el Tribunal. La investigación de la verdad tiene exigencias diferentes a los intereses que se ventilan en el campo civil.

La necesidad de fijar un término al proceso es indudable. No podía quedar librado a la voluntad del juez la tramitación de

Domingo García Rada

la instrucción, siendo necesario señalarle un plazo máximo que se haya fijado en cuatro meses.

El régimen de los plazos en el proceso penal ha sido modificado por el Decreto Legislativo 126.

Las disposiciones que señala la ley son:

1. – El plazo para el proceso ordinario es de cuatro meses. La ley puede señalar plazos diferentes para la investigación en determinados delitos.
2. – Se admite una sola ampliación por sesenta días adicionales. Más tarde el Tribunal Correccional puede mandar ampliar la instrucción, sea a pedido del Ministerio Público o de oficio, pero indicando las diligencias a realizar. No dice la ley a cuántos días puede mandarse ampliar la instrucción.
3. – Los sesenta días adicionales no son concedidos por el Tribunal, a quien solamente se le comunica. El Juez de oficio o a pedido del Fiscal Provincial, está autorizado para hacer uso de estos sesenta días adicionales.
4. – Esta ampliación solo puede aceptarse cuando faltan “pruebas sustanciales para el mejor esclarecimiento de los hechos”. El calificar de sustancial a una prueba queda librado a criterio del Juez o del Fiscal Provincial.
5. – La resolución en que se comunica al Superior haber hecho uso de plazo adicional debe ser “debidamente fundamentada” dice la ley.
6. – Vencidos los sesenta días, la instrucción debe ser elevada “en el estado en que se encuentre” dice la ley. Los informes finales deben ser emitidos en breve plazo.
7. – ¿El Tribunal puede ordenar una segunda ampliación?

Creemos que sí. El art. 220 permite al Fiscal Superior pedir que se amplíe la instrucción señalando el plazo a concederse. También, en el mismo caso, el Tribunal puede ordenarla de oficio. No procede el recurso de nulidad contra el auto que manda ampliar la instrucción (R.T. 1933, p. 315).

Consideramos poco acertada, la reforma de los plazos. Señalar en cuatro meses la duración de un proceso ordinario, es ilusorio y el plazo no se observará. El gran número de causas que ingresan en cada turno, su complejidad por el delito y el

número de inculpados, hará imposible darle término en cuatro o seis meses. El plazo señalado en la ley solo servirá para no ser cumplido.

La ampliación hasta por sesenta días es adecuada en su duración, pues salvo la pericia siquiátrica, las demás pruebas pueden realizarse en este tiempo.

Es inconveniente que el plazo adicional lo tome por sí el Juez sin requerir pedido del Superior. El pedido al Superior significaba que el Tribunal examinaba la instrucción y vería si estaba bien llevada y si el plazo era necesario. Al suprimirse esta intervención del Tribunal, se elimina todo control sobre la labor del Juez, siendo insuficiente el que ejerce del Ministerio Público, dada la gran labor que tiene a su cargo.

### **3. — La libertad Incondicional del Inculpado**

Conforme al vigente Código existen tres clases de libertad: la provisional, la incondicional y la vigilada.

La primera —provisional— se concede después de decretada la detención definitiva. Suprimido el requisito de la caución, solo queda el cumplimiento de las exigencias legales: no ser reincidentes, tener domicilio y trabajo u ocupación conocida, que el delito lo permita y que el juez la estime procedente. Libre el inculpado queda sujeta a determinadas condiciones como es la de concurrir periódicamente al juzgado.

La libertad vigilada es la otorgada en las audiencias extraordinarias de julio y diciembre. El Tribunal puede concederla cuando el término de la detención sufrida es mayor que la pena pedida por el Fiscal. Es facultativo su otorgamiento, pudiendo el tribunal considerar más conveniente realizar la audiencia en breve término. Se concede bajo vigilancia de la autoridad política.

La libertad incondicional es la concedida sin condiciones, excepto salir del país. El procesado recobra su plena libertad ambulatoria, quedando sujeto a lo que resuelva el tribunal, siendo frecuente que se declare la improcedencia del juicio oral y el archivo de la instrucción.

En tres oportunidades procede que el Juez conceda la libertad incondicional:



Domingo García Rada

- A) como consecuencia de la instructiva. El juez apreciando su mérito y el de la denuncia, encuentra que no hay responsabilidad o por lo menos que el hecho no reviste gravedad y no se justifica la detención corporal. Al concluir la instructiva, el juez dicta auto de libertad incondicional. No requiere consulta al Superior ni la aquiescencia del Ministerio Público. Allí mismo se ejecuta y la instrucción continúa su trámite hasta la conclusión (art. 83). No procede recurso de nulidad de este auto. (R.T. 1931 p. 281)
- B) en cualquier momento de la instrucción, cuando en opinión del juez, se ha acreditado la irresponsabilidad del inculpado. La única exigencia es la consulta al Tribunal Correccional. No se ejecuta la medida mientras el tribunal no la aprueba.

La libertad incondicional la dicta el juez, no pudiendo pedirla el inculpado; es de su exclusiva responsabilidad (art. 201)

Este segundo caso reviste mayor trascendencia porque constituye un prejuzgamiento. Al decretar la libertad incondicional, implícitamente el juzgado opina por la irresponsabilidad de quien está procesado, y ordena su libertad incondicional. Esta apreciación del juez sobre el mérito de la instrucción requiere conformidad del Tribunal, y solo si el auto fuere aprobado por el superior, se ejecuta la medida.

La consulta al Superior es garantía de acierto; obliga al juez a meritar con cuidado la prueba, pues el auto va a ir a conocimiento del Tribunal Correccional.

Dos exigencias coloca la ley para que se produzca la soltura del inculpado: que el juzgado dicte resolución cuando considera que se ha acreditado “plenamente” la irresponsabilidad; y que sea aprobada por el Superior, que tiene el plazo de tres días para resolver.

Tres caminos tiene el Tribunal Correccional:

- a) Aprobar el auto y devolver el expediente al juzgado para que el inculpado sea puesto en inmediata libertad. Al aprobar el auto consultado, el Tribunal hace suyo el prejuzgamiento y considera que no existen elementos suficientes que acrediten la responsabilidad del pro-

cesado. Puesto en libertad, el agente fiscal y el juez emitirán los informes de ley y elevarán el expediente al Tribunal quien previo dictamen, declarará que no procede el juicio oral, puesto que ya ha opinado por la irresponsabilidad.

- b) Revocar el auto consultado. Considera que existen elementos de cargo suficientes para el juzgamiento y en la audiencia serán apreciados. Devuelto el expediente, los funcionarios de primera instancia emitirán los informes de ley y elevarán el expediente al Superior.
- c) Revocar el auto de libertad porque estima que es prematuro, faltando pruebas por actuar. Devuelto el expediente, el juzgado llevará a cabo dichas pruebas y al concluir la instrucción, el juez puede insistir en la irresponsabilidad del inculpado, pues la revocatoria del Tribunal no lo obliga.

Estas solturas constituyen una solución adecuada para los casos en que no procede la libertad provisional y se encuentra acreditada la irresponsabilidad; sin esperar a la conclusión del proceso, el inculpado recupera su libertad.

- C) Al finalizar la instrucción. Conforme al art. 200, cuando en sus informes el agente fiscal y el juez están de acuerdo “acerca de la inocencia del inculpado”, se le pondrá en libertad quedando obligado a presentarse al Tribunal si éste declare la procedencia del juicio oral y señalare día y hora para la audiencia.

El proceso está concluido y las pruebas acreditan la irresponsabilidad del inculpado. La libertad no puede demorar hasta que el tribunal resuelva definitivamente: inmediatamente debe quedar libre y esa es la finalidad de la disposición contenida en el art. 200.

#### **4. – Elevación de la Instrucción al Tribunal Correccional**

Emitidos los informes por los funcionarios de primera instancia, la instrucción queda en el oficio del Secretario del Juzgado a disposición de los interesados –no de extraños– por tres días.

Esta medida tiene consecuencias procesales:

Domingo García Rada

- a) Cesa la reserva de la instrucción. Las personas del proceso pueden enterarse de todas las diligencias actuadas y del contenido de los informes emitidos. Aun las diligencias mantenidas en secreto por el Instructor, quedan a disposición de quienes son partes en el proceso penal.
- b) El expediente puede ser examinado y sacar copia de las piezas que los interesados crean necesarias para su defensa. No puede ser entregado a las partes ni extraído fuera del local del juzgado, pero sí leído y pedir copias de aquello que consideren necesario para la defensa. (A.J., 1927, p. 519)
- c) Ha concluido la etapa investigatoria y la oportunidad para actuar pruebas por el Juzgado. En adelante los documentos o diligencias que se pidan, será para que las actúe el Tribunal o ampliando el proceso, disponer lo haga el juez. El juicio oral versará sobre las pruebas actuadas en el juzgado.

Es necesario insistir en que los extraños no tienen acceso al proceso. La publicidad empieza con el juicio oral, antes no.

## CAPÍTULO XXIII

### EL JUICIO ORAL

*1. – El Tribunal Correccional. 2. – La acusación fiscal. 3. – Actos preparatorios de la audiencia.*

Es la segunda etapa del proceso penal, la del juzgamiento. Lo constituyen los debates orales que se llevan a cabo ante el tribunal para concluir con la sentencia que pone fin al proceso. Con ella se cumple la pretensión punitiva de la acción penal.

El juzgamiento se realiza en instancia única, pues las actuaciones en el Juzgado de Instrucción tenían como finalidad reunir pruebas y la Corte Suprema no constituye instancia.

#### **1. – El Tribunal Correccional**

Es el órgano competente que ejerce jurisdicción en materia penal. Se compone de tres vocales, ocupando la presidencia el más antiguo. Si una resolución la firman solo 2 vocales, sin que conste a continuación el voto del tercer miembro, es nula. (Ejecutoria aparecida en *El Peruano*, 17 de marzo 1944). También lo integra el Fiscal Superior como representante del Ministerio Público. Completan el Tribunal, el Relator y el Secretario como auxiliares de la justicia, quienes asistirán obligatoriamente a la audiencia, uno encargado de la lectura de las piezas del proceso y el Secretario para extender el acta en que conste todo lo ocurri-

Domingo García Rada

do en el acto oral. La presencia de estas personas en el proceso, junto con el acusado y su defensor, es indispensable para que el Tribunal Correccional pueda funcionar y la ausencia de cualquiera de ellos impide que se realice el juicio oral y de llevarse a cabo, es nulo.

En 1920 se dicta el C.P. en M.C. que establece la instancia única en el procedimiento penal: el juez reúne pruebas y el tribunal juzga. La sentencia del superior puede ser revisada por la Corte Suprema.

El Código de 1940 mantiene la organización del juez que instruye y del tribunal que sentencia. Existe separación absoluta entre las dos fases del proceso penal. En ningún caso el juez expide resolución definitiva. Solo resuelve lo relativo a embargo, constitución de parte civil, libertad provisional, etc.

Esta separación entre el juez y el tribunal sentenciador se resquebraja en 1962 cuando la nueva L.O.P.J. concede a los jueces el *judicium* en las querellas, y como última instancia el Tribunal Correccional.

Se amplía la brecha en 1970 con el D.L. 17110 que crea el Procedimiento Sumario para aquellos casos de escasa trascendencia social y de fácil probanza. Tiene plazo menor que el ordinario, señalándolo en noventa días y es el Instructor quien dicta sentencia.

El D. Leg. 124 recoge el Sumario, pero le reduce el plazo a sesenta días y aumenta el número de delitos cuya investigación queda sometida al procedimiento más breve.

Aparte de la Querella – para los delitos de acción privada – en el ordenamiento procesal penal existen dos procedimientos: el Sumario para determinados delitos y en los cuales, en breve plazo, sentencia el mismo Juez que instruye; y el Ordinario para los delitos no señalados en el Sumario, y en los cuales el plazo es de cuatro meses y se mantienen las dos fases: la instructora y la decisoria.

En el Capítulo XXXVIII estudiaremos el Procedimiento Sumario. A continuación veremos el Ordinario.

Ingresados los autos al Tribunal, pasan a conocimiento del Fiscal Superior.

a) El art. 92º, inc. 4º diferencia dos clases de acusación:

- I. Acusación sustancial si de la prueba reunida adquiere “convicción de la imputabilidad del inculpado”, dice la ley.
- II. Acusación formal destinada a servir de fundamento de día y hora para audiencia.

Procede esta acusación cuando el Fiscal Superior abriga “dudas razonables sobre la imputabilidad” del inculpado.

Ambas acusaciones contienen lo mismo: exposición de los hechos, calificación del delito y reparación civil. Pero en la formal separará la prueba que le produce certeza de aquellas que no son convincentes; y en la audiencia se establecerá la exacta responsabilidad del acusado.

Recibido el dictamen acusatorio, el Tribunal tiene que señalar día y hora para audiencia (A.J. 1963, p. 257). Cumpliendo mandato constitucional, todo dictamen debe ser fundamentado; de lo contrario es nula la audiencia (Boletín C. Suprema 1972, Nos. 5-7, p. 309).

- b) Pedir plazo ampliatorio. El Fiscal considera que faltan diligencias importantes y sin ellas no puede formarse opinión exacta sobre la responsabilidad del inculpado. El Tribunal debe acceder al pedido y mandar ampliar la instrucción. El Fiscal indicará las diligencias a realizar y el plazo a conceder: La ley dice que si el Fiscal pide ampliación, “el Tribunal lo concederá”. Dada esta expresión, es indudable que el Tribunal tiene la obligación de acceder al pedido del Fiscal, pudiendo agregar algunas diligencias más, pues la ley lo autoriza cuando dice que puede: “disponer la actuación de otras pruebas que considere necesarias” (art. 220, modificado por D. Leg. 126). En este caso el Fiscal Superior instruirá al Fiscal Provincial para que vigile la actuación de las pruebas que solicite (art. 95, inc. 1º L.O.M.P.).  
  
Esta modificación del art. 220 consagra jurisprudencia anterior que decía: “Cuando el Fiscal pide la ampliación de la instrucción, el Tribunal Correccional no tiene otra alternativa que ordenarla” (R.J.P. 1962, p. 3122).
- c) No formula acusación, pues considera que no existe delito. Si el Tribunal Correccional es de la misma opinión, proceda declarar que no hay lugar a juicio oral y el archivamiento definitivo de la instrucción.

Si el Tribunal, discrepando del Fiscal, cree que existe mérito suficiente para pasar a juicio oral, el D. Leg. al modificar el art. 220, establece que el Tribunal si considera que faltan pruebas puede ordenar la ampliación de la instrucción señalando las diligencias que deben realizarse. Actuadas éstas y devuelto el expediente, el Tribunal remitirá nuevamente los autos al Fiscal para que emita nuevo parecer. Si el Fiscal Superior insiste en su opinión acerca de la improcedencia del juzgamiento, el Tribunal “elevantá el proceso al Fiscal Supremo para los fines legales consiguientes”, dice el art. 220.

En el caso de que el Tribunal Correccional considere que la instrucción está concluida y no faltan diligencias que actuar, de las cuales fluye la responsabilidad del procesado, entonces elevará “directamente la instrucción al Fiscal Supremo”.

En estos dos casos, el pronunciamiento del Fiscal Supremo da término a la incidencia y al Tribunal solo le queda dictar la resolución que corresponda, que será: declarar la improcedencia del juicio oral y el archivo definitivo si el Fiscal Supremo concuerda con el parecer del Fiscal Superior; y remitir nuevamente la instrucción al Fiscal Superior para que formule acusación, si el Fiscal Supremo considera que existe mérito suficiente para pasar a juicio oral.

Es la misma situación que establecía el D.L. 21895 cuando el Fiscal integraba el Poder Judicial y era la Corte Suprema quien mandaba que acusara. Hoy es el Fiscal Supremo, quien lo ordena y es su superior jerárquico.

- d) El Fiscal formula acusación pero el acusado es ausente. El Tribunal declara la procedencia del juicio y ordena el archivamiento provisional hasta que el reo sea habido.
- e) El Fiscal considera que el delito está acreditado pero no el responsable y quien está sindicado como autor es inocente. En ese caso el Tribunal ordena el archivamiento provisional, declarando que no procede el juicio oral contra el procesado.

Las resoluciones que se expidan con este motivo y que dispongan el archivamiento definitivo de la instrucción o se

declare no haber lugar a juicio, constituye cosa juzgada y deben ser comunicadas a Investigaciones y a Penales para que anote lo anterior en las partidas respectivas.

También el Fiscal Superior puede pedir la separación del Fiscal Provincial, si a su juicio actuó con dolo o culpa y señalará al Fiscal Titular o Adjunto para que lo reemplace, comunicando la separación al Fiscal de la Nación (art. 92, inc. 3º L.O.M.P.).

El art. 91 de la L.O.M.P. señala los casos en que corresponde al Fiscal Provincial, emitir dictamen. Son: competencia, recusación, acumulación, cuestiones previas, prejudiciales y excepciones, constitución de parte civil, embargo, libertad provisional, libertad incondicional, incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, investigación en favor de menores, etc. Como último inciso agrega: "En los demás casos que establece la Ley", comprendiendo allí las instrucciones por delitos de acción perseguible de oficio.

## **2. – La acusación fiscal**

Es documento de importancia en el desarrollo del proceso. Debe contener: Las generales de ley del o de los acusados; estudio de la acción u omisión punibles que determinan la responsabilidad; concepto sobre la forma cómo el instructor ha llevado el proceso; los artículos del Código Penal que son de aplicación señalando la pena que a su juicio merece el autor, indicando desde cuándo comienza y cuándo concluye o si es medida de seguridad, en reemplazo de la pena; el monto de la reparación civil, la forma de hacerla efectiva y a quién y o a quiénes corresponde recibirla, así como indicar si hubiere tercero civilmente responsable; la situación del acusado, si está libre o en cárcel, su condición de primario o reincidente, así como si estuviere en libertad incondicional o provisional; si hubiere testigos o peritos que a su juicio, deben concurrir a la audiencia. De este escrito debe entregarse copias a las personas del proceso y si la parte civil no estuviere de acuerdo con el monto señalado, puede presentar un escrito objetándolo y exponiendo las razones por las cuales solicita suma mayor; en ese mismo escrito, la parte civil puede ofrecer testigos o peritos que fundamenten su petición (art. 225).

La acusación fiscal cumple varios fines:

- 1) Delimita el objeto del proceso, precisando quién es el presunto autor y señalando el delito. En el juicio oral, el



Fiscal debe mantenerse dentro de los límites de su acusación, es decir no puede acusar a persona no comprendida en la acusación escrita ni por delito no investigado. (R.J.P. 1954 p. 1257)

- 2) Señala los cauces por los cuales va a discurrir la defensa. Es decir indicará que solo puede ocuparse del delito por el cual ha formulado acusación.
- 3) Fija los límites de la sentencia. Al fallar el Tribunal no podrá condenar ni absolver a persona que no es objeto de la acusación ni referirse a delito que no es mencionada en ella.

La instrucción se lleva a cabo dentro de los términos fijados en el auto apertorio. Así por ejemplo, si se abrió por delito contra el patrimonio no pueden decretarse diligencias para establecer si hubo homicidio. Si el Juez encontrare indicios evidentes de la comisión de este último delito, entonces deberá dictar un auto ampliatorio comprendiendo la investigación por delito contra la vida, después de lo cual ya es procedente decretar investigaciones con este objeto.

La acusación está en relación directa con el apertorio: el Fiscal no puede acusar por robo si el proceso es por honor sexual. Puede decirse que el auto apertorio de instrucción enrumba el proceso y más tarde la acusación fiscal.

Concluida la instrucción y elevada al Superior; es el Fiscal quien orienta el proceso ante el Tribunal Correccional. La acusación es el documento que cumple esta finalidad. Tiene que pronunciarse sobre el delito y sobre su autor, y concluir pidiendo pena y reparación civil, indicando la persona que debe abonarle y a quién. Puede también pedir su ampliación para investigar otro delito o comprender a otras personas.

El auto del Tribunal que recae en la acusación fiscal la completa en cuanto delimita el delito y su presunto responsable, todo lo que será materia del juzgamiento. Acusación y auto constituyen un solo todo, como antecedente del juicio oral.

Por otra parte el dictamen fiscal y el auto del Tribunal determinan lo que va a ser objeto de la defensa. Así como el juzgador no puede salirse de lo investigado en la instrucción y en el auto respectivo, así también la defensa solo puede referirse a lo que es materia de la acusación.

El abogado de la Parte Civil y del Tercero Civilmente Responsable – si concurren al acto oral para informar – tienen las mismas restricciones que la defensa, es decir, solo pueden referirse a lo que es materia de la investigación y de la acusación fiscal.

En cuanto a la sentencia, el dictamen fiscal determina que el juzgador solo pueda comprender en ella al delito y a la persona que fueron materia de la acusación. Si el Tribunal Correccional estima que existe otro delito no comprendido en la acusación o que el responsable es un tercero no procesado, la ley señala el camino: si se trata de delito diferente, debe mandarse ampliar la instrucción por ese nuevo delito. Cuando el presunto responsable es persona no comprendida en la instrucción y el encausado es inocente, el Tribunal debe absolver a este último poniéndolo en libertad, si fuera el caso; y en la misma sentencia mandar abrir instrucción contra ese tercero que aparece como autor, para que se determine su responsabilidad. Es un nuevo proceso, distinto del anterior pero como muchas de las pruebas pueden servir, es conveniente que el Juez tenga presente dicha instrucción para lo cual se le remitirán los autos a fin de que sean agregados como prueba.

### **3. – Actos preparatorios de la audiencia**

Ingresa la instrucción a la Sala con dictamen fiscal acusatorio, el Tribunal deberá señalar día y hora para la audiencia, nombrando defensor e indicando si es necesaria la concurrencia de testigos o peritos. Esto es lo que dispone el Código.

La realidad es distinta. Desde 1920 cuando se promulgó el C.P. en M.C. – que así lo establecía – el Tribunal Correccional dicta un auto declarando la procedencia de juicio oral contra quien es acusado por el Fiscal precisando delito, nombrándole defensor y señalando día y hora para la audiencia; dispone la notificación de la parte civil y el tercero civil, si lo hubiere: De ser necesario, ordenará la concurrencia de testigos y peritos para la audiencia que se señala.

Este auto tiene importancia porque indica el delito que va a ser materia del juzgamiento, lo que no ocurre con el señalamiento que prescribe la ley vigente. El indicar el delito determina que esa infracción será el objeto de la audiencia, no otra y sobre ella recaerá la decisión final.

Domingo García Rada

También tiene otra ventaja: conocer el nombre de los vocales que van a intervenir en el juzgamiento, pues, aunque puedan ser cambiados, seguramente serán los que dicten sentencia final. Ello permitirá la formulación de tachas, si alguno tuviere impedimento y no se hubiere excusado oportunamente.

Este auto de procesamiento no es susceptible de impugnación ante la Suprema y crea un estado en relación con el proceso.

Los actos preparatorios de la audiencia son de naturaleza administrativa y su ejecución corre a cargo del Secretario del Tribunal, pero es el Presidente la persona encargada de ordenarlos y de disponer lo conveniente para realizar la audiencia.

Todas las personas del proceso – acusado y defensor, Parte Civil, Fiscal y Tercero civil – deben ser notificados con el auto que señala día y hora para la audiencia. La presencia del acusado con su defensor y del Fiscal es indispensable para el inicio de la audiencia; la del tercero y de la parte civil es facultativa, pero deben estar enterados de la realización de la audiencia.

Si el Tribunal dispone la comparecencia del agraviado deberá ser notificado a fin de que esté presente el día y hora señalados. Si no concurriera el Tribunal puede citarlo para el día siguiente u otro, calculando la fecha en que debe ser oído; si no fuere habido, el Tribunal, previa consulta al Fiscal, puede dispensar de esta concurrencia y llevar adelante la audiencia. No es necesaria la presencia del Tercero Civil, pero sí que quede enterado del señalamiento de audiencia y esté a derecho ya que la sentencia lo afectará económicamente; si se omitiere notificarlo, la audiencia y la sentencia que le pone término es nula.

En cuanto a la comparecencia de testigos y peritos, si el Tribunal la declara obligatoria, su asistencia es necesaria. Pero si por causa de fuerza mayor no pudieran asistir, el Tribunal resolverá si aplaza la audiencia o la lleva adelante sin esas personas.

También el Presidente cuidará que estén a disposición del Tribunal aquellos instrumentos del delito y demás objetos que sean necesarios para su reconocimiento en la audiencia.

Hasta tres días antes del acto oral, las partes pueden ofrecer testigos o peritos para que sean examinados en dicho acto. Es requisito pedirlo por escrito indicando nombres y puntos sobre

los que van a declarar, debiendo el Tribunal ordenar la comparecencia. Aunque la ley dice “nuevos”, la práctica entiende que lo “nuevo” se refiere al interrogatorio, es decir, preguntar sobre aspectos no interrogados antes y a los peritos sobre hechos nuevos, en relación con la pericia practicada por orden del Juzgado.

Si los testigos o peritos cuya comparecencia ordenó el Tribunal, no comparecieren, podrán ser conducidos por la fuerza pública.

Hallándose la causa con acusación fiscal y habiéndose señalado día y hora para la audiencia, las excepciones que se propongan constituyen alegaciones de defensa y deben ser resueltas en la sentencia.

Domingo García Rada

## CAPÍTULO XXIV

*1. – Carácter jurídico del debate oral. 2. – Lugar de realización. 3. – Conformación del Tribunal Correccional. 4. – La Audiencia: nuevas pruebas, examen del acusado, testigos y peritos. 5. – Lectura del expediente. 6. – Caso de delito más grave, nuevo delito o persona no comprendida. 7. – Acusación, alegato y defensa.*

### **1. – Carácter jurídico del debate oral**

La audiencia es la discusión de la prueba reunida en el proceso. Se lleva a cabo en forma acusatoria: y según los dictados del contradictorio, de la publicidad, de la oralidad, de la inmediación y de la continuidad.<sup>34</sup>

La acción punitiva la hace valer el Ministerio Público mediante la acusación fiscal formulada por escrito, la misma que, ante el tribunal repite oralmente, sin poderse salir de sus límites. El juez competente es el tribunal colegiado quien resolverá acerca de la responsabilidad del acusado.

Para Manzini “el debate constituye la parte más garantizada del procedimiento penal”. En el acto oral se lleva a cabo el examen de la prueba y se establecen sus resultados. Las partes tienen la máxima libertad de prueba y de discusión; en ella el juez tiene una función prevalentemente pasiva, oyendo todo lo que ocurre y dirigiendo el debate pero no impidiéndolo, a diferencia de la

---

<sup>34</sup> Para este capítulo, ver Manzini, T. IV, p. 389 y sgtes.

Domingo García Rada

instrucción en que tiene función principalmente activa y a su cargo corre todo el desarrollo.

El debate oral es un acto procesal complejo, compuesto de una serie coordinada de actos singulares, llevados a cabo en forma continuada y unitaria, o sea constituyendo un todo idealmente indivisible, ya desde el punto de vista del fin, ya del de los medios. Las excepciones que se deduzcan, las resolverá el Tribunal de inmediato o en la sentencia. (R.J.P., 1959, p. 680; y A.J., 1961, p. 164)

Agrega Manzini que esta unidad abstracta no quita individualidad concreta de los actos singulares que concurren a integrar el debate; por eso la nulidad de uno de ellos no acarrea la de todo el acto oral, salvo —dice— que “la irregularidad del acto sea de tal naturaleza que se refleje sobre todos los actos esenciales del debate”.

El acto oral comienza el día señalado, con el ofrecimiento de prueba y concluye con la sentencia. Es uno solo, continuado en varias fechas por razón del trabajo, pero manteniendo su unidad. (A.J., 1923, p. 36). Existe intermediación entre el acusado, las pruebas y el juzgador. Aun en el caso de que el Tribunal en pleno realice una prueba fuera del local, esto no altera sus condiciones de unidad e intermediación.

La audiencia es el centro del proceso penal. Allí convergen las pruebas reunidas en la instrucción, se valoran y sirven como fundamento de la sentencia, que es el fin del proceso. Alcanza su plenitud la pretensión punitiva del Estado.

Aunque teóricamente la audiencia es una sola (A.J., 1923, p. 36) sin embargo dada la extensión que revisten los debates, en la mayoría de los casos, se realiza en varios días consecutivos. Por motivos de fuerza mayor, puede suspenderse —v.g. inasistencia del abogado, enfermedad de un vocal, etc.— reiniciándose en cuanto desaparece la causa.

#### **a. Suspensión de la Audiencia**

Conforme al Código, la suspensión solo podía durar tres días, pasados los cuales se anulaba la audiencia. Un decreto ley aumentó la duración a ocho días y al modificar el art. 267, el Decreto Legislativo 126 establece que la suspensión puede ser por

ocho días hábiles, recogiendo así la legislación inmediatamente anterior.

Entiéndase que son días hábiles aquellos en que válidamente pueden verificarse actuados judiciales, que son los aptos para realizar audiencias. La jurisprudencia suprema ha establecido que días hábiles son los laborables, pues los feriados o suspensión del despacho por duelo judicial, no entran en el cómputo legal (R.J.P. 1939, p. 357 y 1968, p. 985)

No se computan “los días de suspensión del Despacho por fuerza mayor o por causas imprevistas”. En Derecho Penal la fuerza mayor y el caso fortuito son causas de exclusión de la responsabilidad. Goldstein considera a la fuerza mayor como “energía externa, natural o humana, inevitable e irresistible, que subyuga la voluntad del sujeto”, acontecimiento que no ha podido preverse, como es el incendio, la inundación, el terremoto, etc., En materia procesal se suspenden los términos cuando ocurre un hecho calificado de Fuerza Mayor, pues impide realizarlos, diciendo Cabanellas que es “Todo acontecimiento que no ha podido preverse o que, previsto, no ha podido resistirse”. Es el caso de la huelga de los trabajadores judiciales.

Procede suspender la audiencia –dice la ley– si sobreviene enfermedad repentina de un vocal, fiscal, acusado, defensor o testigo. Al cesar el impedimento –antes de los 8 días– continúa la audiencia. La enfermedad debe ser comprobada. Si la suspensión dura más de 8 días hábiles, se anula la audiencia y el Tribunal debe señalar nuevo día y hora para el juzgamiento.

Suspensión de la audiencia por enfermedad:

- a) del Vocal. Al sexto día, deberá establecerse si es posible su reincorporación antes del octavo. Si no pudiese hacerlo, el Código dispone el reemplazo del magistrado por otro Vocal. La única exigencia es que el reemplazante intervenga en el juicio hasta el final. Aunque el Vocal enfermo recupere la salud, no puede reincorporarse a la audiencia iniciada con su presencia.
- b) del defensor. La ley no considera suspender el juzgamiento por enfermedad del abogado defensor. Pero si el defensor inasiste, el acusado debe designar otro que lo reemplace. De no hacerlo, el Tribunal designará defensor de oficio.



- c) de testigo cuya declaración sea indispensable. Si la declaración es considerada necesaria por el Tribunal, es indudable que vencidos los ocho días, la audiencia se anula y debe señalarse nueva fecha para el acto oral.
- d) del acusado. Ante la enfermedad de la reo debidamente acreditada, el Tribunal debe suspender la audiencia. Si al octavo día no se puede reincorporar, entonces: si hay varios acusados, la audiencia continúa, con la presencia obligada del defensor del reo enfermo. El Tribunal puede dictar sentencia contra los reos presentes y, si fuere el caso, absolver al ausente. Pero no puede condenar al reo inasistente, que tiene la condición legal de ausente.
- e) del Fiscal Superior. Esta situación la regula la Ley del Ministerio Público. El art. 23 habla del Fiscal que estuviere impedido de intervenir en determinado proceso y la enfermedad repentina es un impedimento físico que le impide asistir a la audiencia. En ese caso el Fiscal enfermo es reemplazado por el Adjunto.

La norma general es la publicidad, pero en ciertos casos —honor sexual— la ley dispone que sean en privado. También mediando justa causa, puede ordenarlo el Tribunal, pero dejando constancia en autos (R.J.P. 1964, p. 731). Es garantía constitucional (art. 233, inc. 3º)

La audiencia es principalmente oral, pero su desarrollo será vertido al papel mediante acta pormenorizada de lo ocurrido en ella. “Las actas de los debates orales deben ser síntesis clara y precisa de la acusación fiscal y de la defensa y de todo lo que ocurre en la audiencia”. (A.J., 1932, p. 346)

El acta redactada y autenticada por el Secretario, da fe del desarrollo del debate; en ella queda constancia de las declaraciones vertidas, pruebas actuadas, informes orales así como de las nulidades e impugnaciones de falsedad que puedan presentarse. El acta debe ser leída y aprobada por la Sala y luego firmada por los Vocales, el Fiscal, los abogados y el Secretario. Una vez suscrita, queda autenticada y constituye el documento que acredita el desarrollo de la audiencia: “El acta debe ser firmada por el Secretario del Tribunal; si no lo hiciere es nulo todo el juicio oral”. (A.J., 1930, p. 243); (R.J.P., 1954, p. 1123). La falta de redacción del acta determina la nulidad del debate y de

la sentencia. (R.T. 1942, p. 447 y 1943, p. 108). El acta acredita la realización del acto oral con todas sus incidencias. (A.J., 1932, p. 346). Junto con la sentencia integra el juzgamiento.

Si alguno de quienes forman el Tribunal, discrepa de su contenido formulará observaciones las que constarán como rectificación en el acto siguiente. Como toda ella es una sola, la rectificación que consta en la del día siguiente, constituye modificación de la anterior. Lo que no puede hacer el discrepante, es negarse a firmar el acta diciendo que no es exacto su contenido. Ante esta negativa, lo procesal es dejar constancia de ella y darla por aprobada; si no hubiere tal constancia esta falta de firma anula la audiencia. (R.T., 1943, p. 1088). Una ejecutoria suprema dispone que las actas deben ser leídas y firmadas inmediatamente después de su aprobación. (A.J., 1927, p. 76)

## **2. – Lugar de realización**

El D.L. 21895 en su primer artículo, modifica 37 artículos del Código; y en el 5º autoriza la realización del juicio oral en lugar diferente a la sede del Tribunal Correccional.

El Código no contiene ninguna disposición que diga que la audiencia debe llevarse a cabo en el Palacio de Justicia. Pero en la práctica es en la sede del juzgador donde se realizan las audiencias, porque ofrece las necesarias comodidades para el acto y las seguridades para los reos.

El D.L. 21895 permite que el Tribunal Colegiado realice el juicio oral en lugar distinto al de la Corte.

Establece la ley que “cuando lo estime conveniente” el Tribunal puede realizar audiencias en la cárcel. La única exigencia es que el recinto reúna condiciones de seguridad, con fácil acceso al público. Podría haber establecido que cuando lo reclamara la peligrosidad del reo, existieran gran número de procesados –superior a veinte– se presentaren dificultades para el traslado de los reos, etc. Pero la ley no dice nada. Deja al criterio del Tribunal determinar si la audiencia se lleva a cabo en la sede o se trasladan a la cárcel para realizarla en el lugar de reclusión de los acusados.

El ámbito de aplicación de esta norma es reducido, pues pocos lugares de detención pueden ofrecer recintos adecuados

Domingo García Rada

con condiciones de seguridad y cerca de la calle para permitir el libre acceso del público.

Formulamos las siguientes observaciones:

- a) Requiere un local amplio, con mesa para el Tribunal, tribunas para el Fiscal y la defensa y espacio libre para reos y público. Como la publicidad es precepto constitucional, es indispensable que el público pueda entrar sin dificultad; requiere, pues, local cercano a la calle. Por otra parte tal local debe reunir condiciones de seguridad para evitar fugas.
- b) La movilidad para vocales, fiscal, abogados y auxiliares. No puede exigirse que cada uno vaya por su cuenta, utilizando su auto, pues sería crearles una carga económica. Tiene que ser la propia Corte quien proporcione medios de transporte a quienes integran el tribunal juzgador.
- c) El expediente. Cuando se trata de un solo cuaderno, es fácil que el Secretario o Relator lleve el expediente a la mano, pese a los riesgos de extravío. Pero si la instrucción se compone de varios cuadernos, entonces su transporte resulta dificultoso y los riesgos de extravío aumentan.
- d) Al ir a la cárcel, el Tribunal no realiza las otras audiencias señaladas para esa fecha ni tampoco continuará las ya empezadas. Cuando concurren peritos y testigos, este aplazamiento tendrá consecuencias mayores, pues no siempre es posible lograr nueva concurrencia.

Como el traslado exige tiempo, resulta que la audiencia señalada para una hora determinada, comenzará más tarde, pues mientras se moviliza el tribunal transcurren minutos que con facilidad llegan a sumar horas. Otro tanto ocurrirá al concluir la audiencia.

Al salir fuera de su sede, el Tribunal Correccional no tendrá oportunidad de ocupar el espacio de tiempo que media entre una y otra audiencia, oyendo informes, estudiando expedientes o dictando resoluciones. Al ir a la cárcel, solo podrá realizar el juicio oral para el cual se ha trasladado de local.

Acertadamente hoy se usa poco esta autorización.

Seguramente la ley considera la instrucción con muchos acusados en cuyo caso la audiencia en la cárcel facilita el

juzgamiento, evitando el traslado masivo de presos y custodios. Pero tales procesos constituyen excepción y la ley no debe dictar normas generales para resolver casos singulares.

### **3. – Conformación del Tribunal Correccional**

El Tribunal está compuesto por tres vocales, ocupando el centro el más antiguo, que lo preside; a su derecha el que le sigue en antigüedad y a la izquierda el menos antiguo. A la derecha del Tribunal se encuentra el Fiscal Superior que ocupa una tribuna separada; a la izquierda está la tribuna de los abogados defensores. Los Auxiliares de Justicia –Secretario y Relator– ocupan ambos extremos de la mesa. Si concurre el abogado de la Parte Civil, ocupa una tribuna al lado del Fiscal, lo mismo que el abogado del Tercero Civil.

El acusado está sentado frente al tribunal.

Al Presidente corresponde dirigir los debates, pero la ley permite que delegue esta función en otro Vocal.

El Director del Debate es quien prepara la audiencia: señala las piezas que se van a leer y en el acto oral es el encargado de interrogar al acusado, testigos y peritos y quien trasmite las preguntas de los defensores. Los otros vocales y el Fiscal interrogan directamente. También le corresponde redactar la sentencia, pero lo hace consultando con sus compañeros.

Cuando durante el acto oral, el Tribunal acuerde realizar una diligencia fuera de la sede, entonces los tres vocales, el fiscal, defensores, reos y auxiliares de justicia, deberán trasladarse al lugar designado para practicar allí la diligencia ordenada: es el caso de la inspección ocular. Si falta alguno, no puede llevarse a cabo la diligencia.

De todo lo que ocurre en la audiencia, sienta acta el Secretario y previa su lectura, deberá ser firmada por Vocales, Fiscal y Abogados. La inasistencia de los abogados de la Parte Civil y del Tercero no frustra el acto; tampoco es indispensable que estos abogados firmen el acta.

La falta de firmas en el acta, de los vocales, del Fiscal y del defensor del acusado anula la audiencia y la sentencia que le pone término.

El reo debe estar presente en la audiencia, pues la Constitución (art. 233, inc. 10) prohíbe el juzgamiento en ausencia.

La conformación del Tribunal Correccional puede ser alterada en el curso de la audiencia.

Ello puede ocurrir al iniciarse el acto oral; en el curso de la audiencia, por motivos especificados en la ley; y por causal de enfermedad.

**a. Al iniciarse el acto oral.**

Si en el momento de dar comienzo a la audiencia, la defensa hace notar que uno de los vocales tiene impedimento, procede la recusación.

También es la oportunidad para hacer ver al Tribunal cualquiera omisión, como sería la de no haber sido notificada la parte civil o el tercero civil. Con ello se evita una nulidad posterior.

Por lo anterior consideramos que si al abrirse la audiencia se recusa a un vocal, éste debe ser reemplazado en la forma de ley y con el nuevo vocal continuar el debate hasta su conclusión.

Preguntamos: ¿es conveniente limitar la oportunidad de recusar, al iniciar la audiencia? Cuando la causal de recusación se descubre en el curso del debate oral, como sería identificar a un co-autor, hasta entonces desconocido que resulta pariente cercano de uno de los vocales; o cuando el acusado se reconoce autor de un robo y el agraviado es uno de sus juzgadores, ¿cómo debe procederse?

No puede aceptarse que el vocal impedido para conocer de determinado proceso v.g., es agraviado, sin embargo intervenga en el juzgamiento. Consideramos que en ese caso, en plena audiencia, puede recusarse al vocal, impedido, el que apenas enterado del impedimento debe excusarse. También procede la recusación contra el vocal que interviene como reemplazo del enfermo, si es que tiene impedimento y no se ha excusado.

**b. Iniciada la audiencia, debe continuar en días consecutivos hasta su conclusión.**

La conformación del Tribunal puede variar en el curso del juicio oral. Es novedad introducida por el D.L. 21895 y mantenida, con alguna variante, en el D. Leg. 126.

Los cambios pueden presentarse en:

A. **Vocales.** El art. 266 y el 268 autorizan el reemplazo de los vocales que intervienen en una audiencia. Las causales pueden ser:

La jubilación. Dice la ley que “si después de iniciado el juicio oral se produjera la jubilación”, el vocal debe ser reemplazado por el llamado por la ley. El juicio oral no se interrumpe, a condición de que el reemplazante continúe interviniendo con los otros dos vocales.

Solo puede ser reemplazado un vocal. La ley dice: “uno de sus miembros integrantes”. Aceptar varios – aun los tres – es admitir que unos empiezan el juzgamiento y otros – que no han oído al acusado o testigos – pueden juzgar.

La jubilación no justifica este cambio de vocal. No es causa imprevista y siendo forzosa – límite de edad – se sabe cuándo ocurre y el vocal no debe dar comienzo a una audiencia que por su duración va a exceder su permanencia en el cargo judicial.

Cesación en el cargo judicial. Es la segunda causal que previene la ley para autorizar el reemplazo durante la audiencia. La separación del cargo puede ser por decisión de la Corte Suprema o por jubilación voluntaria.

La primera es motivo imprevisto e imprevisible que, conforme a este artículo, es causal justificativa. Pero como explicaremos más adelante, por ningún motivo es conveniente. Conforme al art. 266 el Vocal que ha cesado es reemplazado y la audiencia continúa hasta su conclusión. Son muy contados los casos en que se presente este motivo y su rareza no justificaba un dispositivo especial.

La jubilación voluntaria no debe presentarse, pues el Vocal que pretenda hacerlo debe esperar a que concluya el proceso para pedirla.

Enfermedad repentina. Es causal prevista en el art. 268. Ante este hecho, que es imprevisto, se suspende la audiencia, suspensión que puede durar hasta ocho días.

Si en el sexto día es previsible que el Vocal enfermo no va a poder reincorporarse de inmediato, entonces antes de vencerse el plazo, el Tribunal procede a reemplazarlo con el llamado por ley y la audiencia continuará hasta la sentencia. Aunque el motivo es atendible, sin embargo más adelante expondremos nuestra opinión contraria al reemplazo de vocales.

Ahora vamos a examinar el cuarto apartado del art. 266 que dice: "La licencia, jubilación o goce de vacaciones de los miembros del Tribunal, no les impide participar en la votación de las cuestiones de hecho y de la pena".

Como motivo de reemplazo, esta disposición carece de todo fundamento. Si un Vocal integra un Tribunal, no puede pedir licencia ni salir de vacaciones. Si se encuentra en una audiencia larga, cuya duración previsible excede al plazo de cuando empieza la licencia o vacación, tiene que esperar a que concluya para solicitar licencia o vacaciones.

Por otra parte, ni la licencia ni la vacación están consideradas en la ley como motivo de reemplazo y siendo esto último una excepción a la regla general, debe ser explícito. Si la ley no los considera, tales situaciones no justifican llamar a otro Vocal para que reemplace al que sale con licencia o de vacaciones.

Este apartado es el menos acertado del 266, artículo muy poco feliz.

Si la ley no habla de vacaciones o licencia como motivo para reemplazar a un Vocal, cómo es que más tarde diga que pueden participar en la votación del fallo. Si no se han apartado, es inútil y si lo han hecho sin autorización de la ley, tampoco puede aceptarse tal apartamiento del Tribunal.

En cuanto a la jubilación, tenemos serias dudas sobre si el magistrado jubilado mantiene su jurisdicción para intervenir en la sentencia de una causa que comenzó a conocer. La votación del fallo es acto jurisdiccional que no es compatible con la jubilación.

Esta innovación desnaturaliza el juicio oral, despojándolo de sus características propias, como son la inmediación, la oralidad y la unidad.

Suprime la inmediación porque hay un vocal que no ha asistido a todo el proceso, no ha oído ni tenido contacto con el acusado en el interrogatorio. Tiene que aceptar lo que sus compañeros le cuenten. Faltará oralidad porque parte del juicio oral no lo ha escuchado y para conocerlo tendrá que leer las actas. Rompe la unidad del juicio oral, porque uno de los juzgadores ha sido cambiado en el desarrollo de la audiencia.

El criterio de conciencia que imperativamente exige la ley, no puede operar, cuando el vocal no ha oído todo el debate, no ha visto las reacciones del acusado y testigos ante las preguntas que se le formulen ni la forma clara o dubitativa como contesta.

Durante el curso de los debates, los jueces van formándose opinión a través de las pruebas. De modo especial reviste importancia la declaración del reo, la forma como se expresa, la mirada, el tono de la voz, el gesto, sus reacciones, etc. Estas expresiones psicológicas que no pueden ser recogidas por la escritura, tienen que verse para ser apreciadas por el juzgador.

Además el fallo se va elaborando paulatinamente, primero en la conciencia de los jueces y más tarde se plasma en el documento llamado sentencia que pone fin al acto oral. Tratándose de procesos complicados, por el número de delitos o de delincuentes, o por la gravedad o complejidad del hecho investigado, los vocales se forman criterio lentamente, a través del juicio oral, conversando entre ellos y así el fallo es el resultado del parecer de los tres miembros del tribunal. En la sentencia hay apreciación de las pruebas recogidas por el Juez, de lo actuado en la audiencia, de la personalidad del reo y de la motivación del delito, todo lo cual determina la pena a imponerse. La individualización de la pena no puede funcionar si un juez oye y otro solo lee.



Para votar la sentencia, todos los vocales deben estar en igualdad de condiciones, es decir haber visto y oído lo mismo. Todo debe haberse desarrollado ante su vista, sin intermediario entre Juez y acusado.

Si un vocal es reemplazado, su reemplazante no ha visto ni oído lo dicho por el reo cuando aún no integraba el tribunal. Tendrá que limitarse a leer las actas. Para él no existirá oralidad del acto, pues no ha oído ni escuchado el tono de su voz; no ha visto sus reacciones ni los gestos de la cara. Estos factores psicológicos, de tanta importancia en el juzgamiento, están perdidos para el vocal reemplazante. Es decir votará en inferioridad de condiciones.

Esta es la modificación y más grave y desafortunada que introdujo el D.L. 21895 y que el D. Leg. 126 mantiene en su mayor parte. Destruye el juicio oral y, sin pretenderlo, regresamos al procedimiento escrito superado desde 1920. En muchos casos el vocal reemplazante se formará criterio en base de lo leído y no de lo que ha oído, puesto que cuando integró el Tribunal ya había sido examinado el acusado y los testigos. En este caso — que no es infrecuente — la apreciación de este vocal reemplazante se formará únicamente por la lectura de piezas.

- B. **Fiscal Superior.** La L.O.M.P. no contiene ninguna disposición análoga a los arts. 266 y 268 antes examinados.

En su art. 23 establece que cuando se presenta impedimento a un Fiscal para intervenir en determinada causa, entonces debe ser reemplazado por su Adjunto y si no lo hubiere, la Junta de Fiscales es la encargada de designar al reemplazante. Si aún no estuviere constituida dicha Junta de Fiscales, la designación recaerá en el Fiscal Provincial o Superior — según los casos — menos antiguo.

Como la referida Ley Orgánica no se pone en los casos de cese o jubilación, es indudable que el art. 23 será aplicable en los casos de enfermedad o jubilación.

La L.O.M.P. no considera la posibilidad de reemplazar a un Fiscal en audiencia. Pero aun en ese caso – que lo aceptaba el D.L. 21895 – reviste menor gravedad que la de Vocales, porque el Fiscal no sentencia, solo acusa y, salvo el caso de nueva prueba, debe mantener la acusación escrita.

- C. **Defensor.** Se permite igualmente el cambio de defensor, sin mencionar la causa de su incomparecencia, de manera que debe entenderse que cualquiera que fuere el motivo, queda a discreción del juzgador reemplazarlo, si es que inasistiera por más tiempo del permitido por la ley, con el fin de evitar se frustre la audiencia.

Se dispone que el acusado deberá designar otro letrado que lo patrocine y en caso de no hacerlo, será el Tribunal quien llamará a un defensor de oficio para que se encargue de esta causa.

El nuevo abogado asume la defensa en el estado que se encuentra la audiencia, no pudiendo pedir que se repitan las pruebas ya actuadas, pero sí formular observaciones o nuevas preguntas a su defendido.

Es indudable que el cambio del abogado defensor no reviste la gravedad del reemplazo del juzgador, pero constituye un recorte a los derechos humanos de quien se encuentra frente a una imputación y mientras no se dicte sentencia condenatoria, se le presume inocente. Dentro de las Garantías de la Administración de Justicia que consagra el art. 3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se encuentra el inciso: “b) El derecho de defensa del que nadie puede ser privado”. Esta norma es consecuencia del art. 11º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que reconoce el derecho de quien está acusado de delito, a gozar de la presunción de inocencia y contar con las “garantías necesarias para su defensa”. La Constitución lo establece en el art. 233 inc. 9.

Solo puede aceptarse este cambio cuando se acredite de modo indudable la intención del abogado de frustrar la realización del acto oral. Fuera de este caso debe respetarse el derecho de escoger defensor.

Una ejecutoria suprema precisa los derechos de la defensa: "La institución del Ministerio de Defensa está establecida para los procesados que no han nombrado defensor. No puede aceptarse que se obligue al acusado a que tenga defensor distinto del que ha designado. El derecho de defensa es sagrado, más aún en los procesos penales en que se ventila el honor, la reputación y la libertad de los procesados, a los que debe darse la mayor amplitud para designar al profesional que lo defienda y a este último la mayor facilidad en el ejercicio de su profesión. Es nula la sentencia, en cuyo juicio oral intervino el defensor de oficio y no el que designó el acusado, que así ha carecido de la defensa a que tenía derecho". (Revista del Foro 1941 p. 370 y Revista de los Tribunales 1940 p. 447).

- D. **Acusado.** El art. 269 establece que si el acusado enfermarse, estando acreditada la enfermedad y siempre que hubiere otros acusados, la audiencia continuará con la presencia del defensor. La sentencia si es absolutoria podrá comprender al reo ausente, pero si es condenatoria, el Tribunal solo sentenciará a los reos presentes y reservará el fallo contra el acusado enfermo. Cuando pueda concurrir al Tribunal, será juzgado.
- E. **Testigo.** Tratándose de testigo cuya declaración se considere indispensable, el art. 268 autoriza la suspensión de la audiencia hasta por ocho días. Vencido éste, debe ser reanudado el juicio oral. En este caso el art. 270 autoriza que si el testigo se encuentra enfermo en la misma localidad, el Tribunal puede constituirse en su domicilio a recibir su declaración. A este acto solo asistirán el Tribunal, Fiscal Superior, acusado y defensor y defensor de la parte civil, si lo desea, y secretario.

La única exigencia es que la declaración se tome literalmente, dice el art. 270.

#### 4. — La Audiencia: nuevas pruebas, examen del acusado, testigos y peritos

La ordenación de los actos que se realizan en el juicio oral, está determinado en el Código. Mediando circunstancias

especiales, este orden puede ser alterado. Tal cambio no determina la nulidad del acto oral.

Son pocas las causales de nulidad previstas en el Código. Se refieren a motivos graves que justifican dejar sin efecto el proceso investigador o la audiencia: tal es el caso de que instruya un juez incompetente.

Pero cuando los cambios no afectan a la capacidad del juez, como es alterar el orden en el debate, no está previsto dentro de las nulidades que debe declarar la Corte Suprema. (art. 298)

Hallándose completo el Tribunal, se hará pasar al acusado quien se presentará sin ligaduras y con el custodio a cierta distancia para evitar fugas, para que no constituya humillación.

Los peritos y testigos citados para la audiencia deberán ocupar cuarto contiguo. El Tribunal puede permitir que los testigos se retiren para regresar el día que les corresponde prestar su declaración, evitándoles pérdidas de tiempo.

La expresión material de la iniciación de la audiencia la da el Presidente al agitar la campanilla al mismo tiempo que la declara abierta.

**Nuevas pruebas.** El Presidente o quien dirige el debate preguntará al acusado, al fiscal y a la parte civil si tienen nuevas pruebas que ofrecer. Se entiende por nueva aquella prueba no ofrecida ni actuada en el Juzgado pero tratándose de testigos se considera nueva si el interrogatorio versa sobre puntos no comprendidos ante el Instructor. Nueva Prueba en el sentido amplio que le da la ley, no solamente comprende aquella no conocida cuando se tramitaba la instrucción — que es el concepto preciso — sino también la no actuada por diversos motivos o, refiriéndose a testigos y peritos, cuando van a ser preguntados sobre aspectos antes no interrogados o cuando se les pide que amplíen sus respuestas anteriores. También puede ofrecerse como nueva prueba la inspección ocular, antes realizada, pero en la cual quiere examinarse aspectos no vistos en la primeramente llevada a cabo. El vocablo “nuevo” no califica tanto a la prueba misma cuanto a los interrogatorios o exámenes que se ofrecen como razonamiento al Tribunal.

En esta etapa de la audiencia, pueden el Ministerio Público o la Defensa pedir la actuación de diligencias, para esclarecer

aspectos del delito antes no contemplados: v.g. inspección ocular, reconstrucción, confrontaciones, etc. Puede convenir a los intereses de la defensa que sea el propio Juzgador quien conozca el lugar donde ocurrió el delito, su forma de realización, etc. Si el Tribunal acepta este pedido deberá trasladarse en pleno al lugar indicado. Tratándose de testigos los citará para oírlos y confrontarlos con el acusado si fuere el caso.

Si en el curso de los debates, el Tribunal considera necesario actuar estas evidencias, puede decretarlas de oficio, observando las formalidades de ley.

Como exigencia para el ofrecimiento de testigos, la ley dice que se presentarán los interrogatorios por escrito y después de darles lectura, el Fiscal opinará sobre el pedido resolviendo luego el Tribunal. Los rechazará si las preguntas son impertinentes.

Para evitar que los testigos y peritos se pongan de acuerdo, se les colocará en habitaciones separadas.

#### **Examen del acusado**

En la etapa decisoria, la intervención del Fiscal Superior empieza con el interrogatorio del acusado. El art. 243 dispone que el director de debates, dando inicio al acto oral, ordenará la lectura del dictamen fiscal y “luego invitará al Fiscal para que inicie el interrogatorio”.

El mismo art. 243 reconoce que el director de debates mantiene la iniciativa en el desarrollo de la audiencia, disponiendo el interrogatorio y seleccionando las piezas a leerse. La novedad del D. Leg. 126 es disponer que sea el Fiscal quien interroge al acusado. Concluido el interrogatorio, pueden preguntar directamente los demás miembros del Tribunal; los defensores lo harán por intermedio del director de debates.

Siendo varios los reos presentes, pueden ser examinados separadamente, si el interés de la investigación lo exige. Pero dice la ley, antes de la acusación fiscal “se leerán las declaraciones de todos los acusados” (art. 246).

Si el testigo –o el acusado– ignora el castellano, debe ser nombrado intérprete, pudiendo ser el mismo que actuó en el Juzgado. Como los testigos, el intérprete puede ser tachado.

La ley dispone que las preguntas que se hagan al acusado así como sus respuestas, sean claras y precisas. También prohíbe

el empleo de amenazas y coacciones de la clase que sean, así como las preguntas que contengan las respuestas, las llamadas “sugerentes”.

Dos finalidades persigue el interrogatorio: a) con relación al acusado: conocer su carácter y psicología, modo de proceder y motivos determinantes del delito, es decir, todo aquello que más tarde sirva para la aplicación judicial de la pena (art. 51 C.P.); b) con referencia al delito: para que explique el acusado cómo tomó parte en el hecho, es decir su participación exacta, así como con quién lo realizó y en qué forma y circunstancias. En el caso de negar toda intervención, las preguntas deben examinar su dicho concordándolo con otras pruebas para demostrarle que la negativa no lo exculpa y que sin su confesión existen en autos pruebas suficientes para dar por probada su intervención en el delito. Si persistiera en ella, se hará el interrogatorio dividiendo las preguntas de modo que al concluir cada una, pueda preguntarle si es o no cierto su contenido. Ante su silencio le exhortará a decir la verdad, pues con ello demostraría interés en colaborar con la justicia, verdadero espíritu de arrepentimiento y de futura readaptación.

Ni el Fiscal ni el Juez pueden permitir que las respuestas del acusado sean vagas o imprecisas y que se extienda en declaraciones de contenidos políticos o similares. En este caso lo obligarán a decir lo preciso y que se limite a contestar en forma afirmativa o negativa cada pregunta que se le formule sin que ello lo prive de dar explicaciones. Siendo varios los acusados, se observará para cada uno las mismas prescripciones; para el interrogatorio de cada uno, puede hacer salir de la Sala a los demás acusados, lo que es necesario cuando se requiera la confrontación. Si no concluye el mismo día el interrogatorio y la confrontación, el Tribunal puede disponer que el acusado en referencia permanezca incomunicado hasta que se lleve a cabo el careo.

Concluido el interrogatorio, el Tribunal puede ordenar la inmediata comparecencia del testigo relacionado con esta declaración para que, luego de examinado, sea confrontado con el acusado, decretándose mientras tanto la incomunicación del procesado.

En esta oportunidad, el Tribunal puede presentar al acusado los instrumentos del delito para su reconocimiento.

**Examen de testigos.** La declaración de los testigos se realiza en el orden que señale el Director de Debates, según las conveniencias de la investigación. Prestarán juramento de decir verdad.

La ley coloca una exigencia: no dar lectura a la declaración del testigo en el Juzgado de Instrucción. De hacerlo resultan nulos el acto oral y la sentencia. Se persigue con ello que declare con espontaneidad, sin que se sienta obligado a decir exactamente lo mismo permitiéndole que si faltó a la verdad en el Juzgado, puede decirla ante el Tribunal. Cuando existe discrepancia entre una y otra versión, el Secretario colocará textualmente el dicho en el acta, la hará leer al testigo para preguntarle si es conforme; luego se le examinará sobre la razón de esta diferencia.

La ley prohíbe las confrontaciones entre testigos, así como todo diálogo entre ellos. Al Director de Debates corresponde preguntarle a uno sobre lo que dijo el otro y así procurar aclarar el testimonio. También puede ordenarse que un testigo declare sin ser oído por los otros testigos.

Si incurriere en falsedad, el Tribunal ordenará su detención hasta que concluya la audiencia y en la sentencia mandará abrir instrucción, si es que considera que existe delito de Falso Testimonio.

Las partes también pueden formular preguntas al testigo, por intermedio del Director de Debates.

Si un testigo cuya concurrencia ha sido declarada obligatoria, no pudiere asistir a la audiencia por enfermedad, y el Tribunal considera necesaria esta testimonial, puede constituirse en pleno en su domicilio y recibir allí su declaración con las mismas formalidades que en la audiencia. También puede dar lectura a estas declaraciones y someterlas a debate, dice el art. 253.

El agraviado, sea o no parte civil, tiene libertad de concurrir a la audiencia, que es pública y conociendo su presencia, el Tribunal de oficio o a pedido de parte, puede disponer su examen en el acto oral, aunque previamente no hubiere sido declarada obligatoria su concurrencia. El Código señala una diferencia en cuanto al momento de declarar: si el Tribunal ordena su concurrencia, declarará antes que los testigos, pero si lo hace voluntariamente y solo en la audiencia se pide su declaración, entonces declarará antes de la acusación.



**Examen de peritos.** La pericia practicada ante el Juzgado puede ser re-examinada por el Tribunal, pidiendo a los peritos que expliquen y aclaren puntos antes no dilucidados. No es nueva pericia sino ampliación de la ya presentada, por lo cual no requiere juramento ni puede hablarse de ratificación.

Pero durante la audiencia puede ser necesaria una pericia a practicarse allí mismo, sin necesidad de remitir los autos al Juzgado de Instrucción. Tal es: determinar la edad aproximada de la agraviada –que se logra mediante examen externo–; el estado de los órganos genitales, caso en el cual es necesario practicar el examen en privado entregando luego el dictamen al Tribunal. Estos dictámenes se exponen verbalmente al Tribunal y constan en el acta de la audiencia. Tratándose de pericia nueva se debe observar lo que dispone la ley, es decir, el juramento, la entrega y ratificación.

Los dictámenes “periciales presentados ante el Juez o en la audiencia, deben ser leídos obligatoriamente” dice la ley (art. 259). Esto significa que constituyen materia para el debate judicial y deben ser tomados en cuenta en la sentencia que ponga término al proceso.

## 5. – Lectura del expediente

En esta etapa de la audiencia, se atenúa su oralidad a la vez que se verbalizan los actos escritos, lográndose de este modo la inmediación de las percepciones que van a formar convicción en el Juzgador.

El art. 262 –modificado en su redacción por el D. Leg. 126– establece que concluidos los interrogatorios de los testigos y los debates periciales, se procede a examinar la prueba instrumental.

El director de debates ordenará la lectura de las piezas que solicite el Fiscal, la Parte Civil y el acusado, sea que obren en el expediente o las que se presenten en la audiencia. Estas pruebas pueden ser tachadas por las partes, pero la tacha se resuelve en la sentencia.

El texto del artículo modificado no comprende a los miembros del Tribunal Juzgador, entre quienes pueden pedir la lectura de piezas. Entonces –preguntamos– ¿el director de debates o un vocal cualquiera puede solicitar la lectura de determinada pieza que obre en autos?



Creemos que sí. Aunque expresamente el art. 262 no diga que también se dará lectura a las piezas que pida un vocal, es indudable que correspondiéndole el juzgamiento y como solo pueden ser tomadas en cuenta las piezas leídas y comentadas en la audiencia, también deben ser leídas las piezas que el Director de debates lo ordene, sea de oficio o a pedido de otro de los vocales. Si el Tribunal tiene la responsabilidad del juzgamiento, es indudable que también tiene el derecho de hacer leer las piezas que deben ser apreciadas en la sentencia.

La ley dispone la lectura de las declaraciones prestadas en el Juzgado, cuando no es necesaria la concurrencia de quienes la rindieron. Se hará lo mismo cuando los testigos citados no pudieren concurrir o no fueren habidos. La lectura de documentos puede realizarse en el momento en que el Tribunal lo considere oportuno: v.g. después de una declaración, se da lectura a una pieza de la instrucción, interrogándose al testigo sobre el contenido relacionándolo con su dicho.

#### **6. — Caso de delito más grave, nuevo delito o persona no comprendida**

Puede ocurrir que como consecuencia de las pruebas actuadas por el Tribunal Correccional, se adquiere el convencimiento que el delito investigado reviste mayor gravedad que aquel por el cual se formuló acusación; pero siempre dentro del mismo género. De más está decir que si presentare menos gravedad, el Tribunal enmienda el error de calificación en la sentencia. Si acusó por hurto y resulta robo con violencia, es necesaria nueva acusación para lo cual el Fiscal pedirá prórroga de la audiencia. Conforme a ley el plazo ampliatorio es de 8 a 12 días, por lo cual resulta necesario señalar otra fecha para audiencia, anulándose la que se estaba llevando a cabo. El Ministerio Público presentará nueva acusación, con indicación de los testigos que deben concurrir a la audiencia, correspondiendo al Tribunal Correccional señalar nuevo día y hora (R.T., 1946, p. 368)

#### **Persona no comprendida en el proceso o delito distinto del investigado**

Los debates orales pueden arrojar responsabilidad sobre personas no procesadas; o descubrir la comisión de delito diferente del que es materia de la investigación. Al Fiscal

corresponde pedir la apertura de instrucción. Veamos los casos que pueden presentarse:

El art. 265 modificado por el D. Leg. 126 declara, que si los debates orales:

- a) Arrojan responsabilidad sobre persona no comprendida en la acusación escrita; o
- b) Descubren hechos delictuosos similares, distintos o conexos con el que es materia del juzgamiento, el Fiscal debe pedir la apertura de instrucción y el Tribunal tiene la obligación de acceder a ello remitiendo la denuncia al Juzgado de turno.

Si el Fiscal “no solicitare la apertura de instrucción”, el Tribunal formando cuaderno aparte elevará el incidente al Fiscal Supremo en lo penal para que proceda en la forma que crea conveniente.

Es necesario examinar los alcances de esta disposición del Código.

- 1º Significa que en estos dos casos –persona responsable no comprendida o descubrimiento de delito diferente al investigado– ¿el Fiscal Superior es el único que puede denunciar el delito? Creemos que no. De oficio el Tribunal puede dirigirse al Juez de turno comunicándole el hecho y pidiéndole que abra instrucción.

Es cierto que conforme al art. 11 de la L.O.M.P., el Ministerio Público es el titular de la acción penal, pero como el art. 74 mantiene su vigencia, el Juez Instructor de oficio puede iniciar una instrucción. El Juez Superior en lo Penal tiene las mismas atribuciones que el Instructor. De manera que si este último puede abrir instrucción, el Superior puede ordenar al inferior que abra instrucción.

- 2º ¿En qué momento debe formularse esta denuncia? La ley dice como consecuencia de los debates orales, lo que significa que éstos tienen que haber concluido. La oportunidad es la acusación fiscal. Al Tribunal corresponde amparar la denuncia en la sentencia que expida; es allí donde debe constar el mandato al inferior.

Es la doctrina sentada por la Corte Suprema. Una ejecutoria establece que si los debates arrojan responsabilidad contra

personas no comprendidas, el Fiscal en su requisitoria debe pedir la apertura de instrucción; y que si no lo hace el Fiscal, el Tribunal en la sentencia donde puede ordenar la apertura de instrucción. (RJP. 1976, p. 1024)

- 3° Este mandato superior ¿obliga al Juez Instructor? Creemos que no lo obliga.

El art. 77, modificado por el D. Leg. 125 dice que el Juez debe calificar la denuncia y “Solo abrirá instrucción si considera que el hecho denunciado constituye delito, que se ha individualizado a su presunto autor y que la acción penal no ha prescrito”. Si no reúne estas condiciones, “expedirá un auto de NO HA LUGAR”.

De manera que aun con la nueva institución del Ministerio Público, el Juez Instructor mantiene su prerrogativa de declarar que no procede la apertura de instrucción.

- 4° La disciplina del art. 265 comprende tanto a persona diferente como a hecho distinto del denunciado.

En cuanto a “persona no comprendida”, la responsabilidad se refiere a delito cometido antes del juzgamiento y que puede o no tener relación con el que es materia de los debates orales.

Pueden presentarse varias situaciones:

- a) Ni en la instrucción ni en la acusación fiscal, aparece incluido el nombre de la persona referida.

Si de los debates orales resulta que tiene responsabilidad en el delito a juzgar, “el Fiscal deberá pedir la apertura de instrucción”, pedido que tiene que ser aceptado por el Tribunal, quien lo remitirá al Juez Instructor de turno para los efectos de ley.

- b) La persona que de los debates orales aparece con responsabilidad, antes estuvo comprendida en la investigación y se estableció su irresponsabilidad. El Fiscal no acusó y el Tribunal, de acuerdo con el Fiscal, dictó auto declarando que no procedía el juicio oral en su contra.

Esta resolución del Tribunal constituye Cosa Juzgada. La intervención de la personas en referencia en la comisión del delito ha sido investigado judicialmente y la resolución recaída es firme.

Al modificar el art. 265, el D.L. 19962 estableció que si en el curso de la audiencia, el Tribunal adquiría convicción acerca de la responsabilidad del procesado separado de la instrucción por el auto del Tribunal, podría reabrir el proceso y realizar juicio oral con el antes separado. Al modificar este art. 265, el D. Leg. 126, acertadamente, devuelve al auto del Tribunal su categoría de cosa juzgada, la cual responde a una necesidad de seguridad jurídica indispensable en el ordenamiento legal de todo país. En ejecutorias de mayo 1943, la Corte declaró que el mismo Tribunal por contrario imperio, no puede anular la condición jurídica de quien fue excluido del juzgamiento por resolución que ha quedado firme.<sup>35</sup>

- c) La persona que en los debates orales aparece como responsable, fue denunciada al Juzgado de Instrucción, pero el Juez declaró que no procedía abrir instrucción; el auto fue elevado en consulta y el Tribunal lo aprobó.

Esta resolución no constituye Cosa Juzgada. No ha habido investigación judicial y el auto se ha dictado por el solo mérito de la denuncia que puede haber sido defectuosa o incompleta.

Por su propia finalidad – dice la Corte – no puede producir los efectos de la Cosa Juzgada. (A.J. 1943, p. 110)

En este caso es procedente el pedido del Fiscal para abrir instrucción contra dicha persona.

En cuanto a los delitos, la ley se refiere a:

- a) Delitos similares. Son aquellos que tienen semejanza o similitud por encontrarse en la misma clasificación pero con diferencias precisas. Es el caso de delitos contra el cuerpo, la vida y la salud que comprende a lesiones, homicidio, aborto, etc. Tienen como base el mismo bien jurídico protegido, pero con diferente tipicidad.
- b) Delitos distintos. Son aquellas infracciones penales que son sustancialmente diferentes y como único vínculo, el de encontrarse comprendido en el mismo cuerpo de leyes.
- c) Delitos conexos. Son aquellos en que existe concatenación de unos con otros, pudiendo ser ésta la de constituir medio

---

35 Ejecutorias Supremas de Derecho Procesal Penal, p. 119, 4ª y 5ª ejecutorias.

para la perpetración del delito investigado, para facilitar su ejecución o permitir la fuga. Desde el punto de vista procesal se consideran conexos y por tanto susceptibles de ser incluidos en el mismo proceso: a) los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas y que están ante jueces diferentes o en procesos diversos; b) los cometidos por dos o más personas en lugares o tiempo diferentes, si es que ha precedido concierto entre ellos; c) los cometidos para facilitar su perpetración o la impunidad; d) cuando tuviesen analogía, vinculación especial o relación con otro delito investigado.

De lo anterior resulta que existe conexidad por unidad de agente, de propósito o relación de dependencia. En el capítulo de Jurisdicción y Competencia nos hemos ocupado con amplitud de lo relativo a Conexión de Causas y a él nos remitimos.

La nueva instrucción que se inicie por el mérito de la denuncia del Fiscal no impide que concluya aquella en la cual se formuló denuncia. No procede reservar el fallo en la más antigua. En todo caso aplicando el art. 322 si en el nuevo proceso queda acreditada la menor responsabilidad de los reos ya condenados, es procedente disminuir la pena hasta sus límites exactos. El art. 322 lo autoriza para el caso de los reos ausentes y presentes, condenando a estos últimos y reservando el proceso para los ausentes. Cuando estos últimos son descubiertos y sancionados, puede justificar la rebaja de la pena impuesta a los reos presentes. El caso que examinamos es semejante y consideramos que si en la nueva instrucción se acredita la menor responsabilidad de los condenados, puede rebajarse la pena.

### **Cuestiones incidentales**

El art. 271 admite que durante la audiencia puedan presentarse cuestiones incidentales, sin indicar cuáles son éstas.

Es indudable que tales incidencias pueden consistir en tacha a los documentos presentados en la audiencia, a las preguntas que se formulen a los testigos, incompatibilidad en la defensa de un acusado, excepciones y cuestiones prejudiciales, etc.

Por disposición de la ley, todas se plantearán verbalmente, pero las conclusiones se presentarán por escrito. La Corte Suprema ha interpretado este artículo diciendo que esta obligación de presentar conclusiones escritas, solo rige para la parte que la ha

planteado. (A.J. 1957 p. 149). El Fiscal no está obligado a presentar sus conclusiones por escrito. (R.J.P. 1955, p. 2259)

Para mantener la unidad de la audiencia, tales cuestiones deben ser resueltas en la sentencia, dice la ley y la jurisprudencia. (R.J.P. 1969 p. 482)

Constituye excepción a este principio general, la incidencia relativa a la prescripción que es conveniente que una vez planteada, debe ser resuelta de inmediato, a fin de no continuar juzgando delito prescrito. Si fuere improcedente, se resuelve en la sentencia.

Al tratar de la conformación del Tribunal, nos hemos ocupado de la Recusación al Vocal, presentada en la audiencia. Hemos dicho que la oportunidad para recusar es al ser notificado con el señalamiento de día y hora, pues quienes lo suscriben serán los que más tarde juzgarán. Pero si la recusación se refiere a vocal que no suscribió el auto de señalamiento de día y hora; sino que posteriormente ha ingresado al Tribunal o es reemplazo del titular, entonces la oportunidad es cuando se abre la audiencia, la primera en que interviene el nuevo Vocal. Los comentarios sobre esta inconveniente disposición han sido hechos en el título referido.

## **7.— Acusación, alegato y defensa**

Concluidos los interrogatorios y la lectura de piezas, corresponde acusar al Fiscal Superior.

Conforme a ley debe reproducir íntegramente su acusación escrita, no pudiendo salir de sus marcos. Al concluir la acusación, presenta sus conclusiones escritas, redactadas en forma interrogativa.

El Fiscal modifica su acusación si de las pruebas actuadas en la audiencia, llega al convencimiento de la inocencia del acusado. Solo puede retirar la acusación escrita, si adquiere el convencimiento de que la persona a quien acusó como autor es inocente. Las pruebas actuadas durante el juicio oral justifican el cambio de opinión y por eso la ley admite que retire la acusación. Ante el retiro, el Tribunal continuará el desarrollo del acto oral, es decir oír a los abogados, y luego resolverá; si admite el retiro, el Tribunal expedirá el auto respectivo.

La jurisprudencia suprema tiene abundante doctrina establecida a propósito del retiro de la acusación fiscal. Así:

- 1) Las mismas pruebas actuadas en la instrucción, aunque tengan distinta apreciación no justifican el retiro. (A.J. 1944 p. 127. R.J.P. 1961 p. 577; y 1976 p. 905)
- 2) Las pruebas antes actuadas, que justificaron la acusación, no pueden fundamentar el retiro de ella. El Fiscal tiene la obligación de mantener su acusación escrita. (A.J. 1958 p. 114; y 1959 p. 173; 1931 p. 178)
- 3) Si mediante nueva prueba actuada en la audiencia, se convence de la inocencia, puede retirar la acusación. (R.T. 1939 p. 119)
- 4) Pero si la prueba actuada en el acto oral lo hace dudar de la responsabilidad, pero tampoco lo considera inocente no puede retirar la acusación. La duda no lo autoriza a retirar la acusación escrita. (R.T. 1938 p. 348)
- 5) Cuando el Fiscal acusa, no puede dejar de pedir reparación civil. En la audiencia debe reproducir la acusación escrita y pedir ambas; si no lo hace es nula. (A.J. 1935 p. 11)
- 6) La resolución del Tribunal que acepta el retiro de la acusación fiscal es un auto. La sentencia solo procede cuando se condena o absuelve. (A.J. 1943 p. 295; 1945 p. 158). Para dar por retirada la acusación del Fiscal es necesario auto del Tribunal. (R.T. 1940 p. 488)
- 7) Como el Tribunal no puede dictar sentencia sin que exista acusación fiscal y el juzgador discrepa del Fiscal, es decir considera que existe responsabilidad en el acusado, entonces procede mandar ampliar la instrucción o remitirla a otro fiscal para que acuse. (R.J.P. 1961 p. 577)

#### **Alegato de la Parte Civil**

A continuación del Fiscal, corresponde hablar al abogado de la Parte Civil. Podrá esclarecer con toda "amplitud", dice la ley, sobre los hechos delictuosos porque su gravedad y consecuencias tienen influencia en el monto pedido como reparación civil.

Lo que la ley prohíbe es que el defensor de la parte civil califique el delito y se refiera a la pena.

El informe del agraviado constituido como persona del proceso, debe hacer hincapié en los daños materiales y morales causados a la víctima v.g. reparación del vehículo, los gastos ocasionados por carecer de movilidad, gastos de clínica, suma señalada por el daño moral, etc. Presentará sus conclusiones resumiendo su punto de vista y exponiendo sus pretensiones económicas.

### **Defensa del acusado**

A continuación de la Parte Civil, la ley dispone que el abogado del acusado haga su defensa. Tiene amplia libertad, no pudiendo ser limitado, salvo el caso que no observe las reglas de ética profesional. Examina las pruebas actuadas, lo favorable a su defendido destacando los caracteres personales en todo lo que le benefician.

La ley dispone que el defensor concluya pidiendo la absolución de su defendido; si éste se declara autor, entonces solicita rebaja de la pena pedida, fundándose en los atenuantes que pueda ofrecer como es la falta de premeditación, su ocasionalidad, la no peligrosidad, buena conducta, etc. Presenta sus conclusiones escritas, antes de la sentencia. (R.T., 1933, p. 31)

### **Alegato del Tercero Civil**

Si el responsable civil concurriere a la audiencia —a la cual siempre debe ser citado— su defensor puede informar oralmente. Tratándose de responsabilidad patrimonial, se limitará a objetar el monto reclamado, destacando la escasa o nula capacidad económica de su patrocinado. Puede demostrar que el responsable penal, que es el acusado, tiene solvencia económica y cuando la del tercero civil sea subsidiaria, pedir se le libere de todo pago.

### **La palabra al acusado**

Concluidos los informes orales, el Tribunal preguntará al acusado si tiene algo más que agregar a lo dicho por su defensor. Con esto concluye la audiencia. Solo falta expedir el fallo.

Si las cuestiones de hecho y sentencia se leyeran inmediatamente sin suspender el acto, el fallo será nulo. (A.J., 1963, p. 253; 1957, p. 151)

Para que el juzgador tenga presente los argumentos de la defensa, la ley concede un plazo breve entre la conclusión de los informes y la expedición del fallo.



Domingo García Rada

El art. 279 dice que después de interrogar al acusado, se suspenderá la audiencia y dentro de las 24 horas siguientes se expedirá sentencia poniendo fin a la pretensión punitiva.

Si la sentencia se dictara pasadas las 24 horas, resulta nula. (A.J., 1923, p. 67; y 1966, p. 218)

Reabierto la audiencia, dentro de las 24 horas, se dará lectura a la sentencia o al auto que da por retirada la acusación.

La sentencia la estudiaremos en el Capítulo XXVI.

## CAPÍTULO XXV

*1. – El criterio de conciencia. 2. – La declaración de peligrosidad. 3. – Las Cuestiones de Hecho.*

### **1. – El criterio de conciencia**

Concluidos los debates orales, el Tribunal entra al momento de la deliberación, que siempre es en privado. Esto permite que el intercambio de opiniones sea sincero y puedan darse rectificaciones sin que quien lo hace se sienta incómodo ni que aparezca dominado por parecer ajeno. La deliberación en privado se realiza en la misma sala del Tribunal –que es lo corriente– o también en sala aparte, sin que nadie oiga la discusión. Esto último ocurre cuando se trata de asuntos políticos o de cierta resonancia.

Para la apreciación de la prueba reunida en la instrucción, el Código en el art. 283 establece el criterio de conciencia. Fue novedad introducida por el Dr. Mariano H. Cornejo en el derogado C.P. en M.C. y mantenida por el Dr. Zavala Loayza en el actual.

Justificando esta modalidad, Zavala Loayza considera que ella dará mayor flexibilidad al juzgador y le permitirá lograr una más exacta apreciación de las pruebas. Es una conquista para la evaluación de las pruebas, acorde con el sistema de la libre apreciación judicial.

El criterio de conciencia es arma eficaz para desentrañar el valor de una prueba. Permite que el juez aprecie una prueba en relación con las demás y aplicando su propio parecer, no el de la ley. No está obligado a aceptar la prueba tal como se la “presenten sino que debe apreciarla con la demás probanza y examinarla cómo ha sido realizada, los principios técnicos en ella aplicados, la calidad de los peritos, etc.”

El criterio de conciencia no es aceptar o rechazar una prueba, sino apreciar sus fundamentos, y según eso darle valor. Tal sería el caso del Juez que rechaza la pericia médico-legal de oficio dando sus razones y se apoya en la de parte por considerar que los fundamentos de ésta son sólidos.

El criterio de conciencia está limitado a la apreciación de la prueba actuada, no para variar o no aplicar la ley ni para rechazar una prueba. (A.J., 1931, p. 202). Es nota propia del Jurado que el Código la concede al tribunal de técnicos en derecho, pero limitada a una sola finalidad: la apreciación de prueba actuada.

## **2.— La declaración de peligrosidad**

La peligrosidad como fundamento de la responsabilidad es aporte de la Escuela Positiva. Como factores deben considerarse la personalidad del delincuente, los motivos que lo determinaron al delito, su significación como acto humano y la reacción después de cometido el delito.

El Código Penal recoge estos principios en el art. 116 al establecer los requisitos para declarar al acusado especialmente peligroso. Dice que es necesario ser autor de más de tres delitos reprimidos con penas privativas de la libertad, siendo al menos uno a penitenciaría o relegación; y además, cuando por el número de delitos, la naturaleza de éstos, sus móviles y el género de vida de su autor, fuera justificado hacer esta declaración.

Desde el punto de vista procesal, la ley señala tres exigencias:

- a) que la declaración de peligrosidad sea pedida por el Fiscal;
- b) que el Tribunal vote este pedido como Cuestión de Hecho independiente de las que integran la sentencia; en pliego aparte; y
- c) que la declaración sea formulada por unanimidad.

Si faltare alguno de estos requisitos, no puede el Tribunal declarar al acusado como especialmente peligroso.

Esta declaración tiene como consecuencia que la condena sea a relegación por “tiempo absolutamente indeterminado, no menor que el *máximo* de la pena correspondiente al delito”.

Es un caso de pena legal. A partir del vencimiento del *máximo* que señala el Código para el delito, puede el condenado pedir su liberación condicional y mientras dure su vida tendrá esta condición: ser liberado condicionalmente; y si no cumple los requisitos señalados puede ser revocada la liberación. Tendrá libertad condicionada al cumplimiento de requisitos. Esta declaración compete al Tribunal, no a la Corte Suprema (A.J., 1934, p. 404).

### 3. — Las Cuestiones de Hecho

Terminado el debate oral, el Tribunal debe discutir y votar las Cuestiones de Hecho, que forman parte integrante de la sentencia, pero la preceden en el orden de lectura.

Es un interrogatorio que se formula el Tribunal sobre cada hecho que motiva la instrucción y la acusación. Cada cuestión debe corresponder a una sola circunstancia del hecho **sub iudice**. (A.J., 1921, p. 38).

El Fiscal y los defensores deben presentar sus conclusiones escritas, que en forma interrogativa contienen los argumentos de su defensa. Estas conclusiones deben ser tomadas en cuenta para votar las cuestiones de hecho. (R.T., 1935, p. 210; A.J. 1955, p. 131).

Redactadas en forma de pregunta, las respuestas deben ser SÍ o NO. Mediante ellas, el tribunal contesta dos cuestiones fundamentales: si el hecho imputado constituye delito; si existe relación de causalidad entre este hecho considerado delictuoso y el inculpado como actor del mismo.

Las Cuestiones de Hecho deben reunir determinados requisitos para que surtan efectos procesales. Deben redactarse en forma de preguntas, constar por escrito y en pliego aparte de la sentencia. Las respuestas —ya hemos dicho— deben contestar afirmativa o negativamente, indicando si es por unanimidad o por mayoría. Si es por lo primero, bastará decir SÍ. Si no lo fuere,

Domingo García Rada

agregar Por Mayoría. La discrepancia aparecerá en el voto, que deberá ser incorporado a la sentencia.

Todos los hechos que aparezcan de autos deben votarse. Así tenemos como tales:

- la reincidencia. (R.T., 1932, p. 3; y 1937, p. 431);
- los atenuantes que existan. (A.J., 1935, p. 74);
- la condición de indígena. (R.T., 1931, p. 162); y,
- la conducta irreprochable de la agraviada (R.T., 1932, p. 426; y 1933 p. 256).

De omitir cualquiera de estas circunstancias, la Suprema ha establecido que la sentencia es nula. También lo será si el pliego que contiene las cuestiones de hecho, firmado por los vocales, no está autorizado por el Secretario. (A.J., 1931, p. 329; R.T., 1931, p. 199)

Siendo un solo todo, la nulidad de las Cuestiones de Hecho, acarrea automáticamente la de la sentencia que la integra. Una ejecutoria establece: "No se puede imponer pena que esté basada en hechos que no se propusieron y votaron anteriormente". (R.T., 1931, p. 89). Existe una declaración que es terminante: "La sentencia debe, de estar de acuerdo con las cuestiones de hecho votadas" (A.J., 1922, p. 142; R.T., 1936, p. 159).

La intención de la ley es que todo fallo del tribunal conste de dos documentos diferentes: uno que se refiere a los hechos y en el cual aparezcan si están o no debidamente probados; y otro en que el juzgador estudie estos hechos con relación al Código Penal y vea su aplicación. Es la distinción entre el hecho y el derecho, entre el acontecer humano y el precepto legal.

Como consecuencia del criterio de conciencia era necesario separar el hecho del derecho. El hecho se acredita mediante pruebas apreciadas con criterio de conciencia; el derecho es la ley y se aplica al hecho debidamente comprobado.

Establecer el hecho es tarea que se desarrolla en las cuestiones de hecho; aplicar la ley corresponde a la sentencia.

Acreditado el hecho, solo queda aplicar la ley. De su claridad depende el éxito de la sentencia; si fueren contradictorias, la sentencia resultará nula. (A.J., 1961, p. 178)

En cuanto al orden en que se desarrollan estas preguntas, la ley no dice nada, pero es recomendable que las primeras se refieran al delito, situándolo en el tiempo y en el espacio, comprendiendo antecedentes, lugar, circunstancias y quienes tomaron parte en su realización. Es decir, dejar establecido si ha existido delito y quién lo cometió. Luego vendrán las particularidades que llamaremos secundarias, como re-incidencia, edad, buena conducta, atenuantes, etc.

Las cuestiones de hecho deben ser claras y precisas. Si existieren varios hechos o varios acusados, cada una debe referirse a un hecho y a un acusado a fin de determinar la participación de cada procesado en el delito. Deberán votarse cuestiones de hecho separadas para establecer la participación de cada uno (A.J., 1921, p. 38).

Atentaría contra la claridad referirse en una misma a varios hechos a muchos acusados.

Las cuestiones de hecho no deben referirse al derecho. Solo y únicamente al hecho. Es causal de nulidad la omisión de algún delito o de algún acusado: debe comprender todos los delitos y a todos los acusados. También es causal de nulidad si su redacción lleva a "conclusiones ambiguas y contradictorias" entre sí o con la sentencia.

En pliego aparte debe redactarse la declaración de peligrosidad cuando fuere el caso. Debe estar materialmente separada de las demás refiriéndose solamente a la peligrosidad. En hoja aparte, con firmas de los vocales y del secretario. (art. 116 C.P.)

Domingo García Rada

## CAPÍTULO XXVI

### LA SENTENCIA

*1. – Objeto y contenido de la sentencia. 2. – Formación de la sentencia: sus elementos. 3. – Clases de sentencias.*

#### **1. – Objeto y contenido de la sentencia**

La acción penal ejercitada a través de la instrucción concluye con la sentencia. Es el medio ordinario de dar término a la pretensión punitiva. Su consecuencia legal es la **cosa juzgada** con relación al delito que fue materia de la investigación y a la persona inculpada del mismo; cesa la actividad judicial y desaparecen las consecuencias de todo orden derivadas del procesamiento, como son las medidas restrictivas de la libertad, el embargo, etc. Si la sentencia es absolutoria, tales disposiciones se cancelan. Si fuere condenatoria, las mismas se convierten en definitivas: el embargo preventivo en definitivo, la detención se convierte en pena de prisión o penitenciaria, los antecedentes judiciales se transforman en penales, etc.

Existen además otros medios no ordinarios destinados a concluir el proceso penal. Son los autos que resuelven excepciones, cuestiones prejudiciales, cortan el juicio por matrimonio, por muerte, etc. Estas resoluciones, una vez firmes, tienen las mismas consecuencias legales que la sentencia: ponen



Domingo García Rada

fin a la pretensión punitiva ejercitada por el Estado y quedan canceladas las medidas derivadas del estado de procesamiento.

Al referirnos a la conclusión del proceso penal por resolución judicial, expresado en auto o sentencia, mencionamos al Tribunal Correccional por ser a quien corresponde resolver definitivamente. Pero debe entenderse que estas resoluciones judiciales que ponen fin a la pretensión punitiva pueden ser dictadas por el Juez instructor en los casos del Juicio Sumario, las que son susceptibles de apelación ante el Superior.

La sentencia es conclusión lógica de la audiencia. No puede haber sentencia sin audiencia y toda audiencia concluye en sentencia, excepto en los casos de retiro de la acusación, corte del juicio por muerte o matrimonio o excepción declarada fundada. En estos casos el Tribunal Correccional se limita a dictar el auto respectivo no siendo ya necesario expedir fallo.

En la audiencia el Tribunal ha examinado al acusado y a los testigos, ha oído la lectura de piezas y documentos que obran en el expediente, así como la requisitoria del Fiscal y los informes orales de los abogados. El Tribunal queda solo para deliberar en secreto. Cada Vocal piensa y razona por su cuenta, pero los resultados deben ser en común para verterlos en la sentencia que es la decisión colegiada del juzgador. Como dice Carnelutti: "Los resultados de este trabajo singular se deben poner juntos y a tal fin los jueces deben vertere in unum".

Después de clausurado el debate y cuando todavía están presentes los argumentos esgrimidos por cada parte, viene la deliberación. Es una discusión y una decisión colegiada. La ventaja del tribunal colegiado es que cada juez ha oído lo mismo y se forma opinión personal que debe concluir en una decisión colectiva. La deliberación lleva a la votación que tiene como finalidad lograr acuerdo para la sentencia que es documento suscrito por todos.

La sentencia puede ser por unanimidad o por mayoría. La primera significa pleno acuerdo frente a la investigación judicial. Los jueces han oído y visto lo mismo y mediante la deliberación han llegado al mismo resultado.

La sentencia por mayoría implica un voto discordante. Ha faltado acuerdo para resolver en forma unánime. De los tres vocales, uno, a pesar de haber estado presente en toda la

audiencia, sin embargo sus conclusiones son distintas a las de sus compañeros y vota diferente de ellos. Para la aplicación de ciertas penas – como es la de internamiento (R.T., 1938, p. 50) – el Código Penal exige unanimidad en la decisión colegiada; si no la hubiere tiene que aplicarse la pena inmediatamente inferior. Una ejecutoria determina que si no hay acuerdo, debe volverse a discutir y solo si en 2a. votación hay disconformidad, aplicar la pena inferior. (R.J.P. 1956, p. 1365)

Estando el Tribunal Correccional compuesto de número impar, no puede darse empate en las votaciones y es difícil la discordia por cuanto dos votos hacen resolución. Siendo la vida tan rica en experiencias pueden darse casos raros en que aparece la discordia: tal sería cuando un vocal opina por la pena de prisión; otro por la absolución y el tercero por una medida de seguridad. Ante tres opiniones opuestas, la solución procesal es la discordia, llamándose para resolverla a Vocal de otro tribunal, quien uniendo su voto a cualquiera de ellos, se alcanzaría resolución.

El objeto de la sentencia es poner fin al ejercicio de la acción penal. Es la decisión judicial referente a la pretensión punitiva hecha valer por el Estado.

La sentencia es consecuencia de la deliberación del Tribunal Correccional, encontrándose cerrado el debate oral y cuando las impresiones producidas durante el desarrollo de la audiencia aún están presentes en la mente de los jueces y como dice Manzini “conservan su más genuina y fresca vivacidad”.

El debate es oral y público, pero la deliberación es secreta. En cambio, bajo sanción de nulidad, la sentencia es documento público, escrito y firmado por los juzgadores y leído por el Relator.

Durante la instrucción ha existido inmediatez entre las pruebas y el Juez. También la ha habido en el debate, oral, entre el acusado y el Tribunal Juzgador. La sentencia responde a este mismo interés: el Tribunal ha estado en contacto vivo con el sujeto juzgado.

El pronunciamiento contenido en la sentencia tiene como efecto vincular al Juez con lo que decide, de manera que el resultado de la deliberación esté expresado en la sentencia y ésta, una vez firmada y publicada, no puede ser alterada, salvo los errores materiales en que pueda incurrir.

La lectura en el acto oral y público que es la audiencia, sustituye a la notificación de las personas del proceso que se encuentran presentes en dicho acto o, por lo menos – como la parte civil y el responsable económico – saben de su realización por haber sido oportunamente notificados.

El acto oral en que se da lectura a la sentencia es una sesión más de la audiencia y como tal es necesario que en ésta – como en las anteriores – el Tribunal Correccional se encuentre completo, es decir que estén presentes los vocales, el fiscal, los auxiliares de justicia, el acusado con su defensor. Si alguno de éstos faltare el acto es nulo y será necesaria nueva audiencia y nueva resolución que le ponga fin. Concluida la audiencia, se sentará el acta en que conste la lectura de la sentencia y si el Fiscal y el acusado se conformaron con lo resuelto en ella, interpusieron recursos de nulidad o reservaron su derecho para hacerlo dentro de las 24 horas siguientes. En las actas deberá precisarse quién interpone el recurso y sobre qué (A.J., 1932, p. 348). En este caso el Tribunal lo concederá inmediatamente. En los delitos en que no procede recurso alguno, no se hará la pregunta indicada ni menos se accederá al recurso si indebidamente fuere interpuesto. Firmada el acta por quienes corresponda – vocales, fiscal superior y defensor – concluirá el acto oral.

## **2. – Formación de la sentencia: sus elementos**

Como exordio en la sentencia debe indicarse lugar y fecha de su expedición, lo que fija la sede y competencia del Tribunal así como la no prescripción del hecho incriminado.

Junto con el nombre completo del acusado, se indicarán sus generales de ley y demás datos que lo identifiquen, para evitar confusiones con personas del mismo nombre y apellidos. Estos datos serán anotados en el Registro Central de Condenas y servirán para expedir boletines. Concluirá la introducción con la indicación precisa del delito por el cual va a ser juzgado, así como el nombre de la persona agraviada con su comisión.

La sentencia consta de tres partes: expositiva, considerativa y resolutive. Este orden en la exposición debe observarse por su claridad y lógica pero no bajo sanción de nulidad.

La expositiva contiene el relato de los hechos y sus pormenores, sin hacer ninguna consideración referente a la

responsabilidad ni menos a la pena. Dada la objetividad que debe tener esa parte, puede redactarse antes de la deliberación, pues conviene tanto a la sentencia condenatoria como a la absolutoria.

La considerativa es la que exige mayor cuidado en su redacción. Es la parte constructiva de la sentencia, en donde el Juez hace una apreciación de la prueba actuada, valorándola y como consecuencia encuentra que el acusado es responsable o inocente del delito imputado. Los fundamentos del Tribunal no solamente deben ser ciertos sino sólidos y sobre ellos descansará la sentencia a expedirse. Como conclusión de este examen de la prueba, el Tribunal indicará la ley aplicable al caso, señalando los artículos del Código Penal y demás leyes que sean pertinentes; de omitirlos la sentencia es nula (R.J.P., 1952, p. 2995). La Corte Suprema agrega: la cita de la ley debe ser exacta y precisa. (A.J., 1961, p. 139)

La resolutive contiene aquello que el Tribunal resuelve o decide. La sentencia no es documento especulativo en el cual se discurre sobre el delito y el delincuente; al contrario tiene una finalidad eminentemente práctica: restablecer el orden social alterado con el delito, sancionando al trasgresor con una pena y fijando una reparación civil en favor de la víctima del delito.

Cuando la sentencia es condenatoria, deberá señalar la pena que se impone, precisando si es multa, prisión, penitenciaría o relegación; cuándo comienza y cuándo concluye, así como el monto de la reparación civil con indicación de quién es el obligado a su pago – dato importante cuando existe el responsable económico – y el beneficiado con ella. Cuando la pena impuesta lleva consigo las accesorias – como es el caso de la penitenciaría – deberá agregarse la inhabilitación y la interdicción civil, precisando su condición de absoluta o relativa y su duración. “Si el Tribunal omitiere señalar las penas accesorias de inhabilitación absoluta e interdicción civil, la Corte Suprema puede completar la sentencia, en pro de la economía procesal e incluirlas en la ejecutoria que dicte”. (R.J.P., 1970, p. 1369) En los delitos cometidos por lucro o codicia, el art. 25 del Código Penal dispone agregar como pena accesoria la de multa, cuyo monto fijará el juzgador. La omisión de hacerlo, acarrea la nulidad. (R.J.P., 1953, p. 343)

Tratándose de sentencias absolutorias, el Tribunal al absolver al acusado, ordenará su libertad, si estuviere detenido

y el archivo del expediente. También dispondrá la cancelación de todas las medidas restrictivas dictadas en contra del acusado absuelto, como es la orden de detención, la de embargo, etc.

Manzini hace notar que toda sentencia contiene razonamientos en la parte considerativa. Agrega que el antiguo concepto de asimilarla al silogismo es hoy inaceptable porque los hechos humanos son múltiples y es imposible reducir su complejidad a dos premisas. Pero no puede negarse que los razonamientos lógicos constituyen base sólida de toda sentencia. Las pruebas deben ser evaluadas con criterio prudencial y las conclusiones provienen del raciocinio lógico del juzgador.

De las partes que contiene toda sentencia, son indispensables dos: aquella que identifica al acusado y determina el delito; y la resolutive que contiene la condena o absolución. La alteración en el contenido de las otras partes o su redacción irregular o deficiente traen dificultades para la apreciación de este documento, pero no contienen causal de nulidad. Además pueden ser enmendadas por el Tribunal Supremo.

No puede existir contradicción entre la parte considerativa y la resolutive: si en la primera se habla de irresponsabilidad, no puede concluir la segunda en condena. Es necesario que exista correlación entre las partes de la sentencia para que tenga fundamento sólido.

La motivación de la sentencia es principio legal. El condenado y la sociedad tienen derecho a saber cuáles han sido las razones que han determinado la condena o la absolución. Una sentencia que solamente tuviera el nombre del acusado y el delito que se le imputa, se remitiera luego a la prueba actuada como todo fundamento, y condenara, sería nula. La motivación en la sentencia es garantía para el condenado que conoce el motivo de la condena, para la sociedad que se entera de la aplicación de la ley; y para el juez que elimina toda sospecha de arbitrariedad, parcialidad o injusticia. "La motivación de las sentencias constituye una de las garantías de la administración de justicia y es al mismo tiempo un mandato constitucional" (R.J.P., 1970, p. 618). Lo consigna el art. 233 inc. 4º de la Constitución.

La motivación es la evaluación que realiza el Tribunal, de las pruebas actuadas en la instrucción y en la audiencia; fundamenta la sentencia que expide. (R.J.P., 1969, p. 1138). Los

argumentos expuestos por la defensa en el informe oral tienen que referirse a la prueba actuada y el Tribunal los tomará en cuenta al apreciar la probanza. En esa forma responde indirectamente a las palabras del defensor. Las disquisiciones y divagaciones del abogado que carecieran de este fundamento, no tienen por qué ser contestados por el Tribunal Colegiado.

### 3.— Clases de sentencias

El Tribunal Correccional expide dos clases de resoluciones: autos y sentencias. De los primeros existen dos tipos: unos que resuelven sobre el delito investigado y producen cosa juzgada: son los autos sobre excepciones, cuestiones prejudiciales, retiro de la acusación, corte del juicio por matrimonio o muerte e improcedencia del juicio oral. Los otros son expedidos durante la tramitación de la instrucción ante el Tribunal y tienen como finalidad resolver aspectos secundarios del proceso, que no afectan al delito ni al acusado. Tales son los autos sobre tachas, nulidades, recusaciones, etc. Tienen limitados efectos procesales.

Las sentencias pueden ser de dos clases: absolutorias y condenatorias.

- I. Absolutorias. La sentencia absolutoria deberá contener la exposición del hecho y un análisis de las pruebas que la justifiquen. (R.J.P., 1973, p. 343). Se pronuncia sobre el mérito de lo actuado. Procede en los siguientes casos:
  - a) Inexistencia del delito. Cuando mediante la prueba actuada se acredita el hecho, pero no su carácter delictuoso: Tal es el caso en delitos contra la vida, cuando se acredita que la muerte de la víctima no proviene de acción ajena. Estableciéndose que no existe delito, el archivamiento de la instrucción tiene carácter definitivo.
  - b) Existe el hecho, pero no lo ha cometido el acusado. En la instrucción se establece que aunque el hecho es cierto, sin embargo el procesado no es autor. Procede la absolución por ser Inocente el acusado. Existiendo delito, con autor desconocido, el archivamiento es provisional.
  - c) El acusado es el autor, pero es inimputable. Se acredita existencia del delito pero no la responsabilidad

por existir causa de inimputabilidad, v.g., insania mental. Procede dictar una medida de seguridad y el archivamiento definitivo de los autos.

- d) El acusado es el autor, pero no es punible. Es el caso especial de los delitos contra el patrimonio, cuando el delito ha sido cometido entre padres e hijos (art. 260 C.P.). El hecho existe y es delito, sin embargo el autor no es punible por razón de parentesco. Procede el archivo definitivo.
  - e) Falta de prueba sobre la existencia del delito. Salvo la denuncia y las sospechas, no existe en autos otra prueba. Tal es el caso del homicidio en que no se encuentra el cadáver (R.T., 1941, p. 350) y solo hay referencias sobre el acusado, que son insuficientes para formar convicción. Procede la absolución y el archivo provisional.
  - f) Insuficiencia de prueba sobre la responsabilidad del acusado. A pesar de la actividad judicial, sin embargo no existen pruebas que formen convicción sobre la persona acusada. Los meros indicios, las inducciones lógicas, las posibilidades u otras hipótesis son insuficientes para acreditar la responsabilidad y que el juzgador adquiera certeza. La insuficiencia de pruebas no es solo su escaso número, sino que las existentes son débiles. La incertidumbre lleva a la absolución porque en tal caso prevalece el principio in dubio pro reo. La sola confesión del reo es insuficiente; también lo es la acusación del coinculpado. (R.T., 138, p. 330; 1941, p. 51). La absolución se produce no por haberse acreditado la inocencia del reo sino por no establecerse su culpabilidad. En este caso debe ordenarse el archivo provisional.
- II. Condenatorias. Las sentencias condenatorias tienen el mismo fundamento de las pruebas actuadas en la instrucción. Antes hemos hablado sobre la motivación, que es lo que justifica la condena.

La sentencia condenatoria debe comprender los siguientes puntos:



- a) Delincuente. Tanto en el exordio como en la parte resolutive deberá indicarse el nombre completo de aquel a quien se condena. Es indispensable por tratarse de una responsabilidad de carácter personal.
- b) Los hechos. Una relación somera pero imparcial del hecho delictuoso que se sanciona, puesto que de ellos emana la responsabilidad penal.
- c) Prueba. En la parte considerativa se hace la apreciación, sobre la prueba actuada. El Tribunal la evalúa para deducir la responsabilidad.
- d) Delito. Calificación exacta del hecho delictuoso, modalidad empleada y demás circunstancias, indicando los artículos de la ley penal.
- e) Pena. Indicar la pena exacta, cuándo comienza y cuándo concluye. Siendo facultativo descontar el tiempo de detención sufrida durante el procesamiento, el Tribunal deberá indicarlo.
- f) Penas accesorias. Muchas penas – v.g. penitenciaria – llevan consigo inhabilitación e interdicción durante la condena. En los delitos cometidos por lucro o por codicia (art. 25 C.P.), se establece la multa como pena accesoria. Pero eso es indispensable precisarlo en la sentencia.
- g) Medida de Seguridad. Para los casos en que sea de aplicación en lugar de otras penas.
- h) Responsabilidad civil. Deberá fijar su monto, quién es el obligado al pago – importante cuando existe responsable civil – y a beneficio de quién, si es la propia víctima o sus herederos.
- i) Artículos del Código Penal. Indicarse todos los aplicables no solo por el delito sino por la responsabilidad civil, penas accesorias y condiciones de culpabilidad. (A.J., 1961, p. 172)



Domingo García Rada

## CAPÍTULO XXVII

### LA IMPUGNACIÓN

*1. – La impugnación. 2. – Medio de impugnación. 3. – Naturaleza del Derecho de Impugnación. 4. – Fondo y forma de la impugnación. 5. – Efectos de la impugnación.*

#### **1. – La impugnación**

Toda resolución que reúna los requisitos de ley sea auto o sentencia, no puede ser modificada por su autor. “La jurisdicción se pierde en el mismo momento que se ejecuta”, dice Florián. La resolución que está viciada por errores procesales o de fondo, puede ser enmendada por el Superior, pero no por el propio magistrado que la expidió. Salvo los casos de consulta —expresamente señalados en la ley— en todos los demás es necesaria una petición de la parte que ha sufrido el agravio. Tal es la finalidad de la impugnación.

El medio impugnatorio sirve para que el Superior conozca de la resolución judicial expedida en un proceso penal en trámite o, por lo menos, no concluido. En el caso de la Revisión se trata de procesos fenecidos, que tienen la condición de Cosa Juzgada pero que por virtud de la ley, pueden ser vueltos a conocer.

Dictada resolución por el juzgador —sea auto o sentencia— se produce un estado de seguridad jurídica que más tarde se

convierte en Cosa Juzgada. Cuando se alcanza firmeza en la resolución, se pasa al siguiente período, que es el de la ejecución.

Entre la resolución judicial y la Cosa Juzgada existe un intervalo, durante el cual a pesar de existir certeza en lo resuelto, sin embargo no hay cosa juzgada. En este lapso la ley permite impugnar la resolución mediante el recurso respectivo.

No vamos a entrar al estudio de la naturaleza de la sentencia impugnada, pues excedería a los límites de un Manual. Nos remitimos a Carnelutti, quien distingue entre imperatividad e inmutabilidad. La sentencia impugnada es imperativa por ser una verdadera resolución judicial y se le da cumplimiento. En el caso de imposición de pena grave como es la de internamiento en que existe un período de aislamiento celular no se ejecuta la sentencia mientras la Corte Suprema no resuelva la impugnación. La sentencia del Tribunal Correccional es imperativa pero no inmutable, pues el superior puede modificarla, total o parcialmente. Como regla general toda resolución judicial – auto o sentencia – es susceptible de modificación por el superior jerárquico.

El plazo es de 24 horas para apelar o interponer recurso de nulidad. Cuando ha transcurrido sin haberse interpuesto recurso alguno, la resolución además de imperativa, adquiere una nota más: su inmutabilidad. No puede ser alterada ni en su forma ni en su fondo, es decir en ninguno de sus extremos y se ejecuta en su integridad. “Es inadmisibile el recurso de nulidad interpuesto después de las 24 horas” (Revista Jurídica, 1961, p. 207). El D. Leg. 126 habla del día siguiente de la sentencia.

## 2. – Medio de Impugnación

“Medio de impugnación es un remedio jurídico atribuido a las partes a fin de remover una desventaja proveniente de una decisión del juez”.<sup>36</sup>

Las notas propias del recurso de impugnación son:

- a) el Derecho atribuido a las personas del proceso y, en ciertos casos a quienes no lo son pero que resultan afectados con la decisión del Juzgado. Tal es el Tercero Civil que ha sido citado y tiene interés en el resultado del proceso, pues la

---

<sup>36</sup> Leone, T. III, p. 3 y sgtes.

medida que dicte el Juez sobre su patrimonio, le afecta de modo directo y personal;

- b) Existencia de una desventaja procesal, es decir, de un agravio producido en el proceso;
- c) Pronunciamiento judicial que ocasiona el agravio o desventaja procesal. La resolución contiene una declaración sobre el fondo de la investigación –la sentencia– o sobre un aspecto del mismo –el auto–. Las peticiones que las personas del proceso formulen durante el curso de la instrucción –v.g. ofrecer o desistirse de una prueba– no son susceptibles de impugnación mientras sobre ellas no recaiga decisión judicial. La solicitud de la parte manifestada en un escrito, no constituye agravio;
- d) Una decisión judicial del superior inmediato recaída sobre lo que es materia de impugnación. Esta nueva resolución puede confirmar, revocar o modificar la del inferior jerárquico. Lo importante es el pronunciamiento del superior sobre la decisión impugnada. Es indudable que quien impugna pretende alcanzar la anulación o, por lo menos, modificación de la resolución inferior.

Varios son los medios de impugnación que la ley previene. Por sus efectos, la doctrina los agrupa en:

- 1) Devolutivos y no devolutivos. Según que como consecuencia de la impugnación, el conocimiento de la causa se transfiera o no al superior inmediato;
- 2) Ordinarios y extraordinarios. Se consideran ordinarios los medios dirigidos contra decisiones que no tienen la condición de Cosa Juzgada, es decir, que el proceso está abierto, mejor dicho en trámite. Es extraordinario cuando la resolución tiene esta calidad: tal es el caso de la Revisión que se interpone contra una sentencia judicial que ha quedado firme.
- 3) Suspensivos y no suspensivos. Los primeros son los que suspenden la ejecución de la decisión judicial. No suspensivos cuando la decisión del juez siempre se ejecuta.

Desde el punto de vista de la resolución impugnada, se dividen en: autos y sentencias. Los primeros son aquellas resoluciones que resuelven alguno o algunos de los aspectos

del proceso penal v.g. embargo, detención definitiva, etc. Las sentencias son las resoluciones que ponen fin al proceso penal, resolviendo todos los aspectos del mismo, es decir calificando el delito, estableciendo quién es su autor y señalando pena y reparación civil a favor de la víctima del evento criminal.

### **3.— Naturaleza del Derecho de Impugnación**

La impugnación “es un derecho que nace con la emisión de la providencia; es un derecho procesal porque nace con el proceso”, dice Leone. Luego distingue entre el nacimiento del Derecho a impugnar y el ejercicio del Derecho de Impugnar, considerando al primero como poder que surge con la providencia del Juez y al segundo como el medio para ejercer ese poder.

El Derecho de Impugnación presenta algunas de las notas propias del Derecho de Accionar y autores como Mortara, Rocco y Beling la consideran como “una forma particular del derecho de acción” y como “comprendido” dentro de la acción. Estiman que la impugnación permite el ejercicio completo y total de la acción a fin de que la resolución judicial alcance sus fines y adquiera certeza agotando todas las Instancias. No es un nuevo derecho, puesto que nace de la acción. Es la culminación de su ejercicio.

La impugnación es una fase más de la relación procesal. Es una etapa del proceso penal ya iniciado y que con la resolución impugnada ha concluido, bien sea en su totalidad o en una etapa de su desarrollo. La garantía de acierto se alcanza mediante el recurso de impugnación. Su ejercicio permite agotar las instancias y lograr certeza. Es la Verdad Legal.

Como nota propia de la naturaleza de este Derecho Impugnatorio, tenemos que es permitido su no ejercicio y su renunciabilidad. Esta es una nota que la diferencia de la acción penal, la cual es irrenunciable y debe comprender a todos los presuntos responsables.

Puede renunciarse a la impugnación, así como también es posible desistirse de la ya interpuesta. Cuando las personas del proceso se conforman con la resolución judicial, tenemos una renuncia implícita al ejercicio del derecho de impugnar. La aquiescencia con el mandato judicial tiene este significado. Es la

renuncia que Leone califica de “preventiva”, es decir, producida antes de su ejercicio.

Distinto es el caso de la impugnación planteada. Por tratarse de desistimiento hecho con posterioridad a la emisión del recurso impugnatorio, requiere escrito de quien lo formuló, con su firma legalizada.

Cuando las personas del proceso se conforman con la resolución del magistrado, tácitamente se produce la renuncia a la impugnación. Pero si después de presentada la impugnación, se apartan de ella, es necesario el desistimiento expreso. Son dos formas diferentes de renunciar al Derecho Impugnado.

Tanto la impugnación como el desistimiento pueden ser parciales, es decir referirse a parte de la resolución, o totales, si comprenden toda ella. Tal es el caso de la apelación de la sentencia en su integridad o limitada al monto de la reparación civil. También se da este caso cuando el Ministerio Público se conforma con la absolución de un acusado pero no con la de otros e impugna la sentencia respecto de estos últimos.

De las tres partes que contiene toda sentencia, el mandato expreso se contiene en la última, por lo cual la impugnación solo puede referirse a lo que en ella se manda y dispone. Por eso el Derecho Impugnatorio solo puede ejercitarse contra la resolutive. Los considerandos forman parte de la resolución y constituyen su fundamento, pero aunque integran la decisión judicial, sin embargo lo que se resuelve está contenido en la parte dispositiva. Constituye excepción cuando esta parte se remita expresamente a los considerandos en cuyo caso éstos pueden ser objeto de impugnación.

La impugnación puede formularse por motivo de un error *in procedendo* o *in iudicando*, según se trate de la violación de normas procesales o de normas sustantivas. También puede ser por *error iuris* —errónea apreciación de la forma sustantiva— o por *error factis*, cuando se produce una declaración de certeza basada en una errónea apreciación de los hechos.

#### **4. — Fondo y forma de la Impugnación**

La medida del agravio es la medida del derecho impugnatorio. (R.J.P., 1971, p. 410). Solo el perjudicado con la resolución judicial, puede ejercer el derecho de impugnar. El

agravio debe ser concreto y presente, no futuro ni abstracto. El procesado puede apelar del auto que deniega su soltura provisional, porque ello lo agravia. En cambio no puede apelar de la resolución que ordena el embargo en bienes del responsable, afirmando que más tarde este tercero le promoverá acción ordinaria demandándole indemnización por el perjuicio que le causa la medida precautoria.

En cuanto a la forma que debe revestir el ejercicio de este derecho, requiere que sea mediante recurso debidamente firmado por la persona que lo interpone. El abogado, excepto que sea apoderado, no tiene capacidad para formularlo.

Tienen legitimación las personas que son parte en el proceso. No puede discutirse la capacidad de quien se encuentra sometido a proceso; si careciere de capacidad lo ejercitará el que lo represente legalmente.

El agraviado adquiere legitimación cuando es aceptado como parte civil. El auto del juzgado que lo constituye en persona del proceso, le confiere capacidad para participar en todos los actos de la instrucción y del juzgamiento y dentro de ello está la de impugnar resoluciones que le perjudiquen. La Parte Civil puede impugnar las que se refieran al embargo, reparación civil, etc. Es decir, su esfera de acción queda restringida al aspecto económico del delito, sin poderse referir a la pena ni al delincuente. Le compete lo relativo al resarcimiento material del delito y solo dentro de ese ámbito tienen legitimación.

La doctrina admite la "legitimatio ad causam" de quienes tienen interés directo y evidente en la resolución que se impugna. El Tercero Civilmente Responsable, debe ser citado con el auto apertorio de instrucción y puede impugnar las resoluciones judiciales que lo afecten económicamente, como es el caso del embargo decretado sobre sus bienes. También tendrá personería para impugnar quien resulte afectado con el auto del Juzgado en el cual ordena la inscripción de una partida de defunción con datos equivocados que proclamen una filiación falsa. La Revisión puede interponerla quien no ha tenido intervención en la instrucción, pero tiene el interés derivado de su vinculación familiar con el condenado.

En cuanto a la forma que debe revestir la resolución judicial que resuelve la impugnación, deberá hacer referencia a la resolución impugnada, con indicación de lo que contiene y

de su fecha. Es decir la resolución judicial que dicte el superior debe individualizar la decisión que fue objeto de impugnación, precisando los alcances de la modificación, revocación o confirmación según los casos. Cuando el superior confirma la resolución del inferior, ésta surte sus efectos plenamente.

En cuanto a la oportunidad procesal para interponer recursos de apelación y de nulidad, el Código refiriéndose al último, dice que es de 24 horas. Por extensión se entiende que también es 24 horas, el plazo para impugnar cualquier resolución del juzgado de instrucción.

El D. Leg. 126 modifica el art. 289 y señala que el condenado puede reservar su derecho impugnatorio hasta “el día siguiente de expedirse el fallo”.

Este vocablo es más exacto, pues el término de 24 horas creaba problemas, pues para su cómputo era necesario establecer la hora en que se dictó la sentencia impugnada.

El señalar plazos que pueden computarse al minuto acarrea problemas y peticiones de nulidad. Requeriría que la expedición de la resolución tuviera hora señalada, a partir de la cual empieza a correr el término impugnatorio, lo que no ocurre.

## **5. — Efectos de la Impugnación**

Los recursos impugnatorios son: apelación, nulidad y revisión. Los primeros son los medios ordinarios y su interposición suspende los efectos de la sentencia; el último es medio extraordinario y carece de este efecto, porque se trata de sentencia que tiene la condición de Cosa Juzgada. En consecuencia el efecto suspensivo solamente se da en los medios ordinarios, no en el extraordinario. La Consulta que no es impugnación, tiene efectos procesales análogos a la apelación.

También varía el efecto cuando la impugnación es parcial o total. Según sea ella comprenderá todo el proceso o solo se referirá a aquello que es objeto propio de la apelación. Será total en el primer caso y parcial en el segundo. Las consecuencias procesales de la impugnación quedan determinados por la amplitud del recurso impugnatorio.

El efecto más importante es el extensivo que para Leone “consiste en el derecho de una parte que no ha propuesto la



Domingo García Rada

impugnación (o que ha renunciado a ella) a participar en el juicio de impugnación promovido por la otra parte la cual tenga interés idéntico, afín o conexo". Tiene como finalidad beneficiar con la anulación o modificación a la parte que no propuso la impugnación. Puede ampararse en este efecto cuando el no impugnante acredite que los motivos de la impugnación no son personales sino derivados del mismo delito o proceden de violaciones de la ley procesal, por lo cual el resultado de la resolución que expida el tribunal que conoce de la impugnación, le es aplicable por extensión: tal es la situación de los coimputados en la misma instrucción, o cuando varios procesos se acumulan por existir conexión entre ellos y en el caso del responsable civil a quien amparan los motivos aducidos por el responsable penal. No hay extensión, si los motivos son propios de quienes impugnan, v.g. la menor de edad que justifica la prescripción de quien la tiene y no alcanza a los demás co-imputados.

## CAPÍTULO XXVIII

### RECURSOS DE IMPUGNACIÓN

*1. – La Queja. 2. – La Apelación. 3. – La Revisión. 4. – La Consulta.*

El Código aplicando el principio de la pluralidad de instancias, establece dos recursos impugnatorios: la **Apelación** y el **Recurso de Nulidad**. El primero se interpone contra las resoluciones que emite el Juzgado de Instrucción y por su mérito se elevan los autos al Tribunal Correccional.

El segundo procede contra las sentencias Superiores para permitir que sean revisadas por la Corte Suprema. Son los medios ordinarios. Hoy es garantía Constitucional, la “instancia plural” (art. 233, inc. 18).

Cuando la ley no concede recurso impugnatorio o éste es denegado, el perjudicado con la resolución puede presentar una **Queja**. No es impugnación propiamente, pero tiene análogas consecuencias.

En ciertos casos, la ley expresamente dispone que la resolución del Juzgado sea elevada a conocimiento del Superior Tribunal. Es la **Consulta**. Los efectos procesales son iguales a la apelación, pero no exige su interposición por la parte agraviada.

Domingo García Rada

Finalmente, la ley previene la **Revisión** como recurso impugnatorio extraordinario que atenta contra la Cosa Juzgada, al permitir examinar la sentencia que ha quedado firme.

### 1. – La Queja

El recurso de queja tiene como finalidad resolver situaciones no sujetas a impugnación o cuando ésta hubiera sido desestimada.

Puede interponerse cuando el proceder de los jueces por su negligencia, arbitrariedad o parcialidad, causa perjuicio a las personas del proceso. (arts. 44 y 87); o cuando el Tribunal denegare el recurso de nulidad que, quien lo interpone, considera procedente. (art. 297)

Deben diferenciarse estos recursos de aquéllos que con igual nombre se presentan ante la Sala Plena de la Corte Suprema que tiene como finalidad enmendar el mal proceder de los jueces. Son recursos administrativos que no interfieren en el campo de lo judicial. Las quejas de que habla el C.P.P. se presentan ante el Tribunal Correccional o ante la Corte Suprema y de ser amparadas, tienen o pueden tener consecuencias procesales, afectando al desarrollo del proceso penal, lo que no ocurre con las quejas administrativas que se limitan a sancionar al mal funcionario.

Por lo general la queja se interpone directamente ante el Tribunal Superior, quien resolverá oyendo previamente al Juez quejado. No tiene efecto devolutivo ni suspensivo. Tampoco está sometido al plazo que es común a los demás recursos impugnatorios. La ley no fija término para su interposición.

Amparada la queja, la resolución del Tribunal no afectará a la tramitación ya efectuada, pero constituye enmienda sobre el proceder del magistrado. El Código no se refiere a la queja contra resoluciones no apelables, pero en virtud de la potestad de vigilancia que ejerce la Corte Suprema es indudable que en cualquier momento, puede pedir informe y enmendar el procedimiento equivocado o arbitrario del juzgado o tribunal. En el caso de denegatoria del recurso de nulidad, al declararse fundada una queja, la Sala Penal de la Corte Suprema ordenará se eleven los autos para conocer del fondo del asunto.

Nuestro Código admite la queja en tres casos:

- a) Cuando el inculpado no ha rendido su inestructiva después de vencido el término de las 24 horas, o de los diez días de detención provisional sin que se resuelva su situación, bien sea convirtiéndola en definitiva o, decretando su soltura incondicional. La queja es por “detención arbitraria”, dice el art. 87. Si se declara fundada, el Tribunal tiene dos caminos a elegir: ordenar la libertad del procesado o separar al Juez de la instrucción confiando el proceso a otro magistrado. Siendo más de veinte los procesados en una misma instrucción, la detención provisional puede extenderse hasta los 50 días que permite el art. 83, modificado por el D. Leg. 126.
- b) Las quejas ante el Ministerio Público están reguladas en su Ley Orgánica. (arts. 72-79). Ante su presentación se realizará una investigación sumaria y el Fiscal hará conocer el resultado al órgano respectivo. Pueden referirse a expedientes administrativos y judiciales. Si se descubren “hechos presumiblemente delictuosos” se comunicarán al Fiscal Provincial para que interponga denuncia penal.
- c) Contra el Tribunal Correccional por denegatoria del recurso de nulidad. Se presenta ante el Tribunal que lo ha denegado, quien ordenará se agregue copia certificada de las piezas pertinentes, elevando luego la queja ante la Sala Penal de la Corte Suprema, quien la resolverá, bastando tres votos conforme. (art. 297)

## 2. – La Apelación

Conocida en las legislaciones más antiguas, es el recurso originado por la existencia de instancias. Constituye garantía de acierto mediante el doble examen de la misma resolución judicial. La apelación determina un nuevo estudio del problema que plantea la resolución. La parte agraviada con la Resolución tiene que rebatir los argumentos contenidos en la resolución inferior. Conoce los razonamientos de la justicia y sobre ellos deben recaer los fundamentos de la apelación. Como el superior jerárquico es tribunal colegiado, compuesto por jueces de mayor experiencia y sabiduría, se presume que la revisión de la resolución inferior será hecha con objetividad y justicia.

Leone la define así: “La Apelación es el medio de impugnación por el cual una de las partes pide al Juez de segundo

Domingo García Rada

grado una nueva decisión sustitutiva de una decisión perjudicial del Juez de primer grado. Es un medio ordinario, devolutivo y suspensivo”.

En nuestro ordenamiento procesal penal, toda resolución del Juzgado de Instrucción es apelable. La seguridad jurídica a que se aspira tiene como fundamento la garantía de acierto que ofrece la revisión del superior. Las instancias responden a esta necesidad.

La ley concede la apelación a todas las personas del proceso.

En primer lugar está el procesado a quien afectan las resoluciones que dicte el Juzgado, sea sobre sus bienes o sobre su persona. Su capacidad no puede discutirse; es personal y el abogado que lo asesora solo puede pedir la realización de diligencias de mero trámite pero no ejercitar acciones ni impugnar resoluciones. Tratándose de reos ausentes o contumaces, el defensor está autorizado para ejercer todos los derechos que competen a su defendido y entre ellos está el de impugnar resoluciones judiciales. (R.J.P. 1945 p. 41)

El agraviado debe estar constituido como parte civil. (R.T., 1941, p. 168). De no hacerlo está impedido de impugnar resoluciones y su intervención queda limitada a los actos del resarcimiento, como es cobrar la indemnización que la sentencia le señale, debiendo conformarse con el monto que en ella se fije. El Tercero Civil tiene legitimación en lo relacionado con su situación de responsable económico.

El Ministerio Público tiene amplia facultad impugnatoria por representar a la sociedad agraviada con el delito, tanto en lo referente a la pena cuanto en lo relativo a la reparación civil.

El problema que presenta la apelación es el de la extensión, es decir determinar si la apelación puede afectar a quien no recurrió de la resolución. Como norma general en el procedimiento se entiende que la apelación solo surte efecto respecto a quien la interpuso, quedando los demás inafectos.

En el ordenamiento penal debemos examinar el motivo que fundamente la apelación. Si se refiere al delito mismo – v.g. prescripción –, es claro que el resultado de la apelación afectará a todos los procesados que se encuentren en igual situación por cuanto el delito ha desaparecido y el proceso carece de base legal.

Pero si la apelación se sustenta en motivos personales, entonces la resolución solo afectará a quienes se encuentren comprendidos dentro de esa causal y no a quienes se hallen fuera de su ámbito. Tal el caso de la prescripción que ampare a los menores de 18 años, que no afectará la situación de los mayores, quienes seguirán procesados ante el juzgado.

Sin excepción alguna, todas las resoluciones del Juzgado de Instrucción pueden ser impugnadas mediante apelación al Tribunal Correccional. No existe instancia única ni resolución inapelable. La doble instancia es regla en nuestro ordenamiento procesal.

En el juicio sumario, los jueces instructores son quienes dictan resoluciones, tanto autos como sentencias y ambas pueden ser apeladas ante el Tribunal Correccional respectivo.

La apelación garantiza que los argumentos de la parte serán apreciados por el Tribunal Correccional. Lo contrario sería otorgarle un poder decisivo al Juez y esa no es la intención del legislador. Al conocer de las resoluciones del Juzgado en vía de apelación, el Superior vigilará el buen desarrollo de las instrucciones y en caso de grave irregularidad, dará cuenta a la Corte Suprema para que dicte las disposiciones que sean oportunas, en uso de las atribuciones que le confiere el art. 230.

Las excepciones y cuestiones prejudiciales deducidas ante el Tribunal Correccional y resueltas por éste, pueden ser impugnadas ante la Sala Penal de la Corte Suprema, en virtud del principio de la doble instancia. Conforme a ley deben ser resueltas por el Juez, pero si fueren deducidas ante el Tribunal pueden ir a conocimiento del tribunal supremo, y así lo dispone la ley (art. 292 inc. 3º)

En cuanto a sus formalidades, toda apelación es por escrito y firmada por quien tiene legitimación para interponerla. Si la apelación se formula dentro de una diligencia y como consecuencia de ella, — v.g. tacha de una pregunta — entonces allí mismo consta la impugnación. El abogado carece de capacidad impugnatoria, pues su misión es mera defensa, salvo que tenga poder, en cuyo caso la interpone como mandatario. El defensor del ausente y del contumaz puede apelar, pues la ley le otorga facultades más amplias por la misma condición de su defendido, que no puede apersonarse ni otorgar poder. (A.J. 1944 p. 278)

Aunque la ley no lo diga expresamente, es necesaria la motivación que fundamenta el recurso de apelación, para que el Superior conozca los motivos de impugnación. También deberá precisar los alcances de la apelación para que el Tribunal sepa si es sobre todo lo resuelto o sobre parte, lo que es importante tratándose de sentencias que siempre contemplan varios puntos, a saber: pena, su carácter, duración y monto de la reparación civil.

### 3.— La Revisión

La Revisión es medio extraordinario de impugnación. Ataca la santidad de la Cosa Juzgada y conmueve los cimientos del orden jurídico al autorizar que una sentencia firme y ejecutoriada, sea nuevamente revisada en sus propios fundamentos y a la luz de nuevos hechos o circunstancias. La doctrina y la legislación en materia penal aceptan este instituto en forma restringida, precisando los casos en los cuales procede revisar la sentencia ejecutoriada.

En materia civil la cosa juzgada es absoluta: un proceso sentenciado y que ha quedado firme, no puede ser discutido nuevamente. Lo resuelto es verdad absoluta y definitiva. Como excepción a este principio, en ciertos juicios sumarios la ley procesal civil (art. 1083) autoriza la contradicción de la sentencia en vía ordinaria que conlleva mayores plazos y con nuevas pruebas aportadas por quien interpone la acción. En estos casos la ley señala un plazo perentorio de seis meses para presentar la demanda contradictoria, vencidos los cuales no cabe reabrir el proceso.

Distinta es la situación en los procesos penales, en los cuales el centro es la persona humana. Al incorporar este instituto dentro de nuestro ordenamiento procesal, la Exposición de Motivos del C.P. en M.C. de 1920 decía: "El derecho a la inocencia es inalienable, imprescriptible, inviolable. La condena que pesa sobre un inocente, desde el momento en que se descubre el error, es un crimen flagrante, el más infame y el más alevoso de todos los crímenes. No hay consideración alguna que pueda permitir se consume".

La Revisión es un medio extraordinario, no devolutivo y no suspensivo. Es extraordinario porque se dirige contra una sentencia de condena que siendo cosa juzgada, constituye

decisión irrevocable, que ha creado un estado de derecho con relación al condenado.

No es devolutivo porque no existe transferencia. Se trata de sentencia que ha sido culminación de proceso penal y se encuentra archivada.

Tampoco tiene efectos suspensivos, porque la decisión judicial que se impugna se encuentra ejecutoriada.

El fundamento de la Revisión es eliminar el error judicial producido en determinado proceso penal; viene a ser la enmienda del error que contiene la sentencia. La eliminación del error judicial – dice Leone – no se hace por efecto de nueva valoración de la prueba ya actuada, sino por la presentación de nueva probanza, no conocida o no existente cuando se expidió la sentencia anterior.

La Revisión es un recurso impugnatorio limitado a las sentencias condenatorias por delito. No es procedente cuando se trata de faltas por cuanto en estos fallos cabe la compensación por suma de dinero, no encontrándose de por medio la libertad humana. Tampoco procede contra los autos del Juzgado o del Tribunal, porque no resuelven definitivamente ni son constitutivos de derecho; lo procesal es pedir su enmienda dentro del mismo proceso.

El art. 361 del Código establece los casos en que procede pedir Revisión de sentencia condenatoria:

- 1) En los delitos de homicidio, cuando se acredita que con posterioridad al hecho, vivió la víctima; es decir; que no ha ocurrido la muerte de quien se presume.
- 2) Cuando la sentencia tomó en cuenta, de modo principal, la declaración de un testigo, más tarde condenado por falso testimonio. Aunque esto último se refiera a otra declaración, es indudable que quien ha sufrido esta clase de sanción, pierde idoneidad moral para servir de testigo y su dicho no ofrece garantía de veracidad.
- 3) Cuando se dicta sentencia contra persona distinta condenándola por el mismo delito, en forma tal que sea imposible que ambas lo hubieran cometido; de manera que de la contradicción entre uno y otro fallo resulta la inocencia de uno u otro acusado.
- 4) Cuando la sentencia se haya dictado contra otra anterior que tenía la condición de cosa juzgada; es decir que ya



el delito había sido juzgado y no era procedente expedir nuevo fallo.

- 5) Cuando se presentan nuevas pruebas, antes no conocidas o no presentadas y apreciadas por el juzgador, que acrediten verosímilmente la inocencia del condenado. La equivocada apreciación de las pruebas actuadas no justifica renovar el proceso. Se exige que sea prueba no presentada o no conocida al tiempo de expedirse sentencia. No es necesario que estas nuevas pruebas – dice Leone – produzcan convicción de inocencia. Será suficiente que tales elementos recién actuados en la instrucción y dada la inseparabilidad de la prueba –la nueva y la anterior–, produzcan convicción diferente a la condenatoria. La absolución o condena será el resultado de la nueva investigación.

Son los únicos casos en que procede la Revisión. Puede pedirse tanto a favor del condenado en cárcel, como cuando ya se encuentra en libertad. En caso de haber muerto tendrá por objeto rehabilitar su memoria.

No se fija a plazo para interponer revisión de sentencia condenatoria.

En cuanto a quienes pueden interponerla, el D.L. 18236 establece que pueden presentarlo el condenado, cónyuge y parientes hasta 4º de consanguinidad y 2º de afinidad, cónyuge, padres e hijo adoptivo.

También concedía esta facultad a los Vocales de la Corte Suprema.

Aunque el D.L. 18236 no ha sido derogado, sin embargo creemos que lo referente a Vocales ya no rige, pues el inc. 1º del art. 82 de la L.O.M.P. encarga al Fiscal Supremo en lo penal a interponer la revisión cuando la considera procedente, pudiendo adherirse al recurso si ya estuviere interpuesto. Esta es ley posterior que regula la misma materia, por lo cual creemos que prevalece sobre el D.L. 18236.

Fundamentamos nuestra opinión en que el legislador no puede conceder la misma facultad a dos funcionarios –Fiscal y Vocal– que intervienen en el proceso penal. Tiene preferencia el Fiscal porque es el titular de la acción penal y la revisión constituye un ejercicio de la misma.

Si concurre el reo o su defensor, debe ser oído. Si en el proceso reabierto se llega a la absolución del antes condenado, procede indemnizarlo por el error judicial que ha determinado una prisión indebida con todos los perjuicios que acarrea el estado de detención.

Si la Revisión tiene por objeto reivindicar la memoria del condenado fallecido con anterioridad, la sentencia que lo absuelve rehabilitará su memoria; también procede el pago de una suma en concepto de reparación civil, que será para los herederos legales, que pueden o no ser los mismos que plantearon la Revisión. Este dinero no es herencia puesto que no existía en el momento del entonces condenado, sino que aparece surgido después de su muerte.

Durante el tiempo que tiene esta institución en nuestro ordenamiento procesal penal, existen muy pocos casos. El primer caso de Revisión declarado fundado, concluyó en absolución e indemnización por el error judicial. (A.J., 1933, p. 370)

La jurisprudencia suprema registra un caso especial que requiere comentario. Se interpuso revisión fundándole en que cuando se dictó sentencia, el delito habla prescrito. Los Vocales Informantes consideraron que la causal invocada afectaba al condenado por haberse “expedido la sentencia erróneamente” y por consiguiente estaba comprendido en el último inciso del art. 361. La Sala Plena fue del mismo parecer y la declaró fundada. (A.J. 1973, p. 230)

Aunque la razón invocada como fundamento era evidente, pues no puede condenarse por delito prescrito, la ley no se ha puesto en esa posibilidad.

La Revisión es instituto que atenta contra la santidad de la Cosa Juzgada y su amparo reviste especial trascendencia. Por eso la ley señala en forma concreta cuándo y en qué casos es procedente. Omite la extinción por prescripción, pues para evitarlo coloca la excepción correspondiente.

Es peligroso que la Corte amplíe las causas de revisión. La intención de la ley al establecer la taxatividad en este caso, es que solamente en lo previsto anteladamente por el legislador, es que se reabra un proceso fenecido. En los demás casos obliga la santidad de la cosa juzgada.

#### 4. – La Consulta

Es un instituto que no constituye recurso impugnatorio pero que tiene efectos procesales semejantes a la apelación.

Se justifica la Consulta diciendo que en determinados casos y por la trascendencia de lo resuelto, la ley establece que lo dispuesto por el Juzgado debe ir en revisión ante el Superior para que nuevamente sea estudiado; mientras tanto no se ejecuta.

Consultar es elevar una resolución judicial al tribunal superior para su aprobación. Implica re-examinar lo ya resuelto. Está limitado a los casos en que la ley expresamente la ordena, no proviene de decisión judicial.

El Código establece la consulta en las siguientes resoluciones del juzgado:

- 1) Los autos que desestiman una denuncia. Al hacerlo el juez emite un pronunciamiento sobre la no punibilidad del hecho denunciado. La consulta obliga a la revisión y mejor estudio; evita que por negligencia o parcialidad del Juez y del Ministerio Público o descuido del denunciante, quede firme una resolución que impida investigar un hecho que puede constituir delito.
- 2) El auto del Juzgado que ordena internar en un asilo de insanos, a un procesado. Internar en un nosocomio a un inculpado es concederle privilegios que se justifica cuando su estado de salud lo requiera; en caso contrario atenta contra la igualdad de trato a todos los imputados.
- 3) El auto que dicta el juzgado cuando queda acreditada fehacientemente la inocencia del procesado, en el cual se ordena su libertad incondicional. Es pronunciamiento en el que el Juez declara la irresponsabilidad de quien está sindicado como presunto responsable. Es resolución que por decretar la libertad incondicional y lo que significa opinar sobre la inocencia del sujeto a proceso, tiene suma importancia.

Son los tres casos en que el Código establece la Consulta al Tribunal y es necesaria su aprobación para que la resolución se ejecute.

## CAPÍTULO XXIX

### LA CORTE SUPREMA

*1. – El recurso de nulidad y su naturaleza. 2. – Quiénes pueden interponerlo. 3. – En qué casos procede. 4. – Causales de nulidad. 5. – Atribuciones de la Corte Suprema.*

#### **1. – El recurso de nulidad y su naturaleza**

El Recurso de Nulidad es un medio de impugnación suspensivo, parcialmente devolutivo y extensivo que se interpone a efecto de alcanzar la nulidad total o parcial de una decisión superior.

Dentro de nuestro ordenamiento legal, el Recurso de Nulidad tiene un doble carácter: de casación e instancia. En el primer caso se asemeja a la Casación española; y en el segundo a lo que en Derecho hispano, se llama Casación en el fondo.

La Casación en el fondo tiene como efecto que el Tribunal Supremo después de casar la sentencia recurrida, dicte otra que ponga término a la instrucción con arreglo a derecho, enmendando el error padecido por el tribunal sentenciador. La de forma opera cuando tiene por causa un defecto de procedimiento y se limita a subsanar este defecto anulando lo actuado con posterioridad y devolviendo la causa al Tribunal de origen para que proceda con arreglo a derecho.

Domingo García Rada

El recurso persigue promover y procurar un nuevo examen de la sentencia del Tribunal Correccional, tanto desde el punto de vista de la forma como del fondo. Responde al interés público que toda sentencia del Tribunal Superior sea vuelta a examinar por la Corte Suprema.

Conforme a nuestro ordenamiento, la Corte Suprema de la República tiene una constitución especial que se estableció desde su instalación en febrero de 1825. Tiene atribuciones de tribunal de casación y también actúa como revisor.

Es de Casación en cuanto vigila la exacta aplicación de la ley hecha por los tribunales inferiores. Puede anular o modificar las sentencias inferiores cuando la ley ha sido indebidamente aplicada. Puede enmendar una resolución – auto o sentencia – indicando que el artículo del C.P. aplicable no era el señalado, sino otro dentro del mismo rubro delictivo, v.g. aplicar el art. 238 en vez del art. 237. En el caso de haber sido calificado de robo y el hecho configura el delito de estafa, puede modificar el artículo que señala la sentencia y también la pena; o anular todo si estima que la investigación seguida con motivo del robo es deficiente para configurar la estafa.

La jurisprudencia suprema ha declarado que: “La Corte Suprema tiene la facultad de enmendar la calificación jurídica del delito hecha por el Tribunal Correccional y sancionar el hecho conforme a su propia naturaleza y que esté de acuerdo con lo que fue objeto de la instrucción y de la acusación”. (A.J. 1960 p. 162)

Como tribunal Revisor realiza un nuevo examen del caso, tanto en la apreciación de los hechos, como en la aplicación del derecho. Conoce el fondo de lo que es materia de la instrucción y se pronuncia sobre ello. La Corte Suprema tiene facultad para extender los límites de lo contenido en la sentencia con una sola limitación: no puede condenar a quien ha sido absuelto. (art. 301). La amplía cuando aumenta la pena o el monto de la reparación civil; la modifica cuando convierte la condena condicional en pena efectiva; o cuando absuelve a quien no interpuso recurso de nulidad. Es decir, puede modificar en todo o en parte la sentencia, comprendiendo a quien se conformó con el fallo. Ratificando orientación anterior, jurisprudencia reciente ha establecido que si el Tribunal Correccional omite señalar las penas accesorias,

la Corte Suprema en virtud del principio de economía procesal, puede completar la sentencia. (R.J.P., 1970, p. 1369)

Amparándose en el art. 300, la Corte Suprema ha declarado que puede enmendar el fallo superior y condenar por delito distinto del que fue materia del juicio oral, siempre que sea del mismo rubro. Se trataba de delito de lesiones que ocasionaron la muerte y la Suprema estimó que la figura exacta era la de homicidio. (R.J.P. 1949, p. 776)

No siendo instancia, en la Corte Suprema no se admiten pruebas. La probanza concluye cuando el Tribunal Correccional dicta sentencia. Todo lo que se presente e incorpore al expediente después de la sentencia, la Suprema no lo tomará en cuenta.

Aplicando el art. 1132 C.P.C., la jurisprudencia admite la presentación de poderes ante la Corte Suprema, lo que no requiere tramitación y solo se refiere a la capacidad de la parte.

Si cuando el expediente se encuentra en el Tribunal Supremo ocurre la muerte del condenado, la solución es declarar la nulidad y mandar que el superior recabe la partida respectiva para cortar el proceso penal incoado contra quien ha fallecido. Siendo la responsabilidad de carácter personal, concluye con la muerte. Sería peligroso aceptar o pedir la partida de defunción y por su mérito, — puesto que no puede correrse traslado de ella — declarar extinguida la acción penal, pues si fuera falsa, las consecuencias procesales serían sumamente graves. Tal situación no puede presentarse en el Tribunal pues mediante notificación, las partes se enteran de lo ocurrido y puede dejar en claro la verdad sobre el hecho que se invoca.

Tratándose de sentencia absolutoria, cuando considera que existe delictuosidad en el proceder de quien ha sido absuelto, la Corte Suprema mandará que se realice nuevo juicio oral, debiendo actuarse nuevas pruebas y realizarse la audiencia ante otro tribunal, puesto que el anterior tiene criterio formado, sobre el hecho. (Rev. Jurídica, 1961, p. 131). Lo que no puede es condenar a quien ha sido absuelto.

¿Qué ocurre cuando estando acreditado el delito y la persona de su autor, el Tribunal Correccional ha calificado el hecho en forma inexacta? Es error de apreciación de la prueba actuada que se subsana mediante el recurso de nulidad. El Tribunal puede haberse equivocado en cuanto al grado de

participación de los condenados; en otorgar mayor importancia a los eximentes de culpabilidad; hacer una valoración errada de la prueba reunida en la instrucción, etc. Partiendo de premisas falsas, el Tribunal Correccional puede absolver, Imponer pena menor o mayor de la que corresponda. En estos casos a la Corte Suprema compete enmendar el error y declarar la nulidad de la sentencia ordenando nuevo juzgamiento por otro Tribunal (R.J.P., 1958, p. 104). Ángel Gustavo Cornejo califica esta situación de “tergiversación de los hechos o del resultado de las pruebas, que es una verdadera violación de las leyes”.

## 2. – Quiénes pueden interponerlo

Tienen capacidad para interponer este recurso:

- a) El condenado que lo hará en el mismo acto de la audiencia, pues al concluir la lectura de la sentencia, se le preguntará si está o no conforme con el fallo. Puede reservar su derecho para ejercerlo dentro del día siguiente. Naturalmente cuando la sentencia es absolutoria, carece de objeto formularle esta pregunta.
- b) El representante del Ministerio Público a quien se le hará igual pregunta en la audiencia. Tiene igual plazo para reservar su derecho a la impugnación. Cuando la pena impuesta por el Tribunal es la misma o de mayor duración que la pedida por el Fiscal, la omisión de esta interrogante, no constituye causal de nulidad. Cuando se trata de autos el plazo se cuenta a partir de la notificación.
- c) La Parte Civil puede interponer recurso de nulidad, pero lo hará por escrito, dentro del día siguiente de expedido el fallo (art. 290). Por este motivo no es necesario preguntarle en la audiencia si está o no conforme con la sentencia. Si el agraviado no se hubiere constituido como parte, no puede impugnar resoluciones.
- d) La ley no menciona al Tercero Civilmente Responsable. Creemos que tiene capacidad para impugnar la sentencia del Tribunal, porque lo que en ella se resuelva, afecta su derecho.

Cuando la reparación civil se manda pagar en forma solidaria al condenado y al tercero civil, éste tiene legitimación

procesal para impugnarla; con mayor razón si el pago recae únicamente sobre el tercero civil. Es la “legitimatio ad causam” de que hemos hablado. Por ello la ley procesal exige sea notificado con el auto apertorio y con el de señalamiento de día y hora para la audiencia; si no fuere citado la audiencia es nula. (A.J. 1961, p. 175). El objeto de estas notificaciones es que se ponga a derecho. En la audiencia puede informar y presentar conclusiones escritas. (art. 278). En estas condiciones es indudable que el Tercero Civil puede interponer recurso de nulidad.

Tratándose de sentencias absolutorias, la Parte Civil también puede interponer Recurso de Nulidad contra el fallo, pues éste extingue su derecho al resarcimiento. Esto reviste mayor gravedad cuando por el tiempo transcurrido desde que se cometió el delito, puede encontrarse prescrita la acción indemnizatoria a seguirse por la vía civil. (R.J.P., p. 1270)

### **3. — En qué casos procede**

El Código señala en qué casos se admite el recurso de nulidad y en cuáles no proceden.

Declara que no procede la interposición del recurso de nulidad: contra el auto que resuelve la recusación de jueces de paz e instructores (arts. 31, 36 y 37); contra las resoluciones dictadas en el cuaderno de embargo (art. 119); y en las expedidas en los juicios por faltas (art. 326).

La jurisprudencia ha agregado otros casos de improcedencia del recurso: contra las resoluciones que definen la libertad incondicional de los encausados (R.J.P., 1959, p. 910); contra el auto que desaprobando el consultado manda abrir instrucción (R.J.P., 1956, p. 460). No procede el recurso contra el auto que declara procedente el juicio oral y señala día y hora para audiencia (R.T. 1933, p. 274).

Con relación al procedimiento sumario es improcedente por expresa prohibición del art. 9º. Con todo, la Corte Suprema ha aceptado conocer en algunos casos. Para el comentario respectivo nos remitimos a la Cuarta Parte, en que estudiamos el Proceso Sumario.

En los delitos de calumnia, difamación e injuria, seguidos mediante querrela, corresponde dictar sentencia a los Jueces



Domingo García Rada

Instructores (art. 191, inc. 5º L.O.P.J.). La apelación es ante el Tribunal Correccional.

Existiendo las instancias, la jurisprudencia ha establecido que no procede el recurso de nulidad contra la sentencia expedida por el Tribunal Correccional. (A.J. 1962, p. 251; R.J.P. 1970, p. 503). Con el fallo del Tribunal se ha cumplido con la regla de la doble instancia.

El art. 292 señala los casos en que procede el Recurso de Nulidad:

- 1º Contra las sentencias en los procesos ordinarios.
- 2º Contra la concesión o revocación de la condena condicional. La condicionalidad la concede el Tribunal en la misma sentencia condenatoria, si la estima procedente (art. 286). La revocación procede mediante auto del Tribunal Correccional, cuando existen motivos que justifiquen la medida.
- 3º Contra los autos que resuelven las excepciones y cuestiones previas y prejudiciales. Conforme a los arts. 4º y 5º al Juez le corresponde resolver las excepciones y cuestiones, resolución que es susceptible de apelación. Existiendo dos instancias, la modificatoria debió suprimir este inc. 7º del art. 292. Al no ser eliminado este inciso resulta que las sentencias que dictan los Jueces solo tienen dos instancias, pero las incidencias tienen resolución del Juzgado, del Tribunal Correccional y de la Sala Penal de la Suprema. La jurisprudencia suprema ha establecido que según el principio de la doble instancia, las sentencias que dicten los jueces en las querellas pueden ser apeladas ante el Tribunal Correccional, pero no procede interponer recurso de nulidad.

Aplicando este mismo criterio, debería agotarse la instancia con el pronunciamiento del Tribunal Correccional.

- 4º Contra las resoluciones que ponen fin a la instancia o extinguen la acción penal. Este inciso de carácter general, comprende toda resolución que no siendo sentencia, tiene carácter definitivo.

Tal es el caso del auto del Juzgado que declara no haber lugar a la apertura de instrucción y elevado en consulta es

aprobado por el Tribunal; o de la resolución que ordena el archivamiento definitivo de la instrucción. Si el archivo es provisional con relación al delito pero definitivo contra el inculcado a quien se le declara que no es responsable, entonces también es susceptible de recurso de nulidad.

- 5º Contra los autos que resuelven la acción de Hábeas Corpus. Esta enmienda es acertada, pues el Código concedía la impugnación solamente si era declarado infundado. La doble vía para el Hábeas Corpus que introduce el D.L. 17803 aumentaba la confusión al disponer que el tramitado en la vía civil puede ser impugnado, sea fundado o infundado; pero el penal solo procedía el recurso si fuere declarado infundado.

La modificación del D.L. 21895, incorporada en el D. Leg. 126 y en la Ley 23506, es acertada: siempre y en todo caso procede el recurso de nulidad contra la resolución del Tribunal que resuelve el Hábeas Corpus.

- 6º En los casos en que expresamente la ley penal concede el recurso de nulidad. Tal es la recusación de vocales (art. 40); cuando el Tribunal declara su propia competencia (art. 28, primera parte); cuando autoriza la transferencia de jurisdicción (art. 28, segunda parte), etc. Caso especial es el previsto en el D.L. 17537 que ordena que en todos los casos en que se dicte sentencia desfavorable a los intereses del Estado, de oficio el Tribunal debe conceder el recurso de nulidad. Es un error de técnica, pues es caso de consulta, ya que no puede hablarse de recurso de nulidad concedidos de oficio, sin haber sido interpuestos.

Estos autos requieren ser revisados por el Superior que es la Sala Penal para evitar cualquier arbitrariedad. Una ejecutoria declara: "Contra todos los autos que resuelven artículos e incidencias en los tribunales, procede el recurso de nulidad". (R.J.P. 1968, p. 987)

En cuanto a su tramitación, la ley ordena que se interponga el recurso ante el propio Tribunal que expidió la resolución impugnada. El plazo es de 24 horas de su expedición – si fuere en audiencia – o de su notificación en caso contrario. No hay deserción ni abandono de estos recursos por ser de oficio su tramitación. Para su resolución en la Corte Suprema se requiere

Domingo García Rada

cuatro votos conformes en todo. No existe trámite que realizar y la resolución debe expedirse de inmediato, motivándola el Vocal ponente.

El D. Leg. 126 al modificar el art. 292, ha incluido un último apartado, que es nuevo en el ordenamiento procesal penal. Dice así:

“En casos excepcionales, la Corte Suprema por vía de recurso de queja, podrá disponer que se conceda el recurso de nulidad cuando mediara o se tratase de una infracción de la Constitución o de grave violación de las normas sustantivas o procesales de la ley penal”.

Esta disposición constituye excepción a la taxatividad del recurso de nulidad. Además de los casos señalados en la ley procesal, también la Suprema puede conocer de otros no especificados en el Código.

Pero tiene una doble limitación: **en cuanto al trámite**: solo puede ir a conocimiento de la Corte Suprema mediante el recurso de queja declarado fundado y entonces se ordena conceder el recurso de nulidad antes denegado.

La intención de la ley es que sea la propia Corte Suprema la que califique si, a pesar de no estar comprendido en ninguno de los casos de la ley, es necesario que la Suprema se pronuncie sobre el hecho. Si se interpone el recurso, el Tribunal debe denegarlo y si hay queja, elevarla al Supremo. Si es declarada fundada, se elevan los autos al Tribunal Supremo.

**En cuanto a la materia**, solamente si es infracción de la Constitución; o grave violación de la ley penal, sea sustantiva o la procesal.

Queda a la sabiduría de la Corte Suprema establecer cuándo existe grave violación de la ley.

#### **4. – Causales de nulidad**

El D. Leg. 126 modificando el art. 298, reduce en su número las causales de nulidad, pero mantiene los mismos principios expresados en forma amplia y general.

Señala las siguientes causales por las cuales la Corte Suprema puede declarar la nulidad de una sentencia superior.

1º Cuando en la instrucción, sea en la etapa investigatoria o en la decisoria, se cometen graves irregularidades procesales, se omiten trámites establecidos en la ley o no se observan las garantías reconocidas en la ley procesal penal. Estudiemos separadamente cada una.

a) Grave irregularidad procesal.

Grave es aquello que tiene importancia en determinada actividad del hombre. Así calificase de delito grave la infracción sancionada con pena privativa de la libertad no menor de 3 años, lo que impide la libertad provisional. En el ordenamiento procesal, grave infracción será la que tenga repercusión en la investigación o en el juzgamiento, alterando el normal desenvolvimiento del proceso. Gramaticalmente grave es cosa de mucha entidad o importancia.

Irregularidad es lo contrario a normalidad, es lo excepcional, lo anormal podríamos decir. Gramaticalmente, irregular es lo que va fuera de la regla, lo contrario, a ella, lo que no sucede común y ordinariamente.

Constituye grave **irregularidad** en el desarrollo de un proceso cuando no se observan las prescripciones debidas, cuando se dicta una resolución al margen de la ley o contra expresa disposición legal. Debe referirse a algo importante, de trascendencia para los fines de la investigación.

Es diferente a omitir una ley, o dejar de observar los trámites legales. Es algo positivo como realizar diligencias en forma defectuosa, en que no se observan las prescripciones establecidas o realizar éstas al margen de la ley. Para que tales irregularidades constituyan causal de nulidad es necesario que sean importantes en el desarrollo del proceso, que decidan su curso. Si la diligencia no tiene influencia en la instrucción y/o puede ser fácilmente subsanada, tal irregularidad no es causal, como lo veremos luego.

Como casos de irregularidades graves, la jurisprudencia señala el de las Cuestiones de Hecho que omiten pronunciarse sobre alguno de los acusados o de los delitos que han sido materia del juzgamiento. Cons-

tituyendo la Sentencia y las Cuestiones de Hecho un todo indivisible; si estas últimas son defectuosas o incompletas, el fallo incurre en causal de nulidad. (R.J.P. 1972, p. 1414)

La claridad y precisión de las sentencias es condición indispensable. Debe decirse con precisión lo que manda y ordena. Siendo la sentencia constitutiva de derecho, es necesario que no exista duda alguna sobre lo que es materia de la decisión judicial. Si una sentencia condena "al autor del delito" sin decir su nombre, resulta nula por grave irregularidad.

Las Cuestiones de Hecho que integran el fallo deben estar relacionados con él y deben contener la votación sobre lo que la sentencia dispone. Si son ambiguas y contradictorias con la sentencia o entre sí, el fallo es nulo, dice la Corte Suprema. (A.J. 1961, p. 178; 1963, p. 254). Si en una cuestión de hecho se vota afirmativamente sobre la autoría del acusado, éste no puede ser absuelto. (R.J.P. 1968, p. 1477)

Cuando la sentencia no se pronuncia sobre alguno de los procesados, a pesar de referirse a él, es nula. (R.J.P. 1957, p. 1061)

Si la sentencia no señala suma en concepto de reparación civil, adolece de nulidad pues es grave irregularidad omitir el resarcimiento del delito. (A.J. 1946, p. 171)

b) Omisión de trámites legales.

La ley procesal señala los trámites que deben observarse en el desarrollo de la instrucción. Como sabemos la instrucción no es conglomerado de pruebas y escritos, sino un conjunto debidamente concatenado con la finalidad de establecer si el hecho es delito y si el denunciado es realmente su autor. La observancia de los trámites que señala la ley es una de las garantías del contradictorio. Es necesario que las personas del proceso estén enterados de las diligencias que se realizan a fin de que, si lo desean, puedan intervenir en ellas aportando pruebas y discutiendo las que se presenten.

El Código de 1940 considera la Omisión de Trámites como causal de nulidad, pero agrega que deben ser

aquellos cuya ausencia sea sancionada con la nulidad. Esta exigencia la hacía inaplicable porque son muy pocas las diligencias que cumplían con este requisito. La nueva redacción de la causal responde mejor a las exigencias del proceso y deja a criterio del Juez determinar cuándo la omisión reviste gravedad, para ser sancionada con la nulidad.

Indudablemente si el inculpado no es citado para la diligencia de ratificación de pericia no objetada y luego no reclama de ello, esta omisión no determina nulidad; pero si, al contrario, ha pedido expresamente concurrir a la diligencia de entrega y ratificación del peritaje por estar en desacuerdo con su contenido y pretende llevar un perito de parte para que intervenga en dicha ratificación, entonces la omisión de la notificación acarrea la nulidad de la diligencia referida y más tarde, puede constituir causal de nulidad conforme al art. 292.

Es trámite indispensable suspender la audiencia después de preguntar al acusado si tiene algo más que decir; de no hacerlo, el fallo es nulo (R.J.P. 1967, p. 89).

Si excede el plazo de 24 horas para la lectura de la sentencia, ésta resulta nula (A.J. 1963, p. 253).

c) Inobservancia de las garantías procesales.

La Constitución reconoce las garantías del procesado en el capítulo de los Derechos de la Persona y en el de las garantías de la Administración de Justicia.

En su art. 2º declara los Derechos de la Persona e incluye varios íntimamente vinculados con el ordenamiento procesal penal. Por ejemplo: los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal “y se juzgan en el fuero común”. Reconoce el derecho a la inviolabilidad “y al secreto de los papeles privados”. Nadie puede ser obligado a reconocerse autor de delito. Solo procede detención cuando media mandamiento escrito y motivado del Juez. Todo detenido tiene derecho a ser puesto a disposición de la autoridad judicial dentro de las 24 horas de su detención, salvo casos especiales contemplados en la ley. “Las declaraciones obtenidas mediante violencia carecen de valor”. La amnistía y el indulto producen cosa juzgada, etc.

En el Capítulo del Poder Judicial, se encuentra el art. 233 que contiene las garantías de la administración de justicia y varias tienen relación con el proceso penal: publicidad de los juicios penales, motivación escrita de las resoluciones, no procede la condena en ausencia, invalidez de las pruebas obtenidas mediante violencia, instancia plural, etc.

La L.O.P.J. en el art. 3 del Título I declara cuáles son las garantías de la administración de justicia. Algunas han sido incorporadas a la Constitución, otras contienen declaración explícita como cuando declara el “derecho de defensa del que nadie puede ser privado”. Al hablar de la motivación de las resoluciones, precisa que debe mencionarse la ley aplicable.

La violación de cualquiera de estas garantías procesales son causales de nulidad.

Un caso concreto ocurrió cuando en el juzgamiento de reo ausente, la familia designó defensor y el Tribunal Correccional de Lima considerando que siendo ausente no podía escoger abogado, nombró uno de oficio. Felizmente la Suprema enmendó este error y declaró que el defensor escogido por la familia prevalece sobre el que le nombre el Juez, que solo opera cuando no existe otro.

El caso anterior se explica porque se trataba del proceso seguido a ex-Ministros a quienes se juzgaba en ausencia y era que no se discutiera la débil probanza. Es caso de evidente violación de garantía procesal.

Es garantía procesal la del ser oído en juicio. Si el Tribunal omite citar al abogado que pide la palabra, la sentencia es nula. (R.J.P. 1966 p. 1371)

- 2º Si el Juez que instruyó o el Tribunal que juzgó no era competente.

La competencia es la medida de la jurisdicción y para poder realizar diligencias judiciales válidas, es necesario que el magistrado instructor tenga competencia.

En el Capítulo IV hemos estudiado la Jurisdicción y la Competencia y a él nos remitimos. Solo agregaremos

que si un Juez incompetente es quien actúa el proceso, todo es nulo. Nos referimos a la competencia por razón de la materia —jueces instructores y jueces civiles— no del turno, que puede convalidar por aceptarlo las partes. La competencia de los magistrados es el sustento de un proceso válido; si faltare, todo lo que actúe adolece de nulidad insanable y debe ser rehecho el proceso ante juez competente.

La Jurisprudencia Suprema establece que el sabotaje cometido con motivo de la Reforma Agraria corresponde conocer al Juez Militar, siendo el fuero común incompetente (R.J.P. 1977, p. 90)

- 3º El tercer inciso comprende situaciones que son aspectos de un mismo problema, a saber, condena por delito que no fue materia de la investigación y omisión de condena sobre delito que fue objeto de la instrucción y de la acusación fiscal.

La sentencia que pone fin al proceso penal solo puede referirse al delito por el cual se abrió instrucción, que fue materia de la investigación y sobre el cual el Fiscal emitió su acusación.

Si este fallo omite pronunciarse sobre uno de los delitos que acusó el fiscal o al revés, se pronuncia sobre un delito que no ha sido materia de la investigación y menos de la acusación fiscal, tal documento es nulo.

Examinemos la jurisprudencia suprema: “Es nula la sentencia que condena por delito distinto del contemplado en la acusación fiscal”. (R. Foro 1945, p. 652).

“Es nula la resolución que dispone pasar a juicio oral por delito que no ha sido materia de la instrucción”. (Bol. C. Suprema 1972, p. 305. A.J. 1970, p. 293) Es el mismo principio anterior, aplicado al dictarse el auto que manda pasar a juicio oral; es indudable que si con anterioridad al juzgamiento, el expediente va a conocimiento de la Suprema, este tribunal, en aras de la economía procesal puede declarar la nulidad del auto que manda pasar a juicio oral por delito que no ha sido investigado.

Cuando el Tribunal no se pronuncia sobre delito que ha sido objeto de la investigación y de la acusación fiscal, entonces



Domingo García Rada

la sentencia es nula, dice la Corte Suprema. (Bol. C. Suprema 1972, p. 305).

Pero la Corte Suprema, con evidente sabiduría, ha aclarado que si el delito investigado y el sancionado pertenece al mismo rubro pero fueron mal apreciados y calificados, entonces la Corte puede enmendar la calificación. Era el caso de condena por lesiones pero se instruyó por tentativa de homicidio; la Suprema enmendó la calificación y declaró no haber nulidad. (Revista Jurídica 1955, p. 256).

En otro caso análogo –procesado por robo y condenado por encubrimiento– la Suprema enmienda la tipificación, declarando no haber nulidad. (R.J.P. 1955, p. 606).

En ambos casos la enmienda consistió en determinar con exactitud el artículo aplicable al hecho, pero dentro del mismo rubro delictivo, pues en uno de ellos se trataba de delitos contra el cuerpo y la salud y en el otro caso era delito contra el patrimonio.

El Código de 1940 tenía un último inciso que señalaba como causal de nulidad cualquiera “otra grave infracción de la ley”. En esta forma se comprendía todas aquellas nulidades no especificadas en el art. 298, pero señaladas en otras disposiciones o reconocidas en la jurisprudencia suprema. (R.J.P. 1970, p. 351)

Era el caso de haber omitido la citación al Tercero Civilmente Responsable, siendo así que la sentencia lo obliga al pago solidario. (A.J 1963, p. 431 y 1935, p. 60). Cuando la sentencia no ordena reservar el expediente con respecto al reo ausente. (A.J. 1955, p. 129). Si aduciéndose la menor edad del acusado no corre en autos la partida de nacimiento o en su defecto el reconocimiento médico. (Rev. Jurídica 1962, p. 44)

Después de sus tres incisos, el art. 298 contiene dos apartados más.

En el primero declara que si los vicios procesales anotados son subsanables o no tienen influencia sobre el fallo dictado, el Juzgador está facultado “para completar o integrar en lo accesorio, incidental o subsidiario los fallos o resoluciones judiciales”.

Conforme a jurisprudencia suprema procedía completar la sentencia cuando el Tribunal Correccional omitía datos no importantes pero que fluyen de la misma sentencia. Por ejemplo, omite señalar cuándo concluye la pena, cuya duración y comienzo

fija; si no señala las penas accesorias de inhabilitación absoluta e interdicción civil que por ley acompañan a la de penitenciaría (R.J.P. 1970, p. 1369)

Si las infracciones eran graves, entonces era inevitable la nulidad de la sentencia (R.J.P. 1970, p. 351)

En su 2º apartado se señalan los alcances de la nulidad.

Se retrotrae el procedimiento a la estación procesal en que se cometió el vicio y desde allí comienza de nuevo. Pero —agrega— subsisten “los elementos probatorios que de modo específico no fueron afectados” por la causal de nulidad.

Pero establece que declarada la nulidad del juicio oral, en la audiencia se subsanarán “los vicios u omisiones que las motivaron” pudiéndose ampliar las pruebas y diligencias que correspondan. Es decir, por el texto de la ley se deduce que en este caso se anula el acto oral y cuando nuevamente se realiza, allí mismo se subsanan los vicios. No es pues necesario mandar ampliar la instrucción en el Juzgado de origen: La nulidad puede ser deducida por el Fiscal Supremo en lo penal (art. 82, inc. 2. L.O.M.P.) o declarada de oficio por la Corte. (art. 299)

La nulidad puede comprender solamente la del acto oral o además parte o toda la instrucción.

En el primer caso, declarada la nulidad de la audiencia, se realiza nuevo acto oral y en él pueden actuarse pruebas nuevas o ampliarse las que obran en autos.

En el caso de la nulidad del proceso, ésta se declara hasta donde se encuentra el motivo que la causó y desde allí deberá ser rehecha, conservando su validez “los elementos probatorios que de modo específico no fueron afectados” por la causal de nulidad.

Por las mismas causales por las cuales la Corte Suprema puede declarar la nulidad de una sentencia, el Fiscal Supremo en lo Penal puede deducir dicha nulidad (art. 82, inc. 2º L.O.M.P.)

## **5. — Atribuciones de la Corte Suprema**

La amplitud de la potestad jurisdiccional de la Corte Suprema es irrestricta. Tiene una sola limitación: la de no poder condenar a quien ha sido absuelto por el Tribunal.

Señalaremos como notas, las siguientes:

- a) Cualquiera que sea la parte que interpuso el recurso o la materia sobre que incidió —aunque fuere la parte civil sobre el monto de la reparación— la Corte Suprema puede conocer sobre toda la sentencia (R.J.P., 1960, p. 162).

De manera que habiendo interpuesto recurso uno de los condenados, la Suprema puede modificar la sentencia en lo relacionado con otro de ellos —el absuelto— o con quien no habiéndolo interpuesto, se conformó con el fallo y si fue puesto en libertad por carcelería sufrida, al aumentársele la pena, tendrá que reingresar al penal; al revés, habiéndose conformado, puede ser absuelto y quedar libre de todo cargo, cancelándose las restricciones que aún persistieran, como es el embargo, decretándose la anulación de sus antecedentes penales y judiciales.

- b) Puede anular toda la instrucción señalando hasta dónde alcanza esta medida. Dispondrá rehacer la instrucción, encargando al mismo juez o designando a otro para que reinicie el proceso. Esta nulidad del proceso comprenderá la del acto oral y la sentencia respectiva.
- c) Puede limitarse a declarar la nulidad de la sentencia, por graves defectos procesales o por deficiente apreciación que ha determinado la absolución de uno o varios de los encausados. En este caso puede ordenar que el Tribunal actúe nuevas pruebas en la audiencia llamando a declarar a testigos.

En el caso anterior —de rehacer la instrucción— también puede señalar las principales diligencias que deberá actuar el juez.

Anulado el acto oral, es conveniente que el nuevo juicio se realice ante diferente Tribunal, pues el anterior tiene criterio formado acerca de los acusados.

Si la resolución suprema le da la razón al Fiscal, será este funcionario quien intervenga en la audiencia. En caso contrario, aunque la ley no lo dice, es indudable que otro Fiscal Superior deberá cumplir el mandato superior.

- d) Puede modificar la pena y la reparación civil. La modificatoria puede tener como causa la diferente calificación del

delito en cuanto al artículo del Código aplicable; o estimar que el hecho reviste gravedad y debe ser sancionado con pena más elevada.

“La Corte Suprema tiene facultad para modificar la calificación del delito y sancionar el hecho conforme a su propia naturaleza” (A.J., 1969, p. 162).

- e) Si considera que no procede la condena, que la acción penal ha prescrito, que el reo ya ha sido condenado o absuelto por el mismo delito, puede la Corte Suprema anular la sentencia y absolver al condenado, aun cuando éste no hubiera opuesto ninguna excepción (R.J.P., 1972, p. 873).
- f) Si la sentencia fuere absolutoria, no puede condenar al reo. Tiene que limitarse a anular la resolución y ordenar nuevo juicio oral por el mismo o por otro tribunal, con el mismo fiscal que fue quien interpuso el recurso. Es el caso de encontrar que existen indicios de culpabilidad que no han sido apreciados (Revista Jurídica, 1961, p. 131).

Domingo García Rada

## CAPÍTULO XXX

### LA COSA JUZGADA

*1. – Sus notas. 2. – Fundamento político y naturaleza jurídica de la Cosa Juzgada. 3. – Sus límites.*

#### 1. – Sus notas

El concepto de Cosa Juzgada es común en la teoría del proceso y se aplica con igual enunciado tanto en el procedimiento civil como en el penal. Aunque el C.P.P. no habla de la Cosa Juzgada, como lo hace el C.P.C. sin embargo es indudable que tanto en el proceso penal como en el civil se persigue la Cosa Juzgada, puesto que ambos aspiran a la certeza jurídica.<sup>37</sup>

Para Leone, Cosa Juzgada es “cosa sobre la cual ha recaído la decisión del juez ... es firme en el tiempo”. Agrega este autor que “la Cosa Juzgada debe identificarse en la inmutabilidad de la decisión. Cosa Juzgada en sustancia significa decisión inmutable e irrevocable; significa la inmutabilidad del mandato que nace de la sentencia”.

Couture es más preciso y la define como “la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla”.

---

<sup>37</sup> Leone, Tomo III, p. 320 y sgtes. Couture, Fundamentos de Derecho Procesal Civil; 3ra. ed., p. 399 y sgtes., Depalma, Buenos Aires, 1958.

A menudo se habla de la **autoridad de la Cosa Juzgada** y por ello es necesario precisar este concepto. Para Couture es la “calidad, atributo propio del fallo emanado de un órgano jurisdiccional cuando ha adquirido carácter definitivo”.

La eficacia de la Cosa Juzgada viene de tres notas propias: es inimpugnable, inmutable y coercible. Lo primero, porque la ley impide todo ataque ulterior contra la sentencia que tiene esta condición. Si se pretende hacerlo, la acción se paraliza interponiendo la excepción de Cosa Juzgada. Es inmutable, porque ninguna autoridad, por ningún concepto ni motivo, puede modificarla; en materia civil las partes del proceso – ganador o perdedor – de común acuerdo puede modificarla; pero en materia penal no, excepto en cuanto a la reparación civil en que el beneficiado con ella pueda no hacerla efectiva, renunciando a su cobro. Toda sentencia es coercible, es decir se puede requerir a la autoridad para su cumplimiento. Con una diferencia en materia penal la coerción funciona de oficio; en lo civil el ganador tiene que pedir se ejecute la sentencia.

## 2. – **Fundamento político y naturaleza jurídica de la Cosa Juzgada**

El **Fundamento Político** de la Cosa Juzgada reside en que la sentencia judicial crea un estado de derecho. Dice Leone que en el campo de lo abstracto, existe la necesidad de que el Derecho tenga certeza, la cual se manifiesta en la ley; y que en el campo de lo concreto esta certeza se expresa en la sentencia judicial, que es ley para las partes.

La sentencia judicial inmutable satisface la exigencia de la sociedad alarmada con el delito; el fallo aplaca los anhelos de justicia que sienten los hombres honrados ante la comisión de un hecho criminal y la sanción asegura que no será repetido y que de ocurrir, habrá castigo. La seguridad de que el fallo no será alterado ni cambiado contribuye a crear ambiente de respeto a la ley y de estabilidad jurídica que es indispensable en toda sociedad organizada.

Mayor dificultad ofrece dilucidar la **Naturaleza Jurídica** de la Cosa Juzgada. Diversas teorías han sido objeto de una larga y fatigosa elaboración, sin lograr cerrar la polémica: Existe el inconveniente que presenta la sentencia injusta, la cual opera y

funciona con los mismos caracteres de coerción e inmutabilidad que la considerada justa.

Se dice que su naturaleza reside en el cuasi contrato judicial que se constituye cuando las partes promueven la acción y mediante el cual tácitamente están de acuerdo en aceptar como buena la decisión del Juzgado. Esta teoría no es de aplicación en el proceso penal, porque en él domina la indisponibilidad de los derechos, lo que no ocurre en el proceso civil. Otra teoría establece que dentro del ordenamiento legal de un país, es de absoluta necesidad que llegue un momento en que la sentencia judicial no pueda ser discutida y lo que ella declare sea verdad absoluta, sin posibilidad de alteración. Es una razón de orden práctico la que impone la Cosa Juzgada. Otros opinan que lo que se alcanza con el proceso es la Verdad Legal; la accesible al hombre y a la cual se puede llegar mediante la prueba, sin pretenderse la Verdad Absoluta y Total, que solo pertenece a Dios. Con razón dice Couture que no debe discutirse la naturaleza jurídica de la sentencia, porque el escollo nunca desaparecerá y siempre existirá motivo de desacuerdo. Lo que interesa es ver cómo funciona.

La Cosa Juzgada es **instituto de derecho positivo**, impuesto por la necesidad de certeza a que aspira todo proceso; por la necesidad de que los litigios terminen alguna vez y que lo resuelto en ello, justo o injusto, constituye ley para las partes; es menester que en algún momento los fallos judiciales sean inalterables y que al mismo tiempo tengan coerción y ofrezcan inmutabilidad. En todo sistema de Derecho, la necesidad de la Cosa Juzgada es imperiosa. La lucha entre la exigencia de la verdad y la exigencia de certeza, debe terminar estableciendo que lo resuelto es Verdad Legal, aquélla que emana del proceso. El juzgador aspira a que esta Verdad coincida con la Absoluta, pero aun en el caso de no coincidencia, siempre debe respetarse y acatarse.

“La Cosa Juzgada es el fin del proceso”, dice Couture. Todo proceso aspira a la Cosa Juzgada como a su fin natural. El destino final de la justicia es producir seguridad jurídica y solo se alcanza mediante la Cosa Juzgada. “Sin proceso no hay cosa juzgada; pero sin cosa juzgada no hay proceso llegado a su fin” (Couture).



### 3. — Sus límites

Dos problemas presentan el dilucidar los límites de la Cosa Juzgada:

- a) la extensión de la cosa juzgada: a quiénes comprende en sus efectos legales; y,
- b) cuál es la parte de la sentencia que constituye cosa juzgada.

\*\*\*\*\*

- a) La Cosa Juzgada comprende a quienes han intervenido en el proceso y para ellos lo resuelto constituye Cosa Juzgada, siendo inimpugnable, inmutable y coercible.

Debemos precisar este concepto. Comprende a las personas del proceso siempre que en una nueva instrucción, ocupan la misma posición legal: el inculpado como procesado y el agraviado como víctima del delito; si fuere diferente no existirá cosa juzgada. Por ejemplo quien es agraviado en una instrucción y más tarde pasa a ser agresor de quien antes fue la persona que lo atacó, entonces la situación procesal en cada caso es diferente: en el primero era la víctima y le correspondía ser indemnizado; en el segundo es el agresor y le compete sufrir sanción penal y reparar el daño causado. Son las mismas personas pero con situación procesal diferente. Aunque en el segundo proceso se den las mismas personas físicas del anterior, no existe la identidad como personas del proceso y no hay Cosa Juzgada.

La Cosa Juzgada se produce dentro de la misma situación procesal que han tenido en una instrucción. Si cambia no existirá la identidad que exige la ley.

La imperatividad u obligatoriedad de la Cosa Juzgada es interpartes, es decir afecta a quienes han intervenido en la Instrucción.

El proceso penal no opera **erga omnes** — dice Leone — sino solo vincula a las partes que han tomado parte en él como personas principales de la instrucción. Una vez juzgado un delito y con autoridad de cosa juzgada, no puede darse un nuevo juzgamiento del mismo procesado y por el mismo hecho.

Con relación al procesado crea un estado de derecho: el delito que ha cometido, ha sido sancionado mediante sentencia. No puede ser nuevamente juzgado por el hecho que ha merecido sentencia condenatoria. La sociedad ha castigado al delincuente y el daño ha sido reparado. Si se iniciara una acción sobre un hecho anteriormente sancionado, procede interponer la excepción de cosa juzgada que anule la acción penal. Tal es la eficacia de la Cosa Juzgada.

- b) ¿Cuál es la parte que constituye Cosa Juzgada? Toda sentencia tiene tres partes: expositiva, considerativa y resolutive. Solo la parte Resolutive crea Cosa Juzgada, excepto que se remita a un considerando y entonces tal considerando también es Cosa Juzgada. Lo que se manda y dispone está contenido en la parte resolutive y por consiguiente solo ella es la que produce Cosa Juzgada. Esta tercera parte es la inimpugnable, la inmutable y la que tiene coerción; las otras dos partes le sirven de sustento, una –la expositiva– relatando los hechos, y la otra –la considerativa– exponiendo las razones que fundamentan la condena.

Domingo García Rada

## CAPÍTULO XXXI

### LA EJECUCIÓN PENAL

*1. – En qué consiste. 2. – Sentencias condenatorias. 3. – Ejecución de la sentencia penal y de las medidas de seguridad. 4. – La reparación civil. 5. – Sentencias absolutorias<sup>38</sup>*

#### **1. – En qué consiste**

“La ejecución penal está constituida por el conjunto de actos necesarios para la realización de la sanción contenido en una sentencia de condena”.

La Ejecución Penal, pertenece a varias ramas del Derecho: del Penal tiene la vinculación derivada por constituir la última etapa del proceso como culminación del **jus puniendi**. Con el Derecho Procesal Penal se relaciona en cuanto normas del procedimiento regulan la ejecución de la pena y el mismo órgano jurisdiccional que instruyó –el juez instructor– es el encargado de su cumplimiento. También el Derecho Administrativo reclama su primacía porque –como dice Leone– la actividad ejecutora está regulada por normas pertenecientes al Poder Ejecutivo. En el Perú, el Decreto-Ley 17581 encarga al Ministerio del Interior el

---

<sup>38</sup> Las citas de este capítulo corresponden a la obra de Gómez-Orbaneja y Herce Quemada, p. 288 y sgtes.

Domingo García Rada

cumplimiento de las sentencias penales en cuanto se refiere a la detención del condenado.

Todo lo relacionado con la persona del condenado corre a cargo de la autoridad administrativa, la cual no puede dictar medidas que estén en contradicción con lo dispuesto en la sentencia respectiva, dice el art. 2º del Decreto-Ley 17581.

En la sentencia, la autoridad judicial señala la pena impuesta, pero el lugar de su cumplimiento queda librado a la Dirección de Penales, siempre dentro de los límites señalados en la resolución del Tribunal. (Decreto-Ley 20602)

Constituyen excepción los delitos cometidos con finalidad política y mediando el empleo de bombas y explosivos o constituyen atentados contra la vida de las personas. En tales casos las penas privativas de la libertad se cumplirán obligatoriamente en la Colonia Penal de El Sepa (D.L. 19049 y 20828).

## 2. – Sentencias condenatorias

La ejecución exige un doble procedimiento porque tiene un doble carácter: administrativo y judicial. A la Dirección de Establecimientos Penales corresponde lo relacionado con la persona del condenado; es la encargada de la ejecución material de la condena. Se le remite copia certificada de la sentencia y ella se encarga de señalar el lugar donde se cumplirá la pena.

Al Juez Instructor compete hacer efectiva la reparación mandada pagar en la sentencia y la ley le otorga las atribuciones de carácter civil necesarias a esta finalidad.

Presupuesto de la ejecución penal es la **sentencia ejecutoriada**. Corresponde a lo que en la legislación procesal civil se llama **Título Ejecutivo** con la diferencia que en el ordenamiento civil se necesita de la actividad del ejecutante para que el juez decreta la ejecución; y como en el proceso penal rige el principio de la oficialidad, es suficiente la sentencia firme para que el Juez Instructor de oficio proceda al cumplimiento de lo que dispone la condena.

Expedida la ejecutoria suprema, la sentencia adquiere la categoría de Cosa Juzgada. También la tiene si no fuere impugnada.

Devuelto el expediente por la Corte Suprema, el Tribunal mandará sacar copia de la sentencia y de la ejecutoria suprema

para remitirla a la Dirección de Establecimientos Penales a fin de dar cumplimiento en lo que se relaciona con la persona del condenado: si se tratare de internamiento, penitenciaria o relegación, se decretará el aislamiento celular que manda la ley. En las condenas a penas de prisión, la ejecución se traduce en la internación del condenado en la Cárcel Provincial que corresponda, en donde cumplirá la condena. Las penas de penitenciaría, internamiento y relegación se cumplen en Colonia Penal.

Para hacer efectiva la reparación civil, el expediente se remitirá al Juzgado de Instrucción de origen, en donde se notificará al condenado y al tercero civil —si lo hubiere— para que, en breve término, cumplan con abonar el monto de la indemnización señalada en la sentencia, a las personas que en dicho documento se indique (R.T., 1939, p. 435).

El Juez Instructor tiene facultades de naturaleza civil para todo lo relacionado con la indemnización y en ejercicio de ellas puede trabar embargo, convertirlo en definitivo y en su oportunidad ordenar el remate de los bienes embargados (A.J., 1931, p. 278). Las normas del C.P.C. son de aplicación para el cobro de la indemnización señalada en la sentencia. Las tercerías que puedan presentarse con este motivo se tramitarán ante el Juzgado de Primera Instancia pero tienen efecto vinculatorio en el proceso penal; tratándose de un juicio enteramente civil, su conocimiento corresponde al fuero civil, pues la competencia por razón de la materia es rígida y tiene vigencia plena.

El secuestro de especies concluye con la venta en subasta pública y su importe, junto con el salario obtenido por el condenado durante el proceso, servirán para este abono indemnizatorio.

Corresponde al juez originario hacer efectiva la dote fijada en la sentencia, así como notificar al acusado para que cumpla con el pago de la cantidad mensual señalada en concepto de alimentos para la prole, cuando se trata de delitos contra el honor sexual (R.T., 1941, p. 360).

### **3. — Ejecución de la sentencia penal y de las medidas de seguridad**

En los casos de condena con ejecución suspendida era jurisprudencia constante que para gozar de este beneficio, la reparación civil debía ser pagada durante la condena; que de no

Domingo García Rada

hacerlo, el Tribunal podía revocar la condicionalidad de la pena (R.T. 1940, p. 90; 1944 p. 150. R.J.P. 1949, p. 933).

También que al condenarse condicionalmente “debe fijarse el plazo dentro del cual habrá de pagarse la reparación civil”. (A.J. 1943, p. 420. R.T. 1944 p. 485).

Pero recientemente esta orientación jurisprudencial ha variado. La Corte Suprema considera que por su contenido civil, el pago de la reparación no puede ser impuesto dentro de las normas de conducta, porque se desnaturaliza el carácter de la condicionalidad (R.J.P. 1976, p. 210; y p. 1220).

Las razones de esta nueva orientación son claras; se refieren a la esencia de la institución y siendo ésta civil, no puede estar vinculada a la ejecución o no ejecución de una sanción penal.

Pero es indudable que la anterior orientación respondía al aspecto humano que contiene toda sentencia, considerando de modo especial el resarcimiento económico de la víctima. Es de lamentar este cambio pues olvida que el pago de la reparación civil es uno de los fines que persigue el proceso.

**Medidas de Seguridad.** Cuando el Tribunal Correccional en vez de sentencia, dictare una medida de seguridad, la intervención del Juzgado en ejecución de sentencia, se mantiene durante todo el tiempo que dure la medida de seguridad. Al Correccional corresponde determinar si las causas que motivaron la medida de seguridad subsisten o han concluido. Según el dictamen médico que ordene el Juzgado, el Tribunal lo apreciará para establecer si la alteración mental del procesado fue anterior al delito o posterior y según ello si hubiere curado ordenar la soltura o señalar día y hora para audiencia (A.J. 1960, p. 126 R.J.P. 1960).

Al cesar la medida de seguridad, concluirá la intervención judicial. Mientras dure, el Juez Instructor será la autoridad encargada de disponer todo lo relacionado con el procesado sujeto a tales medidas: como sería ordenar nuevo examen siquiátrico y nombrar peritos. El procesado sujeto a estas medidas depende del Juez, no de Prisiones, porque no está detenido sino internado en un “asilo de insanos” como lo llama el Código.

#### 4. — La reparación civil

La **reparación civil** tal como la establece el Código Penal debe acompañar a toda sentencia condenatoria, bajo sanción de nulidad.

“La responsabilidad penal surge de toda conducta típica, antijurídica y reprochable. La responsabilidad civil nace de toda conducta dañosa, antijurídica y reprochable”, dice Novoa en su “Derecho Penal Chileno”.

Conforme al art. 66 C.P. la reparación civil comprende:

- 1º restitución de la cosa;
  - 2º reparación del daño causado;
  - 3º indemnización del perjuicio material o moral irrogado a la víctima del delito, a sus familiares o a un tercero.
- 1º **La Restitución** deberá hacerse con la misma cosa, siempre que sea posible. La devolución de la especie sustraída es la forma más completa de reparar el daño; si hubiere deterioros o menoscabos, éstos deberán ser indemnizados, a criterio del Tribunal. Según el diccionario **Restitución** es “volver una cosa a quien la tenía antes”.

La jurisprudencia ha establecido que siendo posible la restitución y el Tribunal no la ordenare, la sentencia es nula (R.J.P. 1950 p. 967).

La adquisición de cosa robada puede ser hecha de buena o mala fe; cumpliendo con las exigencias de ley o no.

Quien adquiere una cosa presumiendo su ilícita procedencia y en forma carente de toda exigencia legal, es indudable que acreditándose mala fe, debe ser considerado como autor del delito de encubrimiento.

Quien la adquiere de buena fe, es decir sin presumir su mala procedencia, pero inobservando las exigencias de ley, entonces pierde la cosa pero faltando malicia, su situación de encubridor puede o no ser establecida, dependiendo de la forma como procedió a la adquisición. Perderá la cosa que será entregada a su dueño.

En ambos casos, la cosa es recuperada y devuelta a su legítimo propietario, perdiendo su derecho a ella quien la adquirió sin observar las exigencias de ley. Es el caso típico del que compra objetos en la calle y sin recibo.

En cambio quien adquiere cosas en establecimientos comerciales, en remates públicos y en ferias legalmente



autorizadas, tales especies tienen legítimo origen y de acreditarse que pertenecen a persona distinta de quien la vendió, el legítimo adquirente no está obligado a devolución.

Existe una ejecutoria interesante: Una persona compró un automóvil de quien aparecía como dueño en el Registro de Tránsito y no estaba inscrito en el Registro Fiscal de Ventas a Plazos.

Más tarde resultó que quien lo vendió no era el dueño, pero el propietario había accedido a que apareciera a su nombre; la adquisición fue hecha de buena fe, observándose las prescripciones de ley y la fe del Registro lo amparaba. El comprador no fue obligado a devolver el carro. (Rev. Foro 1963, p. 301)

Es decir la Restitución siempre obliga, excepto que el comprador de la especie robada, haya realizado la compra observando los requisitos de ley y con buena fe.

El robo de valores mercantiles presenta situaciones interesantes. Veamos algunos casos:

- 1.- ¿Quien sustrae acciones, bonos u otros valores que reditúan intereses, tienen derecho a beneficiarse con estos últimos generados durante el tiempo que los valores estuvieron en su poder?
- 2.- ¿Si en este lapso, dichos valores fueron favorecidos con acciones liberadas, a quién corresponden éstas: a quien tiene en su poder a tales valores o al dueño originario?

Creemos que tanto los intereses como las acciones liberadas pertenecen al dueño originario de los valores. El delito no genera derechos. Es cierto que los valores físicamente están en poder de quien los sustrae, pero han llegado a sus manos de modo ilícito; el dueño originario siempre es dueño y los poseedores ilícitos no son dueños de tales valores.

Acreditado el delito y la propiedad de los valores, en la resolución que pone fin al proceso penal debe disponerse que los valores con sus intereses y las acciones liberadas, si las hubiere, deben ser devueltos al dueño, que es el agraviado con el delito. Por eso durante

la instrucción, el Juez debe trabar embargo sobre los valores y depositarlos en una caja de seguridad para estar a las resultas del juicio.

3.- Si el dinero robado es depositado en una Libreta de Ahorros, ¿a quién corresponden los intereses?

En aplicación del principio de que el delito no genera derechos aunque esté depositado en una libreta, que por ley es inembargable, sin embargo en un proceso penal, el Instructor puede ordenar la indisponibilidad de la Libreta para que en la sentencia se resuelva a quién corresponde capital e intereses.

El único problema es la probanza: tiene que acreditarse que el dinero robado fue depositado en la libreta; o que las joyas o valores muebles se vendieron y en esa misma época el autor del robo abrió la libreta y depositó esa cantidad.

## 2º **Reparación del daño causado.**

Reparación viene del latín reparatio, que significa “enmendar el menoscabo que ha padecido una cosa”, dice el Diccionario de la Academia.

Consiste en la indemnización de un perjuicio por la persona responsable de él. La reparación puede ser en especie –restablecimiento de la situación anterior– o en dinero, en concepto de reparar el daño, cuando no fuere posible cumplir con la restitución.

La reparación del daño causado con el delito puede ocurrir por acción del mismo autor, antes del enjuiciamiento con la finalidad de disminuir los efectos del delito. Esta reparación constituye una atenuación e influye sobre el monto que se ordene pagar.

Para fijar el monto de la reparación el Tribunal deberá considerar la entidad del daño causado, el valor de afección del bien, etc.

Dado su carácter patrimonial, la obligación de reparar el daño no concluye con la muerte del responsable penal, sino que se trasmite a sus herederos. También fallecido el agraviado, se trasmite a sus causahabientes.

El pago puede reclamarse conjuntamente con la sanción penal, en la misma instrucción; o por la vía civil, en

acción ordinaria. Esta última es indispensable cuando el responsable ha sido absuelto, es inimputable, está exento de culpa, etc.

3º **Indemnización** del perjuicio material o moral irrogado a la víctima del delito, a su familia o a terceros.

La **Indemnización** es el resarcimiento económico del daño o perjuicio causado; es la suma de dinero con que se indemniza. Se entiende que es la reparación del perjuicio causado. Es “resarcir de un daño o perjuicio”.

En el campo penal, la indemnización repara el daño causado no solo al que lo sufre sino también a la familia o a un tercero.

La acción se trasmite a los herederos de la víctima y quedan obligados los herederos del agente, por no ser personal sino patrimonial.

La indemnización puede ser por el daño material y por el daño moral. En ambos casos puede seguirse conjuntamente con la acción penal o en forma separada, en la vía civil.

Esta acción indemnizatoria se sigue conforme a las reglas del Código Civil. (Ley 9014, art. 2º)

El daño material comprende el perjuicio o desventaja sufrido en la cosa o en la persona, las ganancias o pérdidas tenidas con motivo del delito.

El daño moral se refiere a los daños inmateriales ocasionados con el delito: las molestias derivadas del procesamiento, los dolores sufridos con el accidente, el carecer de vehículo durante tiempo, las molestias de una hospitalización y los gastos inherentes a ello, etc.

El Código Penal coloca tres incisos al tratar de la Reparación Civil. Estos incisos no son de aplicación alternativa, es decir si se aplica el 1º quedan sin aplicar el 2º y 3º. No, pues son correlativos, es decir los tres incisos tienen entre sí relación inmediata, uno seguido de otro. El art. 66 constituye un solo todo y los tres incisos de que está compuesto cumplen la misma finalidad.

Así, tratándose de delito contra el patrimonio, la reparación civil comprenderá: la restitución de la cosa devolviéndola

a su legítimo propietario; una cantidad de dinero por el menoscabo sufrido con el robo, para reparar cualquier alteración en la estructura física del bien mueble; y otra cantidad de dinero por las molestias ocasionadas al dueño: v.g. perjuicio por haber estado privado de la cosa, tiempo empleado en la averiguación, en ir a la Comisaría y más tarde al Juzgado, molestias diversas, etc. Estas dos cantidades podrán unirse pero deberán comprender los dos conceptos.

Si la cosa sustraída no hubiere sido recuperada entonces no hay restitución ni reparación del menoscabo sufrido. Solo cabe fijar una suma mayor en concepto de indemnización por la cosa robada, por su "valor de afección" dice la ley española, su valor real y el que significaba para su dueño por los servicios que prestaba; además por el daño moral irrogado con el delito.

Tratándose de lesiones no cabe hablar de restitución, pero sí reparar el daño en la forma más completa posible, así como las molestias, dolores, etc.

Como la ley quiere que la reparación sea completa, en el caso de lesionar al rostro, la indemnización debe comprender el pago de la cirugía estética necesaria para restablecer la fisonomía del agraviado en la mejor forma posible. Cualquiera omisión en este sentido constituye reparación incompleta a la víctima del delito.

Resumiendo lo antes expuesto y examinando el art. 66 C.P. a la luz de la jurisprudencia, tenemos:

- a) **Restitución.** Siendo posible la restitución porque la cosa ha sido recuperada, y el Tribunal no la ordenare, la sentencia es nula. (R.J.P. 1950, p. 967). El mandato legal es imperativo y su incumplimiento determina la nulidad del fallo.
- b) **Reparación** del daño causado con el delito. La cosa sustraída deberá ser devuelta a su propietario en el estado en que se encontraba al momento del robo. Si no fuere posible se repara el menoscabo fijando una cantidad de dinero para devolver el bien mueble a su estado anterior. También debe entenderse que será reparar el daño, la curación de las lesiones causadas en forma amplia y completa. Al fijarse la reparación deberá considerarse la gravedad de las lesiones

causadas, dice la Corte (R.T., p. 47) y el daño irrogado a la víctima (R.T. 1943, p. 9).

- c) **Indemnización** propiamente dicha, consiste en la suma de dinero que se señale para indemnizar los perjuicios materiales y morales causados a la víctima. Con ocasión, del delito, el agraviado ha sufrido daños físicos y espirituales.

No es suficiente pagar los gastos de clínica y la reparación del automóvil –en el caso de accidente– sino también las molestias derivadas del evento, como es la falta de movilidad, pérdida de tiempo concurriendo a la comisaría y al juzgado, los dolores que ha sufrido la víctima como consecuencia de la fractura –si fuere el caso– y las molestias físicas derivadas de la inmovilidad o dificultad para caminar, etc. Todo ello ha sido ocasionado por el atropello y la indemnización debe comprenderlo, siendo el dinero el medio idóneo para satisfacer estos perjuicios inmateriales.

Por eso la Corte Suprema ha declarado que: la indemnización debe comprender los gastos hechos con motivo del accidente y los gastos del sepelio (A.J. 1945 p. 155). Luego en otra ejecutoria dice: “La cuantía de la reparación civil debe guardar relación con el daño y con el perjuicio material y moral irrogado a la víctima” (Bol. Col. Abogados N° 5, p. 216).

En delitos en que no sea posible la restitución, el Tribunal deberá señalar una suma de dinero en concepto de reparación por el daño causado con el delito, tanto en el orden material y en el espiritual.

Tratándose de daños materiales, la indemnización no debe ser mayor que el irrogado (R.T. 1931, p. 26). Pero debe guardar proporción con el daño causado (R.T. 1938, p. 189).

Para señalar el monto de la reparación civil la Corte Suprema ha dicho que debe considerarse:

- la negligencia del agente y la imprudencia de la víctima (R.T. 1942, p. 361)
- las posibilidades económicas del responsable y las necesidades de la víctima (R.T. 1943, p. 94, 113; R.J.P. 1956, p. 1104)
- la situación en que queda la familia del accidentado (R.T. 1944, p. 26)

La Reparación Civil tiene como finalidad resarcir al agraviado de las consecuencias, materiales e inmateriales del delito. Debe ser completa, único modo como se cumple la finalidad de la ley penal.

#### **5. – Sentencias absolutorias**

Durante el desarrollo de la instrucción el Juez dicta una serie de medidas, unas restrictivas de la libertad, otras de carácter económico y todas destinadas a facilitar la labor judicial. Mediante ellas el inculcado queda a disposición de la justicia y hay aseguramiento de bienes para el pago de la reparación civil. Todas estas medidas suponen recortes a la libertad de la persona, que la ley admite cuando está procesada pues son indispensables para lograr la finalidad del proceso.

Concluida la instrucción, sea mediante sentencia absolutoria o por resolución que declara la improcedencia del juicio oral, es necesario revocar todas estas medidas a fin de que la persona recupere su plena libertad ambulatoria y la de sus bienes.

Esta es la denominada Ejecución Impropia. El expediente regresa al Juzgado de origen y el Juez suspenderá la orden de captura –si la hubiere– devolverá las especies que hubiesen sido incautadas, se anularán las inscripciones de ingreso a la cárcel para que desaparezca todo antecedente penal, etc.

Es decir la autoridad judicial procederá a borrar todo rezago del procesamiento que ha sufrido la persona a fin de que en adelante carezca de antecedentes judicial y penal. Si estuviera detenida, la libertad la decreta el Tribunal Supremo.

Domingo García Rada

## **CUARTA PARTE**



Domingo García Rada

## CAPÍTULO XXXII

### LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

*1. – La Liberación Condicional. 2. – La rehabilitación. 3. – Las Audiencias Extraordinarias. 4. – La Condena Condicional.*

#### **1. – La Liberación Condicional**

Este instituto es creación del Código Penal de 1924. Tiene como finalidad beneficiar a los condenados a penas privativas de la libertad concediendo la excarcelación antes del vencimiento de la condena. No es derecho sino gracia. Procede en todos los delitos, excepto cuando la propia ley la prohíba.

Se justifica cuando el condenado a pena privativa de prisión, penitenciaría o relegación, observa buena conducta, no ofrece peligrosidad y se puede “presumir que se conducirá bien en libertad”. Además de las reglas de conducta que se señalen, como requisito legal es necesario haber cumplido las dos terceras partes de la condena, con un mínimo de ocho meses tratándose de penas de prisión y un año en penitenciaría o relegación. Si la pena dictada fuere inferior a estos mínimos, no puede acogerse a la liberación condicional.

El Código disponía que el Tribunal que había condenado era el encargado de conceder la liberación condicional. El Decreto Ley 20582 modificó sustancialmente lo anterior disponiendo que

Domingo García Rada

en vez de la autoridad judicial fuera la administrativa quien corriera con todo lo relacionado con la liberación condicional. También introdujo una novedad: La liberación condicional podía ser concedida de oficio o a petición del interesado. La única exigencia era que la Dirección de Establecimientos Penales comunicara la resolución administrativa al Tribunal que había dictado sentencia. Esta disposición era inconveniente pues por vía administrativa no podía modificarse una sentencia judicial.

El Decreto Legislativo 121 en su artículo 1º ha modificado el artículo 62º del Código Penal restableciendo el sistema del Código, es decir, que sea la autoridad judicial quien otorgue este beneficio.

Se dispone que el Juez Instructor del lugar donde el reo cumple su condena sea el encargado de otorgar la liberación condicional. Es necesario que el Fiscal Provincial realice una investigación preliminar y la resolución corre a cargo del magistrado judicial. Se mantiene el que la liberación puede ser considerada de oficio o a pedido de parte. Para lo primero, dispone la ley que Penales permanentemente –no dice cada cuánto tiempo– comunicará al Juez Instructor sobre los condenados que hayan cumplido las dos terceras partes de la condena. En vista de esto, el Juez procederá, de oficio, a otorgar la liberación. Es obligación del Juez comunicar la resolución respectiva al Tribunal sentenciador.

Como quien concede la liberación es el Juez del lugar donde cumple la pena, aunque la ley no lo diga, es lógico extender la obligación de comunicar el auto al Juez que sentenció, sea Instructor o sea Tribunal Colegiado.

Siempre el cuaderno de liberación es actuado por el Fiscal Provincial. Como atribución propia del Fiscal Provincial en lo Penal la Ley Orgánica establece la de solicitar la revocación de la liberación condicional si la conducta del liberado “fuera contraria a las previsiones o presunciones que la determinaron”. Presentará el atestado policial correspondiente. (D. Leg. 52 art. 95, inc.9)

De esto se deduce que el Fiscal Provincial en cuanto se entera de la inconducta del reo, puede pedir que se le revoque la liberación y nuevamente sea internado en un establecimiento penal. Este control que antes lo ejercía el Tribunal Correccional

es más conveniente que quede a cargo del Ministerio Público y seguramente tendrá mayor eficacia.

El cuadernillo de Liberación Condicional se forma con la solicitud del condenado y la copia de la sentencia. Se agrega la constancia de la cárcel que acredita el tiempo de detención que lleva y el certificado de buena conducta y de no peligrosidad. El Fiscal Provincial debe practicar la investigación que corresponda.

La Liberación Condicional se concede en atención al tiempo de detención —haber cumplido dos terceras partes de la condena— a la buena conducta y a la peligrosidad, todo lo que hace presumir haberse logrado su readaptación y que puede reincorporarse a la sociedad.

Sin embargo en ciertos delitos, la ley expresamente prohíbe conceder este beneficio. Es el caso de Tráfico Ilícito de Drogas. (D. Leg. 122 modificadorio del art. 64 del D.L. 22095).

Es conveniente que el juez del lugar donde el reo cumple su pena sea quien otorgue la liberación, facilitando así que los familiares o el mismo detenido puedan pedirla, sin necesidad de desplazarse a otra ciudad, como era el caso de pedirla a Penales.

La única observación es que sea el Juez quien modifique el lugar de cumplimiento de sentencia expedida por tribunal superior. La intención del legislador es facilitar el otorgamiento de este beneficio. Además, el concesorio solo cambia el modo de cumplimiento de la condena —en vez de la detención, se cumple en la calle— lo que es accesorio, pues la sentencia no es alterada en cuanto impone determinada pena y reparación civil.

La Liberación puede ser revocada antes del vencimiento de la pena si el liberado “cometiere algún delito que implique pena privativa de la libertad o no cumpliere las reglas de conducta fijadas” dice el art. 60 C.P. El efecto de la revocatoria es que “debe cumplir la nueva condena, así como la anterior”. (R.J.P. 1951, p. 921).

La revocatoria opera cuando antes de haber cumplido el íntegro de la pena de la que fue liberado —aunque sean pocos días— comete nuevo delito. Entonces deberá cumplir la integridad de la pena anterior y a su vencimiento, empezará a cumplir la nueva condena. La consecuencia legal de la comisión del nuevo delito, es someterlo a la ejecución de la pena. La Corte Suprema dice: “Se le acumula la pena impuesta al plazo que le faltaba

cumplir de la condena anterior". (R.J.P. 1964, p. 969). Debe entenderse que este plazo es el liberado en su integridad, no lo que faltaba entre el nuevo delito y el vencimiento de la pena anterior, pues la ley es clara: "En este caso el tiempo transcurrido durante su libertad no se computará en la pena legal" (art. 61 C.P.).

Vencido el plazo de la condena, sin haber infringido las normas de conducta ni cometido nuevo delito, se entiende cumplida la pena.

En cuanto a la oportunidad, la Liberación solo puede solicitarse cuando la sentencia tiene la condición legal de Cosa Juzgada. (Boletín C.S., 1972, p. 165). Antes la pena puede ser modificada y resultar que quien la pide aún no tiene vencidos los dos tercios de la señalada en la condena. La Liberación implica sentencia firme, que no pueda sufrir alteración. La Corte Suprema ha declarado: "Es ilegal que pendiente el recurso de nulidad, el Tribunal Correccional tramite y resuelva favorablemente el pedido de liberación. La Liberación Condicional solo debe tramitarse cuando está ejecutoriada la sentencia". (R.J.P. 1954, p. 618. Boletín C.S. 1972, p. 165. R. del Foro 1957, p. 462).

Sin embargo de lo anterior que consideramos la doctrina exacta acerca de la institución, existe una ejecutoria que dice: "Cumplidos los dos tercios de la pena, procede la liberación condicional aun cuando esté pendiente de resolución el recurso interpuesto contra la sentencia. Negar esta facultad a los Tribunales Correccionales contraría los preceptos legales que garantizan el derecho a la libertad obtenido por el culpable corregido y prolonga indebidamente una pena que no tiene razón de ser al haberse restablecido el orden social con el castigo impuesto y la conducta observada por el condenado". (A.J. 1946, p. 203) Al establecer esta jurisprudencia –que consideramos equivocada y sumamente peligrosa– el Tribunal Supremo declara que siendo posible la recaptura, nada impide ordenar la soltura condicional, quedando obligado el liberado a vivir en Iquitos. El argumento no es válido porque la ley exige dos tercios de la condena y el monto de la pena puede ser cambiado por el Supremo Tribunal.

## **2. – La Rehabilitación**

La Rehabilitación es instituto creado por el Código Penal de 1924 e incorporado en el ordenamiento procesal.

Es el derecho que tiene todo condenado de pedir que se borre de sus antecedentes la condena que le fuera impuesta. Puede referirse a penas privativas de la libertad – prisión, penitenciaría o relegación – o a la de inhabilitación o multa, sea como pena principal o accesoria. Comprende las penas impuestas con el carácter de condicional así como las efectivas. Es derecho adquirido por el condenado que ha demostrado su readaptación a la vida social.

La finalidad que persigue la ley al otorgar este derecho es doble: favorece la readaptación del delincuente al ofrecerle como aliciente la desaparición de los antecedentes penales originados por su proceder antisocial. La buena conducta de quien ha sido sentenciado, determina el cese del status de condenado a fin de que recupere su condición de persona que carece de antecedentes penales.

Los efectos procesales de esta supresión son importantes, porque impiden la reincidencia y la habitualidad y, en todo caso, desaparecen los antecedentes penales o judiciales.

Tanto el Código Penal como la ley procesal penal reconocen que la Rehabilitación es derecho de todo condenado y puede ser pedido para borrar cualquiera que fuera la pena impuesta. Su ejercicio queda sujeto al cumplimiento de los requisitos de ley: acreditar la buena conducta en el período posterior a la salida del penal o vencimiento de la pena; tener domicilio conocido y medios estables de subsistencia que garanticen su honesto vivir; y haber reparado en la medida de lo posible, el daño causado con el delito (A.J., 1933, p. 284).

Reunidas estas exigencias, el solicitante se presentará al Tribunal Correccional que lo sentenció, indicando la fecha de su condena, el lugar donde ha residido y acompañando las constancias antes indicadas. El Tribunal puede pedir a la Policía Judicial que compruebe la veracidad de los datos presentados. Actuada la investigación policial, se remitirá el expediente al Fiscal y previo dictamen, el Tribunal expedirá resolución. También puede mandar ampliar la investigación en plazo no mayor de 20 días.

Acordada la rehabilitación, el Tribunal la comunicará a la Corte Suprema, la que ordenará la anotación en el Registro Central de Condenas y que se entregue al interesado un boletín en que conste que no registra antecedente penal alguno.

De toda sanción penal es susceptible pedirse rehabilitación. Para las penas de prisión la ley la fija en tres años y para las de penitenciaría o relegación en cinco de vencida la pena principal. Para las penas accesorias de inhabilitación y multa el plazo es de tres años. La ley quiere que la rehabilitación comprenda toda sanción penal, tanto principal como accesoria, así como la multa si fuere dictada como pena principal.

Lo que la Rehabilitación no comprende, es cuando el juzgador además de la pena ha dictado una medida administrativa. Tal es el caso del Notario que fue cancelado como consecuencia de la condena que sufrió y al pedir su rehabilitación, la Corte accedió a ella, pero dejó constancia que la rehabilitación no comprendía la reposición en la notaría. (A.J., 1949, 331)

Todos los condenados sin distinción alguna, pueden pedir la rehabilitación. No es obstáculo el delito, la condición personal (reincidente o habitual), la clase de pena, etc.

Conviene aclarar que el auto de rehabilitación no hace desaparecer la sentencia, tampoco la declara nula o inexistente. El fallo judicial siempre surte sus efectos legales y la sentencia ejecutoriada ha cumplido su función social sancionadora e indemnizatoria.

La rehabilitación solo ampara a la persona del condenado. En mérito de haberse dado determinados presupuestos (buena conducta, readaptación, pago de la indemnización, etc.) la ley dispone que se borren sus antecedentes penales. Es una ficción jurídica que solo comprende a la persona que ha sido condenada. En mérito de ciertas consideraciones, desaparece la condena como antecedente personal de su autor, mas no como documento judicial. La sentencia siempre surte efectos legales *erga omnes*.

### **3. — Las Audiencias Extraordinarias**

En los meses de julio y diciembre de cada año, los Tribunales Correccionales se reúnen en audiencia oral y pública, con asistencia del Ministerio Fiscal y de los defensores para examinar las razones de causas que eleven los jueces instructores, los datos de los detenidos en cárcel, las relaciones de Secretaría referente a los procesos que se encuentran con dictamen fiscal, expeditos para audiencia y oír las quejas de abogados y litigantes. Son las

llamadas Audiencias Extraordinarias previstas en los arts. 366 a 368 del Código.

En las razones de los Juzgados se examinará si se ha vencido el plazo de los cinco meses que señala la ley o el ampliatorio otorgado por el Tribunal. En la relación de Secretaría el examen se refiere a comprobar si la pena pedida por el Fiscal es igual o mayor que la sufrida por el procesado, en cuyo caso señalará día y hora para la audiencia; si la pena fuere menor que la detención padecida hasta ese momento, el Tribunal podrá declarar que no procede la libertad vigilada o disponer su inmediato juzgamiento. El parecer del Fiscal orienta al Tribunal pero no lo obliga a decretar la soltura, pues en ese caso quien decidiría sería el Ministerio Público y no el juzgador. Cuando el Tribunal considere que la pena pedida es inferior a la que realmente merece y se encuentra vencida, dispondrá su inmediato juzgamiento. Tanto en las razones de causas como en la relación del Director de la Cárcel, el Tribunal al examinarlas dictará las disposiciones pertinentes para su pronta tramitación, pudiendo decretar medidas disciplinarias contra los funcionarios judiciales culpables de negligencia.

La libertad que el Tribunal Correccional concede, es lo que el Código llama "libertad bajo vigilancia de la autoridad", con los mismos resultados que la provisional.

El procesado queda obligado a no abandonar el lugar de su residencia y a vivir en el domicilio señalado, así como a concurrir a la audiencia todas las veces que fuere citado. El incumplimiento de estas exigencias puede determinar la cancelación del beneficio, si es que el Tribunal encuentra malicia en el proceder; cuando considere que no fue notificado o inasistió por causa de fuerza mayor, lo volverá a citar. El procesado incurrirá a las citaciones del Tribunal puede obtener por segunda vez la libertad bajo vigilancia puesto que subsisten las razones legales que motivaron la soltura.

Procede la libertad bajo vigilancia de la autoridad aun en aquellos procesados cuyo delito o situación impide concederles libertad provisional. Es el caso de los reincidentes, reiterantes, habituales, narcotraficantes, procesados por delito contra el patrimonio del Estado, contra la salud pública; etc. Ni la clase de delito ni las calidades personales del autor son obstáculos



para que gocen de este beneficio, si es que el juzgador lo estima procedente.

#### **4. – La Condena Condicional**

La sentencia condenatoria es el acto jurisdiccional por el cual el juzgador, en nombre del Estado impone al acusado como autor de delito, una pena determinada, que puede ser restrictiva de la libertad o de contenido patrimonial, así como una cantidad de dinero en concepto de reparación civil por el daño causado con el delito.

Cuando el cumplimiento de la pena se deja en suspenso, la sentencia siempre queda pronunciada, pero no se ejecuta: es la Condena Condicional. La no ejecución solo se refiere a la pena impuesta, no comprendiendo la reparación civil, que no es susceptible de ser suspendida en su ejecución, conforme lo dispone el art. 54 del C.P.

La condena se ha producido en su integridad y la sentencia surte plenamente sus efectos legales. Pero la presencia de determinadas circunstancias permiten que el Tribunal Correccional disponga la no ejecución de la pena consistente en una medida restrictiva de la libertad o de carácter patrimonial. Esta no ejecución no afecta a la reparación civil que es el resarcimiento económico a la víctima del delito y que tiene como finalidad aliviar los sufrimientos ocasionados con el hecho punible. (A.J., 1935, p. 419)

La sentencia es irrevocable y definitiva en sus efectos jurídicos, constituyendo un estado de derecho respecto a la acción penal y al delincuente. Pero la condicionalidad es transitoria, pues dura lo que la condena y no es inalterable – no constituye derecho adquirido– puesto que cesa si el condenado infringe alguna de las obligaciones impuestas al tiempo de concederla.

Como requisitos, el Código establece los siguientes:

- 1) Que se imponga pena no mayor de dos años de prisión o de multa.

Quedan al margen de este beneficio los condenados a penas mayores de dos años de prisión. También los reincidentes, aun cuando fueren autores de delitos de escasa gravedad, pues por la reincidencia corresponde que el juzgador

imponga como pena mínima el máximo de la que señala el Código para el delito.

Existen leyes penales especiales que prohíben otorgar este beneficio: es el caso del delito de tráfico ilícito de drogas. (D. Leg. 122, art. 1º que sustituye a varios arts. del D.L. 22095, entre ellos el 64 que contiene esta prohibición)

- 2) Debe carecer de todo antecedente penal o judicial. La ley prohíbe concederla a los reincidentes y a todos aquellos que sin reunir esta calidad, hubieren sufrido condenas anteriores, aunque por su antigüedad no constituyan reincidencia. Comprenden estos antecedentes a las sentencias extranjeras. "Procede la suspensión de pena, tratándose de delincuentes ocasionales" (R.T., 1933, p. 453).
- 3) Un requisito de apreciación judicial: dice la ley "cuando los antecedentes y el carácter del condenado permitan prever que no cometerá nuevo delito". Este requisito elimina a los vagos, sin ocupación ni trabajo conocido, drogadictos por ser proclives al delito, etc.

La ley no quiere que el juzgador tenga certeza sobre la no comisión de un nuevo delito, sino que por ser delincuente primario, con buenos antecedentes, por su vida y carácter, debe presumirse que se conducirá bien en libertad (A.J., 1935, p. 419).

La condicionalidad solo puede ser aplicada en delitos de escasa gravedad, cometidos por sujetos sin antecedentes penales y que ofrezcan posibilidades de readaptación. En los delitos de negligencia es frecuente la condena condicional.

El Código Penal establece que para conceder este beneficio, el Tribunal debe oír previamente al Fiscal, pero el de Procedimientos no menciona esta exigencia, por lo que siguiendo antigua jurisprudencia, debe considerarse que por tratarse de ley posterior, el C.P.P. modifica al Penal y ya no es requisito la consulta previa al Fiscal.

Tratándose de atribución propia del Tribunal, el conceder este beneficio puede ser de oficio, no siendo necesario que lo solicite la defensa. Si el Correccional la considera procedente, puede otorgarla de oficio, sin petición de parte ni consulta al Fiscal.

Al concederse la condena condicional, el Tribunal debe señalar reglas de conducta para su observancia por el condenado.

Domingo García Rada

Antes una de las reglas era pagar la reparación civil en el plazo de la condena, que no podía exceder de seis meses. Tal mandato ya no se incorpora desde que la Corte Suprema dijo que esta exigencia desnaturalizaba la condicionalidad de la pena (R.J.P. 1976, p. 210 y p. 1220). El comentario a esta nueva orientación jurisprudencial aparece en el Capítulo XXXI, al tratar de las sentencias condenatorias.

Las reglas de conducta son las normas que dicta el juzgador destinadas a la vida dentro de la ley y con honestidad, que debe observar quien goza de este beneficio: no embriagarse, no frecuentar prostíbulos ni cantinas, observar buena conducta, no cometer delitos ni infracciones, etc. Es nula la sentencia que no fija estas reglas de conducta (Diario Judicial, abril - junio 1947).

## CAPÍTULO XXXIII

*1. – Procedimiento de Querella: Delito de Calumnia, Difamación e Injurias. 2. – Delitos de Prensa.*

### **1. – Procedimiento de Querella: Delitos de Calumnia, Difamación e Injurias**

La comisión de delitos de calumnia, difamación e injurias, solo puede sancionarse mediante querella, aunque el ofendido tenga la condición de funcionario público (R.T., 1936, p. 143). La ley la llama “acción privada” y se ejerce mediante la querella (P.J.P., 1931, p. 1395).

No interviene el Ministerio Público y por eso no es procedente en una querella comprender delitos exceptuados y delitos perseguibles de oficio, porque la sustentación de unos y otros es diferente en razón de su distinta naturaleza (A.J., 1908, p. 5 y p. 155; 1935, p. 20).

Para denunciar la comisión de estos delitos, es el propio agraviado quien mediante el recurso de querella se presenta al Juzgado de Instrucción iniciando así la acción penal contra los presuntos responsables. (A.J., 1964, p. 251). En este recurso indicará los testigos que ofrece como prueba, y acompañará la documental que sea necesaria. En estos procedimientos no interviene el Ministerio Público (A.J., 1876, p. 349).

Recibido el escrito de querella, el juzgado citará a comparendo al querellado avisándole que puede llevar hasta tres

testigos para desvirtuar los cargos que se le imputan. También serán notificados los testigos ofrecidos por el querellante. El querellante puede hacerse representar por apoderado, facultándolo para la conciliación (art. 19 Ley 10794).

En el comparendo el juez deberá procurar el avenimiento de las partes, pues la ley dice que “invitará a las partes a conciliarse” es decir, a dar fin a la acción mediante acuerdo, que puede consistir en la retractación privada o pública de la parte ofensora, en indemnización por el daño causado con el delito, etc.

Si no hubiera conciliación, el juez examinará al querellado y al querellante.

A continuación vendrá el examen de los testigos, en la forma prevista en el Código, pudiendo ser interrogado por la contraria. Luego se presentará y examinará la prueba instrumental acompañada con la querella. De todo se sentará acta pormenorizada que firmarán los que intervienen en ella.

Las cuestiones prejudiciales y excepciones no se tramitan como incidente, pues deben ser planteados en el comparendo y resolverse en la sentencia (R.T., 1941, p. 131). Posteriormente, la jurisprudencia suprema precisó que deben deducirse en el comparendo y resolverse al sentenciar (A.J., 1945, p. 153 y de 1957, 159).

Si el querellante no concurriere a la primera citación, será nuevamente citado bajo apercibimiento. Si no compareciera se “cortará el procedimiento”, dice el art. 307. Conforme a la Ley 10794, si el querellado no concurre, se le notificará por segunda vez bajo apercibimiento de detención; si no concurriera a esta segunda citación, se hará efectivo el apercibimiento.

Concluida la diligencia, el mismo instructor dictará sentencia (art. 191, inc. 5º L.O.P.J.). La parte perdedora puede impugnarla apelando ante el Tribunal Correccional (R.J.P., 1971, p. 1024).

En estos delitos no procede recurso de nulidad, pues se ha cumplido la norma de las dos instancias: el proceso ha sido sentenciado por el juez y revisado por el Tribunal; sobre él han recaído dos sentencias (R.J.P., 1972, p. 503).

El querellante puede desistirse de la acción penal, pero deberá hacerlo con firmas legalizadas ante el actuario de la

causa “es diligencia de carácter judicial”, dice la Corte (A.J., 1945, p. 215).

## 2.— Delitos de Prensa

Los delitos cometidos por medio de la imprenta se encuentran sometidos a procedimiento especial. Se justifica por dos razones: la facilidad de probar la existencia del hecho punible, mediante la aportación al proceso del cuerpo del delito; y la especial circunstancia de agregar a la injuria, la publicidad y mediante ella el autor aumenta la extensión del daño causado. Es frecuente que en las leyes de imprenta, se coloque el secuestro de los ejemplares del diario o revista, así como recoger el original y el molde para evitar su repetición.

Son instrumentos del delito, los ejemplares del impreso que contiene el artículo ofensivo y el molde de éste. Tratándose de periódicos de circulación diaria no puede pedirse la destrucción del molde por ser éste de carácter general y que contiene muchas otras noticias y referencias; además su temporalidad determina que no sea necesario decretarla. Si no fueren publicaciones de periodicidad regular, no se les aplica el Estatuto (R.J.P., 1971, p. 1131).

Como notas propias de estos delitos, encontramos que su autor es quien firma el artículo; si no fuere identificado, subsidiariamente será responsable el director o editor de la publicación. Si después de dictada sentencia se descubriera al verdadero autor, ya no es procedente abrir nueva instrucción contra él, puesto que la sentencia ha sancionado el hecho en la persona del responsable subsidiario. La acción penal iniciada por este delito, ha cumplido su finalidad.

El D.L. 22244 regula en forma amplia los denominados Órganos de Prensa señalando cuáles son, tanto la prensa hablada como la escrita y la televisada; también la situación económica de las empresas sujetas a expropiación.

Sanciona dos clases de infracciones que puedan cometerse mediante la prensa. Las llamadas propiamente Infracciones y los Delitos de Prensa. Para los primeros establece sanciones pecuniarias; y para los segundos penas de prisión y multa.

I. Infracciones. Constituyen Infracción a la Ley de Prensa:

Domingo García Rada

- a) impresión y distribución de diarios sin que consten nombre del director, lugar, etc.;
- b) no enviar ejemplares a la Biblioteca Nacional;
- c) no publicar Comunicado del Gobierno;
- d) no publicar anualmente nómina de propietarios, capital, participación, balance, etc.;
- e) no insertar rectificaciones;
- f) tenencia por algún accionista de acciones en mayor porcentaje al permitido (5%);
- g) Transferir acciones a extranjeros.

Estas infracciones administrativas serán sancionadas por la autoridad política del departamento, con multa a empozar en el Banco de la Nación dentro de las 24 horas de impuesta.

Agotada esta vía, procede acción judicial para contradecir la resolución. Mientras no se resuelva, se suspende el cobro de la multa que queda en depósito en el Banco de la Nación.

Tratándose de las infracciones f) y g) las acciones del infractor serán vendidas en la Bolsa y su importe se aplicará a la multa que se imponga.

## II. **Delitos.** Configuran delitos:

- a) Emplear testaferros para ocultar a socios extranjeros o para ocultar el porcentaje que exceda al 5%. La sanción es doble: el autor con pena de prisión no mayor de 3 meses y se venderán las acciones en Bolsa para pagar la multa.
- b) Incumplir resolución judicial que mande publicar una aclaración o rectificación. Sanción: prisión al Director no mayor de 3 meses.
- c) Atribuir a una persona un hecho, cualidad o conducta que perjudique su honor o reputación. Sanción: prisión no mayor 4 meses y multa de la renta de 30 a 60 días.
- d) Publicar artículos o crónicas en que se empleen frases ofensivas al honor o reputación de una persona natural

o jurídica. Sanción: al autor multa de la renta de 30 a 60 días.

- e) Publicar documentos alterados o fraguados en lo esencial o atribuirlos inexactamente a personas natural o jurídica. Sanción: prisión no mayor de 4 meses.
- f) Publicar o revelar el contenido de documentos oficiales clasificados, siendo agravante que se relacionen con la seguridad del Estado o la defensa nacional. Sanción: prisión no mayor de 2 años.
- g) Hacer apología del delito o de sus autores. Sanción: multa de la renta: 30 a 60 días.

**Tramitación.** Hay acción popular para denunciar los delitos a que se refieren los incisos a) y g). La autoridad política correspondiente tiene la obligación de formular la denuncia.

Recibida la denuncia, el Juez realizará una sumaria investigación dentro de los 8 días y fallará dentro de los 5 días siguientes.

Procede apelación y recurso de nulidad, excepto cuando se trata de aclaración o rectificación en que no procede este último recurso.

Las sentencias que impongan sanciones deberán publicarse en página adecuada en la publicación que originó la sanción, en el número inmediatamente posterior a la notificación de la sentencia.

Los recursos de apelación y nulidad deberán ser resueltos por el tribunal superior y supremo, respectivamente “dentro del plazo de diez días”.

**D.L. 22633.**— La última modificación en este campo de los delitos de prensa, corresponde al D.L. 22633. Contiene innovaciones en el Código Penal, modificando los delitos de Difamación e Injurias; y en el procedimiento penal establece la tramitación, que omitía hacerlo el D.L. 22244.

Los delitos de Difamación e Injurias, previstos y penados en los arts. 187 y 188 del Código Penal están contemplados en este D.L. 22633, presentando una más minuciosa y completa tipificación en cuanto a los medios idóneos para su comisión. Considera agravante la circunstancia de que el ofendido sea autoridad o entidad oficial.



Domingo García Rada

La sanción es: pena privativa de la libertad en ambos delitos, teniendo como mínimo seis meses de prisión para la Difamación y un año para la Injuria. La multa también está prevista en estos delitos, pero en unos casos como pena principal y en otros como accesoria. Señala como monto el de cinco a 200 sueldos vitales mínimos para Lima en el delito de Difamación; y de diez a 100 sueldos mínimos vitales de Lima en caso del delito de Injurias.

En el procedimiento penal modifica los arts. 314 y 317 del Código.

**En el 314** dispone que los jueces instructores tramitaran las querellas por delitos perpetrados mediante impresos, publicaciones diarias, carteles, cinemas, radios, televisión y cualquier otro medio análogo de publicidad.

Recibida la querella, el juez citará a comparendo. Luego practicará la investigación en el término de ocho días y expedirá sentencia dentro de los cinco días siguientes a la conclusión de la investigación judicial.

Procede la apelación de la sentencia que expida el juez. Ante el Tribunal Correccional pueden informar los abogados y la sentencia que dicte puede ser impugnada mediante recurso de nulidad ante la Sala Penal de la Corte Suprema.

Las innovaciones que contiene la modificación del art. 314 son: como medio idóneo de publicidad suprime el fonógrafo —que admitía el Código— pero admite la televisión.

Repite los plazos antes señalados: ocho días para tramitar la querella y cinco para dictar sentencia.

Concede el recurso de nulidad contra el fallo del tribunal superior. Como el juez instructor ha dictado sentencia y ha sido vista en apelación, resulta que en los procesos por delito de imprenta existen tres instancias, lo que no ocurre en delitos graves, como el homicidio.

**En el 317**, el Código señalaba que en estos casos —los de querella— los plazos se reducían a la tercera parte. El D.L. 22633 le da otro contenido. Establece que formulada denuncia ante la autoridad judicial, las partes deben abstenerse de usar cualquier medio de comunicación social para hacer comentarios referentes a la persona querellante o al texto del recurso de querella presentada al juzgado.

La inobservancia de esta norma es sancionada severamente. Si quien la infringe es el denunciado, el juez lo calificará como reiterante. Pero si fuere el ofendido, el juez lo considerará incurso en delito contra el honor y la nueva acción se acumulará a los autos.

La finalidad que persigue esta norma es plausible. Persigue evitar que las partes fomenten el rencor proveniente del hecho denunciado como delito; es lo que vulgarmente se llama "echar leña a la hoguera". Esta norma procura que la tranquilidad vuelva a los ánimos de querellante y querellado.

Pero la sanción que establece es inadecuada y carece de sustento jurídico.

Reiteración es volver a delinquir, insistir en el delito. La publicación comentando una denuncia penal no puede configurar delito de prensa, pues le falta tipicidad. Quien comenta públicamente hecho ya realizado o proceder humano ya decidido, no comete delito.

En cuanto a la acumulación, tampoco es procedente. Desde el punto de vista procesal, procede a acumular instrucciones cuando existe conexión por razón de la persona o por razón de la materia. Pero en el caso de autos, quien es agraviado en la denuncia presentada al juzgado, resulta actor del comentario. No hay, pues, identidad de personas. Tampoco existe identidad por materia, pues se trata de hechos delictivos diferentes.

La instigación al delito mediante la prensa periódica autoriza al juez para abrir instrucción de oficio contra el autor o autores.

El art. 317 señala los casos en los cuales el juez debe proceder de oficio. Son cuando "instiguen al homicidio, incendio u otros análogos; o a delitos contra las comunicaciones públicas; o contra la provisión de agua, luz y fuerza; o inciten a los ciudadanos, partidos o gremios a la Iucha armada o a la guerra civil; o que cometan el delito de sedición".

El art. 6º del D. Leg. 46 que reprime el Terrorismo considera que comete delito previsto en esta norma, el "que mediante la imprenta, la radio, la televisión u otro medio de comunicación social" inciten al terrorismo. La pena es de penitenciaría no menor de cuatro años ni mayor de ocho.

Domingo García Rada

Igualmente en el art. 7º sanciona al que “públicamente hiciera la apología de un acto de terrorismo ya cometido o de la persona que hubiera sido condenada como su autor o cómplice”. La pena es de penitenciaría no menor de tres años ni mayor de cinco.

La Ley 13321 modifica algunos artículos del Código Penal e introduce como agravante la difusión de la injuria y el desacato mediante los órganos de comunicación social. Aun cuando esto constituye agravante de delitos comunes y no propiamente delitos de prensa, sin embargo se relacionan porque es una agravación de la pena por el empleo de los órganos de prensa en su comisión.

En su tercer artículo, esta Ley 23321 establece como modalidad propia del delito de Abuso de Autoridad, la suspensión, clausura de un órgano de expresión. Dada la existencia de este vínculo, coloco este comentario en los Delitos de Prensa.

**Delitos contra el Honor.** Si la calumnia, difamación o injuria fueren perpetrados por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social, la pena no será mayor de dos años (art. 1º).

**Desacato.** “Si el delito fuere perpetrado mediante un órgano de comunicación social”, la pena no será menor de seis meses (art. 2º).

**Abuso de Autoridad.** Como adición al art. 337 del C.P. se dice: “El Funcionario Público que abusando de su función, suspendiere o clausurare un órgano de expresión o la impidiere circular libremente”, sufrirá pena no menor de seis meses y la inhabilitación que señala el Código, por el doble del tiempo de la condena (art. 3º).

## CAPÍTULO XXXIV

*1. – Las Faltas. 2. – Jueces de Paz No Letrados. 3. – Jueces de Paz Letrados. 4. – Normas generales. 2. – Faltas contra el Patrimonio. 6. – Faltas contra el Cuerpo y la Salud. 7. – La fuga del reo.*

### **1. – Las Faltas**

Teniendo como base las dos grandes categorías de infracciones que sanciona el Código Penal, existen los procesos por delitos y los procesos por faltas. Se fundan en un criterio cuantitativo, tomando en cuenta la gravedad de la infracción y la pena señalada en la ley.

Se justifica este proceso diciendo que existe conveniencia en que las infracciones de escasa relevancia social, de ámbito delictual restringido y sancionadas con pena leve, se someten a un procedimiento rápido y sencillo, sin necesidad de acudir al juicio ordinario que requiere mayores trámites y exige solemnidades.

El juicio por faltas se diferencia notablemente del proceso por delitos, tanto el ordinario como el sumario, presentando analogía con el proceso verbal civil. También se divide en dos etapas: la investigatoria a cargo del Juez de paz y la decisoria que compete al Instructor, pero sin juicio oral. La tramitación es de oficio (R.J.P., 1945, p. 293).

Se inicia por los medios corrientes en todo proceso penal, es decir mediante denuncia oficial o de parte agraviada. Se cita luego a comparendo, que es la diligencia de mayor importancia, pues en ella se da la inmediatez entre inculpado y juez que instruye, la cual no se repite en la etapa del juzgamiento.

Domingo García Rada

El D.L. 21895 introdujo sustanciales modificaciones en el procedimiento por faltas. Muchas de ellas han sido recogidas en el D. Ley 121 quedando un proceso más completo que el prevenido en el Código, siendo más fácil de realizar y cumple con la finalidad de dar justicia rápida y efectiva en estos casos de faltas.

Innovación del D. Leg. 121 es la división entre procesos por faltas seguidos ante Jueces de Paz Letrados y los seguidos ante Jueces de Paz No Letrados.

## **2. — Jueces de Paz No Letrados**

La tramitación es en una sola audiencia en la que deberán ofrecerse y actuarse todas las pruebas. Esta audiencia no podrá durar más de tres sesiones, salvo causas de fuerza mayor.

Estos jueces instruyen los procesos seguidos ante su Despacho. A su conclusión envían al Juzgado de Paz Letrado para que sea sentenciado en breve término. Las sentencias que expidan los Jueces de Paz Letrados pueden ser apeladas ante el Juez Instructor de Turno.

## **3. — Jueces de Paz Letrados**

El procedimiento se sujetará al juicio sumario, con el término propio de los procesos por faltas. En estos casos la investigación corre a cargo del Juez de Paz Letrado pero el fallo corresponde al Juez Instructor. Esta sentencia puede ser apelada ante el Tribunal Correccional respectivo.

La razón de esta diferencia es que los Jueces de Paz Letrados conocen de asuntos de mayor gravedad; los No Letrados solo asuntos de poca monta.

Debe entenderse que cuando la ley dice Jueces de Paz Letrados se refiere a Juzgados que tienen esta calificación; cuando señala No Letrados es porque corresponden a Juzgados que no requieren ser abogados y aunque sean profesionales quienes los ocupen, la calidad personal de Juez no varía la denominación de "Juzgado de Paz No Letrado".

El término que tiene el Juez Instructor para sentenciar es de tercero día "por el solo mérito de las actas remitidas por el Juez de Paz" dice el art. 326. El Tribunal Correccional tiene "un

plazo mínimo” cuya duración no señala la ley. Lo que resuelva el Tribunal es Cosa Juzgada, pues no procede el recurso de nulidad.

#### **4. – Normas generales**

La duración es de treinta días “salvo prórroga excepcional hasta de quince días adicionales” dice el art. 325. Aplicando las normas del sumario, esto significa que el juicio por faltas debe durar treinta días y si el Juez lo considera indispensable, puede tomar hasta quince días adicionales, pudiendo ser menor pero nunca exceder de lo que señala la ley. Avisará al Juez Instructor el haber utilizado los días adicionales. Como en el sumario, no pide plazo sino él mismo se lo concede pero siempre avisando al superior.

En cualquier estado de la causa, hasta antes de la sentencia, el denunciante o agraviado puede desistirse de la acción “con lo que se dará por fenecido el proceso” dice la ley. Dada su escasa trascendencia social es aceptable el arreglo entre las partes y al interés de la sociedad le conviene el desistimiento.

Otra nota interesante en los procesos por falta es la compensación de la pena. La estableció el Código y solo ha variado el monto y la proporción.

El Código señalaba cinco soles por cada día de prisión. El D. Leg. 126 dice que la “pena privativa de la libertad puede ser compensada con una cantidad equivalente a la parte proporcional correspondiente al sueldo mínimo vital mensual” de Lima y Callao vigente en la fecha de la comisión de la infracción.

Esta parte proporcional la señala el Juez en la sentencia y puede hacerlo sin que medie pedido de parte, como ocurre en la condena condicional.

En los procesos por faltas se dan los principios de la Inmediación, Publicidad y Contradictorio, aunque imperan ciertas restricciones derivadas de su propia naturaleza.

La única diligencia es el comparendo, en donde el juez examina al inculpado, agraviado, testigos y peritos y aprecia documentos que se presenten, así como ordena su reconocimiento.

Para instruir en estos procesos, los Jueces de Paz tienen las atribuciones necesarias como es decretar pruebas, examinar testigos y peritos, actuar confrontaciones, agregar documentos,

Domingo García Rada

examinarlos, reconocer firmas, ordenar exámenes médicos, etc. Es decir todo aquello que considere necesario para esclarecer la verdad. (A.J. 1941, p. 368)

De todo lo actuado en el comparendo se sienta acta pormenorizada y una copia de la misma se elevará a la Corte, si fuere el caso. De todo se forma el cuadernillo y es lo que se remite al Superior, pues el acta consta en el Libro del Juzgado de Paz.

Como notas propias de las Faltas, el art. 383 C.P. señala las siguientes:

- 1° solo se reprimen las consumadas;
- 2° solo responden sus autores;
- 3° no existe la inhabilitación como pena accesoria;
- 4° si se dicta condena condicional, el plazo de prueba es de un año;
- 5° si la falta la comete un subordinado y pudo ser evitada por el principal "empleando la debida diligencia" dice el Código, este último también responde como autor del hecho;
- 6° la acción penal prescribe a los seis meses y la pena al año.

No procede acumular las faltas para que por su monto constituyan delito. La jurisprudencia dice: "Las faltas contra el patrimonio no pueden acumularse para estimar que se trata de la comisión de un delito". (R.J.P. 1955, p. 347)

El D.L. 21895 confiere a los Jueces de Paz diversas atribuciones en la etapa de la investigación judicial. Las hemos estudiado en el Cap. VI y a él nos remitimos.

## **5.— Faltas contra el patrimonio**

El art. 12 del Código señalaba la cuantía de lo que se calificaba de Falta contra el Patrimonio. La jurisprudencia siguiendo al Código, exigía que el hecho fuera extraño a toda grave violencia y hasta por valor de dos mil soles oro. (A.J. 1947, p. 35). Este *quantum* solo se aplicaba al robo, pues tratándose de daños intencionales, siempre constituían delito, aunque fueran leves en su cuantía. (A.J. 1962, p. 168)

Esta cuantía fue subida en leyes posteriores y la última norma la fijó en diez mil soles. (D.L. 21895). Disponía, además, que cada cinco años la Corte Suprema tomando en cuenta el costo de vida, el índice de precios y la devaluación de la moneda, debía reajustarse el monto de lo que constituía falta contra el patrimonio. Mantuvo la exigencia de que se realizara mediante destreza y sin violencia.

El D. Leg. 121 modifica los arts. 384 y 385 del Código Penal y cambia lo que se entiende por Falta. La vincula al sueldo mínimo vital mensual de la provincia de Lima, suprimiendo la referencia a determinada cantidad de dinero.

En adelante para calificar lo que es Falta y su sanción, debemos recurrir al Código Penal.

El art. 386 C.P. señala dos clases de Faltas contra el Patrimonio: la de daño y la de apoderamiento.

La primera es de mínima cuantía. Consiste en el daño causado a una cosa perteneciente a persona ajena. Es el detrimento, perjuicio o menoscabo que sufre una cosa ajena.

El segundo apartado califica falta de mayor gravedad. Lo constituye el apoderamiento ilegítimo de cosa mueble, total o parcialmente ajena, mediante destreza, astucia o abuso de confianza. Apoderarse de una cosa mueble ajena es ponerla bajo su poder, cogerla y, hacerla suya. El medio empleado debe ser sin violencia, usando el engaño o la destreza.

La ley agrega: "siempre que no concurren circunstancias que den gravedad al hecho". Estas circunstancias solamente puede ser la violencia. Por eso la Corte ha dicho: Si fuera robo con violencia así sea de escasa cuantía, constituye delito. (A.J. 1931, p. 96)

La competencia para estos hechos, es diferente. Tratándose de daños corresponde conocer al Juez de Paz No Letrado y la sentencia al Juez de Paz Letrado. La apelación es ante el Instructor.

En el apoderamiento ilegítimo, corresponde instruir al Juez de Paz Letrado y sentenciar al Juez Instructor de Turno. De lo que resuelve puede apelarse ante el Tribunal Correccional. Esta última sentencia constituye cosa juzgada, pues no procede recurso de nulidad.



## 6. — Faltas contra el cuerpo y la salud

Son aquellas lesiones que afectan a la integridad física de la persona y aunque no revisten gravedad, sin embargo producen incapacidad para el trabajo y requieren asistencia médica.

Para determinar cuándo una lesión constituye falta y cuándo delito, es el número de días de incapacidad para el trabajo y en los cuales es necesaria la atención médica. El único medio legal de acreditar tal hecho es el certificado médico que señale la gravedad o levedad de la lesión y los días de incapacidad para el trabajo.

El art. 12 del Código ha sido reemplazado por el art. 384 del Código Penal modificado por el D. Leg. 121.

En su nueva redacción, el art. 384 establece diferencia entre las lesiones leves:

- a) “El que se entregare a vías de hecho contra otro, sin causarle daño corporal ni afectar su salud” será reprimido con multa de la renta de dos a treinta días, dice en su primer apartado.

Debemos entender que cuando la ley dice “vías de hecho” se refiere a maltratos o golpes que pueden producir resentimiento doloroso —vg. un puntapié, una cachetada, etc.—, pero no dejan huella que permita señalar incapacidad o lesión física.

El concepto de **Levedad** a que se refiere este primer apartado, está calificado por la Corte: “Para calificar una lesión de leve, no es suficiente que se denomine leve, sino que no cause daño corporal ni incapacidad para el trabajo”. (R.T. 1935, p. 394)

- b) En el segundo apartado se impone la multa de la renta de diez o sesenta días o prisión no mayor de seis meses “cuando el agente causa un daño en el cuerpo o la salud que requiere asistencia facultativa o produzca impedimento para el trabajo hasta por diez días”.

Se sanciona el hecho producido con dolo y cuya consecuencia es una lesión que afecta a la anatomía o a la fisiología de la persona. El examen médico establecerá su gravedad y si fuere falta, la sanción puede ser multa o prisión, a criterio del juez.

También aquí la ley señala como requisito: “siempre que no concurran circunstancias que den gravedad al hecho”. Si éstas se presentan, aunque la lesión sea leve, constituye delito.

La jurisprudencia ha establecido que son faltas toda lesión que produzca impedimento para el trabajo y requiera asistencia médica por ocho días. (R.T. 1940, p. 478). Actualmente la ley señala hasta diez días.

- c) En su tercer apartado, se sanciona la negligencia con multa de la renta de diez a treinta días o prisión no mayor de tres meses, cuando se causa daño en el cuerpo o la salud que requiera asistencia facultativa o produzca impedimento para el trabajo hasta por quince días. Si fueren más días, constituye el delito previsto en el art. 168.

Como requisito, la ley agrega “siempre que no se haya infringido un deber impuesto por su función, su profesión o su industria”.

En todos estos casos, la lesión solamente se acredita con el certificado médico legal, el cual debe precisar los días requeridos de asistencia médica y la incapacidad para el trabajo. Es el único medio que la ley establece para acreditar si la lesión sufrida constituye delito o es falta.

Si bien es cierto que la agresión física – vías de hecho dice la ley – no causa lesión física, es necesario sancionarlo por cuanto significa atentado contra la persona, cuya integridad protege la ley. Por su levedad corresponde instruir al Juez de Paz No Letrado y sentenciar al Juez de Paz Letrado, pudiendo apelarse ante el Juez Instructor de Turno.

Las lesiones leves que constituyen faltas, sean dolosas o por negligencia, competen conocer al Juez de Paz Letrado y la sentencia al Juez Instructor, pudiendo ser apeladas ante el Tribunal Correccional, no procediendo el recurso de nulidad. Para la Corte “Toda lesión leve, sea causada en riña o por negligencia, es falta”. (R.T. 1945, p. 49)

## 7. – La fuga del reo

Cuando un condenado fugare del establecimiento penal donde cumple condena, el Director realizará una investigación

Domingo García Rada

para establecer si ha existido negligencia, omisión o culpa y en este último caso, establecer quién es el responsable. La remitirá al Juzgado de Instrucción de Turno para que abra instrucción, si lo cree oportuno (art. 323).

Igual proceder observará si la fuga la realizara un procesado (art. 93).

Cuando los detenidos se amotinaren, el Director practicará análoga investigación para determinar las causas y señalar a los instigadores o autores.

En ambos casos, el Juez Instructor de turno si considera que existe delito, abrirá instrucción, bien sea contra los sindicados como autores o solamente contra los presuntos responsables. En la fuga será de aplicación el art. 331 del C. P. y en el motín el 336 del mismo cuerpo de leyes.

El Director del penal será el denunciante para los efectos legales y en esta condición, deberá ratificarse en el contenido de su denuncia, con lo cual concluye su intervención.

Lo anterior es lo que dispone el Código y por eso lo señalamos como pauta a seguir. Pero debemos agregar que en nuestro concepto, la situación es diferente. El art. 11 de la Ley Orgánica establece que el Ministerio Público es el titular de la acción penal. En consecuencia consideramos que en la actualidad tanto en caso de fuga de reos como de motín, la denuncia del Director del Establecimiento penal debe ser dirigida al Fiscal Provincial en lo penal que corresponda.

## CAPÍTULO XXXV

*1. – Ausencia y Contumacia. 2. – La instrucción de los reos ausentes y contumaces. 3. – Atribuciones del Defensor.*

### **1. – Ausencia y Contumacia**

El Código vigente tiene dos Títulos referentes a los ausentes: uno en la etapa de la instrucción y otro en la del juzgamiento. También se ha incorporado a nuestro ordenamiento procesal penal la figura del Contumaz, que el Dr. Zavala Loayza consideraba en su Ante-Proyecto de Código, no siendo admitido por la Comisión Revisora.

Gramaticalmente Ausente es la persona de quien se ignora si vive o dónde está. En su “Diccionario de la Legislación Peruana”, García Calderón considera ausente al que se halla fuera del lugar ordinario de su domicilio.

Desde el punto de vista jurídico, ausente no solo es la persona cuyo paradero se desconoce, sino además que esta separación ocurre en el momento que ha sido requerida judicialmente. Es el apartamiento del lugar habitual de su residencia, cuando es necesaria su presencia para atender una citación del juzgado de instrucción.

Para que exista ausencia desde el punto de vista procesal, se requiere que la ignorancia de su domicilio coincida con la notificación del juzgado.

Contumacia es la rebeldía al llamamiento judicial, es la negativa a comparecer en juicio.

Contumaz es el procesado que no concurre al juzgado a absolver los cargos que se le formulan en una instrucción. Para que pueda darse la contumacia es necesario que exista una instrucción iniciada en mérito de una imputación delictuosa y que el inculpado esté enterado de estar sometido a procesamiento, a pesar de lo cual desobedeciendo los mandatos judiciales, no concurre al juzgado (Boletín C.S. 1972, p. 115).

Estos dos institutos presentan analogía y diferencias.

El ausente desconoce que ha sido denunciado y en la instrucción que se le sigue, no existen pruebas de que conozca su estado de procesamiento. No concurre al juzgado porque ignora que ha sido citado por la justicia penal.

En cambio el contumaz sabe que está encausado, pues en autos aparece la notificación cuya esquela recibió y firmó, o concurrió al juzgado a declarar o corre en autos algún escrito suyo; es decir es inobjetable que conoce el hallarse enjuiciado. El ausente no contesta los cargos de la denuncia porque los ignora; el contumaz es rebelde a la citación y no asiste al Juzgado porque no quiere. En el uno hay ignorancia, en el otro rebeldía.

Como notas comunes, encontramos que en ambos procesos se da la ausencia física del encausado, aunque por diferentes motivos. Bajo sanción de nulidad, debe nombrársele defensor por el Juzgado, excepto que ellos o sus familiares lo designaren. El abogado que los patrocine tiene atribuciones más amplias que el de reos presentes y, en ambos casos, es necesaria su presencia en la audiencia, pues de no concurrir, es nula (R.T., 1931, p. 2491, Rev. Foro 1933, p. 119).

## **2. — La instrucción de los reos ausentes y contumaces**

### **a) Instrucción del ausente**

Cuando el juez dicta el auto apertorio contra determinada persona a quien se acusa de delito, dispone su comparecencia o su detención provisional. Si pese a las averiguaciones de la policía, el reo no es habido, el juzgado debe declararlo ausente, dictando orden de captura definitiva y nombrándole defensor de oficio. La detención y el nombramiento son inseparables, pues todo ausente debe tener defensor. Si la familia lo desea, puede escoger a otro letrado a quien encarga la defensa del inculpado ausente. Esta designación prevalece sobre la de oficio.

La ausencia significa ignorar el domicilio del procesado, el lugar exacto de su residencia, en donde pueda ser válidamente notificado (A.J., 1919, p. 7)

Cuando se tiene noticia que vive en determinado país, sin saberse con exactitud en qué ciudad o pueblo, es ausente, puesto que estos datos son insuficientes para librar exhorto.

La ausencia implica ignorar el lugar preciso del domicilio del inculpado. La notificación para que surta sus efectos legales requiere ser hecha en el lugar exacto de la residencia a fin de que le llegue el requerimiento judicial y pueda apersonarse a absolver los cargos que se le formulan. Si no es posible librar exhorto para la notificación por la carencia de los datos sobre su domicilio, no puede ser enviada la citación y por consiguiente, legalmente tal procesado no ha sido requerido y su condición es la de ausente.

Para declarar ausente a un encausado es necesario que se encuentre individualizado, es decir, que el juzgado conozca su nombre completo y de ser posible las demás generales. Si se ignora el nombre, el inculpado no puede ser declarado ausente. Es persona incierta o desconocida (R.J.P. 1963, p. 27).

Además es necesario que se conozca o se suponga que está con vida. Por lo menos que no se presuma su muerte. El juzgado debe tener noticias ciertas de que vive, aunque se ignore dónde se encuentra. Si hubiere alguna circunstancia que hiciera temer con fundamento su muerte, es necesario que previamente se aclare esta posibilidad; solo si quedare desvirtuada, es posible abrir instrucción.

El art. 77 establecía que al recibir la denuncia, el Juez podía abrir instrucción si el hecho denunciado constituía delito y no había prescrito. Cuando el hecho era evidente pero se ignoraba al autor, lo procesal era abrir instrucción contra los que resultaren responsables, pues uno de los fines del proceso era identificar al autor. No se le calificaba de ausente sino se trataba de persona no identificada. La Suprema había dicho: "No puede ser considerado como ausente, quien no ha sido identificado en la instrucción, sino que se encuentra en la condición de persona incierta. No procede pasar a juicio oral". (A.J. 1944, p. 263).

Modificando el art. 77, el D. Legislativo 121 establece que toda denuncia debe señalar el delito cometido y su presunto autor; y el auto apertorio indicar el nombre de la persona contra quien se abre instrucción y el delito a investigar.

Hoy no es procesal abrir instrucción contra los presuntos responsables porque la ley exige que se indique el nombre del inculpado.

Si existe delito pero se ignora al autor, debe reservarse la denuncia hasta que se individualice el nombre del presunto responsable, solo entonces puede ser enviado al Juez.

Distinta situación presenta el agraviado. Si no se logra identificar el nombre de la víctima, la instrucción se seguirá en agravio del desconocido y la sentencia mandará pagar la reparación civil a favor de los herederos de la víctima. El día que ésta sea identificada y sus familiares estén declarados herederos, entonces podrán cobrar lo que manda pagar la sentencia.

La instrucción contra ausentes se sigue conforme al Código, y sin otra diferencia con respecto a la de reo presente, que la de que el ausente debe tener abogado, a quien se notificará de las ocurrencias del Juzgado. El art. 205 señala como obligación la de notificar al defensor del ausente y de su potestad para intervenir en todas las diligencias de la instrucción, y hacer uso de todos los recursos legales.

El defensor es el designado por la familia. Solo si no fuere escogido por los familiares del ausente, entonces el Juzgado le nombrará uno de oficio. Lo que quiere la ley es que el reo ausente cuente siempre con el patrocinio de abogado. "Si la familia señala abogado, esta designación prevalece sobre la del Juzgado". (Rev. Foro 1941, p. 370)

Un caso especial de ausencia, es la del reo presente que por motivos de salud no puede asistir a la audiencia. El D.L. 19962 disponía que el Tribunal se constituyera en el hospital y allí recibiera su declaración. Esta inconveniente norma ha sido derogada.

Hoy ante el problema de la enfermedad del reo, el art. 269, modificado por el D. Leg. 126 es claro: si no puede

concurrir a la audiencia y existen otros acusados, el juicio oral continúa con asistencia del defensor. Concluida la audiencia sin que el reo enfermo se haya incorporado, la sentencia puede comprenderlo si fuere absolutoria y mandará reservar el proceso en el caso de condenatoria. Siempre y en todo caso impera el principio constitucional que prohíbe la condena de los ausentes.

Mantiene su vigencia la jurisprudencia suprema que decía: “No tiene la condición de ausente, el acusado que no asiste al juicio oral por motivos de salud; se mandará reservar el procedimiento” (R.J.P. 1955).

Tratándose de procesos seguidos contra reos presentes, unos libres y otros en cárcel, y a la audiencia inasiste algún acusado libre, el artículo 321 establece que la sentencia reservará el fallo respecto al inasistente, a quien considera ausente y por lo tanto no puede ser condenado.

Si después de haberse dictado sentencia, se detiene al ausente, en el juzgamiento se observan reglas especiales. Conforme al referido artículo 321 se dará lectura a la instrucción, actas de los debates orales, sentencia y ejecutoria suprema, si la hubiera; luego del examen del acusado, se oirá el informe del Fiscal Superior y la defensa “y se fallará sin más trámite”.

Preguntamos: ¿en esta clase de audiencia pueden leerse las piezas de la instrucción y recibirse declaraciones de testigos y peritos?

Creemos que pueden leerse todas las piezas del expediente, pues la ley expresamente dice “se leerá la instrucción” lo que significa que ésta puede ser leída en su integridad, si lo ordena el Tribunal.

En cambio consideramos que no pueden recibirse declaraciones de testigos ni ordenarse peritajes, pues la ley no lo autoriza. Tampoco el Tribunal puede realizar una inspección ocular, lo que es permitido en una audiencia ordinaria.

Cuando los acusados presentes han sido juzgados, y los ausentes no, es intención de la ley que a estos últimos se les juzgue. En la audiencia se mantiene la inmediatez y el



contradictorio, pero carece de la amplitud que se observa en los demás procesos. Como el Tribunal ha dictado sentencia juzgando a algunos de los acusados por el mismo delito, ya la justicia tiene opinión formada sobre el hecho materia de la instrucción.

La ley 13695 introduce una sustancial modificación en el Código: tratándose de procesos con reos libres y reos en cárcel, si uno de los primeros deja de concurrir a la audiencia, ésta se realizará con los que asisten, considerándose al que no concurre como ausente. Esta ley cambia el procedimiento para la declaratoria de ausencia, limitándola a la realización del acto oral con defensor de quien no asiste. Se justifica por la gran cantidad de procesos cuya audiencia se frustra cuando reos libres dejan de concurrir en forma deliberada para impedir que se dicte sentencia; ellos no sufren perjuicio y prefieren no ser condenados aunque sea a pena compurgada con la detención; en cambio resultan gravemente afectados los detenidos a quienes la inasistencia les priva de dar término al proceso. Con esta ley se permite el juzgamiento conjunto de todos los procesados de una misma instrucción, sean libres o detenidos. Si la sentencia es absolutoria puede comprender a todos, presentes y ausentes. Si es condenatoria, solo a los presentes.

b) Instrucción contra los contumaces

El art. 210 del Código se limitaba a aclarar obligatoriamente la presencia del defensor en el acto oral.

Pero los D.L. 19030 y 19962 le adicionaron varias disposiciones destinadas a permitir el juzgamiento y condena de ausentes y contumaces. Estos agregados, de claro contenido político, permitían condenar a quien ignoraba estar procesado o conociéndolo, no se hallaba presente, desfigurando así la estructura del código. Con el principio constitucional de que nadie puede ser juzgado en ausencia, caducaron tales normas.

El D. Leg. 125 al reglamentar la Ausencia y la Contumacia establece en qué casos procede declarar la contumacia y cuándo se da en la instrucción y cuándo en la etapa del juicio oral. Se vuelve al Código que establece que el ausente puede ser investigado y absuelto pero no condenado.

Puede ser calificado de contumaz:

- 1º quien conociendo su estado de procesamiento, bien por haber declarado ante el Juez o sido válidamente notificado, no asiste a las diligencias de la instrucción, a las cuales ha sido citado;
- 2º quien hallándose en libertad provisional, no concurre a las citaciones del juzgado;
- 3º quien encontrándose detenido en dependencia policial o en la cárcel, fugare para evadir la acción de la justicia penal.

En los tres casos mediante su proceder, el inculpado manifiesta su deseo de no comparecer ante la justicia, de evadir la citación del juzgado, de desobedecer el mandato judicial.

La declaratoria de contumacia implica la orden de detención definitiva y el nombramiento de defensor, si no lo tuviere.

La contumacia puede presentarse en los dos momentos o etapas del proceso penal: en la investigación y en el juzgamiento.

- a) En la etapa de la investigación se presenta la contumacia cuando el inculpado inasiste a los actos de la instrucción.

Es necesario acreditar que la notificación ha sido bien hecha, que el inculpado se ha enterado de la diligencia y sin embargo no ha concurrido.

La contumacia requiere ser declarada judicialmente y como consecuencia decretar la detención definitiva y designarle abogado, si no lo tuviere. Hecho esto, puede continuar adelantando la instrucción sin la presencia del inculpado, pero citando a su defensor.

El emplazamiento es requisito esencial para la declaración de contumacia; no basta carteles ni periódicos, es necesaria la citación personal. (Bol. C. Suprema 1972, p. 51 y 306)

- b) El acusado, con domicilio señalado en autos, es requerido para que concurra al juicio oral. La notificación debe ser hecha bajo apercibimiento de ser declarado contumaz y de ordenarse su captura si estuviere libre o revocarse su libertad provisional, si gozare de ella.

Si no concurre, el Juzgado puede señalar nueva fecha. Si fueren varios acusados, unos detenidos y otros en libertad, la audiencia puede realizarse con los que concurren procediéndose conforme al art. 321. Si persiste en su inasistencia, será considerado como reo ausente y se reservará el proceso.

Si fuere detenido o se presentare voluntariamente mientras se está juzgando a sus coimputados, siempre que sea antes de la sentencia, entonces puede incorporarse y se le examinará como a los demás. Si el Fiscal hubiere acusado, después de examinarlo procederá a nueva acusación.

La Corte Suprema ha establecido que: “El contumaz demuestra desobediencia a la justicia y no puede ser condenado condicionalmente; debe ser pena efectiva”. (R.J.P. 1972, p. 503)

En el caso de enfermedad del acusado, pero pudiendo ser interrogado, el Tribunal puede constituirse en el lugar donde se encuentre, sea clínica o su casa, para examinarlo en presencia de su defensor y del Fiscal y con conocimiento pero no la presencia de los coimputados ni de sus defensores.

Creemos inconveniente esta facultad. Aunque la ley ponga como exigencia que el acusado se encuentre “en condiciones de ser interrogado” sin embargo es una diligencia de poco o ningún valor probatorio. La declaración prestada por enfermo no puede tener más valor que aquella rendida cuando estaba sano. Si existen discrepancias entre una y otra, el Juez tendrá que darle mayor valor a la rendida en el Juzgado cuando el estado de salud del inculcado era bueno. Además no puede ser confrontado con testigos y los otros coimputados. Esta declaración es de muy escaso valor para sustentar una sentencia condenatoria.

### **3. — Atribuciones del Defensor**

El reo presente —mayor de edad y alfabeto— puede renunciar a la asistencia del letrado durante el período de la investigación, siendo obligatorio este auxilio legal para el juicio oral. El reo ausente o contumaz debe tener defensor en todo el proceso bajo sanción de nulidad de las diligencias actuadas sin él.

Si no hubiera incompatibilidad, un mismo defensor puede asumir el patrocinio de los procesados ausentes y contumaces,

juntamente con la de los presentes. Pero con frecuencia se presenta oposición entre estas defensas, porque quienes concurren ante la justicia procurarán descargar toda la responsabilidad sobre los inasistentes, lo cual obligará al juez o tribunal a nombrar abogado para cada procesado o grupos de procesados (R.T., 193, p. 271). También puede nombrarse un defensor para todos los ausentes, si no hubiere incompatibilidad (A.J., 1921, p. 216).

Como notas propias de esta defensa tenemos:

- a) La asistencia de letrado es obligatoria, tanto en el período investigador como en el decisorio.
- b) Las atribuciones de los abogados de reos presentes son de mero auxilio, asesoran al procesado frente a la imputación formulada. No son apoderados, no los reemplazan ni hacen sus veces.

En cambio las facultades del defensor del ausente son amplias. El art. 205 lo autoriza a intervenir en las diligencias del proceso y hacer uso de los recursos de ley. Se entiende que comprende el empleo de todo aquello que favorezca a su defendido: deducir excepciones, cuestiones previas o prejudiciales, ofrecer pruebas, intervenir en su actuación, participar en el debate contradictorio motivado por la entrega del dictamen pericial asistido del perito de parte, participar en la inspección ocular y reconstrucción e interponer todas las impugnaciones que la ley permite (R.J.P., 1945, p. 41).

Hasta 1970 la jurisprudencia era uniforme en el sentido de conceder amplitud al defensor para que interpusiera excepciones y que pudiera apelar de la resolución. (A.J., 1944, p. 278; R.J.P., 1945, p. 41).

Pero en abril de 1970, la Suprema expidió una resolución que constituye un peligroso precedente: "El defensor del ausente no está facultado para deducir excepciones o cuestiones prejudiciales". (R.J.P., 1970, p. 619, reproducido en el Boletín C.S., 1972, p. 171). Los fundamentos de esta ejecutoria residen en que la ley procesal concede a estos defensores el uso de los recursos legales pero "las excepciones y las cuestiones prejudiciales constituyen un medio de defensa para negarse a contestar la demanda

o para amparar un derecho” y no estando presente el inculpado, su defensor “no está facultado para oponer a la acción penal los obstáculos procesales indicados”.

Estos argumentos no tienen solidez. Cuando la ley permite el procesamiento de quien por no hallarse presente, no ha sido oído ni vencido en juicio, lo hace partiendo del supuesto que el defensor tiene todos los elementos necesarios para hacer una defensa completa sin que requiera de la presencia física de sus patrocinados; si se exige la firma del mismo para plantear los medios de defensa, se pediría un requisito imposible de cumplir. Limitar la defensa a los recursos legales, es prohibirle todo aquello que constituya medio oportuno e importante como es la excepción. Sería ilusorio el derecho de los ausentes, que ignoran el procesamiento. Con esta orientación jurisprudencial, la defensa del ausente queda recortada y carece de la plenitud de garantías que es lo que justifica y explica el juzgamiento en las situaciones de inasistencia o ignorancia.

- c) El Código se ocupa de la Ausencia, pero ignora la Contumacia. Solo el D. Leg. 125 regula y diferencia ambas situaciones.

El art. 3º declara en qué casos es procedente la declaración de Contumacia y señala que puede presentarse en la etapa investigatoria y en el juzgamiento.

Ausencia y Contumacia tienen semejanzas y las atribuciones del defensor son iguales y en ambos casos tiene la obligación de estar presente en las diligencias de la instrucción y puede hacer uso de los recursos de ley en defensa de su patrocinado.

En la etapa del juzgamiento, estos abogados – al igual que los de reos presentes – deberán concurrir a la audiencia y hacer la defensa oral de sus patrocinados, presentando las conclusiones escritas que se exigen a los de reos presentes. Si no cumplieran con estas prescripciones, la sentencia y el acto oral serán nulos. (R.T., 1944, p. 19 y A.J., 1963, p. 261)

Si el Tribunal Correccional omitiera nombrar defensor de ausente para la audiencia, el acto oral será nulo. Es exigencia de la ley que en el acto oral concurra el defensor del ausente.

Detenido el ausente o contumaz, el juicio oral se lleva a cabo. La ley establece que en este caso se examinará al reo, a los testigos y peritos que voluntariamente concurran y se oirán los informes orales. Por el mérito de la prueba actuada, se expedirá sentencia.

Cuando se trate de acusados ausentes y presentes y anteriormente estos últimos hubieren sido sentenciados, al juzgarse a los inasistentes, en la audiencia se leerá solo el acta de los debates anteriores, se examinará al procesado y después de oír los informes orales, se dictará el fallo (A.J., 1960, p. 154).

El art. 322 autoriza al juzgador que al sentenciar a los reos recién aprehendidos, revise la condena dictada con anterioridad, pudiendo atenuar la pena "si hubiera lugar por los datos nuevos que resulten".

Esta autorización que atenta contra la Cosa Juzgada se explica cuando se trata de una sentencia que resulta injusta a la luz de las nuevas informaciones.

Domingo García Rada

## CAPÍTULO XXXVI

*1. – La Extradición. 2. – Principios en que reposa. 3. – Delitos en los que no procede: políticos, fiscales, militares y de prensa. 4. – Delitos en los que procede la extradición. 5. – Extradición Activa y Pasiva*<sup>39</sup>

### 1. – La Extradición

Extradición es “el acto por el cual un Gobierno entrega a un individuo refugiado en su territorio al Gobierno de otro país, que lo reclama por razón de delito, para que sea juzgado y, si ya fue condenado, para que se ejecute la pena o medida de seguridad impuesta”.

La Extradición es Instituto con caracteres propios. Constituye ejercicio de la actividad jurisdiccional con mediación del Poder Ejecutivo. Requiere la intervención de la autoridad jurisdiccional, pero también es necesario que participe la Administración. El Poder Judicial informa sobre la procedencia de la extradición, pero es el Poder Ejecutivo quien la concede o deniega.

Extradición es la entrega de una persona acusada de delito, que un país hace a otro, a requerimiento de éste, con el fin de que sea juzgado donde fueron cometidos y por el cual se sigue

---

<sup>39</sup> En este capítulo se ha seguido el Tratado de Derecho Penal Español, de J.M. Rodríguez Devesa, 8ª. Edición, Madrid, 1981, Parte General, p. 191-202. Luego los trabajos aparecidos en la “Revue Internationale du Droit Penal”, 1968, N° 3-4.



Domingo García Rada

instrucción. También se puede pedir la extradición de quien ha sido condenado a fin de que cumpla la pena impuesta.

La Extradición obliga al Estado que la obtiene a juzgar al extraditado conforme a las leyes mencionadas cuando se solicitó la extradición.

El que lo reclama tiene la obligación de presentar pruebas de los hechos que se le imputan y de las leyes penales que los sancionan y conforme a los cuales será juzgado.

Por acuerdo de dos Gobiernos, mediante la Extradición opera la remisión de una persona que se encuentra fuera del dominio del Estado requirente, a fin de someterlo a la jurisdicción de este último, para permitirle adelantar la acción penal ya iniciada o proceder a la ejecución de la pena impuesta con anterioridad.

Es acto de asistencia judicial inter-estatal en materia penal, con el objeto de enviar al acusado de delito o condenado por delito, de un Estado a otro, es decir transferirlo de la soberanía del Estado requerido a la del Estado requirente. Rodríguez Devesa lo califica como "acto de auxilio jurisdiccional".

## 2. – Principios en que reposa

### A. Relativos al delito

- a) **Legalidad.** No se admiten otras causas de extradición que las consignadas en la ley. El art. 345 señala que solo procede la extradición en los delitos especificados en la ley de 1888, art. 2º.

La técnica clásica consiste en enumerar los delitos en que procede la extradición. La Convención de Caracas en su art. 2º y el Código Bustamante en el art. 344 siguen esta orientación indicando con exactitud en qué delitos procede la extradición.

Otro sistema se remite a las penas a partir de las cuales procede la extradición; y en las penas menores no procede. El Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo en el art. 21º coloca como requisito que la pena para el presunto responsable sea no menor de dos años y si se trata de condenado, que la pena impuesta sea un año, por lo menos.

Finalmente se establece, como norma que la ley señale los delitos en los que no procede la extradición. El referido Tratado de Montevideo la admite (art. 22º) al disponer que no son susceptibles de extradición los casos de duelo, adulterio, injurias y calumnias y contra el culto. Los delitos conexos con estos delitos, son susceptibles de extradición. En el Perú, el Tratado de Montevideo y el Código Bustamante regulan la Extradición (R.J.P. 1970, p. 119).

- b) **Identidad o doble incriminación.** El hecho que motiva la extradición ha de constituir delito en el país que la solicita y en el país que recibe el pedido de extradición, es decir del Estado requirente y del Estado requerido (A.J. 1916 p. 119; 1928 p. 370, 373 y 387; 1931 p. 291). Procede la extradición si el hecho incriminado es delito en el país requerido. Si no la hay, no procede (A.J., 1965, p. 285). Los dos Estados deben sancionar como delito el hecho que se imputa a la persona cuya extradición se pide. El art. 353 del Código Bustamante coloca la doble incriminación como exigencia para conceder la extradición.
- c) **Especialidad.** El extraditado no puede ser juzgado por delito distinto al que motivó la extradición. El art. 377 del Código Bustamante así lo dispone, agregando “salvo que consienta en ello el Estado requerido”. Rodríguez Devesa dice que este consentimiento debe ser prestado antes de la entrega, para que constituya garantía efectiva pues de lo contrario este precepto podría ser burlado.
- d) **No entrega en determinados delitos.** Examinaremos más adelante los delitos en los que procede y en los que no procede la Extradición.

## B. Relativos al delincuente

Respecto a las personas cuya extradición se solicita impera el principio de **la no entrega del nacional**. El Estado tiene el derecho de sancionar los delitos cometidos por sus nacionales fuera del país así como de los ocurridos en el país. El art. 6º del Código establece que todo nacional que cometiere un delito fuera del país, puede ser juzgado a su regreso al país, si es que no lo fuera en el lugar de su comisión.

El art. 345 del Código Bustamante reconoce este principio de la no entrega del nacional, pero agrega que el Estado que se niega a la entrega, está obligado a juzgarlo.

### C. Relativo a la pena

La concesión de la extradición está condicionada a la no aplicación de la pena capital y si ella fuere la establecida para el delito que se juzga, debe ser cambiada por la que le sigue. Así debe expresarse en la extradición que se conceda. El art. 378 del Código Bustamante establece que en ningún caso se impondrá la pena de muerte.

**Fuentes.—** Como **Fuentes de la Extradición** tenemos los Tratados, que en el Perú son el Código Bustamante y el Tratado de Montevideo, incorporados a nuestro ordenamiento. En su defecto, la Reciprocidad.

La reciprocidad. Es condición previa y nuestro Código la exige en el art. 345. Consiste en que ningún Estado adquiere unilateralmente más obligaciones que los derechos que le son acordados por el otro país. Es el principio del Derecho Romano: *do ut des* (doy para que des).

Esto significa que para extraditar será necesario que el Estado requerido tenga el convencimiento que en caso análogo funcionará la reciprocidad. La seguridad entraña igualdad de tratamiento en los casos de solicitar a un delincuente. Los tratados implican correspondencia de tratamiento. No habiéndolo, los países exigen la reciprocidad como fundamento para acceder a la extradición (A.J., 1911, p. 469; 194, p. 201; 1907, p. 581 y 587)

Este instituto es una expresión de la colaboración internacional en la lucha contra la criminalidad; a fin de colocar al delincuente a disposición del Estado que lo reclama. En realidad constituye un acto de ejecución de una decisión de la justicia extranjera por la justicia local. La autoridad judicial del país requerido autoriza que ese individuo que se encuentra en el país, sea entregado a la justicia de otro país, el recurrente.

La reciprocidad que obliga a los Estados a la ayuda mutua en el campo judicial, exige estabilidad en la legislación, pues la extradición no puede estar sometida a las variaciones de la política penal de un país. Cualquier cambio que se opere en la legislación penal, no debe afectar los acuerdos de extradición.

En cuanto al principio de la No entrega en determinados delitos, desarrollando las ideas del punto d), diremos que es necesario que el hecho incriminado sea delito susceptible de extradición según el tratado vigente con el país requirente; si no hubiere tratado será necesario que el hecho cometido constituya delito en las legislaciones de los países requirente y requerido (A.J., 1916, p. 119; 1928, p. 370, 373 y 387; 1931, p. 291). En el Perú, el Tratado de Montevideo y el Código Bustamante están incorporados a nuestro ordenamiento legal y son los documentos que regulan el Instituto de Extradición (R.J.P., 1970, p. 119).

El Estado requerido al examinar la solicitud de extradición, deberá comprobar el hecho a la luz de su propia legislación. En primer término establecer si el hecho imputado es delito según su propia legislación y siéndolo, si es susceptible de extradición. La calificación del derecho extranjero y del derecho nacional corresponde a la Corte Suprema. La diferencia entre los derechos nacionales constituye un grave obstáculo que dificulta o imposibilita la extradición.

### **3.— Delitos en los que no procede la extradición: políticos, fiscales, militares y de prensa**

Los delitos políticos. La razón por la cual no es procedente la extradición en los delitos políticos, reposa en dos motivos esenciales: el Estado requerido no puede frente al pedido de extradición tomar posición en los conflictos internos del país requirente ni apreciar la gravedad de los hechos políticos considerados como delitos. Por otra parte no es fácil hacer una calificación ético-social del evento como ocurre en los delitos comunes.

Existe unanimidad en el sentido de reconocer que en los delitos políticos y conexos no opera la extradición. Lo establecen la ley 1888 (art. 3º, inc. 2º); la Convención de Caracas (art. IV); el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo (art. 23); y el Código Bustamante en el art. 355.

El Estado requerido califica y si determina que es delito político o conexo, no procede la extradición.

El problema se presenta en los llamados “delitos conexos”, es decir, aquellos hechos en los cuales el evento criminal está estrechamente vinculado al acto político. Se considera que son

tales los destinados a preparar, asegurar, cubrir u oponerse a un acontecer político. Lo que importa es el fin buscado por el autor, siendo necesaria una clara relación de causa a efecto. El Código Bustamante en su art. 357 declara que no es delito político ni hecho conexo el asesinato de un jefe de Estado; "o de cualquier persona que en él ejerza autoridad".

No basta que el delincuente afirme que procedió por motivos políticos. Es necesario que existan hechos que acrediten que el móvil es político, que los actos anteriores se han realizado con esa finalidad y que su proceder ha sido en todo momento de carácter político.

A veces resulta que el Estado requirente busca no tanto sancionar al culpable como detener al adversario. Consideraciones humanas impiden entregar a una persona a un país en donde la justicia funciona obedeciendo a consignas políticas. El Código Bustamante (art. 356) niega la extradición en este caso.

Los acuerdos internacionales distinguen al político del activista político que llega al crimen para lograr su objetivo. Es el caso de los terroristas, los cuales por la forma como proceden, la gravedad del hecho y la extensión de sus efectos, no pueden ser calificados como autores de delitos políticos. No los ampara el asilo pues son susceptibles de extradición.

Los acuerdos internacionales no consideran delito ni conexo, el "asesinato de un Jefe de Estado... o de cualquier persona que en él ejerza autoridad" dice el art. 357 del Código Bustamante.

**Los Delitos Fiscales.** Como norma general los delitos fiscales escapan a la extradición. Carecen de verdadero contenido penal y sus autores no presentan peligrosidad. Además dada la cambiante política fiscal de los países, es frecuente que en poco tiempo deje de ser delito lo que antes se castigaba severamente.

Los derechos fiscales, aduaneros, reglamentos sobre cambio de moneda extranjera, artículos de importación, etc., son el instrumento de que se valen los gobiernos para restablecer la economía de su país. Son medios empleados en la política exterior de un país y se encuentran muy vinculados a la orientación de los gobiernos. Existe la tendencia a crear un verdadero Derecho Penal Fiscal.

Estas normas son esencialmente variables. Cambian las circunstancias y se derogan o establecen prohibiciones según las

exigencias del momento político y económico. En el concierto de naciones vemos que unas son rígidamente controlistas y sancionan con pena de prisión a los infractores; otras tienen criterio más amplio y solamente establecen penas económicas; en algunos el control de cambios es severo y en otros se encuentra atemperado con medidas flexibles; finalmente existen países librecambistas en donde la venta de moneda no es delito.

Cuando ambos Estados tienen análoga legislación controlista, el Estado requerido se limitará a examinar cuidadosamente si los hechos presentados configuran el delito fiscal o no y según esto acceder o denegar el pedido. Cuando existe diferencia en la legislación de ambos países y el Estado requerido encuentra que el hecho imputado no es delito en su legislación nacional o es infracción fiscal –v.g. venta libre de moneda extranjera– tiene que denegar el pedido de extradición (A.J., 1965, p. 285).

**Los Delitos Militares.** Son los cometidos por miembros de la Fuerza Armada, hallándose y con motivo del servicio militar. Responden a situaciones que se presentan en su propia organización y a menudo, carecen de trascendencia social, afectando solamente a la disciplina del cuerpo que se restablece mediante sanciones adecuadas. Son los delitos de orden puramente militar, como es el insulto al superior. En estos casos no se acepta la extradición.

Sin embargo de lo anterior, tenemos el caso de la desertión, que es delito típicamente militar, que en algunos países europeos es susceptible de extradición.

Los llamados Delitos Militares Mixtos son cometidos por miembros de la Fuerza Armada, hallándose o no en servicio, y presentan los caracteres de los delitos comunes. Los comprende el C.J.M. pero también se encuentran legislados en el C.P. Estos delitos por ofrecer los caracteres propios de los ordinarios, son susceptibles de extradición.

**Los Delitos de Prensa.** El delito de prensa, por lo general, tiene carácter político pues presenta los aspectos propios de esta clase de eventos. Aunque su ámbito de acción puede ser amplio, sin embargo su autor carece de peligrosidad y se comete obedeciendo a consideraciones personales o políticas, sin ofrecer los caracteres de los llamados delitos comunes. Por esta razón no son susceptibles de extradición.

#### 4. — Delitos en los que procede la extradición

Como regla general se puede decir que la Extradición procede en todos los delitos comunes. Sin embargo dentro de ellos, existen algunos en que por expresa disposición de la ley, no son susceptibles de extradición.

El Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo (art. 22) excluye de la extradición al duelo, adulterio, injurias y calumnias y contra los cultos. Por su especial naturaleza y escasa repercusión social, se explica esta exclusión.

Dentro de los delitos comunes, la ley excluye a dos grandes grupos y a las faltas. Ellos son:

**Delitos culposos.** No procede en los delitos culposos, porque conforme al art. 345, la extradición en el Perú solo está expedita en los delitos especificados en la ley de 1888, en la cual no figura el delito contra la vida por negligencia (R.J.P., 1969, 982).

**Delitos no graves.** La Convención de Caracas (art. IV inc. a), establece que para que proceda la extradición, el delito debe tener como sanción pena mayor de seis meses. Si la sanción máxima es de seis meses o pecuniaria, no procede la extradición (A.J., 1933, p. 155).

Pero si tiene como sanción mínima la pena de seis meses, está expedita la extradición (A.J., 1929, p. 17).

Si la pena es menor de un año, no procede la extradición, conforme lo dispone el art. 354 del Código Bustamante (R. Foro 1927, p. 396).

Aplicando la regla *Non Curat Praetor* no está expedita la extradición en infracciones de mínima gravedad, como son las Faltas. La Extradición solo puede ser pedida tratándose de delitos, no de faltas.

De más es decir que cuando se acredita que el requerido ya fue juzgado por el delito que es materia de la Extradición, ésta no procede (art. 8º).

#### 5. — Extradición Activa y Pasiva

El Código considera dos posibilidades para la Extradición:



- a) El individuo cometa delito en el Perú y fuga al extranjero. Es la **Extradición Activa**.

El pedido de extradición procede “si de la instrucción resulta suficientemente acreditada la culpabilidad del encausado” (art. 347). El Juez Instructor formará cuaderno aparte y elevará el incidente a la Corte Suprema por intermedio de la Corte Superior, sin que sea necesaria decisión del Tribunal Correccional. La Corte Suprema calificará la procedencia del pedido del Juez y si lo ampara, elevará lo actuado al Ministerio de Relaciones Exteriores para su tramitación.

Los requisitos para la solicitud de extradición en el caso de la Activa, los señala el art. 365 del Código Bustamante. Establece que deben acompañarse la sentencia condenatoria cuando se trata de un condenado y se pide la extradición para que cumpla la pena que le ha sido impuesta. Para los procesados será necesario acompañar el mandato de detención definitiva, junto con las diligencias del proceso “que suministren pruebas o al menos indicios racionales de la culpabilidad”, dice la Ley. En ambos casos — sea condenado o procesado — es necesario enviar la filiación completa para la identificación de quien se pretende extraditar, y copia certificada de las disposiciones legales peruanas, referentes al delito que motiva el pedido de entrega, así como también indicar la pena aplicable en ese caso. Negada la extradición no se puede volver a pedirla por el mismo delito. Mientras se tramita la extradición puede decretarse la prisión preventiva del sujeto a extraditar, la que tendrá una duración máxima de tres meses vencidos los cuales, si no se hubiera resuelto el pedido, será puesto en libertad.

- b) El individuo ha cometido el delito en el extranjero, luego se refugia en el Perú. Es la **Extradición Pasiva**.

En este caso el pedido de Extradición lo presentará el Gobierno extranjero y el Ministerio lo remitirá a la Corte Suprema para que informe sobre su procedencia. El art. 346 dice que la Corte “emitirá su informe sobre la legalidad o ilegalidad de la extradición solicitada”. Devuelto el expediente, el Poder Ejecutivo resolverá si accede o no a la petición.



Domingo García Rada

## CAPÍTULO XXXVII

*1. – La acción de Hábeas Corpus. 2. – El Hábeas Corpus y la acción constitucional. 3. – La Ley 23506 de Hábeas Corpus y Amparo. 4. – Tramitación. 5. – Doctrina que establece la jurisprudencia. 6. – La Acción de Amparo.*

### **1. – La acción de Hábeas Corpus**

El Hábeas Corpus es institución muy antigua, cuyo origen más remoto parece encontrarse en Roma, en el interdicto “De Homine Libero Exhibendo”. Otros autores creen hallarlo en los Fueros Españoles de mediados del siglo XVI, aunque la mayoría de los estudiosos se inclinan por señalar como fecha la de la Carta Magna – año de 1215 – como la de su nacimiento y la de la ley inglesa del Hábeas Corpus de 1679, como la de su concreción y triunfo definitivo.

Aunque con orígenes diversos, es evidente que el Hábeas Corpus resulta vinculado en su inicio, desarrollo y propagación al derecho constitucional inglés. Desde esa época el “Writ of Habeas Corpus” adquiere categoría constitucional y es utilizado para amparar los derechos de las personas ante la autoridad. El Hábeas Corpus empero era solo uno de los medios con que contaba el derecho inglés para la protección de los derechos individuales, pero al ser trasladado a la realidad peruana, pasó a ser la única vía para cautelarlos. Con los años sufrió una nueva transformación al ampliar su radio de acción a los derechos individuales y sociales, conocidos en nuestra tradición constitucional como “garantías”.

## 2. – El Hábeas Corpus y la acción constitucional

El Hábeas Corpus nace en el Perú en la ley antes que en la Constitución. La de 21 de octubre de 1897 tiene como finalidad cautelar la libertad personal contra las detenciones arbitrarias de la autoridad.<sup>40</sup>

Posteriormente la Ley N° 2223 llamada de “Liquidación de Prisiones Preventivas”, amplió el recurso como medio de defender las garantías individuales reguladas por la Constitución de 1860. Ese mismo año de 1916 se dicta la N° 2253 que perfecciona los cauces procesales de la ley de 1897.

Lo reconoce el Código de Procedimientos en Materia Criminal en su art. 342; y la Constitución de 1920 le otorga categoría más alta al incorporarlo en su art. 24, aunque solo referido a la libertad personal, lo que en buena cuenta hizo inaplicable la ley 2223. La Constitución de 1933 en su art. 69 incorpora este instituto y el Código de Procedimientos Penales lo regula en sus arts. 349 a 359. El Decreto-Ley 17803 introduce modificaciones en lo relativo a la tramitación. Finalmente en diciembre de 1982 se dicta la Ley 23506 del Hábeas Corpus y Amparo, que ha derogado los artículos del Código y el D.Ley 17803.

En la denominada Jurisdicción Constitucional debe distinguirse:

- a) **Jurisdicción Constitucional de la Libertad** destinada a la protección de los derechos fundamentales del hombre; y
- b) **Jurisdicción Constitucional Orgánica** destinada al control y equilibrio de los poderes del Estado solucionando los conflictos que se susciten entre ellos; así como lo referente a la constitucionalidad de leyes, decretos y resoluciones.

**Los Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona** están señalados en el Título I de la Constitución del Estado.

---

40 Para un completo estudio del Hábeas Corpus recomendamos la siguiente bibliografía:  
Historia: “Habeas Corpus in the Peruvian Legal System” por el Prof. H.H.A. Cooper, Revista de Derecho y Ciencias Políticas, Lima. 1967.  
Vigencia: “Protección procesal de los derechos fundamentales en la Constitución Peruana de 1979” por el Dr. Domingo García Belaunde, revista “Derecho”. 1981, N° 35.  
Jurisprudencia: “El Habeas Corpus Interpretado” por el Dr. García Belaunde. Lima 1971. Un panorama general en “El Habeas Corpus en el Perú” por el mismo profesor García Belaunde. Lima 1979.

Se reconocen los derechos de la persona y de la familia, a la educación, al trabajo, los derechos políticos, etc.

La Constitución recoge no solamente lo existente en la Constitución de 1933, sino incluye los avances alcanzados con posterioridad, e incorporando los convenios internacionales y regionales sobre Derechos Humanos.

Las garantías constitucionales se resguardan mediante acciones procesales. Estas son:

a) **Hábeas Corpus**

La Constitución introduce una novedad en el ordenamiento legal peruano; el Hábeas Corpus procede contra los excesos de la autoridad y los abusos de los particulares. Cuando un individuo comete un atentado contra la libertad individual, en vez de denunciarlo por este delito y seguir un largo proceso penal, costoso y a veces infructuoso, la Constitución permite interponer un Hábeas Corpus para hacer cesar el abuso y sancionar al autor.

En esta forma la acción protege la libertad de tránsito y la inviolabilidad del domicilio.

Protege contra el hecho dañoso y contra la amenaza. Es decir, no solamente el hacer que ocasiona perjuicio sino también protege a la persona contra quien le promete un daño futuro, que es lo que caracteriza a la amenaza.

Aunque el hecho haya cesado, siempre procede esta acción como medio de sancionar a los autores del abuso y de la arbitrariedad, sin necesidad de recurrir a un dispendioso proceso civil.

En su nueva conformación el Hábeas Corpus constituye un eficiente medio de defensa en la libertad personal.

b) **Amparo**

Esta acción cautela los derechos reconocidos por la Constitución, exceptuando la libertad individual que está protegida por el Hábeas Corpus. Tiene como misión el amparo de estos derechos constitucionales cuando son vulnerados o amenazados por la autoridad o por el particular.

El Amparo protege contra los hechos –de acción o de omisión– que atenten o amenacen los derechos

constitucionales relativos al trabajo, educación, seguridad social, etc. El Amparo no es para pedir prestaciones al Estado, sino para proteger derechos que consagra la Constitución. No hay acción de amparo para solicitar pensión, sino para evitar la violación de derechos que se están gozando.

En nuestro ordenamiento legal existe el Recurso de Amparo referido al campo de la Reforma Agraria, pero constituye defensa del ciudadano frente a expropiaciones no amparadas en la ley. Y que ha sido derogado por la ley 23506, que la asume.

c) **Acción Popular**

La Constitución de 1933 estableció la Acción Popular ante el Poder Judicial por infracción de la Constitución o de la ley. Fue reglamentada en 1962 al dictarse la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La vigente Constitución mantiene la Acción Popular como control de la constitucionalidad y de la legalidad en toda clase de normas de carácter general emanadas del Gobierno Central, Regional, Municipal y personas de Derecho Público Interno como el Banco Reserva, el CONASEV, etc.

d) **Acción de Inconstitucionalidad**

Debe ser interpuesta ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. Su finalidad es demandar la nulidad, parcial o total, de leyes, decretos legislativos, ordenanzas municipales y normas regionales.

Existe una diferencia con la Acción Popular. En ésta la inconstitucionalidad es para normas de carácter infra-legal. En la Acción de Inconstitucionalidad se afecta la ley o normas con rango de ley.

Esta acción solamente puede ser interpuesta por el Presidente de la República, el Fiscal de la Nación, la Corte Suprema, 60 diputados y 20 senadores. Tratándose de ciudadanos requiere la firma de 50,000 ciudadanos.

e) **Contencioso - Administrativo**

En el ordenamiento legal peruano no existe lo Contencioso Administrativo como vía propia. Conforme a la Ley

Orgánica del Poder Judicial procede acción ordinaria contra los actos de la Administración que constituyen despojo.

Debe interponerse contra el Estado y ante el Juez de Primera Instancia de Lima. Es exigencia que previamente se agote la vía administrativa.

El Tribunal Fiscal –que hoy comprende lo relativo a Aduanas– constituye una vía administrativa limitada al campo tributario.

### **3. – La Ley 23506 de Hábeas Corpus y Amparo**

Conforme al art. 295º de la Constitución, procede el ejercicio de la acción de Hábeas Corpus cuando la autoridad o el particular “vulnera o amenaza la libertad individual”.

La detención por la autoridad no debe exceder de 24 horas. Sin orden judicial la autoridad puede detener a cualquier persona hasta por este plazo. Vencido, la detención se convierte en arbitraria y autoriza la interposición de este recurso.

Por excepción, algunas leyes permiten que la detención policial sea por plazo mayor de 24 horas, sin que configure detención arbitraria.

El Decreto Legislativo 46 que reprime el Delito de Terrorismo, en su art. 9º permite la detención preventiva de los presuntos responsables, por término no mayor de 15 días.

La única exigencia es, dentro de las 24 horas de la detención, sea comunicada al Ministerio Público y al Juez, pudiendo este último pedir al inculpado. En este caso, es obligación de la policía ponerlo a disposición de la autoridad judicial.

Cuando el Gobierno decreta el Régimen de Excepción autorizado por el art. 231º de la Constitución, que conlleva suspensión de las garantías individuales, no procede el Hábeas Corpus (R.J.P. 1932, p. 85).

Tratándose de excesos en el Gobierno local, es necesario previamente haber agotado la vía administrativa, para que el exceso quede configurado. Si la vía administrativa no ha sido agotada, no procede la acción de Hábeas Corpus (R.T. 1941 p. 178; 1942 p. 424; R.J.P. 1967 p. 92, 611, 741 (2074, 1473).

Domingo García Rada

La Constitución al crear el Ministerio Público como ente autónomo, independiente del Poder Judicial, le confiere importantes atribuciones.

El art. 250° señala cuáles son éstas y en el primer inciso establece como obligación la de promover “de oficio o a petición de parte, la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos ciudadanos y de los intereses públicos tutelados por la ley”.

Esto significa que el Ministerio Público es vía procesal para la defensa de los derechos declarados en la Constitución y es protección de los ciudadanos frente a los excesos de la administración.

Como notas principales de la acción de Hábeas Corpus tenemos:

1. — El Juez debe suplir deficiencias procesales en que incurra la parte enmendando errores.
2. — La resolución final constituye cosa juzgada únicamente si es favorable. Si fuere desestimada, puede reiniciarla más tarde.
3. — Las resoluciones constituyen jurisprudencia obligatoria, siempre que de ella puedan desprenderse principios de aplicación general.
4. — A pesar de lo anterior, el Juez puede apartarse de ella, pero debe precisar “las razones de hecho y de derecho en que se sustenta la nueva resolución” (art. 9°).
5. — La acción procede tanto en caso en que se violen derechos constitucionales, como cuando se amenace el tranquilo disfrute de estos derechos.
6. — No procede esta acción si ha cesado la violación o la amenaza de una violación.
7. — Si el agresor es el Estado, la defensa corre a cargo del Procurador General de la República y si fuere en provincia, se designará a un abogado que se haga cargo de la defensa.
8. — Al concluir el procedimiento y declararse fundada la acción de Hábeas Corpus procede: 1° mandar abrir instrucción contra la autoridad o funcionario responsable; 2° además de la sanción se le destituye; 3° inhabilitado para ejercer función pública hasta 2 años después de cumplida la

condena principal; 4º pagará gastos y costas del juicio; 5º abonará una “indemnización por el daño causado”.

Procede la acción de Hábeas Corpus en los siguientes casos:

- Cuando se atente contra la reserva a que tiene derecho el individuo sobre sus convicciones políticas, religiosas, filosóficas, etc.
- Contra la libertad de conciencia y de creencia.
- A no ser violentado para declarar.
- No ser obligado a reconocer su culpabilidad en proceso penal ni tampoco ser obligado a reconocer culpable a su cónyuge y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
- No ser desterrado, sino por sentencia firme. No es de más decir que el destierro no es pena que considere la ley penal.
- No ser expatriado ni separado del lugar de su residencia, excepto en aplicación de la Ley de Extranjería.
- No ser secuestrado. El secuestro es delito contra la libertad individual (art. 222º C.P.).
- No expulsar al extranjero a quien el Gobierno le ha concedido asilo político, especialmente si existe peligro para su seguridad.
- El libre tránsito por el territorio nacional por nacionales y extranjeros, salvo orden judicial o aplicación de la ley de extranjería o sanidad.
- No ser detenido sino por mandato judicial, escrito y motivado; si la autoridad policial ordena la detención, debe ser puesto a disposición del Juez dentro de las 24 horas.
- No ser detenido por deudas, salvo las provenientes de alimentos.
- No ser privado del pasaporte.
- No ser incomunicado, salvo disposición judicial y en forma y tiempo que autoriza la ley.
- Ser asistido por abogado de su elección.
- Hacer retirar los guardias puestos en su domicilio y no ser seguido por la policía.



Domingo García Rada

- El de ser excarcelado cuando medie mandato judicial.

Todos estos casos tienen como denominador común, la protección de la libertad de la persona humana. El Hábeas Corpus restablece la situación anterior, haciendo cesar la violencia o eliminando la amenaza.

#### **4. – Tramitación**

Puede interponer esta acción la persona perjudicada o cualquier otra en su nombre, la que no requiere de poder que la faculte para hacerlo.

El recurso se presenta en papel corriente y sin acompañar la boleta del litigante. No requiere firma de letrado.

Las formalidades que exigía el Código han sido suprimidas por la Ley 23506. La inobservancia de estas exigencias de forma dio motivo para que muchos recursos de Hábeas Corpus fueran desestimados a pesar de existir detención corporal o violación de derechos constitucionales.

La acción debe interponerse ante el Juez del lugar donde se encuentra el detenido; o el del lugar donde se ejecute la medida; o el del lugar donde se haya dictado la medida restrictiva de la libertad.

Cuando se califica de arbitraria la detención dictada por un Juez, la acción se interpone ante el respectivo Tribunal Correccional quien designará a otro Juez Instructor.

El Juez “decidirá en el término de 24 horas” dice el art. 15º y en el 16º señala que el Juez, en el día dispondrá que “la Autoridad responsable presente al detenido y explique su conducta”.

La tramitación es breve a fin de que la acción interpuesta constituya remedio contra el exceso de poder, estando de por medio la libertad humana.

El Juez, comprobada la detención arbitraria “lo pondrá inmediatamente en libertad, dando cuenta al Tribunal de que depende” (art. 16º).

Cuando no se trata de detención arbitraria, el Juez requerirá a quienes ejecutan la violación o la amenaza para que expliquen “la razón que motivara la agresión” dice el art. 18º.

El Juez resolverá en el término de un día. El mismo día debe ser notificada la resolución para su cumplimiento inmediato.

La resolución que dicte el Juez es apelable y el término para hacerlo es de dos días hábiles.

El Tribunal señalará día y hora para la vista de la causa, citando a los abogados. Entre la citación y la resolución no pueden transcurrir más de cinco días hábiles. Al hablar de días, la ley agrega el adjetivo hábil, lo que significa días aptos para actuar diligencias judiciales, los no feriados.

El plazo para interponer recurso de nulidad es de dos días hábiles y sólo procede contra la sentencia que deniega el Hábeas Corpus. Si el Hábeas Corpus fuera declarado fundado, no procede recurso alguno. Solo cabe impugnar la resolución denegatoria interponiendo recurso de nulidad por ante la Corte Suprema.

La Sala Penal de la Corte Suprema señalará día y hora para la vista de la causa. El plazo desde el ingreso hasta la resolución no debe exceder de 5 días hábiles.

La Ley 23506 no contempla el procedimiento para la sanción del funcionario o particular culpable. Como toda violación de la ley requiere el castigo de quien la trasgrede, creemos que por jurisprudencia debe establecerse que se observará el procedimiento que señalaba el Código.

No está exento de responsabilidad el funcionario que se hubiere limitado a cumplir órdenes superiores. En este caso existen dos responsables: quien ordenó la medida y quien la ejecutó. Si la orden emana de un Ministro, el Tribunal dará cuenta a la Cámara de Diputados (Ley de Responsabilidades de Funcionarios Públicos, art. 358).

Consentida o ejecutoriada la resolución que declara fundado el Hábeas Corpus, el Fiscal Superior instruirá al Fiscal Provincial para que ejercite la acción penal debida, ante el Juzgado de Instrucción (art. 90 L.O.M.P.).

El Juez abrirá instrucción contra el funcionario o la persona culpable de la arbitrariedad y señalará día para la audiencia, citando al Fiscal y al agraviado. Después de oír los descargos correspondientes, impondrá al inculpado la pena de destitución del cargo al cual no podrá volver hasta pasados dos años. Este es un caso de pena tasada no frecuente en nuestro ordenamiento.

Domingo García Rada

Si el hecho reviste gravedad la pena podrá ser prisión no mayor de tres meses.

Si el responsable no es autoridad, no es dable sancionarlo con destitución. En esos casos –creemos– se le impondrá la pena de prisión que no puede exceder de los tres meses referidos.

### **5. – Doctrina que establece la jurisprudencia**

Aunque en el Perú la jurisprudencia no tiene fuerza de ley ni es obligatoria su observancia, es indudable que cuando en forma reiterada y uniforme se producen resoluciones en el mismo sentido, los Jueces tienen fuentes a la que puedan recurrir válidamente para discernir justicia frente al hecho conculcado. En este sentido tales ejecutorias llenan los vacíos que presentan las fuentes legales.

Sistematizaremos las resoluciones del Tribunal Supremo para reseñar la doctrina que establece:

#### **En cuanto a su naturaleza:**

El Hábeas Corpus es remedio inmediato para que cese la violación de alguna garantía que consagra la Constitución, R.J.P., 1972, p. 1169.

Denegado el recurso, no procede iniciar juicio contradictorio para dejar sin efecto la resolución del tribunal. *El Peruano*, 23 de octubre de 1942.

Tampoco procede pedir daños y perjuicios, R.T., 1941, p. 300.

La acción de Hábeas Corpus no tiene como finalidad la inconstitucionalidad de un Decreto Supremo, R.J.P., 1961, p. 224.

No es conforme a su naturaleza, pedir mediante el ejercicio de esta acción, que quede sin efecto una Resolución Ministerial, R.J.P., 1959, p. 456; 1960, p. 304.

No tiene como objetivo pedir la enmienda de una tramitación administrativa ni tampoco sancionar los excesos que puede cometer un juez, R.J.P., 1961, p. 85. A.J., 1962, p. 170.

#### **En cuanto a la amplitud de esta acción:**

El Hábeas Corpus ampara todas las garantías individuales, Rev. Foro, 1932, p. 171.

**En cuanto a la procedencia:**

Es procedente si el recurrente tiene más de 24 horas sin estar sometido a juicio, A.J., 1915, p. 71.

Si la orden de abandono del territorio nacional se ejecutó sin mandato de juez competente, A.J., 1933, p. 59.

Si quien interpone la acción, no se encuentra sometido a la autoridad ni está procesado por delito, R.J.P., 1950, P. 460.

**En cuanto a su tramitación:**

Es inadmisibles presentarlo directamente ante la Corte Suprema, R.J.P., 1968, págs. 1112, 1234 y 1236.

**En lo referente a requisitos:**

Debe existir detención corporal del recurrente; si no la hay, no procede A.J., 1918, p. 145.

Tratándose de garantías, debe existir la violación de alguna de las contempladas en la Constitución; pero la violación debe ser efectiva y presente, no probable, a ocurrir en el futuro R.J.P. 1970, p. 123.

Si el mismo funcionario que ordenó la detención, es quien dispone la soltura antes del recurso, no hay lugar a Hábeas Corpus A.J., 1910, p. 36 y 107; 1911, p. 337.

Deben encontrarse vigentes las garantías que la Constitución señala; si se encuentran suspendidas, no procede el Hábeas Corpus, R.T., 1932, p. 85.

**Casos en que no procede el ejercicio de esta acción:**

- a) Si el hecho tiene carácter civil o penal y su corrección puede pedirse en recursos presentados en procesos de ese carácter A.J., 1959, p. 191 y 452. 1960, p. 1373. 1968, p. 351 y 233.
- b) Cuando no se ha agotado la vía administrativa R.T., 1941, p. 178. 1942, p. 424. R.J.P., 1967, p. 92, 611, 950, 741, 1207 y 1473. A.J., 1957, p. 165.
- c) Cuando la Municipalidad a quien se imputa el exceso, actúa dentro de sus atribuciones, como es imponiendo sanciones, reglamentando actividades, etc. A.J., 1922, p.

Domingo García Rada

148. R.T., 1941, p. 178. A.J., p. 279. 1965, p. 278 y 280. R.J.P., 1969, p. 1268.

- d) Cuando el Estado ha procedido cumpliendo sus actividades sin excederse en ellas R.J.P., 1959, p. 1388. A.J., 1960, p. 168.
- e) Cuando las Universidades de acuerdo a su ley propia nombra profesores, concede licencias, promueve ascensos, acepta renuncias, etc. R.J.P., 1967, p. 828.
- f) Cuando el recurrente que interpone la acción, se encuentra sometido a la autoridad judicial común o privativa A.J., 1910, p. 366. R.J.P., 1966, p. 1372.
- g) Si está sometido a proceso penal, no procede la acción R.J.P., 1967, p. 1206. 1951, p. 1331. 1960, p. 1373.
- h) Tratándose de impuestos, no procede ejercitar esta acción para dejar sin efecto una acotación, porque la tributación está sometida a ley especial y en ella está señalado el procedimiento adecuado R.J.P., 1963, p. 508.

## 6. — La Acción de Amparo

La Ley 23506 regula dos institutos procesales: la Acción de Hábeas Corpus y la Acción de Amparo.

Con esa denominación esta última es nueva en el ordenamiento procesal peruano.

El Hábeas Corpus aparece en el Perú a fines del siglo XIX con la finalidad de proteger la libertad ambulatoria de la persona. Se amplía para asegurar el pacífico disfrute de las garantías que reconoce la Constitución.

Es norma indiscutida tramitarlo en la vía penal por considerar que como instituto tiene este carácter.

Es el D.L. 17083 quien introduce la diferencia entre la salvaguarda de la libertad personal y la protección de los derechos que la Constitución garantiza. El primero se sigue en la vía penal y el segundo en la vía civil con plazos y tramitación distintas.

Esta diferencia entre uno y otro así como la distinta tramitación recoge la Ley 23506.

La acción debe ser concreta y estar ocurriendo en el momento en que se interpone. Es improcedente si solo hay temor de que ocurra o probabilidad de la violación. (R.J.P. 1970 p. 123)

El Amparo tiene utilidad inmediata; hacer cesar la amenaza o la violación de los derechos de la persona y sancionar al funcionario o al particular que con su actividad dañosa causa perjuicio.

Esta acción protege la inviolabilidad del domicilio; la discriminación racial o religiosa; el ejercicio de cualquier confesión religiosa; la libertad de cátedra, de prensa, de contratación, de creación intelectual, artística, de trabajo, de asociación; la inviolabilidad de los papeles, etc. (art. 24º Ley 23506)

La acción se ejerce ante el Juzgado de Primera Instancia salvo que la violación emane de resolución judicial, en cuyo caso se interpondrá ante la Sala Civil de la Corte Superior.

Si tuviere pruebas suficientes, el Juez de inmediato, puede suspender el acto que causa perjuicio.

Los términos que señala la ley son breves, y siempre se refieren a días hábiles: 3 días para correr traslado y 3 días para resolver.

La apelación debe interponerse dentro de tercero día.

En la Superior, la Sala Civil tiene 20 días para resolver, debiendo notificar a las partes y citar para informe si pidiesen la palabra.

Procede el recurso de nulidad contra la resolución de la Superior. El plazo para interponerlo es de 3 días de pronunciado el fallo.

En la Corte Suprema se sigue el mismo trámite y se observan iguales plazos.

La Acción de Amparo caduca a los sesenta días hábiles de producido el hecho agravante. Vencido, ya no procede interponer Amparo.

En el ejercicio de esta acción, rige el principio de la Taxatividad, es decir, solo procede en los casos señalados en el art. 24º.

Domingo García Rada

## CAPÍTULO XXXVIII

1. – *El Procedimiento Sumario.*
2. – *Notas del juicio sumario.*
3. – *Delitos cuya investigación corresponde a la vía sumaria.*
4. – *El Juzgamiento.*
5. – *Situaciones especiales.*

### 1. – El Procedimiento Sumario

La congestión de los procesos en los Tribunales Correccionales ha determinado diversas medidas legales destinadas a ponerle término. Una de éstas es la creación del **procedimiento o juicio sumario**<sup>41</sup>.

Al establecer que el juez que instruye, también sentencie, se ha vuelto al antiguo sistema de los Jueces del Crimen existentes en el Código de Enjuiciamientos Penales de 1863. La diferencia estriba en que el referido cuerpo de leyes, concedía el **judicium** en todos los delitos, y el procedimiento sumario los otorga solo en las infracciones que en él se mencionan; en los demás delitos se mantiene la diferencia entre el magistrado instructor y el tribunal sentenciador.

Hemos regresado al viejo sistema de la clasificación de los hechos punibles en: crímenes, delitos y contravenciones. O sea delitos graves, delitos menos graves y faltas. Correlativamente se

---

<sup>41</sup> Para ampliar el estudio del procedimiento sumario, véase las Circulares del Presidente de la Corte Suprema que obran en "Anales Judiciales" 1967-68-69, p. 203 y 329; y los trabajos aparecidos en "Revista de Derecho y Ciencias Políticas", año 1969, p. 77; año 1970, p. 67 y año 1971, p. 27. Todo del autor de este Manual (N. del E.: Las circulares han sido incorporadas como Apéndice en esta edición).



Domingo García Rada

establece otros tantos tipos de procesos: el ordinario, el sumario y el de faltas.

Como antecedentes en otras legislaciones, mencionaremos al Código de Instrucción Criminal francés que reserva al Jurado el conocimiento de los crímenes, los delitos a los tribunales de Derecho y las contravenciones o faltas a los jueces de paz. En España se ha creado el Procedimiento de Urgencia para la represión de determinados delitos (ley de 8 de junio de 1957) y en el Perú el Juicio Sumario se establece mediante el Decreto-Ley 17110.

Posteriormente se dicta el D. Leg. 125 que mantiene la estructura original del juicio sumario, pero amplía excesiva e indebidamente el número de delitos sujetos a este procedimiento.

Las leyes que crean procedimientos especiales, responden a la tendencia de clasificar los procesos atendiendo a la gravedad del hecho investigado.

El propósito del D.L. 17110 era aplicar este proceso sumario en la investigación de delitos de escasa gravedad y cuyos presuntos autores no ofrecen peligrosidad.

La intención del D. Leg. 125 es diferente. Persigue acelerar la Administración de la Justicia Penal y en el art. 2º se comprende delitos de diferente gravedad, teniendo en cuenta no tanto al agente como a las necesidades de la prueba. Señala aquellos en los que, por su fácil adquisición, no se presentan dificultades probatorias.

Es el caso del matrimonio ilegal en el cual para acreditar el delito es suficiente acompañar las partidas de los matrimonios civiles realizados.

En otros se destaca la urgencia de restablecer el derecho y satisfacer las necesidades de la víctima. Tales son los accidentes automovilísticos en que la prueba consiste en la inspección ocular, examen de vehículos y gravedad de las lesiones. La sentencia en breve término restablece el equilibrio social alterado con el delito. El autor no presenta peligrosidad y lo que se sanciona es su negligencia, impericia o imprudencia.

En los delitos contra el patrimonio señala el hurto, apropiación ilícita, encubrimiento, estafa y defraudación, extorsión, usurpación y daños, pero elimina el robo cometido como afiliado a una banda.

En delitos contra seguridad pública, solamente comprende al incendio por negligencia, dejando de lado el **intencional**.

Es urgente la definición del Juez en los delitos por incumplimiento de los deberes familiares en que la detención dilatada frustra los propósitos de prestar asistencia económica a los menores.

No es propiamente un proceso diferente del ordinario, por cuanto la tramitación es la misma y se mantienen las dos etapas del proceso: investigatoria y decisoria.

Las diferencias principales residen en el plazo y en la jurisdicción. Aquél es de menor duración y el juez tiene la facultad de sentenciar, pudiendo ir en apelación al Tribunal Correccional.

En el sumario se observan las mismas reglas que en el ordinario: Auto de apertura con orden de comparecencia o de detención provisional, instructiva del inculpado, auto de embargo, decretado de oficio o a pedido de parte, libertad provisional del encausado o la incondicional si fuere el caso, etc.

Las excepciones y cuestiones que se deduzcan, se tramitarán conjuntamente con la instrucción y se resolverán en la sentencia. (R.J.P. 1971, p. 516)

Las pruebas son las mismas de que puede hacerse uso en el ordinario y su elección y oportunidad corresponde al Juez. El Fiscal Provincial tiene la carga de la prueba y cumpliendo este mandato de la ley, debe seleccionarlas y ofrecerlas para que el Juez las actúe.

Concluida la investigación, los autos pasan al Fiscal Provincial para que emita el dictamen de ley. Si encuentra responsabilidad, formulará acusación pidiendo pena y reparación civil. Al Juez le corresponde dictar sentencia; si es absolutoria será en privado y solamente la hará notificar; pero si fuere condenatoria, entonces se le dará lectura en acto público, con asistencia del reo, con su defensor y del Ministerio Público.

De la sentencia que dicte el Juez, procede la apelación al Tribunal Correccional, mas no recurso de nulidad por expresa prohibición de la ley.

El art. 5º del D. Leg. 124 autoriza a los condenados en ausencia, a solicitar la anulación del fallo condenatorio y que se emita nuevo pronunciamiento.

Domingo García Rada

La ley dispone que el Juez dejará sin efecto la sentencia dictada contra el reo ausente y ordenará nuevo juzgamiento, pero subsiste la acusación fiscal.

La ley dice que la nueva sentencia no afectará a los reos condenados en presencia. Agrega que si en el nuevo juicio se presenta prueba que modifica la situación jurídica de los anteriormente condenados, entonces como el Juez, que no puede modificar la sentencia antes expedida, elevará los autos al Tribunal Correccional.

En aplicación de lo dispuesto en el art. 322, el Tribunal revisará “la sentencia de los condenados, con el fin de atenuar la pena, si hubiere lugar, por los datos nuevos que resulten” dice la ley.

El D.L. 17110 establece que el Tribunal podrá confirmar el fallo, revocarlo o señalar día y hora para audiencia. Esta disposición ha sido modificada por el D. Leg. 124 que solo considera la resolución de la apelación, sin colocarse en el caso de ver la causa en audiencia pública. Es decir, conforme a ley vigente, el Tribunal Superior solo puede confirmar o revocar la sentencia del Juez.

Para que una denuncia, sea tramitada en el procedimiento sumario, se requiere:

- a) Con relación al hecho denunciado como delito: que se encuentre comprendido dentro de las infracciones mencionadas en el art. 2º del D. Leg. 126. Solo si se trata de alguno de los delitos allí mencionados, es que procede la vía sumaria (R.J.P., 1970, p. 349);
- b) Con relación a su naturaleza: que se trate de infracción considerada como delito en el Código Penal y que su conocimiento corresponda al fuero común;
- c) Que por su gravedad sea delito y no falta;
- d) Con relación al presunto responsable: que se trate de delincuente primario, es decir que no sea reincidente. La ley no se refiere al habitual y queda por establecer si dadas las características de esta nota, debe ser comprendido junto con el reincidente y su juzgamiento corresponder al tribunal superior.

Si falta alguna de estas condiciones, la instrucción corresponderá al Juzgado de Instrucción, con plazo más dilatado, y el juzgamiento al Tribunal Correccional.

## 2. – Notas del juicio sumario

Lo llamaremos así para diferenciarlo del procedimiento común y ordinario regulado en el Código. No contiene instituciones diferentes ni tramitación distinta. Usamos la denominación de Juicio Sumario por razones didácticas y es el nombre que le da el Proyecto.

Dos son las principales diferencias que separan al procedimiento sumario del ordinario. Ellas son: plazo más breve y **judicium** otorgado al Juez.

Existen otras diferencias, pero de menor trascendencia, como es que el Fiscal acusa pidiendo pena y reparación civil, en vez de informar sobre la responsabilidad. Por eso la Corte Suprema tratándose de la excusa, ha declarado que se rige “por las mismas reglas que en el proceso ordinario” (R.J.P., 1972, p. 1415).

Examinemos a continuación este procedimiento que es nuevo en el ordenamiento procesal.

La jurisprudencia ha establecido que aunque falten diligencias importantes, la instrucción debe ser elevada al Tribunal. Preguntamos ¿si fuere insuficiente el plazo ordinario y la prórroga?

La investigación de la verdad como fin del proceso prevalece sobre el vencimiento del término. No puede quedar impune un delito porque el plazo de instrucción ha vencido. La jurisprudencia señala que al vencimiento del plazo el proceso debe elevarse al Superior y el Tribunal verá si es necesario un mayor plazo o si en el expediente obran elementos de juicio suficientes para formarse opinión exacta acerca del hecho y de su autor. En este último caso conocerá del fondo del asunto; en el primero mandará ampliar el proceso, concediendo plazo adecuado e indicando las diligencias a realizar, sin perjuicio que el Juez por su parte actúe las que considere necesarias.

En cuanto al plazo para la apelación, la ley lo señala en tres días. Es inexplicable que en el procedimiento sumario, en el

cual se investigan y sancionan delitos que no revisten gravedad, el plazo para impugnar sea de tres días y en el juicio ordinario en el cual se ventilan hechos de mayor repercusión social y cuyo autor ofrece peligrosidad, sin embargo este plazo sea de 24 horas. Carece de justificación tal diferencia de términos, pero es explicable por tratarse de una enmienda parcial al Código.

### **3. — Delitos cuya investigación corresponde a la vía sumaria**

El art. 2º de este D. Leg. 124 señala cuáles investigaciones de delito se realizan por el procedimiento sumario. Agrupa estas formas delictivas según el bien jurídico tutelado.

#### **1. Contra la vida, el cuerpo y la salud.**

- a) El homicidio de la madre cometido bajo la influencia del estado puerperal; el homicidio por negligencia; y la instigación al suicidio por móvil egoísta.
- b) El aborto realizado por la mujer; por otro con consentimiento de la mujer o sin él; por los médicos, obstetrices y demás personas que ejercen profesiones sanitarias, y el aborto cometido con violencia, sin propósito de delictivo, pero constándole el embarazo o siendo notorio el estado.
- c) Las lesiones intencionales, no graves, que el Código denomina: “daño en el cuerpo o en la salud”.  
Las preterintencionales, es decir, aquellas cuyo resultado excede a la intención del actor; las causadas por negligencia, imprudencia o impericia, si es que por su gravedad constituyen delito.
- d) La riña, tanto la intervención con resultado grave, como la participación mediante “concurso de acciones de violencia sobre la víctima” dice el art. 170.
- e) El duelo en las diversas modalidades que contemplan los artículos 171 a 178 C.P., es decir, el batirse propiamente, sea en presencia de padrinos o sin ellos, la provocación a duelo, y quienes conciertan un duelo a muerte.
- f) Los casos de exposición a peligro o abandono de personas en peligro. La exposición debe constituir peligro

de muerte o daño inminente para la persona expuesta, así como cuando la persona que lo comete tiene vinculación u obligación con la víctima.

2. **Contra las buenas costumbres.**

- a) Los delitos contra la libertad sexual en los casos de violación de menor o persona incapaz de resistencia; contra el pudor; la seducción; y cuando como consecuencia del acto se ocasiona grave daño a la salud de la víctima.

En la vía ordinaria se investigan los actos cometidos en agravio de menores puestas en la imposibilidad de resistir (art. 197 C.P.) así como menor de 7 años (art. 199 C.P.)

- b) El delito de corrupción, comprendiendo desde el favorecimiento a la prostitución, –aprovechamiento de las ganancias de una prostituta, entrega de menor con objeto de relaciones sexuales, fabricación o importación de imágenes y objetos obscenos y exhibiciones deshonestas– hasta el exhibicionismo obsceno.

3. En los **delitos contra la familia** se investiga en vía sumaria el de abandono de familia, el matrimonio ilegal, el adulterio, la supresión y alteración del estado civil y la sustracción de menores.

4. Se tramitan en vía sumaria los **delitos contra la libertad**, en su integridad. Es decir contra la libertad de reunión, raptó de mujeres y de niños, violación de domicilio y del secreto de correspondencia.

5. De los **delitos contra el patrimonio**, menciona al robo, apropiación ilícita, encubrimiento, estafa y otras defraudaciones, extorsión, usurpación y daños.

De estos delitos excluye cuando el robo se comete “en calidad de afiliado a una banda”. Este es un agravante contenido en el art. 238. Examinado el art. 238 encontramos que contiene tres agravantes en el delito de robo: la banda, la habitualidad y la peligrosidad. De ellos solo excluye de la vía sumaria a la primera.

Entonces preguntamos: si el denunciado como autor es habitual o presenta condiciones que lo califiquen de

“especialmente peligroso”, ¿se investiga el delito en vía sumaria?

Examinando la ley vemos que en términos generales señala la vía sumaria para investigar el robo “con excepción de que se hubiere cometido en calidad de afiliado a una banda”. Es la única excepción. Esto quiere decir que en los cometidos con los otros agravantes se investiga en vía sumaria.

Se mantiene la vía ordinaria para investigar los delitos “en la quiebra y en las deudas” previstos en los arts. 252-256 C.P.

6. Delitos contra la seguridad pública.

De las varias formas delictivas agrupadas por el bien tutelado de la seguridad pública, solo pueden seguirse por la vía sumaria: el incendio por negligencia, previsto en el art. 262 C.P.

El intencional corresponde a la vía ordinaria.

Tratándose de delitos contra la salud pública, solo se investiga por la vía sumaria, la propagación de “epizootia entre los animales domésticos” y el ejercicio ilegal de la medicina previsto en el art. 280 C.P.

Las otras formas delictivas de este rubro quedan en la vía ordinaria.

7. De los **delitos contra la Tranquilidad Pública** solo pueden ser instruidos en vía sumaria, el escarnecer las convicciones religiosas, la profanación de objetos de culto, o de cadáveres, la de un convoy fúnebre, acto cultural o ceremonia religiosa y la exhumación de cadáveres sin la respectiva autorización.

8. Incluye algunos **delitos contra la voluntad popular**: impedir al ciudadano ejercer su derecho a voto, prometer dádivas a un elector para que sufrague en determinado sentido y el emitir un voto sin derecho a hacerlo, suplantando a un elector o votando más de una vez.

La falsificación, destrucción o desaparecer documentos de un Registro Electoral debe ser investigado en la vía ordinaria, así como el falseamiento del resultado de una elección.

9. En los **delitos contra la Autoridad Pública**, corresponde a la vía sumaria:
  - a) La usurpación de autoridad; y
  - b) La violencia y resistencia a la autoridad; y
  - c) El desacato.
10. Todos los **delitos contra la Administración de Justicia** se tramitan en vía sumaria.
11. En los **delitos contra los deberes de función** se investigan en vía sumaria:
  - a) El abuso de autoridad; y
  - b) La violación del secreto de empleo y de profesión (art. 363, C.P.).
12. Algunos de los **delitos contra la Fe Pública** deben ser tramitados en este procedimiento.
  - a) La falsificación de documentos en general.
  - b) El poner en la circulación como auténtica, moneda ilícitamente fabricada, falsificada o alterada, a sabiendas de su falsedad (art. 372, C.P.).
  - c) El que a sabiendas introduce en el país o conserva cuños, marcas o instrumentos destinados a la falsificación de monedas, billetes de banco, papel sellado, timbres o estampillas (art. 381, C.P.).
13. Se tramitan en vía sumaria las denuncias por **adulteración, especulación y acaparamiento** que antes se sancionaban por tribunales administrativos y hoy por ante el Poder Judicial. Están comprendidos dentro de los delitos económicos y el art. 5º del D. Leg. 125 señala que su tramitación es en la vía sumaria.

#### 4. – El Juzgamiento

En el procedimiento sumario existe separación entre la etapa investigatoria y la decisoria como en el ordinario, con la diferencia que ambas se realizan ante el Juez Instructor.

La investigación concluye en el plazo que señala la ley que es de sesenta días y con ella termina la reserva de la instrucción.



Domingo García Rada

Los autos pasan a conocimiento del Fiscal Provincial, quien tiene el plazo de diez días para emitir el dictamen de ley.

Emitido éste, “los autos se pondrán de manifiesto en la Secretaría del Juzgado por el término de diez días”, dice la ley. Aquí empieza la publicidad del proceso. El expediente puede ser conocido y examinado por los interesados.

La finalidad de esta publicidad es facilitar la presentación de “los informes escritos” por los defensores.

La legislación anterior permitía que en vez de informe escrito, el defensor podía informar oralmente ante el mismo Juez, quien señalaba día y hora para esta audiencia pública. Dentro del espíritu que orienta al procedimiento sumario de acelerar la tramitación del proceso penal, hoy solo se admite el informe escrito y de este modo se elimina el señalamiento de día y hora para el informe oral.

Vencidos los diez días, el Juez tiene el plazo de quince días para dictar sentencia. El juzgamiento no requiere cuestiones de hecho. Posiblemente se considera que el Juez es técnico en derecho – como también lo son los vocales – y no procede como jurado, que es el caso del Tribunal.

Para dictar sentencia, existen dos procedimientos:

- a) Si es condenatoria, la lectura se hace en acto público y en presencia del Fiscal Provincial, del acusado y su defensor y de la parte civil;
- b) Si es absolutoria, solamente se notifica a los interesados, suprimiéndose el acto público.

Esta diferencia es inconveniente, porque al ser citado para la lectura de la sentencia el acusado sabe de antemano que será condenatoria y ante el temor de ir a la cárcel, no asistirá, frustrándose todo el proceso, ya que no puede condenarse en ausencia. Desde el punto de vista procesal, no existe ninguna razón para este diferente trato.

Las apelaciones pueden interponerse en el mismo acto oral o dentro de los tres días posteriores a la notificación. La ley no considera que el reo sea consultado sobre su conformidad con el fallo, como ocurre en el Tribunal Correccional. Tampoco se refiere a reservar el derecho de impugnar. Siendo un procedimiento que se diferencia del ordinario en el plazo más breve, en el **judicium**

que se concede al Juez, etc.; en todo lo que esta ley especial no lo establezca, son de aplicación las normas que regulan el juicio ordinario. En consecuencia, creemos que es procedente consultar al condenado sobre si se conforma o no con la sentencia que acaba de oír. También el reo puede reservar su derecho impugnatorio, cuyo término es de tres días que son los que se conceden para la apelación.

En el Tribunal Correccional es necesaria la vista fiscal. No hay otro trámite. La ley no habla del pedido de palabra por el defensor. Pero aplicando las normas del juicio ordinario y el principio constitucional que nadie puede ser privado del derecho de defensa (art. 233, inc. 9º) creemos que si se pide la palabra, debe citarse al defensor. Si fuere denegado el pedido o se resuelve la causa sin oírlo, existe causal de nulidad (Revista Jurídica 1978, p. 64).

Con lo que resuelve el Tribunal Correccional, concluye el proceso penal sumario, dice la Corte (R.J.P. 1970, p. 359, 730 y 1362)

No procede el recurso de nulidad, por expresa prohibición del art. 9º del D. Leg. 125. Esta disposición también estaba contenida en el D.L. 17110. Sin embargo la Corte Suprema en varias oportunidades ha concedido estos recursos, declarando que ampara el recurso de nulidad porque el proceso presentaba una grave infracción de la ley; en esa virtud conocía de estos procesos, a pesar de que existe un artículo de la ley que lo prohíbe expresamente (R.J.P. 1971, p. 406).

Es peligrosa esta orientación jurisprudencial y es de desear que sea abandonada pues frente a expresa prohibición de la ley, solo procede su acatamiento. La presencia de estos graves motivos no justifica la revisión del proceso por el Tribunal Supremo, pues ello constituye violación de la ley.

## 5.— Situaciones especiales

- a) **Concurso de delitos.** En una investigación seguida por la vía sumaria, pueden descubrirse delitos conexos no comprendidos en la relación del art. 2º. Es el caso del homicidio calificado que siempre debe investigarse en vía sumaria.

El art. 1º del D. Leg. 124 establece que en estos casos el procedimiento más lato arrastra al menos lato. El

principio de la unidad de la investigación exige que ambas instrucciones se sigan conjuntamente y ante el mismo juez. No cambiará el Instructor pero la investigación se llevará a cabo con plazo mayor y el juzgamiento corresponde al Tribunal Correccional. La Corte Suprema ha declarado que respetando la continencia de la causa, se impone la unidad en la investigación y en el juzgamiento (Boletín C. Sup. 1972, p. 220).

- b) **Los incidentes, cuestiones previas, prejudiciales y excepciones.** Se tramitan conjuntamente con la investigación, no en cuaderno aparte como en el ordinario y deben resolverse en la sentencia (R.J.P. 1970, p. 730. 1971, p. 516. 1972, p. 220. 1973, p. 879).
- c) **La Cosa Juzgada.** Originalmente el Decreto-Ley al establecer el procedimiento sumario, disponía que la sentencia del Instructor debía ser elevada en consulta al Superior. Norma posterior, suprimió esta exigencia y solo permite la apelación ante el Tribunal Correccional. Expresamente prohíbe el recurso de nulidad. La consulta constituía garantía de acierto al obligar la revisión por el Superior lo que era necesario en los casos de no existir parte civil y ante el silencio del Ministerio Público. Hoy día en estos procesos sumarios lo resuelto por el Tribunal Correccional produce Cosa Juzgada.

Las sentencias de los jueces pueden ser apeladas, pero contra lo resuelto por el Tribunal Superior no procede impugnación (R.J.P. 1972, p. 872 y 1970, p. 359 y 1362). Tampoco cabe recurso de nulidad contra los autos del juzgado, aprobados por el Tribunal que deniegan la apertura de instrucción; fueron elevados en consulta y al hacerlo el Tribunal absolvió el grado, conforme a ley (Boletín C.S. 1972, p. 166, 307 y 308).

Con posterioridad a estas ejecutorias, la Corte Suprema ha conocido de estos procesos, justificando su intervención en forma excepcional por encontrar que se había producido graves infracciones de la ley. Considera que en ejercicio de la facultad de casación de que está investida, no puede ni debe dejar de conocer un proceso sumario, cuando el Tribunal Correccional ha resuelto cosa distinta de lo que

correspondía, incurriendo en grave infracción de la ley (Boletín C.S. 1972, p. 53 y 117). No puede aceptarse parecer de la Corte Suprema porque el art. 9º del D. Leg. 124 prohíbe expresamente el recurso de nulidad.

- d) **Reincidencia.** El D.L. 17110 crea el procedimiento sumario y establece que en el caso de que el inculpado tenga la condición de reincidente, la investigación debe seguirse por los trámites ordinarios.

El D. Leg. 124 que reemplaza al 17110 como norma propia del proceso sumario, no dice nada sobre la condición del inculpado. Es decir, la intención de la ley es que la reincidencia no determina la vía en la cual se investigue un delito. Tanto los primarios como los habituales y los reincidentes que cometan uno de los delitos señalados en el art. 2º, quedan sometidos a procesamiento en la vía sumaria.

- e) **Ausentes y Contumaces.** En todo proceso penal, se tramite en el procedimiento ordinario o en el sumario, pueden presentarse situaciones en las cuales el inculpado ignore su estado de procesamiento o conociéndolo, asuma actitud de rebeldía frente a la administración de justicia.

Las notas del juicio sumario no se relacionan con la persona sujeta a proceso, sino con el plazo y las facultades del juez instructor.

De lo que resulta que siendo el sumario un procedimiento igual que el ordinario con las excepciones anotadas, las mismas reglas procesales de uno le serán aplicadas al otro, siempre que no se refieran a la extensión del plazo procesal o al juez que sentencia.

- f) **Revocatoria de sentencia absolutoria.** La sentencia que dicte el Juez puede ser absolutoria o condenatoria. El condenado puede apelar y al Tribunal Correccional le corresponde resolver confirmando o revocando.

Tratándose de sentencias absolutorias, solo puede apelar el Fiscal Provincial.

Si el Tribunal considera que existen pruebas suficientes que acreditan el delito y la autoría del procesado, o que las pruebas

Domingo García Rada

no han sido debidamente apreciadas y considera que procede la condena, ¿puede revocar la sentencia y condenar al absuelto?

El art. 3º del Decreto Legislativo 124 que regula el procedimiento sumario, declara que “La instrucción se sujetará a las reglas establecidas para el procedimiento ordinario”.

Es decir, en los procedimientos sumario y ordinario se observarán los mismos principios e igual tramitación: auto apertorio, orden de detención o instructiva, libertad provisional, comparecencia, embargo, testigos, peritos, libertad incondicional, etc. Excepto el plazo, en ambos procedimientos se observan igual tramitación.

En la siguiente etapa, que el Código llama decisoria, se presentan sustanciales diferencias: en el Sumario, el Fiscal Provincial no opina, sino acusa, el Juez dicta sentencia. En el Ordinario el Juez y el Fiscal opinan y al Tribunal Correccional corresponde el fallo.

La apelación es resuelta por Tribunal colegiado de 3 miembros, en un caso, y ante la Sala Penal de cinco miembros de otro.

En el Sumario hay apelación; en el Ordinario es recurso de nulidad.

El Sumario observa dos instancias: primero ante el Instructor y la segunda ante el Tribunal Correccional. En el Ordinario es instancia única. La Suprema no es instancia, pues tiene más atribuciones y funciona como casación.

Es decir, en la etapa investigatoria ambos procesos observan igual tramitación. En la etapa decisoria se presentan diferencias sustanciales.

Siendo segunda instancia el Tribunal Correccional, es procedente que el Juzgador pueda condenar al absuelto, siempre que se observen los derechos que la ley consagra; que el reo sea oído y cuente con defensa. Corresponde al Tribunal Correccional citar día y hora para que se realice la audiencia, conforme al Código y a su conclusión dictar la sentencia que ponga fin al proceso. Allí apreciará las pruebas actuadas en la instrucción y de las que se realicen ante el propio Tribunal.

En conclusión, en el Sumario el Tribunal Correccional observando los trámites que previene el Código, puede condenar a quien ha sido absuelto por el Juez.

Aceptar que si el Tribunal Correccional encuentra responsabilidad en el absuelto, solo puede revocar y disponer que el mismo u otro Juez, expida nueva resolución, sería atentar contra la celeridad y desvirtuar el propósito de la ley.

Domingo García Rada

## CAPÍTULO XXXIX

### EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

*1. – Composición y atribuciones. 2. – La declaratoria de inconstitucionalidad de la ley. 3. – La casación tratándose de resoluciones denegatorias de la acción de Hábeas Corpus.*

#### **1. – Composición y atribuciones**

La Constitución de 1979 en su art. 296 crea el Tribunal de Garantías Constitucionales como órgano de control de la Constitución.

Está compuesto de nueve miembros: tres designados por el Congreso, tres por la Corte Suprema y tres por el Poder Ejecutivo. Deben reunir los mismos requisitos que para ser Vocal de la Corte Suprema y les alcanzan las mismas incompatibilidades. Requieren probada ejecutoria democrática. El período dura seis años y pueden ser reelegidos. No están sujetos a mandato imperativo y no responden por sus votos ni opiniones emitidas en el ejercicio del cargo.

El Tribunal ejerce jurisdicción en toda la República.

#### **2. – La declaratoria de inconstitucionalidad de la ley**

Tiene dos grandes atribuciones: declarar la inconstitucionalidad parcial o total de leyes, decretos legislativos y ordenanzas



Domingo García Rada

municipales que contravengan lo mandado en la Constitución, sea en la forma o en el fondo; y conocer en vía de casación de las resoluciones denegatorias del Hábeas Corpus y del Amparo.

La Constitución en su art. 305° admite la jurisdicción supranacional de los “tribunales u organismos internacionales constituidos según los tratados de los que es parte el Perú”. Estos tribunales son: Corte Inter-Americana de los Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica; y Comisión Internacional de los Derechos Humanos, organismo de las Naciones Unidas, con sede en Ginebra.

Declarada la inconstitucionalidad, el Tribunal comunicará la sentencia al Legislativo para que en mérito de esa Resolución dicte una norma derogando la referida ley. Transcurridos 45 días, si el Legislativo no cumple con la derogatoria, se entiende que la ley queda derogada y se publica la sentencia en el diario oficial. Si la norma declarada inconstitucional tiene origen distinto al Legislativo, será suficiente la publicación de la sentencia para que quede sin efecto.

Puede entablar la acción de inconstitucionalidad el Presidente de la República, la Corte Suprema, el Fiscal de la Nación, 60 diputados, 20 senadores o 50,000 ciudadanos con firmas comprobadas.

La acción no puede ser iniciada de oficio, pues siempre requiere denuncia de parte. El Jurado Nacional de Elecciones deberá acreditar la autenticidad de las firmas de los cincuenta mil ciudadanos.

La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma no tiene efecto retroactivo. Es decir, conserva su validez los actos ejecutados bajo su amparo.

Agotada la jurisdicción interna con el fallo del Tribunal, quien se considere agraviado en su derecho, puede recurrir a la jurisdicción internacional. Es una interesante novedad de la nueva Constitución.

### **3. — La casación tratándose de resoluciones denegatorias de la acción de Hábeas Corpus**

Conocen en vía de casación de las resoluciones denegatorias de la acción de Hábeas Corpus y de la acción de Amparo, agotada que sea la vía judicial.

La Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales N° 23385 califica de “recurso extraordinario” el de Casación interpuesto por la parte o por el Ministerio Público, de las resoluciones que deniegan las acciones de Hábeas Corpus y de Amparo.

El plazo para interponerlo es de 15 días “a partir de la notificación de la resolución denegatoria de la Corte Suprema”.

Interpuesto el recurso, el Presidente de la Sala Suprema lo concederá enviando los autos al Tribunal dentro del plazo máximo de 5 días. Solo puede denegarlo, si fuere interpuesto vencido el término de los quince días. De lo contrario debe limitarse a disponer la remisión de los autos.

El objeto de la casación —dice el art. 43— es examinar si en la expedición de las resoluciones no se ha violado la ley; si la aplicación de la ley es exacta y si se han observado las formas procesales prescritas por la ley, tanto en la tramitación como en la resolución.

El plazo para resolver es diferente. Tratándose de Hábeas Corpus, en que se discute la libertad personal, el Tribunal tiene diez días para expedir resolución. Si fuere Amparo, en que se controvierten los derechos constitucionales, el término es de veinte días.

Las partes no pueden alegar nuevos hechos ni tampoco ofrecer nuevas pruebas, dice el art. 45.

El Tribunal puede pronunciarse:

- a) Declarando que existe violación de la ley, que se trata de falsa o de errónea aplicación de la norma, en que se funda la resolución casada.

En ese caso, al Tribunal corresponde señalar cuál es la norma aplicable del caso.

- b) Declarar que en el procedimiento no se han observado las formas prescritas por la ley, sea en su tramitación o para la expedición del fallo.

En este caso el Tribunal debe indicar cuál es la formalidad no observada.

Expedida la resolución, la causa se devuelve a la Corte Suprema para que emita nueva resolución, con arreglo a lo resuelto por el Tribunal.

Domingo García Rada

Si el Tribunal encuentra conforme lo resuelto, al conocer declara que no ha existido violación de la ley, ni una falsa o errónea aplicación, o que se han observado las normas procesales prescritas para la tramitación de la acción.

Contra lo resuelto por el Tribunal de Garantías Constitucionales no cabe recurso alguno y con la expedición del fallo queda agotada la jurisdicción interna.

**APÉNDICE**  
**Circulares del Presidente de la**  
**Corte Suprema de Justicia (1967-1969)**

**Nota:** *Se reproducen aquí las Circulares y oficios preparados o gestionados por el autor cuando era Presidente de la Corte Suprema de Justicia y que aparecen publicados en los "Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República", años judiciales de 1967-1968-1969, Publicación oficial, tomo LXII, Lima, 1971(p. 71 en adelante).*  
N. del E.

Domingo García Rada

I  
**CIRCULAR SOBRE LA RATIFICACIÓN  
DE LOS ATESTADOS POLICIALES**

Lima, 31 de julio de 1967

CIRCULAR N° 8-67  
Señor Presidente de la  
Corte Superior de

Los Jueces Instructores solicitan la concurrencia de los miembros de la Guardia Civil y de la Policía de Investigaciones con el objeto de que ratifiquen los Partes o atestados que formulan, o intervenido en su confección, como Comisarios o Comandantes de Puesto; para atender tal pedido, dicho personal tiene que efectuar viajes a las sedes de los Juzgados, con abandono de los lugares donde desempeñan sus funciones, aparte del gasto económico que ello implica.

Por este motivo me dirijo a usted a fin de que recomiende a los Jueces Instructores de su Distrito Judicial, para que la ratificación de los atestados policiales se limite a sus autores, excepto que fuese indispensable recibir la declaración de quienes reciban las manifestaciones del atestado, para absolver las preguntas que el Juez considere necesarias.

Dios guarde a Ud.  
DOMINGO GARCÍA RADA  
Presidente

**II**  
**CIRCULAR SOBRE EL LLAMAMIENTO**  
**DE VOCALES SUPLENTE**

Lima, 16 de octubre de 1967.

CIRCULAR N° 11-67  
Señor Presidente de la  
Corte Superior de

La Corte Suprema que me honro en presidir ha observado que con frecuencia, en los casos de licencia, impedimento y aun en discordias, las Cortes Superiores llaman a suplentes para que, reemplazando a los titulares, intervengan en la resolución de las causas.

Tal proceder es irregular. La vigente L.O. del P.J. que norma el funcionamiento de los Tribunales de Justicia, dispone otra cosa.

En efecto, el art. 133 establece la manera de proceder en los casos de impedimento o discordia señalando que se llamará al Vocal menos antiguo de otra Sala o Tribunal y siendo éstas varias, a quién integre la de turno más remoto. En el caso de falta o ausencia, con o sin licencia, el art. 134 dispone que la Sala se complete con el Presidente de la Corte.

La intención del legislador es que cuando existen Vocales expeditos, sean ellos los que intervengan en la resolución de causas. Los suplentes solo pueden ser llamados cuando no hayan Vocales hábiles para completar Salas, conforme lo ordena el art. 164 de la ley citada.

Otra irregularidad que este Supremo Tribunal observa y que se está haciendo costumbre, es la de llamar provisionalmente a los Jueces más antiguos para que ocupen la vacante ocurrida en la Corte Superior, por promoción o fallecimiento del que la servía.

Tampoco es regular este proceder. La Ley Orgánica en su art. 58, inc. 1° al referirse a las vacantes que se presentan en la Corte Suprema, dispone que mientras se cubran por el Congreso, en propiedad o interinamente, sean llenadas provisionalmente por el magistrado más antiguo, de las Cortes Superiores de la República.

En su segundo apartado, ordena que las vacantes que por este motivo se produzcan en Segunda Instancia sean cubiertas en la misma forma, es decir provisionalmente y por antigüedad, por los magistrados de Primera Instancia.

Este es el único caso en que las vacantes de Cortes Superiores, se llenan con magistrados de Primera Instancia. En todos los demás, se aplica la norma general, completándose la Sala con otro Vocal. Solo cuando no existe magistrado expedito es que intervienen los suplentes.

A pesar de estas claras y terminantes disposiciones, sin embargo se ha hecho costumbre llamar a los suplentes para cubrir las inasistencias de los titulares cualquiera que sea el motivo, y tengan o no licencia.

La Sala Plena ha dispuesto me dirija a Ud. haciendo presente a la Corte de su Presidencia, que en los casos de incomparecencia de Vocales, se dé cumplimiento estricto a lo que dispone la L.O. del P.J. en los artículos mencionados.

Dios guarde a Ud.  
DOMINGO GARCÍA RADA  
Presidente



**III**  
**ES IMPROCEDENTE LA REVISIÓN**  
**DE LA MEDIDA DISCIPLINARIA**  
**IMPUESTA POR UNA SALA**

Lima, 8 de mayo de 1967.

CIRCULAR N° 5-67  
Señor Presidente de la  
Corte Superior de

En la revisión interpuesta por el doctor Jorge Arana Cuadra, Juez de Primera Instancia de la Provincia de Chiclayo, de la resolución de la Sala Civil de la Corte Superior de Lambayeque que le impuso la medida disciplinaria de multa, al resolver el incidente de costas, derivado del juicio seguido por doña Luisa Seclén Santiago de Nepo con don Luis Gómez Chávez y otros, sobre retracto, este Supremo Tribunal en sesión de Sala Plena ha resuelto lo siguiente:

“Lima, trece de abril de mil novecientos sesenta y siete. — Vista; la revisión interpuesta por el doctor Jorge Arana Cuadra, Juez de Primera Instancia de la Provincia de Chiclayo, de la resolución de la Sala Civil de la Corte Superior de Lambayeque, que le impuso la medida disciplinaria de multa por un mil soles oro, al resolver el incidente de costas, derivado del juicio seguido por doña Luisa Seclén Santiago de Nepo con dos Luis Gómez Chávez y otros, sobre retracto; de conformidad con lo informado por el señor Eguren Bresani, y estando a lo acordado en sesión de Sala Plena de la fecha, SE RESUELVE: declarar IMPROCEDENTE dicha revisión: dispusieron se ponga este acuerdo en conocimiento de las demás Cortes Superiores de la República, pasándose al efecto la Circular respectiva. — Regístrese, cúmplase y archívese. — GARCÍA RADA, Presidente. — MAGUIÑA. — CHIRINOS. — LENGUA. — PONCE SOBREVILLA. — EGUREN BRESANI. — VIVANCO MUJICA. — ALARCÓN. — PAGADOR BLONDET. — PERAL. — CARRANZA. — VÁSQUEZ DE VELASCO. — PALACIOS. — PORTOCARRERO. — PONCE MENDOZA. — MIÑANO. — Lizandro Tudela Valderrama, Secretario General”.

“Señor: La Sala que conoce de asuntos civiles de la Corte Superior de Lambayeque, integrado por los señores Gálvez Durand, Muñoz Cáceres y Doig Buendía, al resolver un incidente de costas derivado del juicio seguido por doña Luisa Seclén Santiago de Nepo con don Luis Gómez Chávez y otros sobre retracto, impuso al Juez de la causa doctor Jorge Arana Cuadra, por negligencia inexcusable, la medida disciplinaria de multa ascendente a la cantidad de un mil soles oro. Esto dio lugar al recurso de revisión interpuesto por el referido Juez, y habiéndose concedido, se han elevado las copias pertinentes a la Corte Suprema. — De conformidad con lo establecido en el Título VIII de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la responsabilidad judicial puede ser civil, penal o disciplinaria, según el carácter de la infracción. La responsabilidad civil y la penal se hacen efectivas en los casos y en las formas que respectivamente señalan los Códigos de Procedimientos Civiles y Penales. La responsabilidad disciplinaria está regulada por la Ley Orgánica, y tiene lugar en los casos contemplados en el art. 90. El examen de este artículo, en relación con los funcionarios de primera instancia, concordándolo con los artículos siguientes, lleva a las conclusiones que siguen: las medidas disciplinarias de apercibimiento, multa y suspensión pueden aplicarse, administrativamente, por la Corte Suprema y Superiores en Sala Plena, y las de separación y destitución, únicamente, por la Corte Suprema en Sala Plena. De acuerdo con el art. 103 dichas sanciones disciplinarias pueden imponerse, de oficio o a petición de parte, siguiéndose el trámite que allí se establece. Contra la resolución expedida por la Sala Plena de la Corte Superior procede el recurso de revisión ante la Corte Suprema. — Las Salas de las Cortes Superiores, de acuerdo a lo establecido en el art. 137, inc. 12, están facultadas para dictar de oficio, al absolver el grado, las medidas disciplinarias de su competencia; esto es, las de apercibimiento y multa que no requieren obligatoriamente la aprobación de la Sala Plena, sin perjuicio, si lo estima conveniente por su gravedad, de ordenar la apertura de un procedimiento disciplinario que deberá darse cuenta en Sala Plena. — Cuando se trata de una medida disciplinaria dictada de oficio por una Sala no hay recurso de revisión. — El art. 137, inc. 12, citado establece que éstas son de su competencia, y no autoriza recurso alguno. Disposición que guarda armonía con el art. 115, inciso 10, que prescribe que a la Sala Plena de la Corte Suprema le corresponde revisar los acuerdos administrativos de las Cortes Superiores, que por su naturaleza lo requieran. Las sanciones que puedan dictar las Salas al absolver el grado se contraen a situaciones propias del procedimiento en causa determinada. — La concesión del recurso de revisión en estos casos, trastorna el sistema procesal y jerárquico, es inadmisibles que la resolución de una Sala de tres miembros de una Corte Superior sea revisada por la Corte Suprema en pleno. — De otro lado, las Salas de la Corte Suprema, al conocer un recurso de nulidad, pueden de oficio, imponer, alterar o suprimir una medida disciplinaria impuesta por el inferior. — Por las razones expuestas el Vocal informante opina porque se declare IMPROCEDENTE la revisión interpuesta. — Salvo mejor parecer. — Lima, 19 de setiembre de 1966. — (Fdo.) EGUREN BRESANI”.

Lo que le pongo en su conocimiento para los fines a que haya lugar.

Dios guarde a Ud.  
DOMINGO GARCÍA RADA  
Presidente

**IV**  
**INCOMPATIBILIDAD POR RAZÓN DE**  
**PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD ENTRE**  
**VOCALES Y JUECES DEL MISMO DISTRITO**  
**JUDICIAL**

Señor:

La Corte Superior de Arequipa en sesión de Sala Plena de 6 de los corrientes, decidió llamar al doctor Héctor René Rodríguez Cateriano, Juez de Sánchez Cerro, sexto en el Cuadro de Antigüedad, para ocupar provisionalmente la vacante producida en esa Corte por fallecimiento del doctor Juan Guillermo Bedoya, no obstante existir funcionarios de primera instancia del Distrito Judicial con mayor grado de antigüedad.

Para adoptar esta resolución la Corte Superior de Arequipa tuvo en cuenta que no se podía llamar al Juez de Camaná doctor Héctor Luque Gutiérrez, tercero en el Cuadro de Antigüedad, por encontrarse incompatible de conformidad con el artículo 20 de Ley Orgánica del Poder Judicial, por ser primo hermano del doctor Eliseo Fernández Gutiérrez, Agente Fiscal de Condesuyos; y al doctor Eduardo Cáceres Bedoya, quinto en el Cuadro de Antigüedad, por ser primo hermano del Juez de Paz Letrado de Mollendo, doctor Juan Guillermo Bedoya Vera.

El doctor Eduardo Cáceres Bedoya interpuso reconsideración del acuerdo citado y al serle denegado ha acudido a la Corte Suprema en vía de revisión.

Ahora bien, si el doctor Héctor Luque Gutiérrez es primo hermano del doctor Eliseo Fernández, no puede desempeñar una magistratura en la Corte Superior sede del mismo Distrito Judicial por imperativa disposición del art. 20 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que prescribe que hay incompatibilidad por razón de parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado, entre Vocales y Jueces del mismo Distrito Judicial.

La misma regla es aplicable al caso del doctor Eduardo Cáceres Bedoya por tener relación de parentesco en el cuarto grado de consanguinidad con el Juez Letrado de Mollendo doctor Juan Guillermo Bedoya Vera.

La Ley N° 14769 es de naturaleza transitoria y su finalidad fue respetar una situación existente antes de la vigencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Su aplicación está restringida a los funcionarios judiciales que habían obtenido sus nombramientos con anterioridad a la nueva Ley Orgánica en relación a los cargos que ocupaban en ese momento; la promoción de un magistrado constituye un hecho nuevo sometido al régimen general establecido por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por las razones expuestas el Vocal informante es de opinión que debe declararse infundada la revisión, y, en consecuencia, aprobarse el acuerdo en que ella incide.

Salvo mejor parecer.

Lima, 19 de abril de 1967.

ALBERTO EGUREN BRESANI

Lima, once de mayo de mil novecientos sesentisiete.

Vista; la revisión interpuesta por el doctor Eduardo Cáceres Bedoya, Juez Instructor del Cercado de Arequipa, del acuerdo de la Corte Superior de Arequipa que declara estar comprendido dentro de la incompatibilidad para ser llamado a ocupar en forma provisional la Vocalía vacante por fallecimiento del titular doctor Juan Guillermo Bedoya Andía; de conformidad con lo informado por el señor Eguren Bresani y estando a lo acordado en sesión de Sala Plena de la fecha, SE RESUELVE: declarar infundada dicha revisión y, en consecuencia, aprobaron el acuerdo que la motiva. — Regístrese, comuníquese y archívese. — Enmendado: revisión. — Vale.

GARCÍA RADA, Presidente. — Tudela Valderrama, Secretario.

V

**LAS VACANTES QUE OCURRAN EN LAS CORTES  
SUPERIORES POR RAZÓN DE JUBILACIÓN, NO  
DEBEN SER LLENADAS PROVISIONALMENTE  
POR LOS JUECES DEL DISTRITO JUDICIAL**

Señor:

El Presidente de la Corte Superior de Loreto eleva copias certificadas de las partes pertinentes de los acuerdos de Sala Plena de 14 de enero, 18 y 25 de marzo último, en cumplimiento de las revisiones que se han concedido por ese Tribunal Superior.

El del 14 de enero de refiere a la cuestión planteada por el Presidente doctor Noriega Vargas, al formularse los cuadros del servicio de vacaciones. Dicho magistrado expuso que antes de procederse a su confección, era necesario resolver previamente la condición de los Vocales doctores Valdivia Ampuero y García y García, quienes ocupaban cargos provisionales. El primero en la vacante producida por jubilación del Vocal doctor Medina Pinón y el segundo en la del Fiscal doctor Carrión Cachot, también por jubilación.

La Sala Plena, después de debatir el punto, acordó, por mayoría, que dichos magistrados debían regresar a sus respectivos Juzgados, aduciendo para ello que: a) existían Vocales y Fiscales titulares expeditos para formar la Sala de Vacaciones; b) que, consecuentemente, los provisionales no tenían a quien reemplazar; c) que éstos no podían hacer uso de vacaciones permaneciendo en su condición de tales; d) que de prestar servicios en vacaciones, los provisionales, se daría el caso de que los titulares gozarían de vacaciones dos años consecutivos; e) que se perjudicaría al Fisco pagando a los funcionarios provisionales haberes mayores de los que corresponden a los jueces; y f) porque podrían ser llamados el 18 de marzo, de acuerdo con el art. 58 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Los magistrados Colán Secas, Barreda Bedoya y Cevallos Gil, discordando de la resolución en mayoría, sostuvieron que los magistrados Valdivia Ampuero y García y García, continuaran ocupando los cargos que desempeñaban hasta que fueran cubiertas las vacantes, apoyando su tesis en el art. 58 de la referida Ley Orgánica.

Este acuerdo es materia de la revisión interpuesta por los magistrados Barreda Bedoya y Cevallos Gil, a lo que se adhirieron los doctores Valdivia Ampuero y García y García.

Las cuestiones tratadas en los acuerdos subsiguientes del 18 y 25 de marzo, abundan en los mismos fundamentos ya expuestos y en el hecho de no haberse elevado oportunamente la revisión de que se trata y del agregado de los escritos de los doctores Valdivia Ampuero y Barreda Bedoya.

En realidad, tanto los argumentos esgrimidos por los magistrados que han votado en mayoría, como los de minoría, carecen de base legal para la solución del punto que viene en revisión.

Es cosa definida por esta Suprema Corte, de conformidad con lo prescrito por los art. 55-58 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que el llamamiento de los Vocales y Fiscales de las Cortes Superiores más antiguos para cubrir provisionalmente las vacantes de la Corte Suprema de Vocales o Fiscales, mientras sean cubiertas, son llenadas, a su vez, en las Cortes Superiores por los funcionarios de Primera Instancia del Distrito Judicial respectivo, en forma automática y por orden de antigüedad.

En esta virtud, si el Juez ha sido llamado a la Corte Superior con ese motivo, permanece hasta que la vacante que ocupa sea cubierta por el nombramiento respectivo. Empero, parece, y el informante dice, parece, porque de las copias revisadas no aparece explícitamente señalado, si quien reemplazaba al doctor Medina Pinón, fue con motivo de haber sido llamado a esta Corte Suprema. Si ésta fuera la situación, es indudable que quien lo reemplazaba debe permanecer hasta que se provea titularmente el cargo en la Corte Superior. Pero, si se trata, como se infiere del texto de las copias certificadas, que ha sido llamado a raíz de su jubilación, tal llamamiento es ilegal, porque las vacantes que se produzcan en las Cortes Superiores por la razón expuesta, no pueden ser ocupadas provisionalmente, como queda dicho anteriormente, y lo tiene prevenido esta Corte Suprema en Circular acordada.

En cuanto al reemplazante del Fiscal doctor Carrión Cachot, el llamamiento ha sido indebido, ya que este magistrado no ha desempeñado provisionalmente ningún cargo en esta Suprema Corte; la vacancia se ha producido por jubilación para la que la ley no establece ese procedimiento.

El punto relativo a que si el provisional, legalmente ocupante del cargo, debe o no dejarlo en vacaciones, resulta innecesario analizar desde que, como queda dicho, permanece en el Tribunal hasta que se produzca el nombramiento del titular o interino, por consiguiente está obligado a prestar en el Tribunal los servicios ordinarios o de vacaciones; no es posible hacer distingos donde la ley no los hace.

En conclusión, si el doctor Valdivia Ampuero ocupa provisionalmente la Vocalía que servía el doctor Medina Pinón, en el momento que fue llamado a la Suprema, con ese mismo carácter, debe continuar en el cargo hasta que sea provisto en la forma legal correspondiente, aun cuando se haya producido la jubilación de este último en su condición de provisional. Salvo que el doctor Valdivia Ampuero haya sido llamado en el momento en que se produjo la jubilación del precitado doctor Medina Pinón, en cuyo caso, tendría que reintegrarse a su juzgado, por los fundamentos de este informe, mas no por los del acuerdo en revisión.

Que en cuanto al doctor García y García, por haber sido llamado indebidamente a ocupar la vacante dejada por jubilación del doctor Carrión Cachot, es obvio que debe reintegrarse a su Juzgado.

Domingo García Rada

De manera que, esta Suprema Corte, si no fuera de distinto parecer, se servirá declarar FUNDADA en parte la revisión interpuesta, restableciéndose la situación en la forma indicada en la conclusión que antecede.

Lima, 26 de mayo de 1967.

VIVANCO MUJICA

A.A. N° 57/67

E.C.M.

Lima, seis de julio de mil novecientos sesentisiete.

Vista; la revisión interpuesta por los doctores Augusto Barreda Bedoya, Sergio Valdivia Ampuero y Marcos García y García, Fiscal titular, Vocal y Fiscal provisionales de la Corte Superior de Loreto, respectivamente, del acuerdo de ese Tribunal que dispone que los doctores Valdivia Ampuero y García y García vuelvan a sus Juzgados de origen durante el período de las vacaciones judiciales. De conformidad con lo informado por el señor Vivanco Mujica y estando a lo acordado en sesión de Sala Plena de la fecha, SE RESUELVE: declarar fundada en parte dicha revisión; y, en consecuencia, dispusieron que el doctor Valdivia Ampuero continúe en el cargo de Vocal provisional hasta que éste sea provisto en la forma legal correspondiente: salvo que dicho doctor Valdivia haya sido llamado por jubilación del titular doctor Hernán Medina Pinón, en cuyo caso debe reintegrarse a su Juzgado; y que el doctor García y García debe volver a su Juzgado por haber sido llamado indebidamente a ocupar la vacante dejada por jubilación del Fiscal titular doctor Carrión Cachot. — Regístrese, comuníquese y archívese.

GARCÍA RADA, Presidente. — Tudela Valderrama, Secretario.

**VI**  
**CIRCULAR SOBRE LA PERMANENCIA DE**  
**DETENIDOS EN CLÍNICAS PARTICULARES**

Lima, 1º de abril de 1968.

CIRCULAR N° 2-68  
Señor Presidente de la  
Corte Superior de

Esta Corte ha observado que con bastante frecuencia los Jueces Instructores amparan pedidos de inculpados, autorizándolos para que permanezcan detenidos en clínicas particulares.

Como norma general, el Código establece que el procesado contra quien se decreta detención definitiva, ingrese al lugar de reclusión que le corresponda. Si padeciera de dolencia no grave, deberá ser atendido por el médico del penal.

Si a juicio de este facultativo, la enfermedad exigiere asistencia hospitalaria, el Juez deberá ordenar su traslado a la Sala de Presos del establecimiento hospitalario del lugar. Solo en casos extremos, cuando la dolencia demandare tratamiento especializado que no puede ser prestado en los hospitales generales, previa comprobación por los médicos legistas, es que el Juzgado puede autorizar su internamiento en clínica particular, destinada al tratamiento de tales enfermedades.

El permitir en forma indiscriminada que cualquier procesado enfermo, se asista en clínica privada, no solo constituye grave infracción de la ley, sino que además, con burla de la justicia, se dificultan los fines de la investigación y se obliga a que las fuerzas armadas auxiliares distraigan sus efectivos destinándolos a la custodia de quienes deberían estar en la cárcel.

La Sala Plena, en acuerdo del día 28 ha dispuesto me dirija a Ud. para que recuerde a los Jueces Instructores de ese distrito judicial que solo deben permitir a los procesados que se internen en clínicas particulares cuando la dolencia debidamente comprobada, así lo requiera.

Dios guarde a Ud.  
DOMINGO GARCÍA RADA  
Presidente



**VII**  
**CIRCULAR SOBRE EL DELITO DE CONTRABANDO**

Lima, 29 de abril de 1968.

CIRCULAR N° 6-68  
Señor Presidente de la  
Corte Superior de

En la investigación iniciada con motivo de la denuncia formulada en la Cámara de Senadores por el señor Senador Héctor Cornejo Chávez, y, a iniciativa del señor Vocal encargado de la misma, doctor Núñez Valdivia, la Sala Plena en acuerdo de 18 del mes en curso, ha dispuesto me dirija a Ud. para hacerle saber las recomendaciones que esta Suprema Corte formula para alcanzar la más eficiente administración de justicia en el ramo penal, especialmente en los delitos de contrabando.

En primer lugar, los Jueces deben tener presente que en estos delitos, el plazo es más breve, limitándolo a cincuenta días. Dentro de este lapso es indispensable reunir los elementos destinados a establecer la comisión del delito y la persona de su autor. Si por sus recargadas labores y por la complejidad del proceso el instructor no puede llevar a cabo la investigación en forma eficiente, el Tribunal Correccional debe designar Juez ad-hoc para que la instrucción, por delito de contrabando, se concluya dentro del aludido plazo legal y los demás procesos no sufran retardo.

Dadas las repercusiones sociales que presenta esta modalidad delictiva, la Corte considera necesario recomendar a los Tribunales Correccionales un estricto control de la forma como se desarrollan los procesos por contrabando. Para este efecto es necesario que los Jueces Instructores mensualmente remitan al Tribunal una relación de tales procesos, indicando su estado. De esta manera el Superior podrá dictar las medidas pertinentes, tanto administrativas como judiciales, y, si fuere solicitado plazo ampliatorio concederlo prudencialmente, señalando las diligencias que deben practicarse.

Al vencimiento del plazo legal, los jueces indefectiblemente, deben elevar las instrucciones al Correccional, tanto las concluidas como aquéllas en

que sea necesario pedir nuevo término ampliatorio. Por su parte, los Tribunales deberán resolver en breve plazo, los procesos que penden de su conocimiento.

Aparte de esta vigilancia sobre el desenvolvimiento de las instrucciones por estos delitos, es necesario que los Vocales Visitadores al ejercer las funciones que les señala la L.O. del P.J., examinen minuciosamente y preferentemente el estado en que se encuentran, especialmente en lo referente al cumplimiento del plazo, para dictar las disposiciones tendientes a la más pronta administración de justicia.

Deben proceder, en igual forma, los Jueces Visitadores respecto de los procesos de contrabando que, por su cuantía, se tramitan ante los Juzgados de Paz.

Al transmitirle lo acordado por esta Suprema Corte, el Tribunal de su Presidencia se servirá tomar debida nota y dictar las medidas pertinentes, recomendando a los Jueces de ese Distrito Judicial la mayor diligencia y severidad en el cumplimiento de sus atribuciones legales, llevando a cabo las investigaciones en el breve plazo que señala la ley, a fin de establecer la culpabilidad de los responsables pasibles de las sanciones penales correspondientes.

Dios guarde a Ud.  
DOMINGO GARCÍA RADA  
Presidente

## VIII CIRCULAR SOBRE EL DELITO DE CONTRABANDO

Lima, 19 de julio de 1968.

CIRCULAR N° 7-68  
Señor Presidente de la  
Corte Superior de

Por acuerdo de Sala Plena de la Corte Suprema que me honro en presidir, me dirijo a Ud. para hacerle llegar nuestra preocupación por el desarrollo de los procesos por delito de contrabando, figura delictiva nueva en nuestro ordenamiento penal, que requiere especial atención de parte de los jueces.

Al dictar el auto apertorio, los instructores deben tener presente que solo pueden referirse a aquellos hechos que por su cuantía corresponde conocer a los juzgados de instrucción. Para aquéllos cuyo monto no llegue a constituir delito, el instructor remitirá la denuncia a los juzgados de paz, a quienes corresponde instruir; tales procesos llegarán a conocimiento de los jueces instructores para la sentencia respectiva. Tanto los jueces de paz como los de instrucción deberán poner especial diligencia en la pronta tramitación de estas causas pues, por tratarse de faltas, la prescripción opera en más breve plazo. Las normas del procedimiento penal que regulan los procesos por faltas, son de aplicación en estos casos.

Iniciada la instrucción, los jueces deberán reunir la prueba en el plazo de cincuenta días que señala la ley. Si bien es cierto que constituye obligación del juez acreditar la veracidad del hecho incriminado mediante la probanza respectiva, debe recordarse que es conveniente actuar solo aquéllas pruebas que considere pertinentes para los fines del proceso, pues de lo contrario el plazo de los cincuenta días resulta insuficiente. Como excepción y para los casos de mayor complejidad, se puede aceptar pedir término ampliatorio al Tribunal Correccional, quien puede concederlo cuando los fines investigatorios no se hayan alcanzado y solo por lapso igual en su extensión al originario. El juez no debe excederse de los 50 días, quedando al criterio del Tribunal acordar un plazo ampliatorio cuando falten reunir pruebas importantes y el hacerlo es

cuestión de poco tiempo. En este caso los fines superiores de la justicia penal justifican la concesión del ampliatorio.

En el proceso por delito de contrabando, excepto el plazo que es de menor duración que el señalado en el art. 202 del C.P.P., en todo lo demás son de aplicación las normas que regulan el desarrollo de la instrucción. Si bien no procede la libertad provisional, sin embargo cuando el juez y el agente fiscal, en sus informes finales, concuerdan en la inocencia del inculpado, es procedente ordenar la libertad incondicional. Otro caso análogo es el contemplado en el art. 201, pero como ello importa emitir opinión de irresponsabilidad, debe otorgarse solo cuando ésta se encuentra plenamente acredita. Especial cuidado deben poner jueces y tribunales en esta resolución por la repercusión social que reviste el delito de contrabando. Procede otorgarla cuando los elementos reunidos en la instrucción hayan desvanecido los cargos formulados en la denuncia. No es suficiente que la imputación aparezca menos grave. Es necesario que los cargos hayan quedado destruidos por la prueba actuada durante la instrucción.

Tratándose de delitos en agravio del patrimonio del Estado, jueces y tribunales deben cuidar de la reparación del daño causado. Apenas dictada orden de detención definitiva y conforme lo ordena el art. 94, el juzgado deberá decretar embargo sobre bienes del inculpado que sean suficientes para cubrir los daños ocasionados con el delito. El embargo no debe ser levantando sino cuando el Tribunal lo ordene como consecuencia del auto que declara la improcedencia del juicio oral, una excepción fundada o exista sentencia absolutoria.

El monto de la reparación que indefectiblemente se señala en toda sentencia condenatoria, debe estar en relación con el daño inferido. Las especies incautadas pueden servir para este efecto. Si fuesen de fácil deterioro, aplicando las reglas del procedimiento civil, pueden ser enajenadas y su importe depositado a órdenes del juzgado hasta que el Tribunal ordene lo conveniente. En todo caso, solo al finalizar el proceso, el juzgador decidirá sobre su destino. Tratándose de absolucón o de declaratoria de improcedencia, las especies o su importe deberán ser devueltas a su legítimo propietario.

Sírvase Ud. transcribir esta Circular a todos los jueces de su Distrito Judicial para su debido cumplimiento.

Dios guarde a Ud.  
DOMINGO GARCÍA RADA  
Presidente

**IX**  
**CIRCULAR SOBRE EL PAGO DE LOS**  
**DEPÓSITOS JUDICIALES**

Lima, 26 de setiembre de 1968.

CIRCULAR N° 11-68  
Señor Presidente de la  
Corte Superior de

Esta Suprema Corte, en su constante preocupación por la más eficiente administración de justicia, ha dispuesto en acuerdo de Sala Plena de la fecha, me dirija a las Cortes Superiores de todos los Distritos Judiciales de la República, a fin de que recomienden a los Jueces de Primera Instancia, la observancia de las siguientes disposiciones.

Considera, en primer lugar, que el pago de los Depósitos Judiciales expedidos a órdenes de los Jueces en lo civil, requiere ser modificado para evitar demoras al personal del juzgado y gastos injustificados para los litigantes.

Para alcanzar mayor eficiencia y celeridad en las entregas, es necesario que en adelante estas diligencias se sujeten al siguiente procedimiento:

Dictada por el juzgado la orden de pago, el juez debe endosar el certificado indicando el nombre de la persona que debe recibir el depósito; este endoso será firmado por el juez y el secretario respectivo. Si la orden es a favor de una persona jurídica, en el endoso se consignará el nombre de la persona física que en representación de la entidad, debe recibir el depósito.

Cuando el pago es ordenado por juez distinto de aquél a cuya orden se encuentre el certificado, previamente este último endosará el certificado al juez que debe hacer el pago quien, a su vez hará igual cosa con el interesado. Al secretario corresponde entregar el certificado debidamente endosado al interesado, sentando en el expediente el acta respectiva.

Con el certificado endosado a su nombre, el interesado podrá cobrar su importe en el Banco de la Nación, sin otra exigencia que su identificación personal. El depósito judicial debidamente endosado constituye una orden de

pago que puede cobrarla su propietario sin otra exigencia que la identificación personal, como ocurre con los cheques y demás órdenes de pago.

En los casos del pago a cuenta con cargo a un depósito judicial, en vez de que el juez entregue el certificado al interesado, éste deberá recabar un recibo especial en el Banco de la Nación; luego acompañado del secretario del juzgado se apersonará en la oficina respectiva con el recibo y el certificado, que devolverá al secretario. El Banco conservará el recibo que constituye la constancia del pago. Como en el caso del pago total del depósito, también se anotará en autos mediante acta, el pago a cuenta. En esta forma, sea en uno u otro caso, el Banco queda liberado de toda responsabilidad.

Determinados procesos presentan exigencias que conviene destacar. Así en el caso del pago de consignaciones por arrendamiento, conforme al Decreto Supremo de 6 de junio de 1950, en el endoso se dejará constancia que del auto del juzgado aparece haberse acompañado los recibos con los timbres de ley.

Cuando se trata del pago por beneficios sociales, en el endoso debe constar que los beneficiarios están comprendidos en el art. 2º de la Ley N° 8683.

En los casos de apertura de libretas de ahorros, el endoso debe efectuarse a favor del Banco de la Nación para que dé cumplimiento a lo ordenado por el Juzgado.

Observándose estas prescripciones que emanan de la ley, este Supremo Tribunal considera que se agilizará el procedimiento con beneficio de quienes acuden a los juzgados en ejercicio de su derecho.

Otro aspecto que requiere cuidadosa atención, es el relativo a los timbres para las notificaciones judiciales. El juez debe ser diligente en el cumplimiento de esta disposición, debiendo antes de dictar una providencia, verificar que las notificaciones y sus correspondientes timbres, debidamente inutilizados, corren en el expediente.

Muchas nulidades provienen de notificaciones defectuosas que pueden ser corregidas si es que inmediatamente se observan y se pide su enmienda al juzgado. No debe esperarse la apelación para sentar las notificaciones y colocar los timbres, ya que gran parte de los juicios concluyen en Primera Instancia. Tal proceder frustra los propósitos perseguidos al establecer la obligatoriedad del timbre en las notificaciones judiciales.

El Supremo Tribunal estima que el cumplimiento de estas recomendaciones contribuirá a alcanzar una eficiente y rápida administración de justicia.

Dios guarde a Ud.  
DOMINGO GARCÍA RADA  
Presidente

X  
**CIRCULAR SOBRE EL PAGO DE LOS  
DEPÓSITOS JUDICIALES**

Lima, 13 de enero de 1969.

CIRCULAR N° 22-68  
Señor Presidente de la  
Corte Superior de

Con fecha 26 de setiembre de 1968, esta Suprema Corte dictó diversas medidas destinadas a aligerar la mecánica de los depósitos judiciales, para alcanzar mayor rapidez en la administración de justicia.

Sin embargo se ha comprobado que existe deficiencia de las disposiciones sobre los embargos en forma de retención. Esto motiva que me dirija nuevamente a Ud. para recordarle que los embargos sobre los certificados de depósitos judiciales deberán ser anotados directamente en los mismos certificados que obran en los expedientes. No es necesario notificar dichos embargos al Banco de la Nación. Observando estas disposiciones, se alcanza el fin previsto en la ley de asegurar la medida precautoria dictada, sin exigir notificaciones y demás dilaciones que afectan a la rapidez del embargo.

Sírvase Ud. hacer circular esta recomendación a fin de que pueda ser observada por los funcionarios a quienes corresponda.

Dios guarde a Ud.  
DOMINGO GARCÍA RADA  
Presidente

**XI**  
**REGLAMENTO PARA LA RATIFICACIÓN DE LOS**  
**SECRETARIOS DE JUZGADO**

Lima, 10 de diciembre de 1968.

CIRCULAR N° 20-68  
Señor Presidente de la  
Corte Superior de

En el Reglamento formulado por la Corte Superior de Lima para la ratificación de los Secretarios de Juzgado, a que se contrae el Decreto-Ley N° 17113, este Supremo Tribunal, en acuerdo de Sala Plena de 9 de diciembre del año en curso, ha expedido la siguiente resolución:

“Lima, nueve de diciembre de mil novecientos sesentiocho.

VISTO, El Reglamento formulado por la Corte Superior de Lima para la ratificación de los Secretarios de Juzgado a que se contrae el Decreto-Ley número diecisiete mil ciento trece; de conformidad con lo informado por el señor Vivanco Mujica, y, estando a lo acordado en sesión de Sala Plena de la fecha: SE RESUELVE: aprobar dicho Reglamento, con las sugerencias formuladas por el señor Vocal informante, el mismo que regirá en todas las Cortes Superiores de la República, transcribiéndose para tal efecto. — Regístrese, comuníquese y archívese. — GARCÍA RADA, Presidente. — MAGUIÑA. — CHIRINÓS. — LENGUA. — PONCE SOBREVILLA. — EGUREN BRESANI. — VIVANCO MUJICA. — PERAL. — CARRANZA. — PONCE MENDOZA. — ARNILLAS. — NÚÑEZ VALDIVIA. — Ricardo La Hoz Lora, Secretario General”.

“Señor: El Presidente de la Corte Superior de Lima eleva a esta Suprema Corte, para su consideración, el proyecto de Reglamento para la ratificación de los Secretarios de Juzgado a que se contrae el Decreto-Ley N° 17113, aprobado por ese Superior Tribunal en acuerdo de Sala Plena de 26 de noviembre último. Básicamente el Reglamento contiene disposiciones adaptadas del que rige en el Supremo Tribunal para las ratificaciones generales de los magistrados de la República. Salvo las normas que contemplan el caso especial de que tales ratificaciones se van a realizar por primera vez en el campo del secretariado



Domingo García Rada

de los Juzgados. El art. 4º del Reglamento debe desdoblarse en tal forma que la primera parte sea una disposición transitoria, puesto que en lo sucesivo las ratificaciones deberán verificarse en enero, quedando lo demás como texto propio del art. 4º. Por tales razones no hay observaciones que formular, y si la Sala Plena fuera del mismo parecer se servirá aprobarlo; con las sugerencias siguientes: 1.— El art. 5º del citado Decreto-Ley establece que la primera ratificación se hará dentro de los 90 días de su promulgación. Como no se señala fecha precisa, el Reglamento determina en su artículo 4º que se llevarán a cabo a partir del día 12 del presente mes; empero, dado el corto tiempo que hay para preparar las relaciones de los Secretarios, medidas disciplinarias; estudio de los magistrados de cada uno de los casos y otros, sería conveniente ampliar la fecha de su iniciación para la segunda quincena del presente mes, cuyo día lo fijará la propia Corte Superior. — 2.— A fin de que el Reglamento sea uniforme para todos los Distritos Judiciales, sería también, conveniente, que al aprobarse el elevado por la Corte Superior de Lima se disponga que rija para aquéllos.— Salvo más ilustrado parecer.— Lima, 3 de diciembre de 1968.— Fdo. VIVANCO MUJICA”.

Lo que transcribo a Ud. para su conocimiento y fines consiguientes, adjuntando en fs. 3 el Reglamento en referencia.

Dios guarde a Ud.  
DOMINGO GARCÍA RADA  
Presidente

**XII**  
**CIRCULAR SOBRE LA APLICACIÓN DEL DECRETO**  
**LEY N° 17110**

Lima, 23 de diciembre de 1968.

CIRCULAR N° 21-68  
Señor Presidente de la  
Corte Superior de

La Corte Suprema de la República que me honro en presidir, en su constante deseo de lograr que la administración de justicia cumpla su función con oportunidad y eficiencia, ha dispuesto me dirija a Ud. para que haga conocer las recomendaciones que siguen, especialmente necesarias por cuanto acaban de entrar en vigor normas procesales destinadas a activar los procesos penales, las que se encuentran contenidas en el Decreto-Ley N° 17110.

Se establece tramitación sumaria para determinados delitos, al mismo tiempo que se otorga al Juez la facultad de dictar sentencia a su terminación. Ha escogido aquellas infracciones penales de fácil y rápida probanza, razón por la cual pueden ser investigadas en breve plazo, lo que justifica la reducción del plazo ordinario de la instrucción a 90 días. La sentencia por el propio Juez permite una sanción oportuna, rápida y eficaz. La consulta obligada al Tribunal Correccional garantiza el acierto del sentenciador.

En cuanto a la probanza, dada la clase de delitos que considera el Decreto-Ley, la prueba no presenta problema en su actuación. La intención ha sido establecer un procedimiento sumario en aquellos delitos que pueden ser sentenciados en breve término. Ninguna de estas infracciones ofrece dificultad probatoria, limitándose a la actuación de las diligencias esenciales. Todas ellas pueden lograrse en breve término, por lo que el plazo de 90 días es suficiente para concluir la instrucción. El sistema probatorio es el ordinario, pudiendo actuarse pruebas durante la investigación y aun en la audiencia ante el Tribunal Correccional, si fuere el caso.

En el caso de que tengan que instruirse delitos que por su naturaleza corresponden a procedimientos diferentes, por el principio de la unidad de

Domingo García Rada

la instrucción, deben investigarse conjuntamente por el procedimiento más lato, que es el ordinario. De lo contrario la investigación por el delito de mayor gravedad podría sufrir perjuicio dada la tramitación sumaria que debe aplicarse en los delitos que contempla el referido Decreto-Ley.

Cuando el Agente Fiscal opina por la irresponsabilidad y el Juez fuere de distinto parecer, remitirá los autos a otro representante del Ministerio Público, sea titular o suplente. Pero si no hubiere suplente y el único Agente Fiscal tuviere impedimento, se hallare con licencia o fuera de distinto parecer al del Juzgado, entonces procede que el instructor designe un Promotor Fiscal, conforme lo establece el art. 343 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial. Siempre será el Juez quien escoja a quién remitir los autos.

En el Tribunal Correccional, la ley dispone que la resolución se expida "sin más trámite" que la vista fiscal. Obedece al deseo de evitar dilaciones y entorpecimientos que afectan a la pronta administración de justicia. Pero si el inculcado o la parte civil pidieren la palabra, deberán ser citados antes de resolver.

El Decreto-Ley habla del informe oral ante el Juez. Tiene como finalidad permitir que los defensores que deseen puedan hacerlo en el despacho del Juez en día y hora señalados previamente. Si hubiere agraviado constituido en parte civil, debe ser citado oportunamente, para que a su vez ejercite su defensa. Se observará la exigencia de pedir la palabra por escrito e indicar la duración aproximada del informe. Estos informes son públicos y pueden asistir los interesados y demás personas que así lo desearan, pues la reserva de la instrucción ha cesado al concluir el período investigatorio.

Para la apreciación de la prueba, deberá ser aplicado el criterio de conciencia que señala el art. 286 del Código de Procedimientos Penales. Al juzgador corresponde valorar la prueba actuada, no siendo obligatorio dar a cada prueba determinado valor procesal.

Las sentencias que expidan los jueces no requieren cuestiones de hecho. Son necesarias en los Tribunales colegiados porque éstos actúan como jurado, aunque se encuentren integrados por personas entendidas en Derecho. Tampoco compete a los jueces expedir boletines de condena. Como toda sentencia va en consulta al Superior, será el Tribunal Correccional quien deberá ordenar la expedición de los testimonios de condena y su remisión al Registro Central de Condena, como ocurre en la actualidad. En este aspecto, no existe ninguna innovación al régimen vigente.

En cuanto a los procesos seguidos por los delitos que menciona este Decreto-Ley, que actualmente se encuentran en los Tribunales Correccionales, la solución procesal que les corresponde es la sentencia que debe expedir el Tribunal, con lo cual pone término a la instrucción. En esta situación se encuentran las instrucciones con o sin acusación escrita, tengan o no resolución del Tribunal que señale día y hora para audiencia. Se aplicará el art. 7º, debiendo ponerse los autos a disposición de las partes para que formulen sus alegatos y puedan pedir la palabra. Pasados los ocho días que señala la ley, el Tribunal sentenciará sin juicio oral. Contra esta resolución no procede recurso de nulidad, salvo que se trate de reincidentes, en cuyo caso sí procede, porque conforme lo dispone el art. 12 del mencionado Decreto-Ley, el procedimiento deberá sujetarse a los trámites del juicio ordinario.

Aparte de las consideraciones que motiva el reciente Decreto-Ley N° 17110 es conveniente formular otras a los señores jueces.

Lo primero que debe poner atención el Juez, es en el auto apertorio de proceso. Debe indicarse con precisión el delito por el cual se inicia la investigación, mencionándolo en forma genérica, pues en el curso de la investigación puede establecerse que no es determinada forma delictiva sino otra del mismo rubro. Debe indicarse nombres completos del inculcado, agraviado y tercero civilmente responsable. No es procesal dictar en este auto, mandato de detención definitiva, sino solo de comparecencia o, si la gravedad o naturaleza del delito lo exige, de detención provisional.

Una resolución que acredita el mejor índice de honestidad y preparación del Juez la constituye el auto de libertad provisional. La mayor parte de las prescripciones obedecen a una libertad apresuradamente concedida.

Los autos que otorgan este beneficio deben fundamentarse no solo en los preceptos legales que la permiten, sino también haciendo apreciación sobre el hecho y la persona del procesado. Dentro de la sistemática de nuestro Código, la mayoría de los delitos permiten acceder a este beneficio, pero muchas veces no es procedente por la forma y circunstancias de su perpetración, así como por las condiciones personales de quien la solicita. Así como no puede fundamentarse en la equidad, tampoco puede concederse a quienes registran varios ingresos, actuaban en bandas profesionales del delito, etc., circunstancias todas que revelan habitualidad o peligrosidad. Gran parte de la proliferación de la delincuencia, recae en la liberalidad con que se conceden las libertades provisionales. La menor edad no siempre justifica la libertad, pues tratándose de delito grave, aunque el autor tenga 20 años, ella no procede.

Las anteriores consideraciones no constituyen recomendación para que el Juez limite al máximo la concesión de este beneficio. Si considera que el procesado tiene derecho a su otorgamiento, debe acceder de inmediato a la soltura provisional, pues no se justifica la permanencia en cárcel de quien debe estar libre. Solamente es necesario que el Juez Instructor ponga especial cuidado en la concesión del beneficio a fin de otorgarlo a quien es merecedor y negárselo al procesado cuando así lo exige la naturaleza del delito o sus condiciones personales.

El monto de la caución debe empozarse en el Banco de la Nación. Solo como excepción y rodeados de todas las garantías del caso, el Juzgado puede autorizar al Secretario para que reciba su importe, pero deberá vigilar que al día siguiente, que sea hábil, se deposite en el Banco. De no hacerlo, el responsable es el Juez. Nada justifica retener el dinero sin depositarlo, durante más tiempo.

Al salir en libertad provisional, el Juez debe instruir al procesado acerca de las obligaciones que contrae para con la justicia. Deberá indicarle que debe presentarse al Juzgado de Instrucción quincenal o mensualmente para dejar constancia de que está a disposición de la justicia y para ello firmará el libro respectivo. También le advertirá que no puede cambiar de domicilio sin previo aviso al Juzgado y para salir fuera de la provincia, requiere autorización judicial. La ignorancia de esta obligación es causa de que el procesado no se presente oportunamente a los actos del proceso, que más tarde determinará su recaptura. Esto puede evitarse si con anticipación el inculcado conoce de sus obligaciones para con la justicia.

Otro punto importante que compete a jueces y tribunales, es el relativo a los reos ausentes. Al formularse esta declaración, se pasan los oficios respectivos a las autoridades de policía. Con el trascurso del tiempo puede ser absuelto —si estuviere procesado con otros reos presentes— o declararse la

Domingo García Rada

prescripción de la acción penal. Dictada esta resolución lo procesal es pasar inmediatamente oficios a la policía haciéndole saber que quedan sin efecto las órdenes de captura dictadas con anterioridad. Al no hacerlo —lo que es frecuente— la orden de detención sigue pendiente y en cualquier momento el procesado que ha sido absuelto o declarada prescrita la acción en su contra, se encuentra detenido y mientras se aclara su situación pueden pasar meses en que sufre prisión indebida. Por ello es necesario que cuando los Tribunales Correccionales acuerden suspender la orden de mención, inmediatamente se pasen los oficios correspondientes a fin de que la autoridad política tome nota de que la orden anterior queda sin efecto.

Finalmente debemos referirnos a una situación que a menudo se presenta en los delitos de Contrabando con la incautación de la mercadería. Mientras se realiza la investigación y se aclaran responsabilidades, la mercadería decomisada permanece a disposición del Juzgado, corriendo el peligro de su descomposición, deterioro y a veces de su desaparición. En tales casos, aplicándose el art. 171 de C. de P.P., cuando el Juzgado lo considere necesario, puede ordenar su venta en pública subasta para luego empozar el dinero en el Banco de la Nación; el certificado se agregará a los autos para que, en su oportunidad, la justicia disponga la entrega a quien corresponda.

Sírvase Ud. señor Presidente hacer circular la presente en el Distrito Judicial a fin de que tomen conocimiento de ella los tribunales y juzgados de instrucción, y para que su aplicación contribuya a una más eficiente administración de justicia.

Dios guarde a Ud.  
DOMINGO GARCÍA RADA  
Presidente

**XIII**  
**CIRCULAR SOBRE LOS ALCANCES DEL DECRETO**  
**LEY N° 17110**

Lima, 30 de octubre de 1969.

CIRCULAR N° 10-69  
Señor Presidente de la  
Corte Superior de

En la consulta formulada por la Corte Superior de Lambayeque, acerca de los alcances del Decreto-Ley N° 17110, en lo referente a que si el Juez Instructor está facultado para sentenciar a los procesados que se encuentren ausentes, este Supremo Tribunal, en sesión de Sala Plena, ha resuelto lo que sigue:

“Lima, dos de octubre de mil novecientos sesentinueve. — Vista; la consulta formulada por la corte Superior de Lambayeque acerca de los alcances del Decreto-Ley número diecisiete mil ciento diez, en lo referente a que si el Juez Instructor está facultado para sentenciar a los procesados que se encuentren ausentes; de conformidad con lo informado por el señor García Rada, y estando a lo acordado en sesión de Sala Plena de la fecha, SE RESUELVE: absolver la consulta en el sentido de que si el procesado ha sido declarado ausente no puede ser sentenciado; dispusieron se haga conocer este acuerdo a las Cortes Superiores de la República, pasándose al efecto la Circular respectiva. — Regístrese, comuníquese y archívese. — EGUREN BRESANI, Presidente. — MAGUIÑA. — LENGUA. — PONCE SOBREVILLA. — GARCÍA RADA. — VIVANCO MUJICA. — ALARCÓN. — CARRANZA. — PALACIOS. — PONCE MEDONZA. — NÚÑEZ VALDIVIA. — MOLINARI. — LINARES. — TORRES. — PINO. — Ricardo La Hoz Lora, Secretario General”.

“Señor: — La Corte Superior de Lambayeque formula consulta acerca de los alcances del Decreto-Ley N° 17110 que establece el procedimiento sumario para la investigación y sentencia de determinados delitos. La consulta consiste en saber si el Juez que conoce de ellos, está facultado para sentenciar a los procesados que se encuentren ausentes. — Es loable el interés de la Corte

Domingo García Rada

en referencia. Considero conveniente absolver esta consulta, puesto que los procesos a que se contrae dicho Decreto-Ley no llegan a conocimiento de la Corte Suprema. Es necesario dar una pauta clara para evitar que cada Tribunal Correccional resuelva el asunto según su criterio y que más tarde nos encontremos, que mientras en un Distrito Judicial los jueces condenan a los ausentes, en otros ordenan archivar provisionalmente la instrucción. Dentro de la alta misión que corresponde a la Corte Suprema, está la de unificar la jurisprudencia. Estas consideraciones me han determinado a emitir el presente informe.— El Decreto-Ley N° 17110 crea un procedimiento sumario para la investigación de determinados delitos. Establece dos modificaciones sustanciales; plazo improrrogable de 90 días y sentencia por el Juez que instruye, previa vista fiscal. Lo que resuelva el Juez debe ir en consulta al superior, si no fuere apelada; al Tribunal Correccional corresponde aprobar o confirmar la sentencia, modificarla, mandar ampliar la instrucción o señalar día y hora para la audiencia. Contra lo que resuelva el Tribunal Correccional no procede recurso de nulidad. En cuanto a la tramitación, el art. 2° establece que: “La investigación se sujetará a las reglas establecidas para el procedimiento ordinario”. Es decir, que excepto el plazo y la sentencia, en todo lo demás se aplican las normas actualmente vigentes, entre ellas la de la ausencia.— El Ante-Proyecto Zavala establecía el Juicio por Contumacia. En cambio el Código de Procedimientos Penales no distingue entre el contumaz y el ausente. Todo lo involucra dentro del régimen legal de la ausencia judicialmente declarada. Son dos institutos distintos que desgraciadamente el Código no diferencia: contumaz es el procesado que habiendo prestado su inactividad o conocido de la existencia de la instrucción que se le sigue, inasiste, a los actos del proceso y más tarde no concurre al juzgamiento. En cambio, el ausente es quien desde el inicio del proceso no está presente y es posible que ignore los términos de la denuncia, así como de que se encuentra procesado. El primero, conforme a muchas legislaciones, puede ser sentenciado, puesto que conoce de los cargos que se le formulan y en vez de contribuir con la justicia para esclarecerlos, ha preferido huir del país o esconderse, dificultando la investigación e impidiendo el juzgamiento. En cambio el ausente no puede ser condenado porque no ha sido oído ni vencido en juicio y legalmente ignora la existencia de la instrucción así como los cargos que le imputan.— Nuestra ley procesal penal solo contempla la ausencia: Todo procesado que inasiste a los actos de la instrucción, tiene una sanción: ser declarado ausente. Considera en igual situación a quien ignora la instrucción, de quien voluntariamente se esconde o ha huido del país: ambos son ausentes y en esta condición quedan hasta que se presenten al juzgamiento.— En estas condiciones, como el art. 2° del mencionado Decreto-Ley establece que en estos casos rigen las normas del procedimiento ordinario, es claro que también son de aplicación las disposiciones sobre ausencia. Declarado ausente, no procede dictar sentencia en su contra, excepto que existan reos presentes en cuyo caso puede comprenderse al ausente para absolverlo.— Si en la fecha de que el Juez Instructor dictare sentencia, el procesado en libertad hubiere fugado, por temor de ser condenado, la sentencia es válida y surte plenamente sus efectos legales. Mientras el procesado no se encuentre en la situación de ausente, el Instructor puede dictar sentencia; solo no puede hacerlo si en la instrucción apareciere como reo ausente. La razón es que el procesado puesto en libertad —incondicional o bajo caución— se encuentra a disposición de la justicia y su situación es la de presente.— En el caso de que el procesado, declarado ausente, no sea habido y continúe en esta situación hasta que la

instrucción concluya, entonces el Juez ordenará pasar los autos al Agente Fiscal y con el dictamen, sea acusatorio u opinando por la irresponsabilidad, reservará la instrucción hasta que sea habido. El proceso se reservará en la Secretaría del Juzgado avisándose al Tribunal respectivo. No es del caso elevarla al superior porque al Tribunal no le corresponde archivarlo, ni tampoco existe nada pendiente de resolución. — En consecuencia, mientras el procesado no sea declarado ausente por auto del Juzgado puede ser sentenciado válidamente. Si fuere declarado ausente, la instrucción debe ser archivada provisionalmente en la Secretaría del Juzgado. — Queda así emitido el informe que se ha servido solicitar. — Lima, 26 de setiembre de 1969. Firmado. GARCÍA RADA”.

Lo que transcribo a Ud. para su conocimiento y fines consiguientes.

Dios guarde a Ud.  
ALBERTO EGUREN BRESANI  
Presidente



Domingo García Rada

## ANEXOS

Domingo García Rada

## DECRETO LEY 21895

Dada su vinculación con el ordenamiento procesal penal, creemos conveniente comentar los arts. 4º y 6º del D.L. 21895 que establecen, el primero, las visitas mensuales a los establecimientos de detención; y el segundo autoriza los remates de los objetos relacionados con el delito, no reclamados por sus dueños. En esta forma completamos el Manual y los colocamos como anexos para destacar que no aparecen en el Código, pero tienen íntima vinculación con lo que él dispone.

Para facilitar su estudio y por encontrarse en ley separada, transcribiremos el texto como comienzo del comentario.

### A. Visita mensual a la Cárcel.

*Art. 4º "Las Cortes Superiores establecerán un permanente rol de visitas mensuales a los centros de detención de inculpados y penitenciarios de sus Distritos Judiciales, designando a los funcionarios judiciales de Primera Instancia o Relatores o Secretarios de Corte, para que cumplan esta obligación, estableciendo turnos en caso de ser posible. Las visitas tendrán por objeto comprobar la situación jurídica y el estado de los procesos de los detenidos, así como la condición de los condenados, emitiéndose los informes pertinentes que serán elevados a los Presidentes de las respectivas Cortes Superiores, quienes después de adoptar las medidas correspondientes, los remitirán a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo Nacional de Justicia".*

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1912 (arts. 224 y 225) regulaba lo referente a la inspección de cárceles y detenidos, considerándola como atribución del Poder Judicial. Establecía que la vigilancia comprendía la exacta ejecución de las penas; el buen trato que deben recibir los presos; la labor que desempeñan los funcionarios de prisiones; cuidar de que se pusiera en libertad a los detenidos el mismo día en que se cumplía la pena; recibían quejas sobre el estado de los expedientes, etc.

El Código Penal de 1924 en su art. 136, crea la Inspección General de Prisiones como órgano administrativo encargado de lo relativo a los establecimientos penales. La Corte Suprema declaró que esta disposición había derogado los arts. 224 y 225 ya citados (A.J., 1924, p. 223)

Domingo García Rada

Es decir, a partir de la dación del actual Código Penal –28 de julio de 1924– las Cortes de Justicia dejan de controlar las prisiones del país y todo pasa al Ministerio respectivo. Desaparecen las visitas periódicas destinadas a oír quejas y lamentaciones de quienes se encuentran detenidos.

La nueva disposición contiene innovaciones que es necesario examinar separadamente.

#### **I. Visitas mensuales.**

En cada distrito judicial, la Corte Superior de Justicia está obligada a formular un calendario de visitas a los establecimientos de detención de inculpados y condenados, así como designar a quienes deberán practicarlas.

Disponiendo la ley que sean visitas mensuales, la Corte deberá señalar una fecha en cada mes, para permitir que los detenidos estén preparados y tener a la mano los documentos que quieran presentar al juzgado. Los defensores deberán conocer anteladamente tales fechas para poder asistir a ellas y colaborar con el Juez Visitador.

No tiene por qué ser día fijo, bastando que con anticipación la Corte señale en qué semana de mes tendrá lugar la visita. Dentro de la semana indicada por la Corte, el funcionario judicial está obligado a precisar qué día la practicará.

Las fechas de las visitas deberán ser publicadas en el periódico donde se inserten los avisos judiciales para conocimiento de familiares y abogados de los detenidos.

#### **II. Encargados de practicarla.**

En Sala Plena, la Corte Superior deberá nombrar a los encargados de practicar las visitas a los lugares de reclusión, en la oportunidad en que cada Corte hace las designaciones judiciales.

En cuanto a quiénes deben ser escogidos, la ley habla de “Funcionarios Judiciales de Primera Instancia y Relatores o Secretarios”, entendiéndose como funcionarios a los Jueces de Primera Instancia y como auxiliares de justicia de la Corte Superior, a los segundos.

Por razón de la materia, los jueces de primera instancia pueden ser en lo Civil, en lo Penal, de Trabajo y de Menores. ¿Pueden ser nombrados cualquiera de ellos? Como la ley solo habla de funcionarios de primera instancia, se entiende que pueden serlo, pero no es conveniente. Creemos que son los instructores quienes familiarizados con la administración de la justicia penal, la practicarán mejor.

Como la ley habla de Funcionarios y Relatores o Secretarios es indudable que también es posible designar como visitador a un Secretario o Relator de Corte. Queda a criterio del Tribunal Superior señalar a un juez o, si lo cree mejor, a un Secretario.

La designación debe recaer en Secretario o Relator de Tribunal Correccional que están habituados con los procesos penales y con la situación de los detenidos y sería una excelente práctica que convendría estimular en quienes pretenden seguir la carrera judicial.

Los Visitadores realizarán las visitas mensuales durante todo el año judicial. La designación anual permite que el encargado compruebe mes a mes

el estado de los procesos, la atención que le dispensa el Juez, así como si han sido cumplidas las recomendaciones de la Corte.

### III. La materia de la visita.

La ley lo dice claramente: la situación jurídica del inculpado y el estado en que se encuentra la instrucción que se le sigue. En cuanto a los condenados, el Visitador se limitará a comprobar si se cumple lo que dispone la sentencia respectiva.

No están facultados para dictar disposiciones, ordenar pruebas o cambios de local, servirles de asesores, etc.

Tampoco podrán resolver quejas ni dictar disposiciones relativas al detenido ni al proceso.

Si el detenido formulare queja, deberá investigar el motivo de la misma y elevarla con informe al Tribunal correspondiente.

De toda la visita formará un expediente que, con el informe respectivo remitirá a la Corte Superior, quien en Sala Plena adoptará las medidas que corresponda.

A su vez, la Corte Superior, elevará el cuaderno respectivo a la Corte Suprema de la República para que, si fuere el caso, dicten las medidas disciplinarias que corresponda.

En cuanto a la utilidad de esta Visita examinando el texto de la ley, aparece que tiene como finalidad:

- a) comprobar la situación jurídica de los inculpados;
- b) ver el estado de los expedientes.

Para lo primero, el Visitador deberá examinar la persona del detenido: su situación en la cárcel, que no se encuentre incomunicado, que reciba visitas, relación frecuente con su defensor, etc.

En lo segundo, al examinar lo anterior tomará en cuenta el estado de la instrucción: si tiene el plazo vencido, si ha sido citado a las diligencias, si el proceso se encuentra tramitándose, etc. Es conveniente que tenga a la vista la instrucción para comprobar las afirmaciones del detenido con la realidad del proceso.

De todo lo anterior dará cuenta al Superior que es a quien corresponde dictar las medidas pertinentes.

El Visitador es mero informante sin ejecutividad alguna. No puede dictar medidas ni ordenar cosa alguna. Solo puede hacerlo el Tribunal.

Pero si el detenido formula quejas, ¿cuál es la misión del Visitador? Creemos que si se relacionan con las normas dictadas por la dirección de la cárcel, las remitirá a Establecimientos Penales. Pero si tiene relación con el proceso, dará cuenta al Superior.

Como vemos, la Visita Mensual que establece el D.L. 21895 tiene alcances muy limitados y su eficacia para cortar abusos y enmendarlos, atendiendo quejas, etc., es poca. Todo lo resolverá el Tribunal y el Visitador es mero conducto para su conocimiento.

### B. Remate de especies no reclamadas.

*Art. 6º "Las Cortes Superiores rematarán todas las cosas materia del delito que no fueran reclamadas por sus propietarios en el plazo de seis*

Domingo García Rada

*meses, después de archivado definitivamente el respectivo proceso. La Corte Suprema dictará la reglamentación correspondiente. Quedan exceptuadas de esta medida las cosas cuyo destino propio ha sido servir de instrumento de delito o cuya fabricación, porte, uso o venta sean ilícitos, las que serán remitidas a la autoridad competente.*

*El producto del remate constituirá renta propia del Poder Judicial”.*

El antecedente de esta norma lo constituye el art. 46 C.P. Establece que es consecuencia de la sentencia, la “pérdida de efectos que provengan del delito y de los instrumentos con que se ejecutó”.

La ley penal establece una diferencia: si pertenecen a terceros, dichas especies no serán confiscadas, salvo que su “destino propio” fuera servir al delito. Pero siendo de los condenados, siempre operará la confiscación.

Esta disposición resuelve la situación de aquellas especies de terceros que, no teniendo finalidad delictiva, deben ser devueltas a su dueño. Pero como no han sido reclamadas en el plazo que señala, dispone el remate en pública subasta. El producto constituye renta judicial.

El plazo de 6 meses corre a partir de la resolución judicial –auto o sentencia– que pone fin al proceso.

¿Es conveniente esta disposición?

Este artículo no ha tenido en cuenta las disposiciones del Código Civil sobre bienes muebles, los registros administrativos que amparan sus derechos, así como los títulos que acreditan la propiedad de los enseres sustraídos.

El plazo de seis meses que la ley modificatoria señala, es corto tratándose de provincias apartadas de la sede de la Corte. Viviendo en regiones alejadas, los agraviados no tienen noticia o la tienen tardía, de la expedición de la sentencia en el proceso instruido con motivo del delito en su agravio. Así resultará que después de ser perjudicado con el delito, será agraviado con el remate de las especies robadas primero, recuperadas luego, y finalmente rematadas. El daño será, pues, completo. La reparación civil que se señale en la sentencia será insuficiente, ya que tratándose de especies recuperadas, su monto será menor que cuando se refiere a cosas no encontradas. Resultará que el agraviado a pesar de que en la sentencia se diga que las especies robadas fueron recuperadas, no las recibirá.

## II CONSTITUCION DE 1979

La Constitución promulgada el 28 de julio de 1980 contiene disposiciones relacionadas con el procedimiento penal.

El primer Título está dedicado a los “Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona” la declara “fin supremo de la sociedad y el Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla”. Señala los derechos de la persona, muchos de los cuales se relacionan con el proceso penal. La vulneración de estas garantías dan lugar a la acción de Amparo.

En el Capítulo del Poder Judicial, en artículo especial se declaran las Garantías de la Administración de Justicia, que contienen principios procesales de orden penal.

Los institutos vinculados al ordenamiento procesal, han sido creados por la Constitución: el Consejo Nacional de la Magistratura, para la provisión de los cargos judiciales; y el Tribunal de Garantías Constitucionales, para la protección de la constitucionalidad.

Este último es organismo nuevo en el ordenamiento legal peruano.

Completando el estudio del procedimiento penal, pero en forma sucinta, nos ocuparemos de las Disposiciones Constitucionales referidas y luego de los institutos antes señalados.

### **1. – Disposiciones constitucionales.**

Los denominados Derechos de la Persona están contenidos en el art. 2º de la Constitución y las garantías de la Administración de Justicia aparecen en el art. 233. Algunos de estos principios son repeticiones de lo contenido en los ocho incisos del art. 3º L.O.P.J. y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobados por la Asamblea de la ONU en 1948.

El art. 2º de la Constitución declara que “Toda persona tiene derecho” y a continuación precisa cuáles son éstos. Veamos los relacionados con el proceso penal, inc. 4º. Señala “las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento” y declara que “los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común”.



Domingo García Rada

No todas las normas penales se encuentran en el Código, pues algunas se han dictado con posterioridad y como leyes penales propias. Es el caso de la Ley de Prensa, la de represión del tráfico ilícito de drogas, contra el terrorismo, delitos económicos, etc. Todas, junto con el Código Penal, constituyen el ordenamiento penal.

**Inc. 7º.**— El Estado garantiza la inviolabilidad del domicilio. Esto implica la prohibición del ingreso de personas extrañas, así como la de realizar registros domiciliarios sin permiso del dueño, excepto que medie mandato judicial.

**Inc. 8º.**— Inviolabilidad y secreto de los papeles privados. La correspondencia solo puede ser incautada por el Juez y solo él puede leerla, separando lo relacionado con la investigación. Los documentos privados no entregados por el dueño y las cartas obtenidas mediando violencia, carecen de efecto legal.

Los libros de contabilidad pueden ser examinados por la autoridad competente, es decir, por la judicial y por la administración para los efectos de la tributación.

**Inc. 9º.**— La libertad ambulatoria de la persona es irrestricta. Solo el Juez puede limitarla y siempre que exista proceso abierto en su contra. Caso especial de expatriación lo constituye la ley de extranjería aplicable solo a los extranjeros.

**Inc. 17º.**— Se garantiza el derecho de guardar reserva sobre convicciones políticas, filosóficas y religiosas. Ni el Juez puede dejar de cumplir este mandato legal.

**Inc. 20º.**— Este inciso en 13 apartados garantiza la libertad y seguridad personales.

Tienen relación con el procedimiento penal:

- La que no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo casos especiales previstos en la ley, como es la detención decretada por el Juez.
- No hay prisión por deudas, excepto el caso del incumplimiento de los deberes alimentarios.
- Se incorpora a la Constitución el principio del “Nullum pena sine lege, nullum crime sine lege”, contenido en el art. 2º C.P.
- No hay delito de opinión.
- Reconoce como principio constitucional la presunción de inocencia. Solo es reo de delito cuando judicialmente se haya declarado su responsabilidad.
- Solo se puede ser detenido cuando exista mandato escrito de la autoridad judicial y de la policía en caso de flagrante delito. En caso de detención por la policía, dentro de 24 horas debe ser puesto a disposición de la autoridad judicial. En los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, la detención preventiva puede durar hasta quince días, “con cargo de dar cuenta al Ministerio Público y al Juez”.
- Todo detenido tiene derecho a ser informado “inmediatamente y por escrito” del motivo de su detención. Es derecho del detenido el de ser asistido por abogado de su elección.

- La incomunicación de los detenidos solo puede decretarse “en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito”. La autoridad debe indicar el lugar de detención.
  - Las declaraciones deben ser libres y espontáneas. Las obtenidas mediante “violencia carecen de valor” procesal y quien emplea la violencia incurre en responsabilidad penal.
  - La Constitución reconoce el derecho que asiste a toda persona, inculpada de delito, de no declararse autor. Tampoco se le puede pedir ni recibir juramento contra sí mismo, contra su cónyuge y contra parientes dentro del 4º grado de consaguinidad y 2º de afinidad.
  - No se permiten jurisdicciones ni tribunales especiales para el juzgamiento de delitos. También se ha prohibido someter a una persona, detenida o libre, a procedimientos distintos de los señalados por la ley.
  - La amnistía, el indulto, los sobreseimientos y las prescripciones “producen los efectos de cosa juzgada”.
- El art. 233 contiene las garantías de la Administración de Justicia y son:
- Unidad y exclusividad de la Jurisdicción.
  - Independencia de los Jueces. Ninguna autoridad puede avocarse del conocimiento de causas pendientes ante el Poder Judicial ni interferir en el ejercicio de sus funciones.
  - Publicidad en los juicios penales. Esto se refiere a la etapa decisoria pero se aclara que la deliberación es secreta y el fallo es público. Solo por razones de moralidad, orden público o seguridad nacional o cuando están de por medio intereses del menor o la vida privada de las partes, el Tribunal puede disponer que el juzgamiento sea en privado; en este caso es necesaria “la decisión unánime de sus miembros”.
  - Motivación escrita de las resoluciones judiciales. Esto es obligatorio en todas las instancias y con expresión de los fundamentos legales en que se sustentan. Las partes deben conocer las razones por las cuales ganan o pierden.
  - Indemnización de los errores judiciales. Solo procede en procesos penales en que está de por medio la persona humana. Requiere decisión judicial que los señale.
  - No dejar de administrar justicia por deficiencia de la ley. Siempre y en todo caso el Juez debe discernir justicia. Si la ley no lo contempla o es deficiente, deben los Jueces recurrir a los principios generales del derecho y “preferentemente, los que inspiran el derecho peruano”. El Juez tiene que aplicar las reglas de interpretación de la ley procesal penal.
  - Aplicación del principio “in dubio pro reo”. En caso de “duda o de conflicto en el tiempo de leyes penales” la Constitución dispone que el Juez se inclinará por la norma que sea más favorable al reo.
  - La analogía no es de aplicación en el campo penal. En lo penal rige el principio de la legalidad. Es decir, para sancionar un hecho como delito, es indispensable que la norma a aplicar, sea expresa y concreta. No puede aplicarse otra ley que resuelve situaciones semejantes. La analogía no tiene vigencia en lo penal.

Domingo García Rada

- La defensa es derecho del cual nadie puede ser privado. Si careciere de dinero para abonar los honorarios de un defensor, el Juez debe proporcionarle uno gratuito. Si el Juez negare este derecho, el proceso adolece de nulidad insanable.
- Se prohíbe la condena en ausencia. Una de las garantías que tiene la persona sometida a proceso, es la de ser oída en juicio. Siendo ausente no puede darse este presupuesto. La contumacia que es la no presencia física en el juicio oral, se asimila y el contumaz tampoco puede ser condenado. Ambos – ausentes y contumaz – pueden ser absueltos.

Está prohibido revivir procesos fenecidos. La cosa juzgada los ampara.

Todo aquello que concluya por resolución o sentencia firme no puede ser materia de nuevo juicio oral. El principio de la cosa juzgada prohíbe revivir procesos fenecidos.

- Las pruebas obtenidas mediante violencia o amenaza carecen de valor probatorio en cualquier proceso, sea civil o penal.
- Las detenciones arbitrarias deben ser indemnizadas por el Estado, si las decreta la autoridad policial; las del Juez tienen como sustento un proceso penal y ello puede justificar y eso nunca es arbitrario. Requiere ser establecido y ordenar el pago de la indemnización.
- La instancia plural es principio constitucional. Toda resolución judicial debe ser vista en apelación, salvo que el perdedor se conforme. Es el único medio de asegurar una exacta justicia.

## **2.– Consejo Nacional de la Magistratura.**

El Consejo Nacional de Justicia fue creado por Decreto-Ley 18060, teniendo como finalidad la de independizar a los nombramientos judiciales de la influencia política. Se le concedieron grandes atribuciones que ejerció con desmedro de la autonomía del Poder Judicial, afectando directamente a la Corte Suprema. Tenía facultades disciplinarias sobre todos los jueces. Informaba sobre los proyectos de leyes que le remitía el Poder Ejecutivo. Previo examen de méritos y entrevista personal, nombraba a los jueces de todas las instancias, correspondiéndole al Ejecutivo el expedir el título respectivo. Sin embargo en su actuación se mostró fiel servidor del poder político y su acción ha sido desafortunada.

La Asamblea Constituyente ha recogido la idea de independizar los nombramientos de la influencia política y para ello crear un órgano a quien se le concede esta función. Las funciones disciplinarias de que gozaba el Consejo Nacional de Justicia han desaparecido, quedando únicamente la de conformar al Poder Judicial mediante la selección de los jueces.

El Consejo Nacional de la Magistratura – nombre que le da la nueva Constitución – estará integrado por el Fiscal de la Nación que lo preside; dos representantes de la Corte Suprema; uno de la Federación de Colegios de Abogados; un delegado del Colegio de Abogados de Lima y dos de las Facultades de Derecho de la República. Como vemos los poderes políticos carecen de representación y se integra por quienes conocen la problemática judicial.

Previo concurso y evaluación, el Consejo propondrá a los Vocales de las Cortes Superiores y Suprema, correspondiendo al Presidente de la República, el nombramiento.

La duración del cargo es de tres años. No están sujetos a mandato imperativo. Se reunirán cada vez que sea necesario hacer las propuestas o admitir denuncias sobre la actuación de los miembros de la Corte Suprema.

En cada sede de Corte Superior existirá un Consejo Distrital de la Magistratura presidido por el Fiscal más antiguo e integrado por los dos vocales de la Corte Superior más antiguos y dos delegados del Colegio de Abogados del distrito judicial respectivo. A este Consejo Distrital corresponde convocar el concurso y evaluación de quienes pretenden ser jueces proponiendo al más calificado para ocupar el cargo.

Como función secundaria, tienen la de recibir denuncias sobre la actuación de los magistrados supremos. En tal caso les corresponde calificarlas y remitirlas al Fiscal de la Nación, si se trata de delitos y a la propia Corte Suprema si se refieren a infracciones administrativas que tienen como sanción una medida disciplinaria.

Domingo García Rada

## BIBLIOGRAFÍA

- BALBÍN GUADALUPE, AUGUSTO. Proceso Penal Sumario, Lima 1982.
- CARDOZO IZASA, JORGE. Pruebas Judiciales, Bogotá 1976.
- CATACORA GONZALES, MANUEL. Código de Procedimientos Penales, Lima 1981.
- CABANELLAS, GUILLERMO, Diccionario de Derecho Usual, 4 vols., Buenos Aires. 1968.
- CARNELUTTI, FRANCESCO. Lecciones sobre el proceso penal, 5 vols., Buenos Aires 1952.
- Cuestiones sobre el proceso penal, Buenos Aires 1961.
  - Derecho y Proceso, Buenos Aires 1971.
- CORNEJO, ÁNGEL GUSTAVO. Derecho de Procedimientos Penales, Lima 1932.
- CLARIÁ OLMEDO, JORGE. Tratado de Derecho Procesal Penal, 7 vols., Buenos Aires 1972.
- DEVIS ECHEANDÍA, HERNANDO. Teoría General de la Prueba Judicial, 2 vols. Buenos Aires 1972.
- DORING, ERICH. La Prueba, Buenos Aires 1972.
- DEL VALLE R., LUIS. La Prueba, Lima 1964.
- Procedimientos Especiales, Lima 1962.
  - Cuestiones Prejudiciales y Excepciones, Lima 1966.
- DELGADO CALDERÓN, SERGIO. La prejudicialidad en materia penal. Bogotá 1977.

Domingo García Rada

FENECH, MIGUEL. El proceso penal, 2a. edición, Madrid 1974.

FLORIÁN, EUGENIO. De las pruebas penales, 2 vols., Bogotá 1969.

GARCÍA RADA, DOMINGO. Instituciones de Derecho Procesal Penal, Lima 1965.

- La Instrucción, 2 vols., Lima 1968.

- La nueva Constitución y el Derecho Penal. En unión de los profesores Luis Bramont Arias, Domingo García Belaunde, José Hurtado Pozo, Ricardo Vascones, Lima 1980.

GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO. Protección procesal de los derechos fundamentales en la Constitución Peruana. Revista "Derecho", junio 1981.

- El Hábeas Corpus interpretado, Lima 1971.

- El Hábeas Corpus en el Perú, Lima 1979.

GÓMEZ ORBANEJA, EDUARDO. HERCE QUEMADA, VICENTE. Derecho Procesal Penal, 9a. edición, Madrid 1981.

GOLSDTEIN, RAÚL. Diccionario de Derecho Penal y Criminología, 2a. edición, Buenos Aires 1975.

HURTADO POZO, JOSÉ. Manual de Derecho Penal, Lima 1978.

- El Ministerio Público, Lima 1981.

LEONE, GIOVANNI. Tratado de Derecho Procesal Penal, 3 vols., Buenos Aires 1962.

- Manuale di Diritto Processuale Penale, XI edición, Napoli 1982.

MIXÁN MASS, FLORENCIO. Derecho Procesal Penal. I., Trujillo 1982.

- El juicio oral, Trujillo 1978.

MORENO CATERRA, VÍCTOR. El secreto en la prueba de testigos en el proceso penal, Madrid 1980.

MANZINI, VICENZO. Derecho Procesal Penal, 5 vols., Buenos Aires 1962.

PISAPIA, GIANDOMENICO. Compendio di Procedura Penale, Padova 1975.

PRIETO CASTRO, LEONARDO. Manual de Derecho Procesal Penal, Madrid 1975.

RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ M. Derecho Penal, 8a. edición, 2 vols., Madrid 1981.

SALOMÓN VÁSQUEZ, JUSTO DAVID. Ejecutorias supremas de Derecho Proceso Penal de 1872 a 1972, Lima 1973.

- VIADA-ARAGONESES, P. Curso de Derecho Procesal Penal, 2 vols., Madrid 1970.
- VÉLEZ MARICONDE, ALDREDO. Derecho Procesal Penal, 2 vols., Buenos Aires 1969.
- VILLAGARAY HURTADO, RAÚL. Cuestiones Prejudiciales y Previas en la jurisprudencia nacional, Lima 1981.
- ZAVALA LOAYZA, CARLOS. El proceso penal y sus problemas, Lima 1957.

### LEGISLACIÓN PERUANA

- Código de Procedimientos Penales, Edición no oficial actualizada, Ediciones Sesator, Lima 1983.
- Código Penal. Edición no oficial actualizada, Ediciones Sesator, Lima 1983.
- Constitución Política del Perú, Edición oficial, Lima 1980.
- Decretos Legislativos. *El Peruano*, diario oficial, Lima 1981.
- Ley de Hábeas Corpus y Amparo. Edición del Centro de Investigaciones Judiciales. Lima 1983.
- Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales. Edición del Centro de Investigaciones Judiciales. Lima 1983.
- Ley Orgánica del Consejo de la Magistratura. Edición Oficial. Lima 1981.
- Ley Orgánica del Ministerio Público. Exposición de Motivos. Fuentes Legislativas. Decreto Legislativo 52.
- Reglamento. Edición Oficial, Lima 1981.
- Ley Orgánica del Poder Judicial. Concordada y actualizada. Ediciones Sesator, Lima 1983.



Domingo García Rada

## ÍNDICE GENERAL

Liminar .....	VII
Prólogo.....	XI
Palabras iniciales a la primera edición (1970).....	XXV
A la octava edición.....	XXVII
Abreviaturas .....	XXXIII

### PRIMERA PARTE INTRODUCCIÓN

#### CAPÍTULO I

1.— El Derecho Procesal Penal.....	3
2.— Su autonomía .....	4
3.— Relación con otras ramas del Derecho .....	5
4.— Las fuentes.....	6
5.— Interpretación de la ley procesal penal .....	8
6.— Vigencia de la ley procesal penal en el tiempo y en el espacio .....	12

#### CAPÍTULO II

1.— El proceso penal: objeto y fines .....	15
2.— Etapas del proceso penal.....	19
3.— Extinción del proceso penal y de la pena.....	20

**SEGUNDA PARTE**  
**INSTITUCIONES DEL PROCESO PENAL**

**CAPÍTULO III**

1.— La Acción penal .....	25
2.— Su carácter público.....	25
3.— Notas propias de la acción penal .....	27
4.— Indicios de delito en un proceso civil.....	28
5.— Cuestiones previas .....	29
6.— Cuestiones prejudiciales.....	31
7.— Excepciones .....	36
8.— Tramitación de Cuestiones y Excepciones.....	47
9.— Efectos procesales.....	50

**CAPÍTULO IV**

**Jurisdicción y Competencia**

1.— Competencia de los jueces .....	51
2.— Caso especial de muerte violenta ocurrida en barco, avión o ferrocarril.....	57
3.— Competencia por cuantía. ....	58
4.— Conexión de causas.....	61
5.— Transferencia de jurisdicción.....	66

**CAPÍTULO V**

**Recusación**

1.— La Recusación. ....	69
2.— Causales de recusación.....	71
3.— Diligencias que puede realizar el juez recusado.....	76
4.— Incidente de recusación. ....	77

**CAPÍTULO VI**

**Personas del Proceso Penal**

1.— Personas principales .....	79
2.— El Juez Instructor .....	80
3.— Función que le corresponde como director de la instrucción. ....	80

4.— Clases de providencias que puede dictar .....	82
5.— Atribuciones de los Jueces de Paz no Letrados.....	85

**CAPÍTULO VII**

1.— El Ministerio Público.....	87
2.— Caracteres de la Institución.....	88
3.— La Ley Orgánica del Ministerio Público .....	91
4.— Notas propias del Ministerio Público.....	93
5.— El Ministerio Público en el proceso penal.....	94
6.— Facultades en la investigación.....	98

**CAPÍTULO VIII**

1.— La Parte Civil .....	101
2.— Caracteres y contenido de la acción civil .....	102
3.— Concepto de Parte Civil.....	104
4.— Facultades y personería de la Parte Civil. ....	107

**CAPÍTULO IX**

1.— El responsable civil.....	111
2.— Capacidad procesal del responsable civil.....	112
3.— Su situación en el proceso penal .....	113
4.— Caracteres de esta responsabilidad. ....	114
5.— Naturaleza de la responsabilidad civil del tercero.....	115

**CAPÍTULO X**

1.— El Procesado .....	125
2.— La imputación.....	126
3.— Condiciones objetivas y subjetivas del procesado: capacidad procesal, edad y salud mental.....	127
4.— Derechos del procesado.....	129
5.— La presunción de inocencia.....	130
6.— Derechos del procesado detenido.....	131

**CAPÍTULO XI**

1.— Personas auxiliares del Proceso Penal: Testigos, peritos, intérpretes y secretarios .....	135
--	-----

Domingo García Rada

2.- Su intervención en el desarrollo de la instrucción.....	136
---	-----

## CAPÍTULO XII

1.- La Policía Judicial.....	137
2.- Función que realiza cerca de los Jueces .....	138
3.- El Atestado Policial y su valor procesal.....	139

## CAPÍTULO XIII

1.- El Ministerio de Defensa .....	141
2.- Naturaleza de esta función .....	144
3.- Obligaciones de los defensores .....	144
4.- El Defensor de Oficio.....	145
5.- El defensor de ausentes y de contumaces.....	147

## TERCERA PARTE LA INSTRUCCIÓN

### CAPÍTULO XIV

1.- La Instrucción .....	151
2.- Notas propias.....	153
3.- Principio de la Instrucción.....	154
4.- El Auto Apertorio.....	156
5.- La Instructiva .....	160

### CAPÍTULO XV

1.- Requisitos .....	165
2.- Formas que puede revestir .....	166
3.- Requisitos .....	167
4.- Oportunidad del embargo .....	167
5.- Embargo sobre bienes de terceros .....	170

### CAPÍTULO XVI

1.- La Libertad Provisional.....	173
2.- Improcedencia de la libertad provisional.....	176
3.- Procedencia de la libertad provisional.....	177

4.—	Veamos ahora la diferencia entre libertad provisional, libertad incondicional y libertad vigilada.....	182
5.—	Caso especial del delito de Abandono de Familia.....	183

### CAPÍTULO XVII

1.—	Teoría de la Prueba .....	185
2.—	Concepto.....	186
3.—	Objeto y sujeto de la prueba. ....	190
4.—	Hechos que no requieren probanza.....	191
5.—	Limitaciones en materia probatoria.....	195
6.—	Oportunidad de la prueba .....	196
7.—	Medios de prueba.....	197
8.—	Órgano de prueba. ....	198
9.—	Carga de la prueba. ....	200
10.—	Clasificación .....	201
11.—	Los Indicios. ....	202
12.—	Principios probatorios. ....	207
13.—	Finalidad y valoración de la prueba.....	208

### CAPÍTULO XVIII

1.—	El Testimonio. ....	217
2.—	El Testigo. ....	218
3.—	Conformación del testimonio humano. ....	221
4.—	Motivos de error.....	222
5.—	Obligación de testimoniar.....	225
6.—	Capacidad de testimoniar. ....	228
7.—	El Interrogatorio. ....	229
8.—	La confrontación.....	231
9.—	Valoración del testimonio. ....	233
10.—	La Preventiva. ....	236

### CAPÍTULO XIX

1.—	La Pericia. ....	239
2.—	Su naturaleza.....	240
3.—	Pericia y Testimonio.....	241
4.—	El Perito.....	242

Domingo García Rada

5.— La pericia. ....	245
6.— Garantías de la prueba pericial. ....	248
7.— El dictamen pericial.....	251
8.— La diligencia de entrega y ratificación. ....	252
9.— Perito de parte.....	253
10.— El Intérprete.....	254
11.— Valoración de esta prueba.....	255

## **CAPÍTULO XX**

1.— Identificación y reconocimiento. ....	257
2.— La Autopsia y el Protocolo.....	260
3.— Exhumación.....	264
4.— Examen de Vísceras. ....	264
5.— Lesiones. ....	266
6.— Aborto. ....	269
7.— Enajenación Mental.....	271
8.— Examen médico del inculpado y de testigos.....	274
9.— Aporte de la Ciencia en el proceso penal.....	275

## **CAPÍTULO XXI**

1.— Inspección ocular y reconstrucción. ....	279
2.— Reconocimiento de personas y cosas.....	284
3.— El Secuestro. ....	285
4.— Documentos. ....	289
5.— Pesquisas.....	293
6.— La preexistencia. ....	295

## **CAPÍTULO XXII**

### **Conclusión de la instrucción**

1.— Dictamen del Fiscal Provincial e informe del Juez Instructor. ....	298
2.— Los plazos en el proceso penal. ....	299
3.— La libertad Incondicional del Inculpado.....	301
4.— Elevación de la Instrucción al Tribunal Correccional. ....	303

### **CAPÍTULO XXIII**

#### **El Juicio Oral**

1.— El Tribunal Correccional. ....	305
2.— La acusación fiscal. ....	309
3.— Actos preparatorios de la audiencia. ....	311

### **CAPÍTULO XXIV**

1.— Carácter jurídico del debate oral. ....	315
2.— Lugar de realización. ....	319
3.— Conformación del Tribunal Correccional. ....	321
4.— La Audiencia: nuevas pruebas, examen del acusado, testigos y peritos. ....	328
5.— Lectura del expediente. ....	333
6.— Caso de delito más grave, nuevo delito o persona no comprendida. ....	334
7.— Acusación, alegato y defensa. ....	339

### **CAPÍTULO XXV**

1.— El criterio de conciencia. ....	343
2.— La declaración de peligrosidad. ....	344
3.— Las Cuestiones de Hecho. ....	345

### **CAPÍTULO XXVI**

#### **La sentencia**

1.— Objeto y contenido de la sentencia. ....	349
2.— Formación de la sentencia: sus elementos. ....	352
3.— Clases de sentencias. ....	355

### **CAPÍTULO XXVII**

#### **La impugnación**

1.— La impugnación. ....	359
2.— Medio de Impugnación. ....	360
3.— Naturaleza del Derecho de Impugnación. ....	362
4.— Fondo y forma de la Impugnación. ....	363
5.— Efectos de la Impugnación. ....	365



## CAPÍTULO XXVIII

### Recursos de impugnación

1.— La Queja.....	368
2.— La Apelación.....	369
3.— La Revisión.....	372
4.— La Consulta.....	376

## CAPÍTULO XXIX

### La Corte Suprema

1.— El recurso de nulidad y su naturaleza.....	377
2.— Quiénes pueden interponerlo.....	380
3.— En qué casos procede.....	381
4.— Causales de nulidad.....	384
5.— Atribuciones de la Corte Suprema.....	391

## CAPÍTULO XXX

### La cosa juzgada

1.— Sus notas.....	395
2.— Fundamento político y naturaleza jurídica de la Cosa Juzgada.....	396
3.— Sus límites.....	398

## CAPÍTULO XXXI

### La ejecución penal

1.— En qué consiste.....	401
2.— Sentencias condenatorias.....	402
3.— Ejecución de la sentencia penal y de las medidas de seguridad.....	403
4.— La reparación civil.....	404
5.— Sentencias absolutorias.....	411

## CUARTA PARTE

## CAPÍTULO XXXII

### Los procedimientos especiales

1.— La Liberación Condicional.....	415
------------------------------------	-----

2.-	La Rehabilitación.....	418
3.-	Las Audiencias Extraordinarias.....	420
4.-	La Condena Condicional.....	422

**CAPÍTULO XXXIII**

1.-	Procedimiento de Querrela: Delitos de Calumnia, Difamación e Injurias.....	425
2.-	Delitos de Prensa.....	427

**CAPÍTULO XXXIV**

1.-	Las Faltas.....	433
2.-	Jueces de Paz No Letrados.....	434
3.-	Jueces de Paz Letrados.....	434
4.-	Normas generales.....	435
5.-	Faltas contra el patrimonio.....	436
6.-	Faltas contra el cuerpo y la salud.....	438
7.-	La fuga del reo.....	439

**CAPÍTULO XXXV**

1.-	Ausencia y Contumacia.....	441
2.-	La instrucción de los reos ausentes y contumaces.....	442
3.-	Atribuciones del Defensor.....	448

**CAPÍTULO XXXVI**

1.-	La Extradición.....	453
2.-	Principios en que reposa.....	454
3.-	Delitos en los que no procede la extradición: políticos, fiscales, militares y de prensa.....	457
4.-	Delitos en los que procede la extradición.....	460
5.-	Extradición Activa y Pasiva.....	460

**CAPÍTULO XXXVII**

1.-	La acción de Hábeas Corpus.....	463
2.-	El Hábeas Corpus y la acción constitucional.....	464
3.-	La Ley 23506 de Hábeas Corpus y Amparo.....	467
4.-	Tramitación.....	470

Domingo García Rada

5.— Doctrina que establece la jurisprudencia.....	472
6.— La Acción de Amparo.....	474

### **CAPÍTULO XXXVIII**

1.— El Procedimiento Sumario. ....	477
2.— Notas del juicio sumario.....	481
3.— Delitos cuya investigación corresponde a la vía sumaria. .	482
4.— El Juzgamiento.....	485
5.— Situaciones especiales. ....	487

### **CAPÍTULO XXXIX**

#### **El Tribunal de Garantías Constitucionales**

1.— Composición y atribuciones. ....	493
2.— La declaratoria de inconstitucionalidad de la ley.....	493
3.— La casación tratándose de resoluciones denegatorias de la acción de Hábeas Corpus. ....	494
Apéndice .....	497
Anexos .....	527
Bibliografía.....	539

Este libro se terminó de imprimir en el mes de setiembre  
del año 2012, en los talleres gráficos de IDEMSA  
Calle Gabriel Delgado N° 540, Cercado. Lima-Perú (RUC 20100556953)