

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE



IPSO JURE

**AÑO 7 NRO. 29 MAYO 2015
EDICIÓN DE ANIVERSARIO**

POR UNA MEJORA EN LA CALIDAD DEL SERVICIO DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA



PRESENTACIÓN



Es sumamente grato dirigirme a Uds. Magistrados, servidores judiciales, letrados, estudiantes, amigos colaboradores y lectores constantes de la Revista IPSO JURE, a efectos de escribir estas líneas de presentación en su edición virtual número 29, en mi condición de Presidenta y dentro del marco de celebración del 95° Aniversario de Instalación de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, cuyo día central es el 23 de mayo, según Ley N° 4049, dada en el año 1920, siendo Presidente don A. B. Leguía.

Este Aniversario impone no sólo un repaso histórico, sino una necesaria e ineludible reflexión acerca del rol cumplido por esta Corte Superior de Justicia, como institución y de los Magistrados de este Distrito Judicial, como funcionarios públicos, en la difícil, delicada, complicada y, a veces, incomprendida tarea de impartir justicia.

En virtud de ello, todos los años y mediante una Comisión de Aniversario, este año presidida por la Juez Superior Margarita Isabel Zapata Cruz, se ofrece a la comunidad jurídica y comuna lambayecana en general, una serie de actividades, con el único propósito de un verdadero acercamiento en busca del conocimiento y entendimiento deseado a favor del servicio de justicia.

En nuestro caso, como institución que se debe a la comunidad y en relación estrecha con el ámbito académico, como fruto de la dinámica dirección de esta revista a cargo del Juez Superior, Edwin Figueroa

Gutarra, tenemos a la vista la versión N° 29, cuyo aporte radica en la personalidad y prestigio de cada uno de sus colaboradores con sus excelentes contenidos, a todos ellos, nuestro sincero reconocimiento.

En este marco, concluyo apelando al buen nombre y prestigio de esta Corte y de la función y responsabilidad social que cumple a lado de sus probos e idóneos señores Magistrados y trabajadores, quienes no cesan en la búsqueda constante de la justicia y la convivencia social.

ANA ELIZABETH SALÉS DEL CASTILLO
Presidenta de CSJLA



CONSEJO DIRECTIVO DE LA REVISTA IPSO JURE

- Dra Ana Salés del Castillo, **Presidente de Corte y Presidente del Consejo Directivo de la revista.**
- Dr. Edwin Figueroa Gutarra, director de la revista y representante de los señores **Jueces Superiores.**
 - Dra. Lita Paola Regina Alvarado Tapia, en representación de los señores **Jueces Civiles.**
- Dres. Jovanny Vargas Ruiz y Oscar Burga Zamora, en representación de los señores **Jueces Penales.**
 - Dra. Clara Odar Puse, en representación de los señores **Jueces de Paz Letrados**

Auxiliares jurisdiccionales de apoyo:

Sara Véronica Vera Zuloeta

NUMERO DE DEPÓSITO LEGAL 2014-07044



INDICE

JUSTICIA TRANSICIONAL Y LÍMITES MATERIALES. LECCIONES DE LOS PROCESOS TRANSICIONALES EDWIN FIGUEROA GUTARRA	7
EL DEBIDO PROCESO Y SU APLICACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA WILLIAM VÁSQUEZ LIMO	24
CUESTIONES PROBATORIAS EN LA LEY 29497 CARLA LIZETH GRAU ALTAMIRANO	35
DERECHO PENAL DE LOS MEDICOS EN EL ACTO DE FUNCIÓN LEANDRO ACUÑA FABIÁN	48
ES POSIBLE ADQUIRIR VEHÍCULOS POR PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA, CUYA PROCEDENCIA ES ILÍCITA. (CASO DE CONTRABANDO). ALDO ORTIZ TORRES	53
LA AÚN LATENTE NECESIDAD DEL BUEN MANEJO DEL CONTRAINTERROGATORIO, ANTE LAS EXIGENCIAS DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004. ROCÍO DEL PILAR GONZÁLES FERNÁNDEZ	69
SUPUESTOS DE SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y ALGUNAS CONSIDERACIONES PROBLEMÁTICAS. MARTIN TONINO CRUZADO PORTAL	77



PALABRAS DEL DIRECTOR

Estimados amigos:

Nuestra Corte Superior de Justicia celebra su XCV aniversario de existencia y nos llena de satisfacción que podamos decir que han transcurrido casi 100 años desde el levantamiento de columnas de esta institución, y casi un siglo de vida de desarrollo de la judicatura en esta zona del país. Lambayeque representa hoy una Corte pujante y con una capacidad de respuesta modelo en los ámbitos de los sistemas orales procesales penal y laboral. Diversas Cortes del país han fijado pasantías, esto es, visitas de sus jueces y fiscales, para aprehender cuáles son los sistemas procedimentales de trabajo en estas materias que hoy constituyen una suerte de prioridad, aspecto que inclusive nos lleva a indagarnos cómo ha de perfilarse el Derecho en las décadas venideras y cuánto ha de cambiar la forma en que se imparte justicia.

La preocupación no es lejana. Por cierto, todo el Derecho ha de tender a oralizarse. La idea premisa es que las causas sean resueltas al término de las audiencias o en un plazo muy breve, lo cual obliga pues a un cambio de paradigmas en la forma de impartir justicia.

Es previsible que desaparezcan así los modelos tradicionales de resolución de casos en el *modelo gabinete* una vez producida la audiencia respectiva de análisis del caso. En este modelo tradicional el juez aún dispone de un plazo para encontrarse, una vez más, con el caso, con las pruebas, con los dichos de las partes y con las vicisitudes propias del proceso, reflexionando con más espacio de tiempo para establecer la verdad o consenso que considere adecuados.

El nuevo modelo oral suprime ese tiempo disponible para agitar los cauces del caso y definir, en la propia audiencia o en forma presta concluido el debate oral, cuál ha de ser la decisión a imponerse. Y ciertamente, el agotamiento de ese debate exige del juez la capacidad de asumir con preparación el agotamiento de todo la discusión posible para poder fallar en base a lo aprehendido en el intercambio oral de argumentos y en el análisis integral de las pruebas que conciernen al caso.

Ciertamente ha de desaparecer, de esta forma, el modelo de trabajo tradicional mas al fin y al cabo, quien resulta un legítimo ganador del nuevo modelo oral es propiamente quien interviene en el proceso, es decir, las partes involucradas, pues justicia célere, presta y rápida es verdadera justicia.

¿Y cuál rol nos compete a los jueces en ese nuevo modelo? Pues una exigencia de permanente adaptación a los nuevos estándares, de compromiso con esta nueva forma de impartición de justicia y de cambio material de los patrones tradicionales de trabajo.

Nos vemos en 100 años más, adicionalmente, en la perspectiva de un sistema de trabajo enteramente digital: todo el proceso ha de constituir un conjunto de actos virtuales y esa ha de ser la constante de la impartición de justicia y la manifestación más importante del debate judicial. Nos queda como compromiso a los jueces de hoy, sentar las bases sustantivas necesarias para que ello sea una realidad.

Feliz 95 aniversario para nuestra Corte Superior de Justicia.

Hasta la próxima edición.

EDWIN FIGUEROA GUTARRA
DIRECTOR





JUSTICIA TRANSICIONAL Y LÍMITES MATERIALES. LECCIONES DE LOS PROCESOS TRANSICIONALES

Edwin Figueroa Gutarra¹



Introducción. 1. Justicia transicional. Una aproximación a su concepto. 2. Derecho a la verdad y transición. 3. La voluntad popular en los procesos transicionales. 4. Lecciones de los procesos de transición. Ideas finales

Introducción

La noción de justicia transicional nos conduce al escenario de un devenir procedimental cuya característica más relevante identifica en propiedad una necesidad de preservación del sentido último de los derechos humanos. Los Estados atraviesan, en determinadas circunstancias, situaciones muy complejas de graves afectaciones a los derechos tutelados por la Convención Americana de Derechos Humanos o el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Los procesos de transición examinan y reorientan muchas veces estos aspectos dentro del Derecho Interno de los países, situaciones frente a las cuales los Estados, a través de estas manifestaciones de la justicia de transición, optan por una posición de superación de ese conflicto precisamente en la premisa de revertir los estados de cosas que describen manifiestas trasgresiones a los derechos humanos.

En ese propósito, se adoptan algunas veces Leyes de Amnistía, otras tantas se proyectan Comisiones de la Verdad, entre otros tipos de transición, y en algunas situaciones más excepcionales, se somete a la voluntad popular la necesidad ostensible de poner fin a los graves conflictos suscitados en materia de derechos humanos.

Una lógica inicial frente a estos problemas habría de conducirnos al ejercicio de un poder autónomo de los Estados para poner fin a las secuelas de estos contextos de elevada afectación al sentido tutelar de los derechos humanos. Por último, los Estados son soberanos en el propósito de poner fin a un grave conflicto y tal regla no puede ser negada *a priori*. Y sin embargo, he aquí que desarrollamos el objetivo central de este estudio, en el sentido de que habría que redefinir situaciones que puedan expresar límites materiales a ese poder en apariencia irrestricto de privilegiar la voluntad popular en procesos de transición, pues existe igualmente la necesidad de compatibilizar la voluntad popular, expresada digamos en un referendo, a efectos de analizar la dimensión material del ejercicio de ese poder.

En términos nominales, la voluntad popular puede efectivamente conducir a que se cierren las investigaciones de graves violaciones a los derechos humanos en un contexto temporal específico. Si un país decidiera ello en forma autónoma, pues nos encontramos frente a una expresión tangible de la voluntad popular, la cual inclusive goza de una fortaleza inicial en el aforismo *vox populi vox Dei*. Si ése es el escenario, indudablemente estamos ante un mandato de las urnas que es necesario observar. Y sin perjuicio de ello, casos

¹ **Doctor en Derecho. Juez Superior Titular Lambayeque, Perú. Profesor Asociado Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo, Lambayeque, Perú.** Becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional por su participación en los cursos *Procesos de tutela de derechos fundamentales*, Montevideo, Uruguay, 2011; *La garantía internacional de los derechos humanos y su impacto en el Derecho Constitucional de los Estados*. Montevideo, Uruguay, 2010; y *La Constitucionalidad de las Leyes*, Cádiz, España, 2009. Becario del curso de DD.HH. en la Washington College of Law de la American University, Washington D.C., EE.UU., 2009. estudiofg@yahoo.com



como *Gelman vs Uruguay*, conocida sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son taxativos en la fijación de límites materiales a la independencia del voto popular, pues por encima de esa decisión que gozaría de *legalidad ex ante*, en tanto se satisface un aspecto formal del procedimiento propiamente dicho, existe una exigencia de *legitimidad ex post*, en la medida que es viable la necesaria valoración de una decisión popular a través del denominado control de convencionalidad. En el caso que referimos, como es conocido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró contraria a la Convención la aprobación de un referendo de cierre de investigaciones en materia de delitos contra la humanidad en Uruguay.

Observemos que nos arriesgamos a una forma de destronamiento de la vigencia de la voluntad popular al enunciar los postulados previos, y sin perjuicio de ello, reviste importancia, para efectos de este estudio, sentar posición en relación a los límites materiales que son exigibles en los procesos de justicia transicional. Éstos no pueden ser irrestrictos, no deben resultar ilimitados y por ende, no deben imponer una posición que por la mayoría de sus números, sea simplemente abrumadora. Por el contrario, el valor de las cifras debe subordinarse al sentido material de un respeto necesario, real y congruente con la Convención Americana de Derechos Humanos y de corresponder, con los postulados del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Si ello conlleva la corrección *a posteriori* del voto popular, debe entenderse, igualmente, que un proceso de justicia transicional demanda también un límite idóneo en su desarrollo con relación a los derechos humanos protegidos por las Cartas tutelares de los derechos humanos.

Estas cuestiones nos dejan algunas lecciones que es necesario puntualizar en la parte final de este análisis, las cuales reseñamos para determinar qué esperamos de los procesos de transición y eventualmente, qué se debe cambiar, reposicionar y proyectar para un futuro inmediato, en tanto la justicia transicional representa ante todo una necesidad relevante del Estado de Derecho. Deja de ser un reto formal y se convierte en una exigencia material.

1. Justicia transicional. Una aproximación a su concepto

La justicia transicional, en sentido crítico, involucra un proceso de consecución de objetivos y de retorno a un estado de cosas óptimo desde la perspectiva del sentido material de los derechos humanos. Estados que han atravesado situaciones coyunturales, de graves violaciones a los derechos humanos, entre asesinatos en masa o matanzas, desapariciones forzadas por parte de movimientos terroristas o guerrilleros, o bien por agentes estatales, entre otras formas de afectación ostensible a los derechos humanos, asumen una visión ética de los derechos humanos, sea por voluntad del propio Estado, o por vinculación a un sistema superior de prevalencia del sentido ético de los derechos humanos, o bien en casos excepcionales por la misma acción militar supranacional, y orientan su accionar hacia un retorno material a un estado de vigencia real y plena de los derechos humanos.

Un proceso de transición, definido por Walzer² como *jus post bellum* (la justicia después de

2 WALZER, Michael. *Reflexiones sobre la guerra*. Ediciones Paidós. Barcelona, 2004. p. 18.

la guerra), asume siempre ribetes de complejidad en los ámbitos formales y materiales.³ En el primer orden de ideas, la dación de leyes de amnistía, por ejemplo, debe orientarse hacia un escenario prevalente: el cese de hostilidades debe procurar que los actores de un conflicto determinado pueden reincorporarse nuevamente a la vida civil. Ello supone un intento de olvidar, objetivo importante de la amnistía, los hechos de violencia ocurridos durante sendos conflictos armados. La ley de amnistía satisfará, entonces, una necesidad y ello se traduce en la exigencia moral a un Estado a efectos de que las actividades de todo orden se normalicen en el más breve plazo.

El ámbito material de las leyes de amnistía deviene en un nivel de exigencia mucho mayor, pues asume una línea de exclusión: los delitos que califiquen como graves violaciones a los derechos humanos y en general, toda actuación que suponga un delito contra la humanidad, resultan necesariamente excluidos de los alcances de una ley de amnistía. Y esto resulta una condición *sine qua non* de los leyes de amnistía: el olvido del Estado, y por ende, el correlato de perdón que ocurre al no ser procesadas las personas que trasgredieron derechos de las personas en un escenario de confrontación, proyecta una necesaria línea divisoria: son objeto de las leyes de amnistía los actos regulares vinculados directamente a un conflicto armado, sean causas o consecuencias de la propia conflagración. Su característica más importante reside en su vinculación regular al conflicto mismo, sin alteración del mismo en sus manifestaciones más visibles. Las hostilidades exigen un cese y como tales, deben subordinarse al estado de paz que una nueva situación demande. Por tanto, debe volverse presto el retorno a la vida civil.

En el caso de las graves violaciones a los derechos humanos, y más aún, existiendo en un conflicto determinado delitos o crímenes de lesa humanidad que califiquen como tales según el artículo 7⁴ del Estatuto de Roma, la incompatibilidad de éstos con las leyes de amnistía resulta directa, manifiesta y racional.

Directa, en la medida que los crímenes de lesa humanidad son afectaciones sustantivas del derecho a la vida y derechos conexos; manifiesta, en tanto las características de un crimen de lesa humanidad atañen a una evidencia directa de circunstancias que rompen los rangos tradicionales de un conflicto. Un asesinato masivo, sistemático o generalizado, por ejemplo, rompe el prototipo de una acción común destinada a quitar la vida del enemigo.

3 Los procesos transicionales más representativos de los últimos años han sido Argentina, Chile, Burundi, Irlanda del Norte, El Salvador, Guatemala, Camboya, Mozambique, Bosnia Herzegovina, Sri Lanka, Sierra Leona, Sudáfrica, Colombia y España. Vid. VALENCIA VILLA, Hernando. *Introducción a la justicia transicional*. Conferencia impartida en la Cátedra "Julio Cortázar". Universidad de Guadalajara, México, el 26 de octubre de 2007. Publicado en *Claves de la razón práctica* No. 180., Madrid, Marzo 2008. p. 76.

4 Estatuto de Roma. Artículo 7. Crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.(...)



Finalmente, aludimos a una incompatibilidad racional pues el crimen de lesa humanidad no asume rangos de razonabilidad si se pretende una justificación de su existencia. De ese modo, el Estado no puede alegar defensa en causa propia si se procede a la eliminación física de opositores al modelo de Gobierno. El Estado no puede invocar en este caso una causal de defensa del *statu quo* sustrayendo la vida de sus opositores. Un argumento de razonabilidad en el sentido de que pudiera eventualmente defenderse la vida de muchos otros ciudadanos inocentes, asesinando por causa de ello a tantos otros ciudadanos, no supone un rango de justificación bajo ningún aspecto y por ende, implica su exclusión como causa de justificación. En consecuencia, debemos asumir que el sentido racional de la incompatibilidad que señalamos, se expresa en una vinculación fuerte al valor de los bienes jurídicos que el Estado de Derecho promueve.

En el orden de ideas expuesto, un proceso de transición, expresión sustantiva de la llamada justicia transicional, demanda determinadas condiciones para su realización, y reafirmamos que una primera de ellas reside en la necesidad de exclusión objetiva de manifestaciones que representen delitos de lesa humanidad. Si ello no sucediere, estamos ante un proceso de transición sin transición, como afirma Uprimny,⁵ en cuanto desaparecen las condiciones justificantes de la transición. En este caso, ni el plano formal de la transición, menos aún el material, podrán ser objetos sustantivos de un proceso de esta naturaleza, y por tanto, cabe calificar esta coyuntura como una transición irreal.



2. Derecho a la verdad y transición

Hemos sostenido, líneas arriba, que el proceso de transición exige determinadas condiciones de configuración. En propiedad, solo hay transición en cuanto las facetas procedimentales de ese proceso sean respetuosas de los derechos humanos y en esencia, que los procesos de transición no involucren, como objeto de su desarrollo, el perdón de crímenes de lesa humanidad en tanto éstos representan verdaderos límites materiales a ese accionar.

Una segunda línea de análisis reside en la exigencia de que los procesos de transición sean respetuosos del derecho a la verdad, también denominado “deber de recordar” o “deber de memoria”,⁶ en tanto éste supone el cese de afectaciones permanentes respecto a graves violaciones a los derechos humanos.

Refiramos esta idea de un modo más sencillo: la muerte cierta de una persona cercana a una familia implica un estado de dolor que siempre es difícil asumir. La partida de un ser querido, de la misma forma, para quienes profesan una creencia, supone en general una *acción de cierre*: el ser querido es sujeto de exequias y en rigor, el entierro de una persona supone una despedida material.

5 UPRIMNY YEPES, Rodrigo (coord). *¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación en Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DJS). Bogotá, noviembre de 2005. p. 1

6 SALMON, Elizabeth. *Algunas reflexiones sobre DIH y justicia transicional: lecciones de la experiencia latinoamericana*. En *International Review of the Red Cross*. Junio de 2006. No. 862. p. 18

En caso de una desaparición forzada la *acción de cierre* es nula. La familia, los seres queridos más cercanos, viven en un estado de zozobra permanente pues se desconoce las circunstancias, el modo, la forma y los detalles propios de la desaparición de una persona, en propiedad la víctima,⁷ que es titular del derecho a la verdad. Y si ello fuera poco, es doblemente difícil que esa desaparición pudiera eventualmente corresponder en autoría a quienes precisamente están llamados a defender a los ciudadanos, es decir, los agentes del Estado.

En su ámbito real, no podemos dejar de afirmar que cualquier desaparición es reprobable: sea que ella provenga de particulares o de agentes del Estado, y sin embargo, es más grave aún que ese *deber de cuidado* que supone la acción estatal, precisamente se desvirtúa cuando el accionar sustantivo de esa desaparición le corresponde al Estado a través de sus agentes u otros medios de acción.

Y es doblemente grave porque no solo estamos ante un escenario de desaparición en sí, sino porque quien precisamente debió dispensar ese deber de cuidado en las condiciones más óptimas, prudentes y razonables del caso, es objetivamente quien aparece como trasgresor.

En esa ruta de reflexiones, el derecho a la verdad, asociado usualmente a delitos de lesa humanidad, implica que el manto de la prescripción, la figura del olvido y las leyes de amnistía puedan en propiedad materializarse.

Prescripción y derecho a la verdad son inviables porque el ordenamiento jurídico demanda matices de unidad, coherencia y plenitud. La unidad de principios del sistema interamericano así como del europeo, exige que las normas y las acciones de los Estados se subordinen a los valores, principios y directrices de Cartas supranacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos o el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por consiguiente, una Ley de Amnistía entra en grave colisión con el derecho a la verdad pues rompe la orientación tuitiva y protectora del derecho supranacional.

La coherencia debe ser entendida en el sentido de que una Ley de Amnistía, por ejemplo, es manifiestamente incompatible con el derecho a la verdad, pues entra en contraposición con enunciados consolidados de los sistemas de protección de los derechos humanos que, inclusive, jurisprudencialmente han consolidado este derecho. Por tanto, esa antinomia o contradicción tiene que ser eliminada para que prevalezca esa condición de coherencia del ordenamiento.

Finalmente, la plenitud es asumida en el sentido de que los vacíos del ordenamiento jurídico deben ser erradicados. Una norma o acción que colisione con el derecho a la verdad, habría de producir un vacío pues el intérprete, superando la contradicción del caso vía la incoherencia de esa norma o acción, podría válidamente argüir que una interpretación contraria al derecho a la verdad, se produciría en razón de que existiría normatividad no suficientemente clara respecto a determinadas materias.

⁷ Vid. BASSIOUNI. MC. *El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Informe Final del Relator Especial Sr. Cherif Bassiouni, presentado en virtud de la resolución 1999/93 de la Comisión. Doc. E/CN.4/2000/62. ONU. Comisión de Derechos Humanos. 2000.*



Por ejemplo, la dación de una Ley de Amnistía, correlato de una modalidad de prescripción en cuanto cesa el accionar persecutorio del Estado, tendría lugar en un determinado ordenamiento en tanto ese mismo *corpus iuris* no prevé condiciones de respuesta frente a determinados problemas respecto a la prescripción de los delitos, o si bien normativamente no hay una respuesta de congruencia frente a este problema por parte del ordenamiento legal. El vacío tiene lugar, entonces, y veámoslo de esa forma, en tanto un ordenamiento no nos da respuestas satisfactorias a las exigencias legales que se plantean. Una Ley de Amnistía recurriría, en ese sentido, a una pretendida Reconciliación Nacional en tanto el sistema de leyes de un país no brinde respuestas adecuadas a las pretensiones de cese de determinadas persecuciones penales por una clase específica de delitos.

A su turno, olvido y derecho a la verdad se constituyen en dos elementos de suyo opuestos. El olvido supone una exclusión de un accionar persecutorio del Estado. El derecho a la verdad, por el contrario, apunta a la reafirmación de un accionar persecutorio que proviene de conocerse, objetivamente, las condiciones específicas en que se produjo una grave afectación a los derechos humanos de una persona o colectivo de personas. El olvido asume, igualmente, y lo proponemos de esa forma, una faceta de aceptación en cuanto se trata de otro tipo de delitos, con exclusión de los crímenes de lesa humanidad. En casos menos graves, el olvido de la sociedad civil respecto de un delito común en aras de la reconciliación nacional, tras un grave conflicto interno, sí reuniría condiciones de viabilidad en tanto exista un accionar subsumible en la categoría de delitos de menor rango. Aquí la sociedad civil está legitimada para transigir, no así respecto a un delito de lesa humanidad, hecho frente al cual queda vedado el olvido de la justicia de los derechos humanos.

En correlación con lo afirmado, el derecho a la verdad y las Leyes de Amnistía, si aludimos a crímenes de lesa humanidad, presentan manifestaciones contrapuestas. El derecho a la verdad persigue saber qué ocurrió, en cuáles condiciones se produjeron graves afectaciones a los derechos humanos, y quiénes fueron los responsables de dichos actos de agresión. Las Leyes de Amnistía, por el contrario, aspiran, por distintas razones, a guardar un silencio *ad infinitum* sobre estas interrogantes.

Las Leyes de Amnistía, por otro lado, no deben significar impunidad. A este respecto, nos es útil la tipificación de Joinet,⁸ esbozada en el Informe Final del Relator Especial sobre la impunidad y el conjunto de principios para la promoción y protección de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad. Joinet plantea que los Estados tienen cuatro obligaciones inderogables en los procesos de transición: a) la satisfacción del derecho a la justicia; b) la satisfacción del derecho a la verdad; c) la satisfacción del derecho a la reparación de las víctimas; y d) la adopción de reformas institucionales y garantías de no repetición.

Estas obligaciones con carácter de inderogables tiene la calidad de espacios materiales que exigen ser satisfechos en la medida que la satisfacción del derecho a la justicia significa la necesidad de intervención del poder punitivo del Estado, a través de sendos procesos,

8 JOINET, L. Informe Final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, anexo II. ONU. Comisión de Derechos Humanos. 49 Período de Sesiones. 1997.

para el procesamiento de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos. A su turno, la satisfacción del derecho a la verdad es un correlato de la satisfacción del derecho a la justicia. Ésta tiene la connotación de una obligación de medios a cumplir por parte del Estado pues deben ser procesados los responsables de violaciones a derechos sustantivos. El derecho a la verdad manifestará una obligación de fin pues es razonable sepa la sociedad civil en su conjunto en qué circunstancias se han desarrollado las violaciones de derechos humanos objeto de persecución y fundamentalmente, sancionar desde la justicia a los responsables de estas agresiones.

La satisfacción del derecho a la reparación de las víctimas, por otro lado, tiene el carácter de elemento de consecución de un proceso. Si la verdad es establecida en relación a graves violaciones a los derechos humanos, es necesario que además de ser establecidas las penas respecto a los agresores, sean a su vez indemnizadas quienes tienen la calidad de víctimas y estas medidas de reparación constituyen elementos verificadores de la dimensión legítima de los procesos. El daño por graves violaciones a los derechos humanos debe ser resarcido y la reparación, tanto formal como material, es condición de dichos procesos. Por último, la adopción de reformas institucionales y garantías de no repetición, identifican medidas adicionales necesarias de los juicios necesarios que, catalizados por el derecho a la verdad, establecen reparaciones y exigen un aspecto adicional: que el Estado modifique ese accionar errado y que garantice a la sociedad no volver a incurrir en esas conductas de afectación a los derechos humanos, sean agentes causantes estamentos de orden público o privado.

Una cuestión a dilucidar, en forma complementaria, respecto al derecho a la verdad, es si existe un plazo a observar en su contenido y extensión. Nos referimos a hasta dónde, hacia atrás, puede ser ejercido este derecho.

Veamos que en el caso de la investigación por prevaricación contra el Juez Baltazar Garzón,⁹ por su posición de admitir a trámite una querrela sobre los crímenes del franquismo en los años 30 del siglo pasado, el razonamiento del juez español aludió a la necesidad de esclarecer los hechos ocurridos, reclamando jurisdicción universal.

Dos objeciones de entrada pueden ser formuladas: España adoptó en 1977 una Ley de Amnistía¹⁰ en relación a la investigación de estos crímenes, y en segundo lugar, los supuestos autores de dichos crímenes, ya han fallecido, razón que no justificaría una persecución.

9 La querrela inicial por los crímenes del franquismo fue presentada ante la Cámara Federal de Buenos Aires el 14 de abril de 2010 por crímenes comprendidos entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977. La causa por prevaricación contra el juez Garzón fue definida por la sentencia 101 del Tribunal Supremo de fecha 27 de febrero de 2012. El acusado no es encontrado culpable de prevaricación pero se determina que su sentencia no es conforme a derecho. Vid MACULAN, Elena. *Limites a la expansión de la persecución por crímenes internacionales y al papel del juez historiador. La aportación de la STS 101-2012*. UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3. a Época, n. o 8 (2012). P. 498 y sgtes.

10 Ley española 48/1f117, de 15 de octubre, de Amnistía. Artículo primero.

I. Quedan amnistiados:

a) Todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis.

b) Todos los actos de la misma naturaleza realizados entre el quince de diciembre de mil novecientos setenta y seis y el quince de junio de mil novecientos setenta y siete, cuando en la intencionalidad política se aprecie además un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de autonomías de los pueblos de España.


c) Todos los actos de idéntica naturaleza e intencionalidad a los contemplados en el párrafo anterior realizados hasta el seis de octubre de mil novecientos setenta y siete, siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas.



Veamos el primer punto. Una Ley de Punto Final o de Amnistía no solo debe satisfacer una condición de legalidad, aspecto que supone su entrada formal en vigencia, sino también se ve instada a cumplir requisitos de legitimidad, es decir, de necesaria correspondencia material con las Cartas Fundamentales que constituyen las primeras leyes de leyes de los Estados.

Es nuestra posición que dicha Ley de Amnistía, como se la puede también entender, solo satisface el primer requisito de vigencia, como manifestación de un control estático, y no así la condición de legítima, como aspecto de un control dinámico, lo cual supone su inaplicación.

El segundo argumento de oposición es más endeble aún. El derecho a la verdad, desde una perspectiva de significado material, no impone la condición de que estén presentes, necesariamente, quienes sean procesados por graves violaciones a los derechos humanos. En esa extensión amplia de sus contenidos, se busca restituir la memoria de quienes fueron víctimas de ostensibles afectaciones a sus derechos primeros en un plazo relativamente lejano. Y en esa misma lógica, si la memoria de los afectados puede ser restituida, igualmente puede tener un efecto declarativo la autoría de quienes resultaron sujetos activos de trasgresiones manifiestas susceptibles de ser calificadas como delitos de lesa humanidad.



Y sin embargo, la interrogante sigue abierta: ¿y hasta dónde realmente tendría lugar la prosecución de un crimen de lesa humanidad si el factor tiempo es de segundo orden? ¿Diez años? ¿Quizá cincuenta? ¿O poco más de cien? Veamos con objetividad que aquí no existe, por ahora, mayor construcción dogmática ni jurisprudencial. Por lo tanto, es un aspecto a trabajar por parte de las Cortes supranacionales, como pauta de orden para la persecución de este tipo de conductas.

En consecuencia, el derecho a la verdad es un elemento vital en todo tipo de transición. De igual forma, veamos que precisamente muchos tipos de transición precisamente encuentran su expresión material más tangible en las Comisiones de la Verdad, grupos de trabajo usualmente multidisciplinarios cuyo propósito central tiene relación con los esclarecimientos necesarios tras sucesos que han afectado gravemente derechos humanos. A este efecto, tales Comisiones desarrollan un conjunto considerable de audiencias y finalmente, presentan sus Conclusiones con diversos tipos de propuestas, entre ellas, muchas veces, la necesaria compensación a las víctimas de los excesos, abusos y crímenes ocurridos en períodos de grave afectación a los derechos humanos.

3. La voluntad popular en los procesos transicionales

Referirnos a la voluntad popular en los procesos de justicia transicional identifica un componente clave en este tipo de cambios estructurales y sin embargo, esa voluntad, algunas veces, puede encontrarse reñida con algunos elementos conceptuales de la noción de democracia, si vinculamos esta reflexión con los necesarios controles de

constitucionalidad y convencionalidad que estos procesos presuponen.

En efecto, el proceso transicional se encuentra revestido de una noción de progresividad. La justicia transicional apunta a un escenario usualmente en positivo, es decir, de mejora de un contexto de grave afectación a los derechos humanos- masacres, asesinatos y otro tipo de situaciones extremas- a uno de observancia, respeto y vigencia de los derechos humanos. No puede identificarse como justicia transicional una reversión en contrario, es decir, de una situación de pleno respeto a los derechos humanos a otra de afectación.

En ese iter procedimental, la transición puede revestir diversas formas: una de ellas la asunción en el mando de un gobierno plenamente democrático, en reemplazo de uno infractor de los derechos humanos. Ésta sería una *condición interna*, en tanto fluye del propio ordenamiento jurídico del Estado, es decir, es el Estado en rigor quien propicia los cambios necesarios para el tránsito a un Estado de respeto a los derechos humanos.

Y por excepción, también advertimos la posible configuración de una *condición externa*, en cuanto una fuerza supranacional podría imponer las condiciones necesarias de cambio. En el ámbito interamericano, ello ha ocurrido en tanto fuerzas supranacionales impusieron condiciones de cambio en Panamá en 1989.¹¹ Otro tanto ocurrió en Haití, en el año 1994.¹² En la escena mundial, Irak en 2003,¹³ Libia en 2011,¹⁴ así como la intensa actividad hostil en Siria durante 2014, son manifestaciones de regímenes trastocados gravemente en su orden interno por la intervención de fuerzas extranjeras. Anotamos, a este respecto, que estas vicisitudes ocurren con poca frecuencia y en situaciones de extrema necesidad para evitar condiciones de graves perturbaciones al orden democrático de un Estado.

En un rango de observación diferente, las condiciones internas en los procesos de justicia transicional son mucho más frecuentes, dadas ciertas características de impulso desde el propio Estado.

Hemos abordado la idea de identificar en este segmento de estudio cuán gravitante es la voluntad popular en los procesos de transición y debemos reafirmar su importancia desde el concepto de la transición misma. Los Estados deben promover las condiciones necesarias de una transición en la cual elementos gravitantes como el derecho a la verdad, la reivindicación de los derechos humanos afectados y el sentido de eticidad de los derechos humanos, se vea fortalecida y en todo ello asume una función de relevancia y primer orden la voluntad popular.

Y no obstante lo acotado, es pertinente una interrogante clave en este examen: ¿cuáles deben ser los límites de esa voluntad popular? ¿Bastan los límites formales como tales? ¿O son exigibles también límites materiales?

11 Vid ATENCIO GOMEZ, Víctor. *La Invasión a Panamá y el Delito de Agresión*. REVISTA PANAMEÑA DE POLÍTICA - N° 2, Julio - Diciembre 2006. p. 72.

12 KRETCHIK, Walter, BAUMANN, Robert and FISHEL, John. *Invasion, intervention, intervasion A concise history of the US Army. in operation uphold democracy*. US Army Command and General Staff College Press. Forth Leavenworth, Kansas. 1998. p. ix

13 CHOMSKY, Noam. *Verdades y mitos acerca de la invasión de Irak*. Disponible en <http://www.hojaderuta.org/imagenes/chomsky.pdf> Fuente visitada con fecha 28 de enero de 2015. p. 165

14 VILLA BARROSO, Oscar. *La agresión de la OTAN a Libia*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Estudios Internacionales para el Desarrollo. Disponible en http://www.ceid.edu.ar/serie/2011/CEID_DT_77_OSCAR_JULIAN_VILLAR_BARROSO_LA_AGRESION_DE_LA_OTAN_A_LIBIA_UN_NUEVO_ZARPAZO_DE_OCCIDENTE_A_LA_SEGURIDAD_INTERNACIONAL.pdf Fuente visitada con fecha 28 de enero de 2015.



Los límites formales asumen una dimensión conocida por los ordenamientos jurídicos. La voluntad popular suele expresarse respecto a la validación de las decisiones de los Estados en diversas formas. Una Ley de Amnistía, por ejemplo, deberá satisfacer, desde una perspectiva de mínimos, la aprobación de un iter procedimental establecido por el propio ordenamiento interno. Un destino final en estos casos es la comunicación de la decisión a la sociedad civil en su conjunto.

A su turno, una Comisión de la Verdad demanda consensos ciudadanos mínimos. Por tratarse de conformaciones multidisciplinarias y en las cuales participan todos los sectores de la ciudad civil, existe una aprobación *a priori* de la labor de estas Comisiones. Y como tales, las conclusiones de estas Comisiones encuentran sus destinatarios naturales en la sociedad civil.

En esa descripción de diversos modos internos, hay un segmento al cual queremos dirigir nuestra atención: las aprobaciones vía referendo de consultas sobre Leyes de Amnistía o de cierres de investigaciones en crímenes contra la humanidad y por excelencia, el caso Gelman vs Uruguay¹⁵ es un asunto que llama mucho nuestro interés.

En relación a los hechos del caso, tenemos en forma sucinta que la desaparición forzada de Marcelo Gelman y su esposa en 1976, en Argentina (trasladada ésta luego a Uruguay donde dio a luz), no pudo ser objeto de una debida investigación, en razón de que el 22 de diciembre de 1986 el parlamento uruguayo aprobó la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado. Esta ley, a su turno, consideró una amnistía respecto de los delitos cometidos durante el régimen militar. Dicha ley fue sometida a la aprobación de un referendo en 1989.

En cuanto se refiere a cuanto queremos traer a colación a propósito de este estudio, nos interesa destacar dos aspectos sustanciales: uno primero referido al hecho de que exista una expresión sustantiva, por excelencia calificada, de la voluntad popular, al tratarse de la aprobación de un referendo, expresión característica de una forma de democracia directa. En segundo lugar, debemos ceñirnos al hecho de que esa voluntad popular, máxima manifestación en democracia de los ciudadanos, no es un poder omnímodo, sino por el contrario, está sujeto a un eventual control de convencionalidad, condición a su vez también necesaria en los procesos de transición.

En cuanto al primer aspecto, debemos reafirmar las ideas de Norberto Bobbio¹⁶ y Giovanni Sartori,¹⁷ filósofos de la democracia contemporánea, para coincidir con ellos respecto a que la democracia *per se*, a pesar de sus grandes problemas, es una condición necesaria de las sociedades hoy.

Por oposición a los gobiernos autoritarios, o a las diversas formas históricas de aristocracia o plutocracia, la democracia identifica en su expresión más remota las voluntades de los ciudadanos en las ágoras o plazas griegas, al reunirse para tomar

15 Sentencia de Fondo y Reparaciones de fecha 24 de febrero de 2011.

16 BELLAMY, Richard. *Norberto Bobbio: Estado de Derecho y Democracia*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28. 2005. p. 73-80.

17 SARTORI, Giovanni. *¿Qué es la democracia?* Tribunal Federal Electoral. Instituto Federal Electoral. México, 2003. p. 3



decisiones con consensos mayoritarios, de francas y saludables mayorías. En clave de secuencia histórica, esas pequeñas expresiones de democracia que los griegos en síntesis representaron, pronto se vieron rebasadas cuando los Estados crecieron exponencialmente y dejaron esas manifestaciones de democracia directa - las ágoras griegas- para asumir manifestaciones de democracia indirecta. Aquí tuvo lugar la aparición de los representantes del pueblo y por tanto, siguió identificándose ello como una expresión de democracia pero más mediatizada. Mas sin perjuicio de ello, la democracia como ente ideal de forma de gobierno, siguió constituyendo el modelo arquetípico de democracia en su acepción más material.

De la misma forma, la democracia directa como tal no desapareció en estas formas de gobierno pero a su turno, se volvió más episódica. La democracia directa quedó circunscrita solo a las elecciones generales directas de gobernantes por parte de la ciudadanía.

La evolución de las instituciones democráticas, en adición a lo expuesto, generó instituciones como el referendo, una modalidad de democracia directa que respecto de los Estados, implica una forma de preservación de un mecanismo de democracia directa muypreciado: la participación ciudadana en conjunto respecto a un mecanismo de consulta popular.

El caso Gelman vs Uruguay, como hemos afirmado *supra*, constituyó, sin ambages, una expresión de democracia directa muy valuada. Inclusive, como es usual en estos casos, el aforismo *vox populi vox Dei* reclamaría asertos de verdad en tanto el referendo, aprobado como tal, exigiría ubicarse entre estos mecanismos privilegiados de consulta popular.

Nuestra orientación, sin embargo, apunta en otra dirección: el referendo no constituye la expresión base de un poder constituyente, amplio, omnímodo en su expresión más lata, sino es manifestación de un poder constituido, y por lo tanto, susceptible de valoración de acuerdo a su compatibilidad con las Cartas Fundamentales y las Cartas Supranacionales. Esta aseveración no es menor: ubicar un referendo en la categoría de expresión de un poder constituido parecería romper los supuestos tradicionales de la democracia directa y sin embargo, es una afirmación necesaria.

Jon Elster nos refiere ya a través de su pensamiento¹⁸ la alegoría de un Ulises opuesto al personaje de las leyendas griegas del cual tenemos noticia. En efecto, Ulises, quien deseaba escuchar el canto de las sirenas, en su viaje de retorno a Itaca, su lugar natal, una vez concluida la guerra de Troya, no tuvo mejor idea que ordenar a sus marineros lo ataran a un mástil a fin de no perecer ahogado, embelesado por el canto de las sirenas, mientras sus marineros tapaban sus oídos con cera para no escuchar cántico alguno. Era pues conocido que si algún marinero escuchaba estas melodías, había con certeza de morir por el naufragio de sus barcos, al chocar contra los arrecifes de la isla de Artemisa, o bien ahogado en su intento de pasar cerca de la isla de las sirenas, absorto igualmente por la belleza sin par de esa música. Se dice que habiendo logrado Ulises esta hazaña, las sirenas se lanzaron al mar y murieron ahogadas.

18 ELSTER, Jon. *Ulises desatado: Las Constituciones como restricciones*. En *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*. GEDISA. Barcelona. 2002. p. 111



La alegoría mitológica esbozada nos sirve para efectuar, en la propuesta de Elster, un símil con relación a las democracias actuales. Un Ulises atado representa una forma de democracia que a su vez es objeto de autocontroles en tanto el poder controla al poder. Las ataduras de Ulises bien pueden expresarse en esos mecanismos intra democráticos que no permiten el exceso de actuación de uno de los poderes en detrimento de otro. Finalmente es importante aceptar, en este orden de aseveraciones, que si bien existe una propuesta ordenada de separación de poderes, tan o más importante es que entre esos poderes igualmente existan una relación de equilibrio, noción que a su vez goza de una fortaleza conceptual en la teoría del gobierno bien equilibrado.¹⁹

Entonces, si un Ulises necesariamente atado representa el escenario de una democracia sujeta a controles necesarios, un Ulises desatado representa un conjunto de excesos, inclusive el riesgo propio de perder la vida si el cántico de las sirenas produjere su ahogamiento en el mar, aspecto que en nuestra alegoría se expresaría en los potenciales riesgos para una democracia de no ser impuestos ciertos tipos de controles mínimos.

La figura presentada en matices de leyenda vendría a ser la misma con relación a un referendo no sujeto a ningún tipo de control constitucional ni de convencionalidad, pues los excesos de decisiones bajo un haz de simple ejercicio de las mayorías, conducirían precisamente a circunstancias de suyo contradictorias, perjudiciales *in extenso* para la salud de las propias democracias. Un referendo cuyas conclusiones fuesen aceptadas, sin más, por la sola condición de que se ha ejercido un poder de la mayoría, implicaría poner las decisiones de una mayoría en un rango de zona exenta de control, premisa que de suyo es descartada en la escena de las democracias contemporáneas.

Esta última afirmación es de relevancia singular. No puede oponerse a los controles de constitucionalidad y de convencionalidad, una tesis de exención de control pues el efecto de irradiación e impregnación de los derechos fundamentales en los ordenamientos jurídicos nacionales, y por ende, de los derechos humanos en los ámbitos supranacionales, nos refiere con taxatividad que no existe área exenta de control constitucional y de convencionalidad en los Estados contemporáneos.

El control constitucional es ejercido por las Cortes, Consejos o Tribunales Constitucionales en los Estados. Estos mecanismos de control representan el agotamiento de la vía interna en un Estado. Pero ese ámbito de control no se agota en sí mismo en el escenario interno de un país sino, como sucede en el caso Gelman, es un tribunal supranacional el órgano que, aplicando control de convencionalidad, dispone, por encima de la decisión mayoritaria del Estado adoptada en un referendo que a su vez constituye una expresión de democracia directa, que el aludido referendo queda sin efecto, por constituir una contravención sustantiva a los derechos humanos en sus líneas matrices.

El caso uruguayo nos plantea un sinnúmero de interrogantes que es necesario resumir: ¿no era acaso el referendo una expresión capital de democracia directa? ¿No es, de otro lado, un referendo una expresión del poder constituyente? Y por último y en un rango de

¹⁹ ARAGON, Manuel. *El control como elemento inseparable del concepto de Constitución*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 7. Num. 19. Enero- Abril 1987.

mayor interés, ¿Son estas verdaderas facultades de un Tribunal supranacional?

Contestemos puntualmente las interrogantes planteadas: un referendo sigue siendo un mecanismo de democracia directa. Nada más relevante, como sucede en el caso uruguayo, que recoger la voluntad popular dentro de un proceso de transición para efectos de consolidar una posición del Estado, en aras de una reconciliación nacional. Y sin embargo, no basta esa manifestación de voluntad popular sino que precisamente deviene necesario que ese poder de las urnas se exprese, de igual forma, en concordancia con los valores, principios y directrices que esbozan los derechos humanos en su expresión más sustantiva: el respeto por los fines últimos que éstos representan.

Lo afirmado constituye una base de apoyo para contestar la segunda pregunta pues efectivamente las convocatorias masivas a elecciones son expresiones del poder constituyente. La elección de gobernantes sin duda alude a una expresión mayoritaria de depósito de confianza en la conducción de un país. Y sin embargo, en el caso del referendo, no por regla general sino como mecanismo de excepción, se impone la necesidad de someter a control de constitucionalidad y de ser el caso, a control de convencionalidad, la decisión adoptada en un referendo.

En esa lógica de afirmaciones, la aludida necesidad de control nos conduce a una afirmación categórica: la voluntad popular expresada en un referendo, por excepción y solo de modo extraordinario, se convierte en materialización de un poder constituido, sobre el cual es posible aplicar mecanismos excepcionales de enmienda, y de ser el caso, como ocurrió en el caso Gelman, a dejar sin efecto una decisión mayoritaria en principio ejercida en el marco de un proceso democrático pleno.

La tercera interrogante puede ser más discutible aún: el ejercicio corrector de un referendo recae en los jueces de los derechos fundamentales, si nos referimos a una controversia planteada en sede nacional, como a su turno recae en los jueces de los derechos humanos si dicho control debe necesariamente esbozarse a la luz de los principios de los derechos humanos concernidos.

La pregunta adicional a plantearnos puede resultar de por sí incómoda: ese ejercicio corrector de los jueces de los derechos humanos en el caso uruguayo, ¿pone acaso a éstos por encima de la voluntad autónoma, independiente y libre de los ciudadanos uruguayos que a su vez optaron por el cierre de investigaciones en materia de derechos humanos? Creemos que no pues la tarea de revisión que impone la función jurisdiccional en modo alguno define a un poder como superior a otro sino que mas bien legitima la acción correctora que enuncian las Cartas Fundamentales respecto a las relaciones entre los poderes.

Es nuestra idea que precisamente ocurre una reafirmación de la democracia en su sentido último pues ninguno de los poderes queda autorizado para imponerse a otro, sino deviene necesario que en el marco de ese ejercicio corrector, se produzcan las enmiendas necesarias en aras de la preservación de los fines de los derechos humanos.



4. Lecciones de los procesos de transición

Es legítima y válida la pregunta que habríamos de formular respecto a si podemos extraer algún tipo de lecciones respecto de los procesos transicionales. Nos inclinamos por la viabilidad de una respuesta sustantivamente positiva.

En un primer orden de ideas, los procesos de transición no apuntan a la intención de que la historia sea escrita por las víctimas,²⁰ si en alguna forma apuntamos a la tesis de que en *ratios* de antecedentes la historia es usualmente escrita por los vencedores. Por el contrario, creemos que la historia propiamente dicha se legitima cuando la historia es escrita conforme al derecho a la verdad y cuando a partir de ella, la historia es objetiva, crítica y rigurosa en cuanto a aquello que hicieron vencedores y vencidos, y de ser el caso, quiénes fueron las víctimas si así hubiere ocurrido.

La historia no puede significar, entonces, una imposición del vencedor y la unilateralidad de su versión, sino habrá de recrear en cuáles condiciones, circunstancias y hechos se impuso el vencedor y si éste fue respetuoso de los derechos humanos respecto de los vencidos, o si éstos, a su turno, se convirtieron en víctimas de graves violaciones a los derechos humanos.

De otro lado, constituye lección de los procesos de transición, la idea de no violar el derecho de los perpetradores de graves violaciones a derechos sustantivos. En efecto, superada la Ley del Talión por la humanidad, norma que a su vez superó las venganzas colectivas de unos clanes contra otros en los albores de la humanidad, la noción de proporcionalidad en la aplicación de la ley, nos sugiere como idea motriz que los violadores de los derechos humanos reciban una sanción adecuada y ella, en matices distintivos claves, debe significar una consecuencia razonablemente proporcional respecto de los actos de agresión ocurridos. El proceso de transición no constituye privilegiar un sistema de revanchas públicas del Estado frente al crimen, y no aduce tampoco celebrar la derrota de los perpetradores de violaciones a los derechos humanos, así como no legitima que se les aplique el mismo rigor que ellos acaso irrazonablemente ejercieron. Por el contrario, los regímenes de gobierno en estos procesos de transición asumen la gran responsabilidad de imponer el Estado de Derecho en su dimensión de plena observancia de los derechos humanos y de imponer las sanciones del caso en proporción prudente a los crímenes cometidos.

Esto implica, nuevamente, un sistema de cargas legítimas a los Estados: si vivimos en democracia real y no nominal, deviene exigible no imponer la ley de Creonte en perjuicio de Antígona,²¹ es decir, no puede el Estado castigar con tanta severidad conductas que en alguna forma rompieron en parte con el orden establecido. De ser así, ese mismo Estado se convierte en agresor de los derechos humanos en el mismo nivel que también les asiste a los perpetradores. No puede producirse, de esa forma, un círculo vicioso permanente

20 GIRARD, René. *Cuando empiecen a suceder estas cosas. Conversación con Michel Treguer*. Encuentro Ediciones Madrid, 1996, p. 18

21 Antígona es una tragedia de Sófocles, proyectada hacia el año 442 A.C. Al recoger Antígona el cuerpo de Polinices, cuyo cuerpo no podía ser enterrado por supuesta traición, desafía la autoridad del Rey Creonte. La dicotomía de esta tragedia rescata, en mucho, la dualidad entre la orden del Rey, aunque ciertamente ilegítima, y el deber moral nacido del vínculo familiar entre Antígona y Polinices. Antígona es finalmente condenada a muerte. Esta tragedia grafica el desobedecimiento a la ley aunque bajo un imperativo moral.

de agresiones de unos y otros actores pues las vulneraciones deben cesar, y a ellas les corresponde una consecuencia determinada, proporcional y equilibrada en función de los hechos ocurridos.

Constituye otra lección de los procesos de transición la trascendencia del repliegue de los actores autoritarios, entendida ésta como una cuestión de un cese de estado de cosas de agresiones marcadas a los derechos humanos. Es válido aquí nos interroguemos respecto a la necesidad de los cambios suscitados en procesos de transición pues un aspecto fluye con objetividad: las ostensibles afectaciones a los derechos humanos cesan en un momento determinado y no se traducen, no se deben traducir, en un estado permanente de vulneraciones a los derechos humanos.

En esa perspectiva, es necesario poner de relieve que llega un momento en el devenir histórico de la vida de los pueblos cuando, por ejemplo, un gobierno autoritario, decide trasladar la posta a un gobierno de raíces democráticas y ocurren condiciones determinadas, algunas veces inexplicables, que inclinan a ese gobierno ilegítimo a ceder la posta a un gobierno respetuoso de los derechos humanos. El examen de esa necesidad de cambio, de esa afirmación de traslado de posta, conlleva a una serie de esbozos, entre los cuales destaca la necesidad de reafirmar un Estado de Derecho respetuoso de los derechos humanos de sus ciudadanos. Ello es un deber insoslayable del Estado y por tanto, esos procesos de transición exigen materializarse más temprano que tarde en todas las latitudes.

Por último, la justicia transnacional nos deja la estela, en calidad de lección, de un derecho de reparaciones y de medidas complementarias de reparación, en crecimiento francamente progresivo, junto a otras medidas de satisfacción. En efecto, no hay transición sin adecuada reparación²² y como tal, ésta es una condición *sine qua non* de un proceso de transición, en tanto aludimos, igualmente, a una reparación proporcional conforme al daño causado.

Este derecho de reparaciones²³ no se debe circunscribir a una respuesta meramente indemnizatoria, no, el derecho de reparaciones ha merecido un desarrollo extraordinario en los últimos lustros y a su vez, demanda de los Estados, entre otras previsiones, medidas de satisfacción adicionales como ceremonias de desagravio, construcción de monumentos en honor de la memoria de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, la inclusión de programas de capacitación para un mejor conocimiento de los derechos humanos por parte de agentes del Estado, etc.

Estas lecciones de justicia transicional nos inducen a pensar en la premisa de vigencia real, efectiva y material de los derechos humanos y de ahí la necesidad de su reforzamiento.

22 JOINET. L., op cit.

23 Los principios aludidos por Joinet, en relación a reparaciones, son los siguientes:

Principio 33

Toda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o de sus derechohabientes a obtener reparación, el cual implica el deber del Estado de reparar y el derecho a dirigirse contra el autor

Principio 36.

El derecho a la reparación deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima; comprenderá, por una parte, medidas individuales de reparación relativas al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación y, por otra, medidas de satisfacción de alcance general, como las previstas en el Conjunto de principios y directrices fundamentales sobre el derecho a obtener reparación.



Ideas finales

Lo hasta aquí afirmado permite una aseveración de rigor: la justicia transicional es un proceso en estado de evolución permanente y su camino, a veces pedregoso, no solo se orienta a un concepto estático de aplicación o de mera consecución de pasos para alcanzar el pleno respeto por los derechos humanos. Por el contrario, su evolución demanda una actividad de control de legitimidad de las decisiones, acciones y cuestiones más relevantes en ese proceso que a su vez debe constituir, al conseguirse una restitución efectiva de los derechos en juego, una aspiración de todos los Estados que acusan graves violaciones a los derechos humanos y que persiguen un cese de ese estado de cosas para un retorno a las condiciones de plena, sostenida e irrestricta observancia de los derechos humanos.

En ese camino, es compatible con el fin último de eticidad de los derechos humanos que las Cortes supranacionales apliquen la figura del control de convencionalidad si tienen lugar decisiones que desvirtúan los objetivos a que aludimos. Dicho control es mucho más una necesidad que una opción pues el imperativo categórico que fijan los derechos humanos, involucra a su vez una obligación material del Estado. En consecuencia, un proceso de transición deviene en un escenario que debe soportar, como carga legítima que impone todo sistema de derechos humanos, las enmiendas que puedan tener lugar en el marco de la aplicación del control de convencionalidad, ejercicio corrector frente al cual no hay opción de excusa o apartamiento y que constituye, de la misma forma, un deber de los más altos tribunales en materia de derechos humanos.

Igualmente la justicia transicional nos deja una lección de límites materiales que es necesario ir construyendo en sus contenidos, alcances y dimensiones. Un proceso de transición adopta formas que los ordenamientos jurídicos perfilan al conseguirse satisfacer requisitos de rigor en el orden procedimental. La autoridad del Estado satisface así un conjunto de requerimientos que demanda el orden jurídico de cada país. De ese modo, nuestras afirmaciones precedentes persiguen construir un conjunto de límites materiales que en propiedad hemos diseñado en las ideas anteriores y es importante puntualizar esta reseña de construcción conceptual.

En un primer orden, la figura del control de convencionalidad constituye una potestad de un Tribunal como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o a su turno, con las variantes respectivas, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En segundo orden, el derecho a la verdad constituye un objetivo- fin a perseguir en estos procesos de transición, en tanto una transición sin el agotamiento, investigación y esclarecimiento de graves violaciones a los derechos humanos, solo representa la satisfacción *prima facie* de una faceta nominal de los procesos de transición. En esa medida, la consecución del derecho a la verdad constituye elemento angular en todo proceso de transición.

En el mismo orden de ideas, la voluntad popular no representa un baremo absoluto respecto a los procesos de transición y en adición a ello, su necesario examen vía control de constitucionalidad y cuando corresponda, a través del control de constitucionalidad, se refleja en que esta voluntad no puede ser omnimoda, y por el contrario, amerita decisiones



de revisión que bien pueden constituir resultados contrarios respecto de dichos procesos de transición.

De esa forma, la interrogante respecto a que si un referendo que aprueba el cierre de investigaciones en crímenes de lesa humanidad, puede ser objeto de control, merece una respuesta positiva en la medida que el ejercicio de democracia directa que este acto representa, no es más una expresión del poder constituyente, sino es directa manifestación de un poder constituido, y por ende, constituye un acto que es susceptible de revisión en el ámbito de los derechos constitucionales y derechos humanos que los ordenamientos jurídicos disciplinan.

La propuesta de estos límites materiales resulta amplia, a la luz de los items expuestos, y a su vez, exige, también, un rango de *self restraint* o autocontrol de los propios tribunales supranacionales en las verificaciones, constataciones y compatibilidad de las decisiones de la voluntad popular en los procesos transicionales. La mesura de los jueces de la Convención es necesaria pues un hiperactivismo judicial sobre esta materia puede ser dañino, esto es, un ejercicio desmesurado en la actividad protectora, sin un sustento real de las decisiones correctoras, puede conducir a resultados a su turno contrarios, y mas bien, a desnaturalizar esa exigencia de control tan necesaria en las democracias contemporáneas. En la misma ruta de ideas, un subactivismo judicial nos conduce a resultados igualmente adversos, en la medida que se dan situaciones de omisión de defensa de los derechos humanos tutelados por la Convención.

Finalmente, entre otras lecciones de la justicia transicional, puntualizamos algunas ideas centrales. Los procesos de transición no apuntan a que la historia sea escrita por las víctimas sino buscan un equilibrio de razonabilidad en la fidelidad de la historia con el derecho a la verdad. De igual modo, los perpetradores de graves violaciones a los derechos humanos, sentados en un banquillo de acusados en un proceso de transición, pueden asumir con certeza por parte del Estado la imposición de una pena proporcional con relación a los crímenes cometidos. En un siguiente orden de ideas, la justicia transicional nos hace reflexionar sobre la trascendencia del repliegue de los actores autoritarios para el retorno a un Estado de Derecho pleno. Por último, el derecho de reparaciones y de medidas complementarias de reparación es una actividad en franco proceso de crecimiento, desarrollo y fijación de estándares. Esto es positivo pues resulta un elemento distintivo en todo proceso de transición.

Nos queda, en ese orden de ideas y en visión global de lo desarrollado, bregar duro en el intento por seguir definiendo los límites materiales de los procesos de transición. Afinar sus contenidos deviene pues en una necesidad impostergable pues los estados de transición precisamente deben asegurar llegar a buen destino. Ese camino, entonces, no debe estar viciado de errores estructurales. He aquí la necesidad de un sentido crítico de los procesos de transición, de sus condiciones, desarrollo y resultados. De ahí la necesidad de construir estos límites materiales



EL DEBIDO PROCESO Y SU APLICACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA

William Vásquez Limo
Juez Penal Unipersonal
Juzgado Unipersonal de Huaura



1. EL DEBIDO PROCESO.

1.1. Definición.

El debido proceso tiene su origen en el “*due process of law*” anglosajón, se descompone en: el debido proceso sustantivo, que protege a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales y, el debido proceso adjetivo, referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales¹. Su incorporación al constitucionalismo latinoamericano ha matizado sus raíces, señalando que el debido proceso sustantivo se refiere a la necesidad de que las sentencias sean valiosas en sí mismas, esto es, que sean razonables; mientras que el debido proceso adjetivo alude al cumplimiento de ciertos recaudos formales, de trámite y de procedimiento, para llegar a una solución judicial mediante la sentencia.

Por su parte la doctrina y la jurisprudencia nacional han convenido en que el debido proceso es un derecho fundamental de toda persona -peruana o extranjera, natural o jurídica- y no sólo un principio o derecho de quienes ejercen la función jurisdiccional². En esa medida, el debido proceso comparte el doble carácter de los derechos fundamentales: es un derecho subjetivo y particular exigible por una persona y, es un derecho objetivo en tanto asume una dimensión institucional a ser respetado por todos, debido a que lleva implícito los fines sociales y colectivos de justicia³. En ese entendido, el debido proceso en tanto derecho fundamental con un doble carácter es oponible a todos los poderes del Estado e incluso a las personas jurídicas. Por ello, el debido proceso de origen estrictamente judicial, se ha ido extendiendo pacíficamente como debido procedimiento administrativo ante las entidades estatales -civiles y militares- y debido proceso parlamentario ante las cámaras legislativas, así como, debido proceso *inter privatos* aplicable al interior de las instituciones privadas⁴.

El debido proceso comprende numerosas instituciones relacionadas tanto con las partes como con la jurisdicción que han de preservar la certeza en el proceso, busca rodear al proceso de la garantías mínimas de equidad y justicia que respaldan en legitimidad la certeza en derecho de su resultado; a través del debido proceso se precipitan todas las garantías, derechos fundamentales y libertades públicas de las que es titular la persona en el Estado Social y Democrático de Derecho.

Para nuestro ordenamiento jurídico de raíz euro continental, el debido proceso, es una cláusula de carácter general y residual o subsidiaria, por tanto, constitucionaliza todas las garantías establecidas por la legislación ordinaria, en cuanto ellas sean concordantes con el fin de justicia a que está destinado la tramitación de un caso judicial; en líneas generales, el citado derecho es utilizado para amparar derechos no expresamente reconocidos en otros apartados de la ley fundamental. Nuestra Constitución ha incorporado un conjunto de garantías genéricas y una extensa relación de garantías específicas; se trata, en ambos casos, de una vasta relación de cláusulas de relevancia constitucional que definen la formación del objeto procesal y régimen de actuación de las partes así como de la administración pública.

1 **JOHN NOWAK Y RONALD ROTUNDA**, Constitutional law, St. Paul, Minn., 1995, pp. 380-451, asimismo, John Hart Ely, On constitutional ground, Princeton University Press, New Jersey, 1996 p.. 311 y sgts.

2 El Derecho fundamental al debido proceso y tutela jurisdiccional. César Landa Arroyo; En: **Pensamiento Constitucional**, Año VIII N° 8 Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. Lima, 2002, p. 445-461

3 **REYNALDO BUSTAMANTE**, Derechos fundamentales y proceso justo, Lima, 2001, p. 236 ; citado por César Landa Arroyo; op cit.

4 **LUIS SAENZ**, La tutela del derecho al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en Revista Peruana de Derecho Constitucional N° 1, Lima, 1999, p. 481-564.

El debido proceso forma parte de las garantías procesales específicas, para ellos es necesario precisar que ésta garantía fue introducida formalmente en esos términos, en la Constitución de los Estados Unidos, a través de la V Enmienda (1791), progresivamente fue evolucionando y ser considerada una garantía de mera legalidad –como simple reserva de ley- paso a configurarse como una garantía de justicia.

1.2. Consagración constitucional del debido proceso y la tutela jurisdiccional

Como se ha mencionado, dentro de los diferentes principios y derechos fundamentales contenidos en la Norma Fundamental destacan claramente aquellos de naturaleza procesal. En efecto, todo proceso tiene una configuración diferente en el Estado Constitucional, pues con la finalidad de hacer del proceso un mecanismo ágil, eficaz y garantista en la defensa de los derechos de las personas, la Constitución ha consagrado determinados derechos y principios de naturaleza procesal.

Precisamente, el inciso tres, artículo 139°, inciso tres, de la Constitución reconoce como principios y derechos de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Con ellos se persigue garantizar que cuando una persona pretenda la defensa de sus derechos, la solución de un conflicto jurídico o la aclaración de una incertidumbre jurídica, sea atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas.

Debido proceso y tutela jurisdiccional poseen un contenido complejo que no se limita a aquellos principios y derechos reconocidos en el artículo 139° u otras disposiciones de la Constitución, tal como lo veremos más adelante, sino también a aquellos derechos que resulten esenciales para que el proceso pueda cumplir con su finalidad y que se deriven del principio – derecho de dignidad de la persona humana (artículo 3° de la Constitución), derechos que en todos los casos deberán interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución).

Precisamente, basándose en éstas últimas disposiciones constitucionales, el Tribunal Constitucional ha precisado en reiterada jurisprudencia que el debido proceso y la tutela jurisdiccional “efectiva”, son exigibles a todo órgano que tenga naturaleza jurisdiccional (jurisdicción ordinaria, constitucional, electoral y militar) y que pueden ser extendidos, “en lo que fuere aplicable”, a todo acto de otros órganos estatales o de particulares (procedimiento administrativo, procedimiento legislativo, arbitraje y relaciones entre particulares, entre otros). Más adelante se tratará el tema de la extensión del debido proceso al ámbito administrativo tributario.

1.3. Naturaleza jurídica del debido proceso

Ante la pregunta ¿qué es el debido proceso? se pueden sostener que, en general, el debido proceso comparte una doble naturaleza, pues de un lado es un principio constitucional que orienta la función jurisdiccional y, por otro lado, se constituye en un derecho fundamental. Veamos con más detalle esta doble naturaleza del debido proceso:

1.3.1 El principio constitucional del debido proceso

Tal como se encuentra configurado en la Constitución, el debido proceso se constituye en una concreción del principio fundamental de Estado de Derecho (artículos 3°, 45° primer párrafo y 38° de la Constitución). Este último principio implica la vinculatoriedad al sistema jurídico tanto de autoridades como de la sociedad en general, de modo tal que “nuestro sistema constitucional se afirma con su decisión política fundamental a favor de un ejercicio sujeto a Derecho, es decir, vinculado a la



Constitución y a la totalidad restante del sistema jurídico”⁵.

Ello nos permite afirmar, *prima facie*, que el debido proceso se constituye en un principio constitucional que inspira el ordenamiento jurídico peruano y exige que todos los poderes públicos, en especial los jueces, así como los ciudadanos en general, coadyuven en la consecución de un proceso que se desarrolle con todas las garantías procesales que la Norma Fundamental establezca a favor de los justiciables.

1.3.2 El derecho fundamental al debido proceso

Por derechos fundamentales pueden entenderse “aquellos elementos esenciales del ordenamiento jurídico político que, derivándose de los valores superiores que nacen de la dignidad del ser humano, lo fundamentan, lo orientan y o determinan, apareciendo como derechos superiores del ser humano y de los demás sujetos de derecho –conforme al tipo de derecho de que se trate–, y como elementos objetivos que tutelan, regulan y garantizan las diversas esferas y relaciones de la vida social, con propia fuerza normativa de la mayor jerarquía”⁶.

En lo que se refiere al debido proceso, éste se constituye, *prima facie*, en aquel derecho fundamental de toda persona que exige, en primer término, el libre acceso a los tribunales de justicia, el derecho a un juez competente, independiente e imparcial, el derecho de defensa, a la prueba, motivación, a la pluralidad de la instancia, al plazo razonable del proceso, a la obtención de una resolución fundada en Derecho, entre otros derechos fundamentales procesales; y, finalmente, a que lo dispuesto por el juzgador sea cumplido eficazmente, en el menor tiempo posible.

Si bien en la definición antes mencionada se han esbozado determinados derechos que componen el debido proceso, veamos de modo detallado cuáles son los derechos o principios que lo integran, dejando previamente establecido que ésta lista es enunciativa.

1.4. Contenido del debido proceso

El debido proceso encierra en sí un conjunto de garantías constitucionales que se pueden perfilar a través de identificar las cuatro etapas esenciales de un proceso: acusación, defensa, prueba y sentencia, que se traducen en otros tantos derechos que enunciativamente a continuación se plantean⁷:

1.4.1. Derecho a la presunción de inocencia.

Se funda en el principio del *indubio pro homine* en virtud del cual, a la persona humana se le presume inocente mientras la autoridad no le haya demostrado su culpabilidad judicialmente⁸, de conformidad con el Art. 2º, inciso 24º-e de la Constitución. De este derecho se deriva que: Las personas no son autores de delitos, en consecuencia sólo hay delitos y detenciones por actos, no por sospechas. El acusado tiene derecho a no declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Las personas no tienen la obligación de probar su inocencia de una acusación, salvo en determinados delitos –por ejemplo de desbalance patrimonial de funcionario público–, en cuyo caso se invierte la carga de la prueba.

5 MENDOZA ESCALANTE, Mijail. Los principios Fundamentales del Derecho Constitucional Peruano, ed. Grafica Bellido, Lima, 2000, p.181.

6 BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Derechos Fundamentales y Proceso Justo. Ara Editores, Lima, 2001, p. 171-172.

7 FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, La configuración jurisprudencial del derecho a la jurisdicción, en RGD, N° 600, Valencia, 1994, pp. 9257-9284; citado por

8 JUAN MONTERO AROCA, Juan Gómez Colomer, Alberto Montón, Silvia Barona, Derecho Jurisdiccional I Parte General, 10ª edic., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 367

1.4.2. Derecho de información.

Es el derecho a ser informado de las causas de la demanda o acusación, en forma inmediata y por escrito; en este entendido, la prueba de cargo debe ser suficiente y obtenida mediante procedimientos constitucionalmente legítimos; según se desprende reiterativamente de los incisos catorce y quince, del artículo 139º de la Constitución.

1.4.3. Derecho de defensa.

Es el derecho a defenderse de la demanda de un tercero o acusación policial, fiscal o judicial, mediante la asistencia de un abogado. Este derecho a su vez se descompone en el derecho a ser oído, derecho a elegir a su defensor, obligatoriedad del defensor y si es el caso de contar con un defensor de oficio y con una defensa eficaz, facultades comprendidas en el inciso catorce, del artículo 139º de la Constitución.

1.4.4. Derecho a un proceso público.

La publicidad de los procesos permite el control de la eventual actuación parcial de los jueces. Pero, si bien la publicidad permite el control de la opinión pública a los procesos; podrían existir etapas de un proceso reservadas a criterio del juez, de acuerdo a ley⁹; sin embargo, los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, por delitos de prensa o por derechos fundamentales, son siempre públicos, según establece el inciso 4 del artículo 139º de la Constitución.

1.4.5. Derecho a la libertad probatoria.

Se parte del supuesto de que quien acusa debe probar judicialmente su acusación; sin embargo, en los casos en que los delitos son atribuibles a los agentes del Estado y éste con el poder disciplinario que tiene no ofrece u oculta al Poder Judicial las pruebas de la responsabilidad de su funcionario, podría operar la libertad probatoria en contrario. Fundándose en que, "la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de alegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado. Es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio"¹⁰. Es decir que la carga de la prueba recaería sobre el Estado demandado.

1.4.6. Derecho a declarar libremente.

No sólo es la facultad de declarar sin presión, ni malos tratos, tratos humillantes degradantes o tortura, sino que las pruebas obtenidas de esta manera son ilícitas, según lo establece el apartado h), inciso veinticuatro, artículo 2º, de la Constitución. En ese sentido, estas confesiones o testimonios inconstitucionales, producen la nulidad de un proceso y si este ha vencido eventualmente a la reapertura del mismo, sin perjuicio de la indemnización de las víctimas. Asimismo debe tenerse en cuenta que incluso el imputado tiene el derecho de guardar silencio en el caso que tenga que prestar su declaración.

1.4.7. Derecho a la certeza.

Es el derecho de todo procesado a que las sentencias o resoluciones estén motivadas, es decir que haya un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican, según dispone el inciso cinco, del artículo 139º, de la Constitución.

⁹ **JUAN MONTERO AROCA**, Juan Gómez Colomer, Alberto Montón, Silvia Barona, *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*, 9ª edic., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 312-314.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Neira Alegría y otros, Sentencia del 19 de enero de 1995, San José, Costa Rica, 1995, p. 21



De aquí se desprende el derecho de cualquier persona a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho delictivo -*ne bis in idem*-.

1.4.8. Indubio pro reo.-

Es un derecho del justiciable para que el juez interprete la norma a su favor, en aquellos casos en los que una nueva ley favorezca al reo, a pesar de haberse iniciado el proceso en función de una ley anterior que estaba vigente al momento de cometerse la infracción. En este supuesto, el juez por humanidad y justicia interpreta que debe aplicar la ley retroactivamente, siempre que la segunda ley sea más benigna que la primera, según señala el Art. 103º, concordante con el inciso once, del artículo 139º, de la Constitución.

1.4.9. Derecho a la cosa juzgada.

Si bien este derecho está reconocido en los incisos dos y trece, el artículo 139º, de la Constitución, para que sea válido constitucionalmente tiene que ser cosa juzgada material, es decir arreglado y de conformidad con el derecho y no sólo con la ley¹¹. Por cuanto, la finalidad de la cosa juzgada o cosa decidida constitucional debe ser asegurar siempre el ordenamiento y la seguridad jurídica legítimos¹².

El Tribunal Constitucional, bajo el concepto de proceso regular que abre su posibilidad de acceso al conocimiento de las decisiones adoptadas por la jurisdicción ordinaria, ha definido el debido proceso como un mecanismo rodeado de elementos compatibles con la justicia; desde esa perspectiva amplísima sin reparar en las garantías específicas ha incorporado nueve derechos dentro de la noción de "debido proceso" de cuya evaluación más bien se desprende que no la toma como una garantía propia sino como un principio informador y directivo de toda la actividad jurisdiccional, en efecto los derechos son: 1. El derecho de defensa y el derecho de motivación de las resoluciones judiciales; 2. El derecho al plazo razonable; 3. El derecho a la cosa juzgada material; 4. El derecho a la jurisdicción y procedimientos preestablecidos y el derecho a la instancia plural; 5. El derecho a la igualdad de armas; 6. El derecho a la presunción de inocencia y 7. El derecho al *ne bis in idem* procesal.

2. EXTENSIÓN DEL DEBIDO PROCESO A ÁMBITOS NO JURISDICCIONALES.

En reiterada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, básicamente en el caso Tribunal Constitucional vs. Perú, se ha sostenido en cuanto a la observancia del debido proceso en los términos del artículo 8º de la Convención Americana, por parte del cualquier órgano que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, que:

"El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención".

¹¹ **JUAN REQUEJO**, Jurisdicción e independencia judicial, CEC, Madrid, 1989, pp. 575 y ss.; Roger Zavaleta, Nulidad de cosa juzgada fraudulenta y debido proceso, ponencia al I Congreso Nacional de Derecho Procesal, PUCP, editora Normas Legales, Lima, 1996, p. 33-38.

¹² **NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO**, Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional, en Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1944, p 216-218.

“De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8º de la Convención Americana”¹³.

De este modo, la observancia del debido proceso no sólo es exigible en el ámbito jurisdiccional (Poder Judicial, Tribunal Constitucional y jurisdicción militar, entre otros), **sino también puede “extenderse” a otros ámbitos como aquel del arbitraje, al procedimiento administrativo e incluso al ámbito de los particulares.** No obstante, es imprescindible tener en consideración que si bien los principios y derechos que componen el debido proceso pueden ser extendidos a estos últimos casos, tal extensión no implica que, en principio, estos ámbitos sean considerados como jurisdiccionales y menos aún que puedan ser de aplicación todos los principios y derechos que componen el debido proceso.

En efecto, en los ámbitos del arbitraje, procedimiento administrativo o de los particulares, entre otros, deben aplicarse extensivamente determinados principios o derechos del debido proceso, siempre y cuando se tenga en consideración “la naturaleza de cada ámbito”, es decir, deviene en arbitraria la exigencia según la cual “todos” los contenidos del debido proceso en el ámbito jurisdiccional serían extensibles a estos otros ámbitos no jurisdiccionales. Así por ejemplo, es innegable que el derecho de defensa debe ser exigido en todo ámbito, pero no puede decirse lo mismo, del derecho a la pluralidad de la instancia, pues por ejemplo en el ámbito de los particulares no se podría, necesariamente, extender este derecho.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sostenido que *“el artículo 139º, inciso 3), de la Constitución, establece, como principio de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, el cual no sólo se limita a las formalidades propias de un procedimiento judicial, sino que se extiende a los procedimientos administrativos sancionatorios. En tal sentido, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo (...) o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso. (...) lesionar el derecho al debido proceso implica que, durante el proceso administrativo de cobranza de deuda tributaria, al demandante se le priva, por lo menos, del ejercicio de alguno de los referidos derechos integrantes del contenido esencial del debido proceso (...)”¹⁴.*

Por tanto, se puede afirmar que es una obligación de la Administración, entre otros, y un derecho de los ciudadanos, que, cuando las personas se vean sometidas a cualquier procedimiento administrativo en el que se limiten sus derechos o impongan sanciones, se observe estrictamente los principios y derechos que componen el debido proceso.

3. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL DEBIDO PROCESO EN MATERIA TRIBUTARIA.

Como se ha expuesto en punto anterior, entonces es factible la invocación del respecto del debido proceso en distintos procesos administrativos pero no con todas las matices de su contenido sino que se extiende de acuerdo a la naturaleza de la materia, en ese sentido también debe tomarse en cuenta en la materia tributaria, y en ese sentido la doctrina nacional poco o casi nada que ha escrito al respecto, situación contraria se da

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tribunal Constitucional vs. Perú, párrafo 68 y 71.

14 Expediente N° 2456-2004-AA/TC, fundamento. 2 y 3.



con la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional en la cual en diversos casos ha dejado establecido algunos derechos que se encuentran contenido en el debido proceso dentro del marco tributario, siendo los siguientes:

3.1 Derecho de libre acceso a la jurisdicción

El derecho de libre acceso a la jurisdicción se constituye en un derecho implícito del debido proceso. Se desprende del inciso tres, del artículo 139º, de la Constitución, interpretado de conformidad con el artículo 10º, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 14º, inciso uno, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8º, inciso uno, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según los cuales, toda persona tiene derecho de ser oída, con todas las garantías, por un tribunal competente, independiente e imparcial.

Si partimos de la idea de que la jurisdicción nace con la finalidad de solucionar los conflictos mediante un tercero imparcial (juez), el derecho de libre acceso a la jurisdicción se constituye en el primer escalón en el ejercicio del derecho a la prestación judicial y le corresponde a toda persona física o jurídica, privada o pública, peruana o extranjera, a quienes el ordenamiento jurídico reconozca capacidad para ser parte en un proceso.

En el ámbito del amparo en materia tributaria, el Tribunal Constitucional ha establecido que *"el derecho a la tutela judicial efectiva, en su expresión de acceso a la jurisdicción, debe comprenderse también como un derecho de acceso a la jurisdicción constitucional, a efectos de que ninguna autoridad o funcionario pueda poner más obstáculos que los previstos en la legislación que regula los procesos constitucionales. El establecimiento de mecanismos de gradualidad que, en este caso, opera como freno para la interposición de recursos y que en la práctica impide el acceso al Tribunal Constitucional, supone, desde esta óptica, también un mecanismo que imposibilita la tutela jurisdiccional efectiva en el ámbito de la jurisdicción constitucional"*¹⁵.

En cuanto al principio *solve et repete*, cabe mencionar que en una de sus formulaciones implica que *"la impugnación de cualquier acto administrativo que implique liquidación de un crédito a favor del Estado sólo es posible si el particular se aviene previamente a realizar el pago que se discute"*¹⁶. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que *"su exigencia, es decir, que se condicione el pago de la obligación tributaria para que se admita una demanda, cuyo objeto sea iniciar un proceso en el que se cuestione la validez de su imposición, es un obstáculo serio de orden material para que el contribuyente pueda acudir a un tribunal de justicia. Obstáculo desproporcionado si es que se tiene en cuenta que el deber de todos de contribuir con el sostenimiento de los gastos públicos, incluso de aquellos que pretenden cuestionar judicialmente un acto administrativo tributario, puede alcanzarse a través de otros medios (...). En otras palabras, es desproporcionado porque su finalidad constitucional -que el Estado cuente con los recursos necesarios para hacer frente a sus cargas- es sólo un pretexto que, alcanzándose a través de otros medios, en realidad, tiene el propósito de desalentar el cuestionamiento judicial de sus actos administrativos de contenido tributario"*¹⁷.

3.2. El derecho de defensa.

El derecho de defensa se encuentra establecido en el inciso catorce, del artículo 139º, de la Constitución que establece "El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad".

15 Expediente N° 1803-2004 -AA/TC, fundamento 29.

16 GARRIDO FALLA, Tratado, p. 53 y sgts, citado en GARCIA BELSUNCE, Horacio. Tratado de Tributación pp. 388

17 Expediente N° 3548-2003 -AA/TC, fundamento. 7

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “(...) el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés. (...) En el extremo que se discute de autos –donde se contraponen la actuación de oficio del Estado bajo la presunción de legalidad de sus actos (iuris tantum) frente a un particular–, la vulneración del derecho de defensa quedaría fehacientemente constatada si se comprobase que la Administración Tributaria ha sustentado sus conclusiones en base a pruebas inexistentes o desconocidas, pues ello determinaría la imposibilidad de contradecirlas y, obviamente, defenderse contra ellas; más aún si tales pruebas, por sí mismas, resultaron sustanciales y determinantes para la resolución de la controversia”¹⁸.

Conviene mencionar una importante decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según el cual, la extensión del derecho a disponer del tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de la defensa, que beneficia tanto al procesado como a su abogado, y a lo largo de todo el procedimiento, teniendo en cuenta la complejidad o sencillez del caso y la razonabilidad del plazo otorgado para preparar la defensa, constituyen parámetros de una posible lesión al derecho a la defensa medible en el tiempo.¹⁹

De otro lado, en un caso en el que se alegaba que la SUNAT había vulnerado el derecho de defensa de un contribuyente por haber notificado en el mismo día tanto una orden de pago como la respectiva resolución de cobranza coactiva, el Tribunal Constitucional determinó que “se acredita la vulneración al debido proceso y del derecho de defensa en sede administrativa tributaria, no solo al no haberse esperado el plazo señalado por la propia Administración para el inicio del procedimiento de cobranza coactiva sino, además, por abusar de la facultad que se le otorga para asegurar la cancelación de las deudas tributarias”²⁰.

Asimismo, el TC sostuvo que se vulneró el derecho de defensa en un caso en el que una “entidad demandante interpuso recurso de queja contra la Municipalidad Distrital de Paramonga – Barranca, por haberle iniciado procedimiento de cobranza coactiva de la Resolución de Determinación N.º 017-2000-UAT-MDP, sin haberle notificado previamente dicho valor y por haberle impedido el acceso al Expediente Coactivo N.º 001-00-MDP/EC, conforme se desprende de los documentos que adjunta”, por lo que “la demandante no ha podido ejercer su derecho de defensa ni interponer los medios impugnatorios correspondientes; deducir la nulidad –si fuere el caso– y recurrir a las instancias administrativas respectivas y, en todo caso, no pudo haber contradicho alguna resolución que la perjudicara a través de la acción contencioso-administrativa”²¹.

Finalmente, el TC declaró infundada una demanda en la que se alegaba la vulneración del derecho de defensa, pues no consideró que los hechos descritos evidencien la vulneración al derecho de defensa del recurrente, toda vez que nunca estuvo en un real estado de indefensión, puesto que pudo ejercer los medios impugnatorios en la vía administrativa, conforme consta de autos, e incluso tuvo el derecho para ampararse en la excepción prevista en el artículo 141º del Código Tributario, que establece que “no se admitirá como medio probatorio aquel que habiendo sido requerido durante el proceso de fiscalización no hubiera sido presentado salvo que el deudor pruebe que la omisión no se generó en su causa (...)”²².

18 Expediente N° 08605-2005 -AA/TC, fundamento 14 y 15.

19 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Albert y Le Compe (1993)

20 Expediente N° 00417-2005 -AA/TC, fundamento. 4

21 Expediente N° 2721-2003 -AA/TC, fundamento 5 y 6

22 Expediente N° 1863-2004 -AA/TC, fundamento 6



3.3 El derecho a la tutela cautelar

El derecho a la tutela cautelar se constituye en un contenido implícito del debido proceso y la tutela jurisdiccional establecidos en el inciso tres, del artículo 139º, de la Constitución. En cuanto tal, exige que en todo proceso de naturaleza jurisdiccional deban existir medida o medidas cautelares que aseguren la efectividad de la tutela jurisdiccional del Estado, de manera tal que se puedan neutralizar los perjuicios irreparables y se asegure provisionalmente los efectos que en definitiva se adopten en el respectivo proceso.

Una de las excepciones que podría plantearse a esta exigencia de que todo proceso cuente con medidas cautelares es el caso del proceso de inconstitucionalidad, que debido a su especial naturaleza y a las consecuencias que podría ocasionar la suspensión de la eficacia de las leyes puede no admitir la procedencia de medidas cautelares.

Asimismo, es importante tener en cuenta que una de las principales características que posee el derecho a la tutela cautelar es que ésta sea efectiva. En efecto, resultaría contrario a la tutela jurisdiccional todo acto que convierta en ineficaz la tutela cautelar, es decir, que por ejemplo el legislador no podría dictar disposiciones que disuadan a los justiciables respecto de la interposición de la medida cautelar estableciendo un procedimiento de una duración que incluso exceda la duración de proceso principal o estableciendo procedimientos especiales en lo que se exijan requisitos injustificados.

En cuanto a los presupuestos que debe considerar el Ejecutor Coactivo para decretar una medida cautelar, el Tribunal Constitucional ha sostenido que *“Una medida cautelar no puede decretarse de manera automática ante la sola petición del solicitante. Se debe tener en cuenta, por lo menos, dos requisitos mínimos, a saber: verosimilitud del derecho y peligro en la demora. (...) [La] Verosimilitud en el Derecho (fumus bonis iuris) (...) implica que quien afirma que existe una situación jurídica pasible de ser cautelada, debe acreditar la apariencia de la pretensión reclamada, a diferencia de la sentencia favorable sobre el fondo, la cual se basa en la certeza de tal pretensión. El peticionario tiene la carga de acreditar, sin control de su contraria, que existe un alto grado de probabilidad de que la sentencia definitiva que se dicte oportunamente reconocerá el derecho en el que se funda la pretensión. (...) [El] Peligro en la demora (periculum in mora) (...) se ve configurado por dos elementos: la demora en la obtención de una sentencia definitiva, y el daño marginal que se produce precisamente a causa de este retraso. Este presupuesto básico está referido al peligro de daño (peligro procesal) al derecho esgrimido en el proceso judicial (o coactivo, como el caso de autos) derivado del retardo que necesariamente conlleva el reconocimiento judicial de un derecho reclamado. Dicho derecho, ante un peligro inminente o irreparable, debe ser protegido de manera inmediata, a fin de evitar que, en caso de obtenerse una sentencia favorable, esta no pueda ser cumplida (...)”*²³

No obstante los requisitos “básicos” que de acuerdo al TC deben ser evaluados previamente al dictado de la respectiva medida cautelar, es importante precisar que, conforme a un sector de la doctrina, otro requisito básico para el dictado de una medida cautelar es la “adecuación”, la misma que parte de la “necesidad de que se otorguen medidas cautelares que sean **congruentes y proporcionadas** con, precisamente, el objeto que es materia de esta tutela de aseguración”²⁴. Mediante la congruencia se exige la “*correlación lógica que necesariamente deberá establecerse entre la cautelar concedida y el objeto de la tutela*”²⁵, y la proporcionalidad, a diferencia de la anterior, se encuentra referida a una “*calificación cuantitativa y no cualitativa en la correlación necesaria que debe existir entre la medida otorgada y el objeto que esta busca asegurar*”²⁶.

23 Expediente N° 00015-2005-AA/TC, fundamento 28

24 MONROY PALACIOS, Juan José. Bases para la formación de una teoría cautelar, ed. Comunidad, Lima, 2002, p. 189

25 Idem.

26 Idem.

3.4 El derecho a la motivación.

El derecho a la motivación se encuentra contenido en el inciso cinco, del artículo 139º, de la Constitución, el que establece que “La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales se constituye en el derecho de toda persona a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier tipo de procesos. Una de sus principales sus finalidades es asegurar que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley. Asimismo, este derecho busca facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa. Como lo ha sostenido el TC, su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o si se presenta el supuesto de motivación por remisión²⁷.

En cuanto a la exigencia de motivación en sede administrativa, el TC ha sostenido que “un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando sólo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión. De modo que, como ya se ha dicho, motivar una decisión no sólo significa expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente exponer las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada”²⁸.

Por otra parte, cabe mencionar que el TC ha sostenido que “(...) la motivación supone la exteriorización obligatoria de las razones que sirven de sustento a una resolución de la Administración, siendo un mecanismo que permite apreciar su grado de legitimidad y limitar la arbitrariedad de su actuación. Evidentemente, tal exigencia varía de intensidad según la clase de resolución, siendo claro que ella deberá ser más rigurosa cuando se trate, por ejemplo, de decisiones sancionadoras, como ocurre en el caso sub examine”²⁹.

En el ámbito administrativo tributario, el TC ha precisado, en un determinado caso, que “*la garantía de la motivación suficiente ha sido respetada, tomando en cuenta además que (...) la Administración puede cumplir la exigencia de la motivación, a través de la incorporación expresa, de modo escueto o extenso, de sus propias razones en los considerandos de la resolución, como también de la aceptación íntegra y exclusiva de los establecido en los dictámenes o informes previos emitidos (...)*”³⁰.

3.5 La prohibición de la reformatio in peius

La reformatio in peius se constituye en un contenido implícito del debido proceso y como tal “se infringe cuando la condición del recurrente empeora como consecuencia de su misma impugnación, pero no cuando se produce en base a otros recursos formulados de forma concurrente o incluso incidental, que permiten la oportunidad de oponerse a los mismos y utilizar contra ellos los medios de defensa que se estimen convenientes, ya que de no ser así, se excluirían las pretensiones de quienes también son parte en el proceso. La reformatio in peius, además de comportar indefensión para el recurrente, al ver empeorada su situación en base a unos razonamientos que obviamente él no ha efectuado, constituiría, de aceptarse, un claro elemento de disuasión en la interposición de los recursos”³¹.

27 Expediente N° 1230-2002 -HC/TC, fundamento jurídico 11.

28 Expediente N° 0090-2004 -AA/TC, fundamento 34

29 Expediente N° 4289-2004 -AA/TC, fundamento 9

30 Expediente N° 08605-2005 -AA/TC, fundamento 24

31 CHAMORRO BERNAL, Francisco. La tutela judicial efectiva. Bosh, Barcelona, 1994, p.167



Sobre el particular el Tribunal Constitucional ha sostenido que *"La interdicción de la reformatio in peius o reforma peyorativa de la pena es una garantía del debido proceso implícita en nuestro texto constitucional. Si bien tal interdicción se identifica íntimamente con el derecho de defensa, pues agravar una pena para condenar por un ilícito que no haya sido materia de acusación, importa una grave afectación del mentado derecho, es indudable que la proscripción de la reformatio in peius también tiene una estrecha relación con el derecho de interponer recursos impugnatorios"*³².

De otro lado, el TC sostuvo que *"(...) la garantía constitucional de la prohibición de reforma peyorativa o reformatio in peius debe entenderse como una garantía que proyecta sus efectos también en el procedimiento administrativo sancionador y, en general, en todo procedimiento donde el Estado ejercite su poder de sanción y haya establecido un sistema de recursos para su impugnación"*³³.

En la sentencia precitada, el Tribunal Constitucional sostuvo que *"al haberse incrementado el monto de la multa como consecuencia del ejercicio de un derecho constitucional, dicho incremento producido al confirmarse la Resolución N.º 134- 02-0006188, mediante Resolución N.º 136-4-01814/SUNAT -ambas resoluciones de la Intendencia Regional de Junín- resulta nulo; y las normas que así lo autorizan, inaplicables por ser violatorias del derecho de defensa, del derecho a los recursos y a la garantía constitucional de la prohibición de reforma peyorativa"*³⁴.

Finalmente, cabe mencionar que para apreciar una *reformatio in peius*, con relevancia constitucional, deben presentarse tres requisitos: a) el empeoramiento de una situación reconocida al recurrente con anterioridad a la interposición del recurso; b) que el empeoramiento sea consecuencia del propio recurso; y c) que se haya producido verdadera indefensión³⁵; es decir que si no se cumple con dichos requisitos no se puede invocar la vulneración del debido proceso.



32 Expediente N° 1918-2002 -HC/TC, fundamento 4

33 Expediente N° 1803-2003 -AA/TC, fundamento 26

34 Expediente N° 1803-2003 -AA/TC, fundamento 27.

35 CHAMORRO BERNAL, Francisco. La tutela judicial efectiva. Bosh, Barcelona, 1994, p.167-173.

CUESTIONES PROBATORIAS EN LA LEY 29497

Carla Lizeth Grau Altamirano
Egresada de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo



Índice

1.- Marco introductorio: Una aproximación a las cuestiones probatorias desde el punto de vista del Derecho Procesal Civil. 2.- Tratamiento de las cuestiones probatorias en el actual proceso laboral peruano (Ley 29497). Conclusiones. Bibliografía

Resumen

Análisis de las cuestiones probatorias a nivel de la Ley 29497, efectuado en base a una interpretación a la luz de sus principios eje como de su desarrollo práctico actual.

Como se sabe, puede hacer valer una cuestión probatoria aquella parte procesal que considere que determinado medio de prueba admitido carece de validez o manifiestamente no cumple con los requisitos formales fijados para su idoneidad. En ese sentido, las cuestiones probatorias, como enseña el Dr. Hinostraza Minguez, son **“instrumentos procesales dirigidos a poner en tela de juicio algún medio de prueba, con la finalidad de que el juez declare su invalidez o tenga presente su ineficacia probatoria”**¹; donde en efecto, estos permiten materializar el derecho de contradicción², por cuanto buscan impedir la actuación o valoración de determinado medio de prueba, además que constituyen medios impugnatorios- concretamente remedios- en la medida que son precisamente los remedios procesales aquellos que se formulan por quien se considere agraviado por un acto procesal no contenido en una resolución³, como ocurre en el presente caso.

Sin embargo, ello es cuanto se puede decir de las cuestiones probatorias dentro del proceso civil, pero, ¿qué ocurre en el nuevo proceso laboral?, ¿qué precisiones caben al respecto? Así, el presente artículo tiene por objeto el tratamiento de las cuestiones probatorias a nivel de la Ley 29497, donde partiendo de un análisis a nivel del Derecho Procesal Civil, se efectuará un enfoque respecto de lo contenido en la actual Ley Procesal de Trabajo, pues existen algunos aspectos aun no tan claros respecto del tema que hoy ocupa.

❖ **MARCO INTRODUCTORIO: Una aproximación a las cuestiones probatorias desde el punto de vista del Derecho Procesal Civil.**

En primer término, las cuestiones probatorias son remedios que se encuentran regulados en el Código Procesal Civil en los artículos 300 a 304, cuyo primer artículo (300), establece que: **“Se puede interponer tacha contra los testigos y documentos. Asimismo, se puede formular oposición a la actuación de una declaración de parte, a**

¹ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto: “COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL”. Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. 1ª Edición. Mayo del año 2003. Lima, Perú.

² LEDESMA NARVAEZ, Marianella: “COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL”. Tomo I. Editorial Gaceta jurídica. 1ª edición. Julio del año 2008. Lima, Perú.

³ Artículo 356 primer párrafo del Código Procesal Civil peruano.



una exhibición, a una pericia o a una inspección judicial. También pueden ser materia de tacha y de oposición los medios probatorios atípicos”⁴ De lo que puede apreciarse el que la norma diferencia el medio de impugnación según la prueba ofrecida, por lo que si se trata de testigos y documentos será la tacha el mecanismo idóneo, mientras que si se refiere a la declaración de parte, exhibición, pericia o inspección, ha de corresponder una oposición.

✓ **TACHA.** Proviene del francés “tache”, que significa mancha, y el que a su vez proviene del antiguo francés “teche”, y éste del franco “teca”, que significaría signo, marca. Sin embargo, dicho término francés, no puede entenderse- hasta el siglo XVII-, en un sentido despectivo pues solo designaba una marca distintiva, sea buena o mala⁵.

Ahora, se entiende por tacha a aquel **“Cuestionamiento no sólo del aspecto subjetivo del testigo propuesto como medio probatorio por impedimento o prohibición legal, sino que también de la validez del documento por defecto formal o por nulidad, en la medida que se transgrede el principio de legalidad”**⁶. En otras palabras, la tacha es una especie de impugnación cuyo objeto es restar validez o importancia a un medio de prueba, en razón de existir algún defecto o impedimento respecto de él⁷, el que puede ir referido a la prueba testimonial, los medios probatorios atípicos u prueba documental.

- **Prueba testimonial.** Aquí se pretende enervar la eficacia de un testimonio a ser rendido por determinado sujeto. Y es que, en efecto, la declaración testimonial es de carácter subjetivo de quien lo presta y obviamente lo que se quiere para lograr la finalidad concreta del proceso es que los testigos sean imparciales, objetivos y fiables, para lo que la propia norma ha regulado explícitamente requisitos a cumplir, y que lleva a que corresponda una tacha contra este tipo de prueba cuando se esté ante una persona afectada por alguna causal de prohibición para declarar como testigo (art.229 del C.P.C.), impedimento (art. 305 del C.P.C.) o recusación (art.307 del C.P.C.), e, inclusive, por manifiesta inidoneidad (como cuando se ofrece la declaración de un testigo que no estuvo presente al momento de ocurrir determinado hecho que se pretende probar).
- **Prueba documental.** En este supuesto las partes, alegando la nulidad o falsedad de la prueba documental, cuestionan su validez o eficacia, a fin de que sea excluida de la actuación o valoración probatoria⁸. La tacha de documentos puede fundarse, en ese sentido, bien en su falsedad o nulidad. **FALSEDAD.** Cuando se está ante la existencia de un documento no auténtico por no guardar su contenido identidad con la realidad del acto (especialmente si son inexistentes), o con la persona a quien se le atribuye. **NULIDAD.** Referido a la existencia de un documento inidóneo para surtir efectos jurídicos por haberse inobservado en

4 Artículo 300 del Código Procesal Civil peruano

5 ALSINA, HUGO: “TRATADO TEÓRICO - PRÁCTICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL”, Edial Editores, Buenos Aires - 1,961.

6 <http://www.monografias.com/trabajos65/probatorias-codigo-procesal-civil/probatorias-codigo-procesal-civil.shtml>

7 HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto: “COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL”; tomo i; editorial gaceta jurídica; 1ª edición; mayo 2003; Lima, Perú.

8 HINOSTROZA MNGUEZ, Alberto: “LA PRUEBA DOCUMENTAL EN EL PROCESO CIVIL”; editorial San Marcos; 2ª edición; año 2010; Lima - Perú, pág. 392.

su elaboración las condiciones exigidas legalmente bajo sanción de nulidad⁹.

- **Los medios probatorios atípicos.** En este caso, la tacha tendría por finalidad impugnar la validez o denunciar la ineficacia de aquellos medios probatorios atípicos que adolecen de algún defecto o cierto impedimento. Sin embargo, en opinión del distinguido Dr. Hinostroza Minguez, sería un supuesto difícil de configurar en la medida de que respecto de los medios probatorios atípicos, es casi imposible que no sean absorbidos por la prueba pericial o documental¹⁰, sin perjuicio de lo que en caso de presentarse, dada la inesperada realidad de los hechos, cabría perfectamente se declare la procedencia de una cuestión probatoria en este tipo de pruebas.

✓ **OPOSICIÓN:** Proviene del latín Oppositio, el que a su vez encuentra su origen en el verbo oppono, el que significaría “oponer” (literalmente “poner frente a”: Compuesto de ob “frente a”, y de pono “poner”)¹¹. En ese sentido, se entiende por este instrumento procesal a aquel que **“Tiende a impedir la actuación de un medio probatorio porque la prueba no se encuentra en su poder, no ha sido producida por el que debe cumplirla o debido a la falta de idoneidad de un medio probatorio”¹²**. Es decir, es un remedio procesal que tiene por finalidad 1) impedir que se actúe un medio de prueba u 2) contradecir este a fin de perjudicar su mérito probatorio. Así, en base al art. 300 del Código Procesal Civil, se puede formular oposición a la actuación de:

- **Declaración de parte.** La que puede fundarse en diferentes motivos como la falta de pliego de posiciones, o la manifiesta inidoneidad de dicho medio probatorio para esclarecer determinado asunto controvertido, por ejemplo.
- **Exhibición.** Busca obstaculizar su práctica o que el juez en todo caso no le otorgue eficacia probatoria, como lo sería cuando se esté ante documentos respecto de los que se deba guardar secreto, o si estos devienen en impertinentes, inidóneos o inútiles, o no se haya acreditado la existencia de dichos documentos.
- **Pericia.** Aquí se pretende que determinados especialistas en alguna ciencia, arte, industria u oficio, no procedan a examinar el asunto debatido en juicio y así se vean imposibilitados de emitir una opinión al respecto, o en todo caso se tiene por fin objetar el contenido de dicho dictamen y así anular su mérito probatorio. Tal oposición puede deberse al no cumplimiento de los requisitos exigidos para su ofrecimiento (indicación clara y precisa de los puntos respecto de los que versará el dictamen, la profesión u oficio del perito y el hecho controvertido), a la inutilidad del peritaje por no requerir la materia que le fuera sometida, la no correspondencia lógica – crítica entre los fundamentos del dictamen y las conclusiones, entre otros supuestos.

9 HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto: “LA PRUEBA DOCUMENTAL EN EL PROCESO CIVIL”; Pag.392

10 HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto, “COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL”

11 MANRESA Y NAVARRO, JOSE MANA “Ley de Enjuiciamiento Civil Reformada”, 3ra. Edición, Tomo III, año, 1,910.

12 <http://www.monografias.com/trabajos65/probatorias-codigo-procesal-civil/probatorias-codigo-procesal-civil.shtml>



- **Inspección judicial.** Busca evitar que se lleve a cabo la verificación de modo personal del magistrado respecto de los hechos materia de conflicto entre las partes procesales, además que también va dirigido a cuestionar su desarrollo con la finalidad de restarle eficacia probatoria. Tal oposición puede basarse en: La inidoneidad de este medio de prueba para acreditar determinado hecho, la inutilidad del reconocimiento judicial por haber quedado demostrado con otros medios probatorios, la no constatación personal de los hechos por parte del juez (como lo sería en caso de sustitución por otra persona).
- **Medio probatorio atípico.** Tiene por fin entorpecer la práctica o enervar la fuerza probatoria de tales medios de prueba. Podría estarse ante su inidoneidad por demostrarse por ejemplo el que es un medio probatorio inútil por haber quedado suficientemente demostrado con otros medios probatorios el asunto controvertido¹³.

Como se puede apreciar, son algunos alcances en lo que respecta a las cuestiones probatorias en el Proceso Civil, y que permitiría tener una aproximación somera a lo que se pasa a analizar a continuación: Las cuestiones probatorias en la Ley 29497.

❖ TRATAMIENTO DE LAS CUESTIONES PROBATORIAS EN EL ACTUAL PROCESO LABORAL PERUANO (LEY 29497)

Así, se tiene el que en la Ley 29497 las cuestiones probatorias se encuentran reguladas del siguiente modo:

“TÍTULO II PROCESOS LABORALES

CAPÍTULO I PROCESO ORDINARIO LABORAL

Artículo 46.- Etapa de actuación probatoria

La etapa de actuación probatoria se lleva a cabo del siguiente modo:

1. El juez enuncia los hechos que no necesitan de actuación probatoria por tratarse de hechos admitidos, presumidos por ley, recogidos en resolución judicial con calidad de cosa juzgada o notorios; así como los medios probatorios dejados de lado por estar dirigidos a la acreditación de hechos impertinentes o irrelevantes para la causa. 2. El juez enuncia las pruebas admitidas respecto de los hechos necesitados de actuación probatoria. 3. Inmediatamente después, las partes pueden proponer cuestiones probatorias solo respecto de las pruebas admitidas. El juez dispone la admisión de las cuestiones probatorias únicamente si las pruebas que las sustentan pueden ser actuadas en esta etapa. 4. El juez toma juramento conjunto a todos los que vayan a participar en esta etapa. 5. Se actúan todos los medios probatorios admitidos, incluidos los vinculados a las cuestiones probatorias, empezando por los ofrecidos por el demandante, en el orden siguiente: Declaración de parte, testigos, pericia, reconocimiento y exhibición de documentos. Si agotada la actuación de estos medios probatorios fuese imprescindible la inspección judicial, el juez suspende la audiencia y señala día, hora y lugar para su realización citando, en el momento, a las partes,

testigos o peritos que corresponda. La inspección judicial puede ser grabada en audio y vídeo o recogida en acta con anotación de las observaciones constatadas; al concluirse, señala día y hora, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes para los alegatos y sentencia.

6. La actuación probatoria debe concluir en el día programado; sin embargo, si la actuación no se hubiese agotado, la audiencia continúa dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes.

CAPÍTULO II

PROCESO ABREVIADO LABORAL

La audiencia única se estructura a partir de las audiencias de conciliación y juzgamiento del proceso ordinario laboral. Comprende y concentra las etapas de conciliación, confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencia, las cuales se realizan, en dicho orden, una seguida de la otra, con las siguientes precisiones: 1. La etapa de conciliación se desarrolla de igual forma que la audiencia de conciliación del proceso ordinario laboral, con la diferencia de que la contestación de la demanda no se realiza en este acto, sino dentro del plazo concedido, correspondiendo al juez hacer entrega al demandante de la copia de la contestación y sus anexos, otorgándole un tiempo prudencial para la revisión de los medios probatorios ofrecidos. 2. Ante la proposición de cuestiones probatorias del demandante el juez puede, excepcionalmente, fijar fecha para la continuación de la audiencia dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes si, para la actuación de aquella se requiriese de la evacuación de un informe pericial, siendo carga del demandante la gestión correspondiente”.

Es entonces de advertirse el que las únicas regulaciones de las cuestiones probatorias en la Nueva Ley Procesal de Trabajo, a diferencia de la ley anterior donde se contaba con un subcapítulo específico¹⁴, van en el sentido de que i) está regulada la posibilidad de proponer cuestiones probatorias tanto en el proceso ordinario como en el abreviado; ii) en el **proceso ordinario**, luego de que el juez enuncia las pruebas admitidas respecto de los hechos necesitados de actuación probatoria, inmediatamente después, las partes pueden proponer cuestiones probatorias solo respecto de las pruebas admitidas; iii) en ese contexto, el juez dispone la admisión de las cuestiones probatorias únicamente si las pruebas que las sustentan pueden ser actuadas en esta etapa; iv) a continuación se actúan todos los medios probatorios admitidos, incluidos los vinculados a las cuestiones probatorias, empezando por los ofrecidos por el demandante, en el orden siguiente: Declaración de parte, testigos, pericia, reconocimiento y exhibición de documentos; v) en el **proceso abreviado**, ante la proposición de cuestiones probatorias del demandante el

¹⁴ En la anterior ley se encontraba regulado el que: Ley 26636 (entró en vigencia el 23/09/96) TITULO II: ACTIVIDAD PROCESAL; CAPITULO I: Medios Probatorios SUBCAPITULO VIII: Cuestiones Probatorias

Artículo 42.- TACHA.- Se puede interponer tacha contra los testigos y documentos. La oportunidad para formular la tacha o absolverla se rige por lo dispuesto en la presente Ley, debiendo indicarse con claridad los fundamentos que la sustentan, ofreciéndose o acompañándose la prueba respectiva, según el caso. El Juez deberá correr traslado a la otra parte para que absuelva. La absolución debe cumplir con los mismos requisitos de la formulación de la tacha. La tacha o absolución que no cumpla con todos estos requisitos deberá ser declarada inadmisibles de plano por el Juez en decisión inimpugnable. La actuación de los medios probatorios de la tacha o de la absolución se realizará en la audiencia única, en la que el Juez podrá declarar fundada o no la tacha, salvo decisión debidamente motivada e inimpugnable.

Artículo 43.- OPOSICION.- Puede formularse oposición a la actuación de una declaración de parte, exhibición o cotejo de documentos, pericia o inspección judicial, señalando con claridad los fundamentos que la sustentan, ofreciéndose o acompañándose la prueba respectiva, según el caso. El Juez correrá traslado a la otra parte la cual deberá absolverla cumpliendo los mismos requisitos de la oposición. La oposición o absolución que no cumpla con todos estos requisitos deberá ser declarada inadmisibles de plano por el Juez en decisión inimpugnable. La actuación de los medios probatorios de la oposición o de la absolución se realizará en la audiencia única, en la que el Juez declarará fundada o no la oposición, salvo decisión debidamente fundamentada e inimpugnable.

Artículo 44.- CONOCIMIENTO SOBREVINIENTE.- Cuando por excepción, se tiene conocimiento de la causal de tacha u oposición con posterioridad a la oportunidad para su interposición, se informará al Juez acompañando el documento que lo sustente. El Juez, sin más trámite que el conocimiento a la otra parte, apreciará el hecho al momento de sentenciar.



juez puede, excepcionalmente, fijar fecha para la continuación de la audiencia dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes si, para la actuación de aquella se requiriese de la evacuación de un informe pericial, siendo carga del demandante la gestión correspondiente.

De dicha regulación cabe comentar:

i) **“Está regulada la posibilidad de proponer cuestiones probatorias tanto en el proceso ordinario como en el abreviado”.** Y aquí es necesario hacer una pausa ante la interrogante de si con una regulación como la efectuada, ¿pueden plantearse cuestiones probatorias en los procesos impugnativos de laudos arbitrales económicos, los procesos no contenciosos, los procesos de ejecución, los procesos cautelares, es decir, en el resto de procesos que también regula la Ley 29497?. Se procede a analizar cada supuesto.

➤ **Procesos impugnativos de laudos arbitrales económicos.** Como se sabe, en base a lo regulado por el artículo 66 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, el laudo arbitral que pone fin a una negociación colectiva es susceptible de impugnación ante la Sala Laboral de la Corte Superior, tanto por razón de nulidad, por establecer menores derechos a los contemplados por la ley a favor de los trabajadores, como por contravenir las disposiciones en materia de presupuesto¹⁵. Así, principalmente podría presentarse el empleo de cuestiones probatorias en los supuesto de nulidad, pues como lo regula el artículo 63 de la Ley General de Arbitraje, el laudo sería susceptible de ser anulado cuando la parte que solicita la anulación pruebe, por ejemplo, el que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, o incluso por las causales de nulidad de acto jurídico¹⁶ en el caso que concurren supuestos como falta de manifestación de voluntad del agente, el que se haya practicado por persona absolutamente incapaz. Por ello, queda claro el que también cabe el empleo de cuestiones probatorias en este tipo de procesos, en la medida de que se requiere de probanza, por lo que no podría restringirse el derecho de contradicción correspondiente, sin perjuicio de que conforme lo regula el artículo 50 de la Ley 29497, los únicos medios probatorios admisibles en este proceso son de carácter documental.

➤ **Los procesos no contenciosos.** Es de mencionar el que de acuerdo con el artículo 761 del Código Procesal Civil, de modo específico se regula el que en este tipo de procesos son improcedentes las cuestiones probatorias cuyos medios de prueba no sean susceptibles de actuación inmediata, lo que significa que igualmente pueden haber cuestiones probatorias en los procesos no contenciosos con la limitación señalada. Sin embargo en la NLPT las materias específicas que se encuentran reguladas bajo este tipo de proceso son el de consignación, autorización judicial para ingreso al centro laboral, entrega de documentos, donde difícilmente podría surgir un supuesto que amerite estar ante una cuestión probatoria, pero que sin embargo de presentarse debería ser amparable en virtud del principio de contradicción. Y precisamente en dicho sentido, en una entrevista realizada a los jueces de paz letrado laboral del

15
16

Quincuagésima octava disposición complementaria final de la Ley 29951 (disposición permanente)
Artículo 219 del Código Civil.

distrito judicial de Lambayeque¹⁷, estos afirman en el que si bien nunca habían conocido de una cuestión probatoria en un proceso no contencioso, en caso muy remoto de configurarse, debería ser amparable.

- **Los procesos de ejecución.** Debe precisarse el que en base a lo regulado por el artículo 58 de la NLPT, si se está ante resoluciones judiciales firmes, o actas de conciliación judicial, estas son ejecutadas exclusivamente ante el juez que conoció la demanda y dentro del mismo expediente, por lo que no cabría la posibilidad de presentar tacha alguna, en tanto que solo cabría alegar un cumplimiento de una resolución judicial u acta de conciliación de la misma naturaleza, y esto pues el contenido de tales títulos ejecutivos se encuentra respaldado por el mismo órgano jurisdiccional, además que conforme a lo regulado por el artículo 690-D del Código Procesal Civil, cuando el mandato se sustente en título ejecutivo de naturaleza judicial, sólo podrá formularse contradicción si se alega el cumplimiento de lo ordenado o la extinción de la obligación, por lo que no cabría un cuestionamiento de otro tipo. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de aquellos otros títulos ejecutivos, como lo serían los laudos arbitrales firmes que, haciendo las veces de sentencia, resuelven un conflicto jurídico de naturaleza laboral, las resoluciones de la autoridad administrativa de trabajo firmes que reconocen obligaciones, el documento privado que contenga una transacción extrajudicial, el acta de conciliación extrajudicial, privada o administrativa, o la liquidación para cobranza de aportes previsionales del Sistema Privado de Pensiones; así, en este caso al notificársele al ejecutado el mandato ejecutivo se le otorga un plazo de 5 días desde la notificación para presentar contradicción, donde asimismo cabe precisar el que de conformidad con el artículo 690-D del Código Procesal Civil, es posible realizar contradicción basándose en la nulidad formal o falsedad del título, por lo que perfectamente cabría el empleo de una tacha procesal a ese efecto, y es que como se señaló en el Exp N°362-98, 15/04/98, no existe impedimento para interponer tachas en la vía procedimental ejecutiva¹⁸.
- **Los procesos cautelares.** Aquí se debe partir por el que una de las características de una medida cautelar es su reserva, en tanto que esta es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte contraria¹⁹, donde luego de emitirse el auto que concede determinada medida cautelar, la parte afectada puede formular oposición dentro de los cinco días hábiles de haber tomado conocimiento de esta. Sin embargo la defensa a ejercer el afectado es a través de una oposición, caracterizada por formularse contra una decisión judicial contenida en una resolución que declara fundada la solicitud cautelar²⁰. En ese sentido, en cambio, las cuestiones probatorias son entendidas como instrumentos procesales dirigidos a poner en tela de juicio algún medio de prueba con la finalidad de que el juez declare su invalidez o tenga presente su ineficacia probatoria, las que se formulan como remedios en tanto que son aquellos que se presentan por quien se considere agraviado por actos procesales no contenidos en resoluciones. Es decir, la tachas son un remedio, donde si bien en el fondo importan un desacuerdo, éstas van referidas solamente a la formalidad de un



17 Entrevista realizada el día diecinueve de noviembre del año 2014 a dichos magistrados.

18 TAVARA CORDOVA, Francisco: "LOS RECURSOS PROCESALES CIVILES"; *Diálogo con la Jurisprudencia*; Editorial Gaceta Jurídica; primera edición; setiembre del 2009; Lima- Perú; pág. 104.

19 Artículo 637 del Código Procesal Civil peruano.

20 <http://boletinderecho.upsjb.edu.pe/articulos/Art%C3%ADculo%20%20LA%20IMPUGNACI%C3%93N%20DE%20DECISI%C3%93N%20CAUTELAR.pdf>

medio probatorio, y en ningún caso contra determinada resolución, conforme incluso ya lo ha señalado la Corte Suprema de la República en su Casación N°3118-02/ Arequipa: **“(…) Las tachas contra instrumentos no pueden incidir en aspectos de fondo sino solo en aspectos formales”**²¹ Por ello es que el recurso apropiado en este caso es una oposición que ataque directamente la decisión cautelar, y donde esta resulta igualmente eficiente para que el afectado ejerza su defensa, por lo que no procedería una cuestión probatoria.

Por ello, en conclusión, se entiende que por las razones anteriormente expuestas, sí cabe el empleo de las cuestiones probatorias en tanto los procesos impugnativos de laudos arbitrales económicos, los procesos de ejecución, mientras que sería muy forzado -y hasta inapropiado en el caso de los procesos cautelares- entenderlo de igual modo para los procesos no contenciosos y en los procesos de carácter cautelar. Además, debe especificarse el que precisamente de conformidad con el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil (aplicable supletoriamente al proceso laboral), la finalidad del proceso es poner fin al conflicto de intereses con relevancia jurídica y así lograr la paz social en justicia, lo que para lograrse solo se conseguiría bajo los parámetros dados por un debido proceso, el que regulado en el art. 139 de la Constitución Política del Perú, contiene el derecho a la contradicción, el cual es precisamente la finalidad de toda cuestión probatoria. Sin embargo, no queda claro el por qué no se continuó con la regulación de una cláusula genérica y especial que regule a las cuestiones probatorias, mediante un tratamiento al menos genérico como lo hubo en la Ley 26636 conforme se ha detallado anteriormente.

ii) **“En el proceso ordinario, luego de que el juez enuncia las pruebas admitidas respecto de los hechos necesitados de actuación probatoria, inmediatamente después, las partes pueden proponer cuestiones probatorias solo respecto de las pruebas admitidas”.**

Cabe un comentario respecto al modo como se puede plantear cuestiones probatorias cuando se está ante medios de prueba extemporáneos. Y es que siendo que se encuentra regulada la posibilidad de incorporar medios probatorios extemporáneos en la Ley 29497 (Artículo 21º.- (...) **Extraordinariamente, pueden ser ofrecidos hasta el momento previo a la actuación probatoria, siempre y cuando estén referidos a hechos nuevos o hubiesen sido conocidos u obtenidos con posterioridad**), es evidente el que también se puede presentar cuestiones probatorias respecto a estos. En ese sentido, si bien el Art. 429 del C.P.C. establece que de la formulación de pruebas por hechos nuevos se corre traslado a la otra parte para que dentro de cinco días reconozca o niegue la autenticidad de los documentos que se le atribuyen, se tiene el que en la práctica judicial misma a nivel del derecho procesal laboral (Ley 2949) se viene observando el que se suele correr traslado a la otra parte a efectos de que tenga conocimiento de dicha prueba ofrecida, y aunque está no se admitirá hasta la etapa de actuación probatoria, ya se tiene conocimiento de la posibilidad de la admisión de esta, etapa de actuación de pruebas en la cual, en virtud del principio de concentración y economía procesal²², es precisamente donde se plantean las cuestiones probatorias respectivas.

21 Casación N°3118-02/Arequipa, Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema. El Peruano, 02/11/04, pág. 12809-12811

22 Mediante este principio se busca reunir el mayor número de actos procesales en el mínimo de diligencias, propiciando la continuidad y unidad de dichos actos a fin de que éstos no se vean afectados por dilaciones que alarguen innecesariamente la duración del proceso. Mientras que el principio de economía procesal pretende que el proceso se desarrolle en el menor número de actos procesales lo que representaría para las partes un menor ahorro de tiempo, gasto y esfuerzo (<http://derechopedia.pe/mas/derecho-laboral/133-los-principios-del-proceso-laboral-en-la-nueva-ley-procesal-del-trabajo-n-29497>)


- iii) **en ese contexto, el juez dispone la admisión de las cuestiones probatorias únicamente si las pruebas que las sustentan pueden ser actuadas en esta etapa.** En este sentido debe comentarse la posibilidad de ofrecer como medio probatorio de las cuestiones probatorias todo tipo de pruebas, con la única condición de que sean de actuación inmediata y de ser pertinentes. Así, se tiene el que la norma establece el que solo se admitirán pruebas que puedan **“ser actuadas en esta etapa”**, sin embargo, ¿a qué etapa se refiere? Es evidente el que en base al artículo 44 de la Ley 29497, la audiencia de juzgamiento si bien se realiza en un acto único, concentra las etapas de confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencia, por lo que a la premisa que se arriba es el que la etapa a la que se hace alusión es la de *actuación probatoria*²³, pero ¿cuál es el límite procesal de esta? Pues en base a lo regulado por el mismo artículo 46 de la NLPT, **“6. La actuación probatoria debe concluir en el día programado; sin embargo, si la actuación no se hubiese agotado, la audiencia continúa dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes”**. Por ello, al fijar la ley dicho parámetro, se concluye el que se está ante un medio probatorio de actuación inmediata, donde se entiende por estos a aquellos que deben ser actuados en el momento inmediato posterior a su calificación positiva; es decir, son aquellos medios probatorios que por su naturaleza pueden ser actuados al momento mismo de su admisión, por lo que se realiza en el acto sin necesidad de que se efectuase una diligencia adicional. Todo lo cual encuentra fundamento en el carácter de concentración y de economía procesal que respaldan al nuevo modelo que plantea la Ley 2949 pues se pretende reunir los actos procesales de una manera tal que en un breve lapso de tiempo se cumpla con la sustanciación del procedimiento, realizando la mayor cantidad de dichos actos en una misma audiencia con el propósito de evitar retardos innecesarios²⁴.
- iv) **a continuación se actúan todos los medios probatorios admitidos, incluidos los vinculados a las cuestiones probatorias, empezando por los ofrecidos por el demandante, en el orden siguiente: Declaración de parte, testigos, pericia, reconocimiento y exhibición de documentos.** Lo que como se ha precisado anteriormente solo se encontraría regulado para el proceso ordinario, pero que sin embargo también debe ser aplicado para todo tipo de proceso que recoja la Ley 29497, con las debidas particularidades de cada uno de estos.
- v) **en el proceso abreviado, ante la proposición de cuestiones probatorias del demandante el juez puede, excepcionalmente, fijar fecha para la continuación de la audiencia dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes si, para la actuación de aquella se requiriese de la evacuación de un informe pericial, siendo carga del demandante la gestión correspondiente.** Es de apreciarse el que por el mandato específico detallado, solo cuando el demandante proponga cuestiones probatorias, y si se requiere de la realización de un informe pericial (bajo carga del mismo demandante), de modo excepcional -bajo discrecionalidad del juez-, puede darse una audiencia complementaria para dicho efecto. Y a aquí, sin embargo, se debe precisar que actualmente la judicatura laboral opta por, en base al margen discrecional y al rol dinámico que le otorga este nuevo modelo al juzgador, hacer aplicable este enunciado tanto en el proceso ordinario, como en el abreviado, y esto a favor de tanto demandante como demandado, bajo un entendido de otorgar una igualdad plena de armas procesales, lo que se viene merituando en cada caso específico. En ese sentido,

23 “Artículo 46.- Etapa de actuación probatoria (...).3. Inmediatamente después, las partes pueden proponer cuestiones probatorias solo respecto de las pruebas admitidas. El juez dispone la admisión de las cuestiones probatorias únicamente si las pruebas que las sustentan pueden ser actuadas en esta etapa (...).”

24 <http://derechopedia.pe/mas/derecho-laboral/133-los-principios-del-proceso-laboral-en-la-nueva-ley-procesal-del-trabajo-n-29497>



el profesor JUAN F. MONROY GÁLVEZ refiere que el derecho a la contradicción es de naturaleza constitucional, por eso señala: «[e]l derecho de contradicción suele expresarse a través de una de las especies del derecho a un debido proceso legal, específicamente el llamado derecho de defensa. [...] no es concebible que una ley lo desconozca, de ser así, a través del control difuso de la Constitución, el juez estaría plenamente facultado a inaplicarla»²⁵. Es decir, tal tratamiento se basa en el que la bilateralidad del proceso implica el tratamiento igualatorio de los litigantes, donde estos deben gozar de idénticas y recíprocas oportunidades de ataque y de defensa²⁶. Sin embargo se tiene que si bien, como se pudo determinar en una encuesta a los jueces especializados y de paz letrado laboral del distrito judicial de Lambayeque, la tendencia mayoritaria es la precisada, existe otra tendencia opuesta -si bien reducida-, que aplica la norma en cuestión de modo taxativo (solo en el proceso abreviado y a favor del demandante) lo que podría llevar a que un mismo caso de verse por jueces de distinta postura obtenga pronunciamientos diversos, lo que afectaría un buen funcionamiento del sistema judicial. Así, sería necesario el que por ejemplo, vía un pleno jurisdiccional, que es como se viene uniformizando las cuestiones laborales últimamente, se tomase una postura que permita una unificación de criterios, y con ello se evite cualquier tipo de contradicciones por parte de la judicatura.



Como otro aspecto, cabe resaltarse, el que al ser la oralidad uno de los principios rectores que rigen a la NLPT - traducido en el binomio oralidad-inmediación-, es que las cuestiones probatorias son efectuadas mediante una dinámica actividad oral (**las cuestiones probatorias se plantean y se absuelven oralmente**), lo que tiene por finalidad lograr un proceso más célere. Y es que no cabría de ningún modo el que estas se formularan por escrito, en la medida que ello solo ocasionaría el que el proceso se vuelva sumamente engorroso y en consecuencia se contradijera con los fines mismos que inspiran al nuevo sistema. Por ello es que la ley exige el que las partes concurren a la audiencia en la que se actúan las pruebas con todos sus testigos, peritos y documentos que en dicho momento corresponda ofrecer, exhibir o se pretenda hacer valer con relación a las cuestiones probatorias, a fin de que puedan contar con todas las herramientas necesarias a efectos de hacer valer su derecho de contradicción²⁷.

Por otro lado, respecto al momento en que deben ser resueltas las cuestiones probatorias, pues se viene apreciando el que los juzgadores suelen resolver estas en la misma audiencia en caso se esté ante cuestiones que no posean mayor nivel de complejidad, mientras que en aquellos supuestos que requieran de una mayor valoración se suele reservar el pronunciamiento al emitir sentencia. Y aquí, al no existir mandato específico, es que no existe restricción alguna, con excepción de las oposiciones, donde por la misma naturaleza de estas es que se suelen resolver en el mismo momento de la audiencia; en realidad los jueces pretenden el que las incidencias queden totalmente resueltas a efectos de aguardar solo la resolución de fondo, es decir que el expediente “llegue limpio a despacho”, y así no encontrar mayores complicaciones, pero no siempre ello puede darse así, bien por la cantidad de audiencias sucesivas por día (una tras de otra), y en otros supuestos por el

25 MONROY GALVEZ, Juan. *Teoría General del Proceso. Numero 6, Editora Palestra. Lima 2007, pp 519-525*

26 <http://boletinderecho.upsjb.edu.pe/articulos/Art%C3%ADculo%20%20LA%20IMPUGNACI%C3%93N%20DE%20DECISI%C3%93N%20CAUTELAR.pdf>

27 Art. 21 de la Ley 27497

nivel de valoración que se debe efectuar, todo lo que queda bajo el carácter discrecional del juzgador que le acompaña en tanto el modelo procesal laboral que plantea la Ley 29497.

Asimismo, debe comentarse la posibilidad de formular cuestiones probatorias a la prueba de oficio ordenada por el Juez. Y aquí se debe precisar el que no existe razón jurídica que prohíba, impida o limite la posibilidad de cuestionar la prueba de oficio a nivel del derecho procesal civil, y donde situándonos respecto del actual proceso laboral se tiene el que pese a que el artículo 28 de la Ley 29497 menciona que el juez en decisión motivada e inimpugnable puede llamar a la prueba de oficio, dicha facultad debe encontrar cierto límite a su actuación, y esto en la medida de que el poder que permite al juzgador ordenar a este tipo de pruebas no es irrestricto, por cuanto este debe dar trámite a las cuestiones probatorias formuladas, pues de lo contrario se corre el riesgo de actuarse pruebas prohibidas²⁸. Y es que en efecto, la Nueva Ley Procesal del Trabajo solo prohíbe impugnar la decisión de solicitar la prueba de oficio, pero no cuestionar la prueba misma, lo que sería inconcebible dentro de un contexto en el que se busca tutelar un debido proceso materializado en el derecho a la contradicción, el que constituye la esencia de las cuestiones probatorias. Sin embargo, también se tiene el que si bien lo antes señalado es lo que se viene manejando a nivel de la jurisdicción laboral lambayecana, existe cierto sector de jueces que no coincide con ello, y que en consecuencia no admite cuestiones probatorias respecto de una prueba de oficio, en el entendido de que en efecto, esta es inimpugnable por mandato de la ley, y que ello no admitiría ninguna afirmación en contrario. Todo lo cual hace ver el que aquí también urge un acuerdo de posturas a nivel de nuestra judicatura, al igual que como se ha tenido oportunidad de señalar, pues no existiría motivo justificado para estar ante criterios contrarios y sobre todo siendo que si bien pareciera el que un supuesto como el comentado sería de no tan común configuración, en caso de darse este, y no permitirse el que se plantee una cuestión probatoria, se afectaría gravemente el derecho al debido proceso.

Finalmente, estos son solo algunos aspectos sobre los que cabía una reflexión en torno a lo regulado respecto a las cuestiones probatorias por la Ley 29497, y de donde se puede apreciar el que se viene cubriendo cualquier vacío con la práctica misma, y respecto a los supuestos señalados, como en la prueba de oficio, o a la continuación de la audiencia dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes, sería necesario una unificación de criterios, pues está de por medio una adecuada tutela del principio de contradicción. Asimismo, debe enfatizarse el que una de las reglas base que inspiran al nuevo proceso laboral, es el contenido en el artículo III del título preliminar de dicha norma donde se señala que **“En todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad. En particular, acentúan estos deberes frente a la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad. Los jueces laborales tienen un rol protagónico en el desarrollo e impulso del proceso (...)”**. Así desde la lectura del dispositivo, se puede concluir que el proceso regulado por la Nueva Ley Procesal de Trabajo, tiene incorporado en su núcleo la necesidad de una actitud proactiva del magistrado, es decir, para este ya no bastará mantener aquella clásica postura equidistante de las partes, sino que tendrá que intervenir de manera directa en el desarrollo del proceso, siempre y cuando



ello sea necesario para preservar un verdadero equilibrio procesal a fin de que tal proceder se revele como imprescindible para mantener una real paridad entre los litigantes²⁹.

CONCLUSIONES.

- ✓ Sí cabe el empleo de las cuestiones probatorias en tanto los procesos impugnativos de laudos arbitrales económicos, los procesos de ejecución, mientras que sería muy forzado -y hasta inapropiado en el caso del proceso cautelar- entenderlo de igual modo para los procesos no contenciosos y en los procesos de carácter cautelar.
- ✓ Cuando se presentan medios probatorios extemporáneos, se suele correr traslado a la otra parte a efectos de que tenga conocimiento de dicha prueba ofrecida, y aunque está no se admitirá hasta la etapa de actuación probatoria, ya se tiene conocimiento de la posibilidad de la admisión de esta.
- ✓ Las cuestiones probatorias solo pueden respaldarse en medios probatorios de actuación inmediata.
- ✓ Si bien la ley establece el que en el proceso abreviado, ante la proposición de cuestiones probatorias del demandante el juez puede, excepcionalmente, fijar fecha para la continuación de la audiencia dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes si, para la actuación de aquella se requiriese de la evacuación de un informe pericial, actualmente la judicatura laboral opta por, en base al margen discrecional y al rol dinámico que le otorga este nuevo modelo al juzgador, hacer aplicable este enunciado tanto en el proceso ordinario, como en el abreviado, y esto a favor tanto del demandante como del demandado. Sin embargo existen ciertos magistrados que aplican la norma en cuestión de modo taxativo (solo en el proceso abreviado y a favor del demandante) lo que podría llevar a que un mismo caso de verse por jueces de distinta postura obtenga pronunciamientos diversos, lo que afectaría un buen funcionamiento de la administración de justicia.
- ✓ Las cuestiones probatorias se plantean y se absuelven oralmente.
- ✓ No existe razón jurídica que prohíba, impida o limite la posibilidad de cuestionar la prueba de oficio a nivel del actual proceso laboral, pues se tiene el que pese a que el artículo 28 de la Ley 29497 menciona que el juez en decisión motivada e inimpugnable puede llamar a la prueba de oficio, dicha facultad debe encontrar cierto límite a su actuación, y esto en la medida de que el poder que permite al juzgador ordenar a este tipo de pruebas no es irrestricto, por cuanto este debe dar trámite a las cuestiones probatorias formuladas, pues de lo contrario se corre el riesgo de actuarse pruebas prohibidas
- ✓ Se viene cubriendo cualquier vacío con la práctica misma, y donde en los supuestos señalados, como en la prueba de oficio, o respecto a la continuación de la audiencia dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes, sería necesario una unificación de criterios, pues está de por medio una adecuada tutela del principio de contradicción.

BIBLIOGRAFÍA.

- ❖ ALSINA, HUGO: "TRATADO TEÓRICO - PRÁCTICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL", Edial Editores, Buenos Aires - 1,961.
- ❖ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto: "COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL". Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica. 1º edición. Mayo del año 2003. Lima, Perú.
- ❖ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto: "LA PRUEBA DOCUMENTAL EN EL PROCESO CIVIL"; editorial San Marcos; 2º edición; año 2010; Lima - Perú.
- ❖ LEDESMA NARVAEZ, Marianella: "COMENTARIOS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL". Tomo I. Editorial Gaceta jurídica. 1º edición. Julio del año 2008. Lima, Perú.
- ❖ MANRESA Y NAVARRO, JOSE MANA "Ley de Enjuiciamiento Civil Reformada", 3ra. Edición, Tomo III, año, 1,910.
- ❖ MONROY GALVEZ, Juan. Teoría General del Proceso. Numero 6, Editora Palestra. Lima 2007.
- ❖ TAVARA CORDOVA, Francisco: "LOS RECURSOS PROCESALES CIVILES"; Dialogo con la jurisprudencia; 1º edición, setiembre del 2009; Lima, Perú.

LINKOGRAFÍA.

- ❖ http://www.derecho.usmp.edu.pe/biblioteca/vox_jurix/Vox_Juris_N14.pdf
- ❖ <http://isssl.org/wp-content/uploads/2013/01/Brasil-Filho.pdf>
- ❖ <http://www.monografias.com/trabajos65/probatorias-codigo-procesal-civil/probatorias-codigo-procesal-civil.shtml>
- ❖ <http://boletinderecho.upsjb.edu.pe/articulos/Art%C3%ADculo%20%20LA%20IMPUGNACI%C3%93N%20DE%20DECISI%C3%93N%20CAUTELAR.pdf>
- ❖ <http://derechopedia.pe/mas/derecho-laboral/133-los-principios-del-proceso-laboral-en-la-nueva-ley-procesal-del-trabajo-n-29497>



DERECHO PENAL DE LOS MEDICOS EN EL ACTO DE FUNCIÓN

Leandro Acuña Fabián
Abogado



I. INTRODUCCIÓN - II. EL EJERCICIO DE LA MEDICINA Y SU RELEVANCIA CON LA ATENCIÓN MÉDICA - III. LA RESPONSABILIDAD MÉDICA - IV. RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO EN EL DELITO DE HOMICIDIO CULPOSO - V. CONCLUSIONES - VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Tal y como lo describe la Constitución Política del Perú en su Art. 2º Inc. 1, La Vida y la salud son bien jurídicos protegidos, por tal razón la capacidad de los médicos en poder entender el nivel de responsabilidad realizada con la atención del paciente, con el debido reconocimiento a la prohibición del deber de preservar la vida, como valor fundamental en el paciente sin ser muerto arbitrariamente, ya sea, por cualquier medio o circunstancia, sino por causas naturales.

Desde la Constitución de 1993, así como en los tratados internacionales y en los diferentes convenios en donde se especifica el llamado derecho Humanitario sin eximirse de entender que la vida requiere de protección absoluta expresada con claridad, siendo ésta igual para todos.

Otra de las acciones importantes que debemos tener en cuenta en la relevancia que se obtiene de la obligación y derechos y deberes por parte del Médico en la praxis y en la integridad de la persona como unidad de inseparabilidad, irrepetibilidad de cada ser humano, siendo esta unidad personal. De acuerdo a la convención Americana Sobre Derechos Humanos Art. 5º en donde nos indica que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, manteniendo el concepto sobre cada uno de los puntos descritos con una relevancia superior a la ya conocida. Por tal se puede encontrar variedad en cada uno de estas concepciones mencionadas: En el caso de la integridad física paso a estudiarse de manera funcional denominándose "Salud Integral", la misma que nos ha permitido comprender a la integridad física en el estudio de sus aspectos emocionales y espirituales. Otro aspecto es la integridad psíquica: "Toda persona tiene el derecho de ser protegida emocional e intelectualmente", esto nos indica que las personas tienen la facultad de protección por el camino jurídico y constitucional. Así también el otro aspecto es la integridad moral la misma que deviene y reside en la convicciones de todo aquel que hace a un ser con ideas propias sobre sí mismo y sobre el entorno.

De acuerdo al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y legista nos afirma que nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos que vayan en contra de su derecho fundamental a la vida y su derecho a su integridad.

Es claro tener en cuenta que frente a esta problemática de la culpabilidad del médico en la mala praxis de su profesionalismo también recae la visión errónea de tomar el carácter legal y hacerlo económico, tomando como partida el derecho penal, con lucro y compensación económica sin tomar interés en muchos casos sobre el porqué no se dio el resultado esperado.

Es también relevante reconocer la negligencia como adopción de adopciones debidas frente a actos extraordinarios actuando de manera descuidada y omisiva frente a la diligencia debida.

Es por eso que considero de suma importancia el poder entender la responsabilidad penal sobre un delito o falta por parte del médico—el mismo que se puede denotar como imprudencia profesional y se considere responsable de sus actos, ahondando la condición como nos refiere Jorge Arturo Rui: “La Responsabilidad es la condición fundamental para el ejercicio de su actividad cuya incorrecta aplicación colocara en la obligación de responder ante la justicia por actos que deriven a una culpa.

II. EL EJERCICIO DE LA MEDICINA Y SU RELEVANCIA CON LA ATENCIÓN MÉDICA

Como se sabe la actualización del campo médico ha sufrido cambios relevantes y progresivos desde una transformación de atención personal hasta la atención actuada en equipo o especializada todo esto con el fin de brindar una atención y asistencia cada vez con más responsabilidad solidaria. Pero esto en la actualidad muchas veces acarrea una serie de problemas, por los pacientes el describir al médico como una persona sin escrúpulos incapaz de comprensión del paciente. Tal es el causal que en la actualidad los médicos se han tornado por el camino económico antes que la atención y el cuidado del paciente como elemento fundamental.

De acuerdo al Código de Ética Médica (Londres 1949, enmendado en Sydney en 1969), nos dice el médico tiene la obligación de salvaguardar el tratamiento de sí mismo y permitir llamar a otro médico calificado para poder proteger al paciente. Esto en torno a que la medicina se ha especializado y comenzó a estudiarse de manera clasificada con la finalidad de especializarse para llegar a un mejor fin sobre la salud de su paciente.

Hay que tener en cuenta que el ejercicio de la medicina va conforme a su habilidad profesional la misma que en la actualidad está regulada por leyes que limitan su ejercicio. No hay que olvidar que los médicos han realizado desde el inicio de su actividad de atención el llamado “Juramento Hipocrático” como testimonio de compromiso de salvaguardar la salud y consagrar nuestra vida.

Es también trascendental hablar acerca de la atención médica como medio obligatoria e importante frente a la necesidad de seguridad hacia una buena atención, sin dejar de lado que la atención médica tiene que ver con la finalidad de la misma, la misma que se confunde con el “fin” de la atención hacia el paciente, por tal la obligación del médico hacia su paciente es de “medios” la misma que está empujada hacia una buena atención con todos los medios, instrumentos e herramientas posibles prometiendo con este cuidado y competencia para llegar al resultado, pero no el resultado de salvarle la vida ni erradicar por completo la enfermedad.

De acuerdo a Ordenamiento Sustantivo Penal, Art. 291º “Propaganda Médica ilegal”. Por tal razón el ejercicio profesional está vinculada con el ejercicio jurídico tipificadas penalmente las mismas que tienen carácter de impedimento por parte del médico para poder desenvolverse y comprometerse a curar al paciente, esto con el fin y obligación de que el médico tiene la obligación de prestar atención facultativa y correspondiente.

III. LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

De acuerdo al autor Achabal Alfredo, la responsabilidad médica tiene que ver con reparar

los daños y sufrir las consecuencias penales de los actos cometidos por el mal ejercicio de su profesión, esto siempre y cuando se hubiera incurrido en negligencia imprudencia o impericia.

Esto nos dice con claridad que las obligaciones por parte del médico se deben de pronunciar frente a las disposiciones de los órganos correspondientes para llevar el caso hacia una definición penal.

Hay existencia por parte de Dolo y Culpa con respecto a la Responsabilidad Civil por parte de profesionales que intervinieron en el caso concreto haciendo de esto una reparación económica por daño causado.

Es por eso que notando esta responsabilidad podemos observar y concretar que la responsabilidad penal deviene a partir de incurrir en un "Delito" cuando se considere que existió lesiones provocadas ya sea por imprudencia profesional o por mal praxis.

La verdadera existencia de la responsabilidad del médico en cuenta a una imprudencia, negligencia o impericia es cuando acarrea en el mismo la incapacidad y competencia necesaria para prácticas, técnicas y terapias adecuadas hacia una correcta atención, y es, por tanto, seguir con la facultad de poder describir la obligación de medios ésta como la única forma de poder curar, sin determinar el grado de profesionalismo.

Según los actos en función de la capacidad del médico, éste tiene la responsabilidad de emplear todos los cuidados y pericias, diligencias y aplicar un juicio para llegar hacia la obligación propia del medio y la resultante de salvaguardar la vida del paciente, respondiendo por la eventualidad muerte de una persona teniendo en cuenta que el significado de algunos conceptos jurídicos elementales pueda ser culposa o dolosa. Es dolosa cuando hay animus o intención de causar daño, es culposa cuando existe negligencia, imprudencia e impericia. Por lo tanto debemos tener cuenta las atribuciones de las conductas descritas haciendo de manera relevante el acto a investigar por los órganos pertinentes y por el Jueza Penal o Fisca.

Para poder determinar entonces los procesos a donde se quiere llegar podemos determinar los puntos relevantes como: la imprudencia está considerada como falta involuntaria, también denominada a la falta de previsión o de precaución. La imprudencia puede determinarse como responsabilidad criminal, esto con el consistente de causar la muerte o lesiones de un ser humano por falta de previsión, posibilidad de prever y n muchos casos voluntariedad del acto. Se dice que es negligente cuando no se guarda la precaución necesaria y tiene indiferencia por el acto que realiza dando omisión de la diligencia debida. Es también notable la descripción que se extiende mediante fallos expedidos a nivel jurisdiccional en donde se incurre en homicidio cuando el médico interviene erróneamente al paciente, provocándole consecuencia a la cual fallezca.

García Marañón nos advierte además que si el médico tiene la intención de aliviar o curar al paciente, utilizando los medios factibles y el desempeño de su actividad con las reglas cumpliendo el ordenamiento acompañando de las técnicas con idoneidad sin incurrir en negligencia o imprudencia o error culposo, resulta indudable reconocerle el derecho de afrontar riesgo profesional.

IV. RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO EN EL DELITO DE HOMICIDIO CULPOSO

Como sabemos el delito de homicidio culposo se encuentra tipificado en el Art. 111º del Código Penal: **“Toda vez que por culpa ocasiona la muerte de una persona, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años”**; a esto hay que tener en cuenta que la aplicación de la agravante para poder cumplir con la norma debe tener sustento y que la muerte se produzca en el ejercicio de la actividad profesional siendo indispensable acreditar la mala praxis aplicada al momento del acto de muerte del paciente.

Se centra también la idea que la doctrina ha señalado que la conducta culposa por parte de profesional en hacer cumplir con la acción sea de manera culposa, obteniéndose de una acción poniendo en peligro la vida emprendida con ánimo de lesionar, por falta de aplicación de cuidado o diligencia.

Poniendo en evidencia entonces el objeto de la prueba en caso judicial de la mala praxis médica, podemos argumentar que se deben tener en cuenta toda acción que se realice para encontrar la prueba del daño, su extensión y la relación con la causalidad del acto médico, por tal es importante anotar efectivamente el objeto en casos judiciales por mala praxis: daño producido por el paciente y su extensión, relación causal entre el daño al paciente y el acto médico, apropiada tipo de prestación médico y el análisis comparativo de la adecuada prestación médica que debía brindarse al paciente en el caso concreta que brindo o no dio el médico.

Lorenzetti afirma que para establecer el principio general para determinar la responsabilidad legal del médico y del equipo que lo acompaña es de división funcional y obligaciones autónomas respondiendo por los actos y hechos propios y obligaciones individuales asumidas.

Tal sentido es sustentado por Pérez de Leal, quien expresa que cada especialidad responderá en forma individual por el acto propio teniendo autonomía profesional científica y técnica. Si nos tornamos en el aspecto jurídico es necesario objetivizar la posición del médico ante la ley.



V. CONCLUSIONES

Dentro de los aspectos jurídicos hay que examinar la posición del médico ante la ley, para poder interpretar la responsabilidad médica y jurídica frente a actos que determinan la vida del paciente.

La medicina legal nos puede ayudar a encaminar la sanción por delitos contra la vida así como la jurisprudencia médica para defender sus derechos frente a la mala práctica criminal o negligencia médica.

Es importante entender que el principio de medios es el principal objetivo que se rigen los profesionales de la salud no teniendo responsabilidad sobre el fin de las enfermedades que tratan o lo que buscan los familiares del paciente.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ACHAVAL Alfredo, Manual de Medicina Legal. 2da. Edic. Abeledo Abeledo- Perrot. Buenos Aires Argentina.

ACHAVAL, Alfred, "Responsabilidad Civil del Médico", Abeledo- Perrot. Buenos Aires Argentina.

CÓDIGO PENAL Y LEYES CONEXAS. Gaceta Jurídica Editores Séptima Edición. Lima - Perú

LÓPEZ Bolado, Jorge. "Los Médicos y el Código Penal". Editorial Buenos Aires Argentina. 1981

MARCONNE MORELLO, Juan "Diccionario Jurídico Penal y Ciencias Auxiliares" Tomos I-III. 1ra. Edición A.F.A. Editores 1985

MAURACH REINHART, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Ediciones Ariel Barcelona España

M. CARRERA Y FERNÁNDEZ, Problemas Médico - Legales en la Práctica Clínica



ES POSIBLE ADQUIRIR VEHÍCULOS POR PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA, CUYA PROCEDENCIA ES ILÍCITA. (CASO DE CONTRABANDO).

Aldo Ortiz Torres
Estudiante UNPRG



SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. REGISTROS PUBLICOS Y EL TRAFICO JURIDICO. III. IMPORTACIÓN, INMATRICULACIÓN Y REGISTRO DE VEHÍCULOS EN EL PERÚ. IV. LA INMATRICULACIÓN V. EL PRINCIPIO DE FISCALIZACIÓN DE ADUANAS. VI. EL CONTRABANDO: CONSECUENCIAS Y LOS BIENES VII. INMATRICULACION DE LOS BIENES PROCEDENTES DEL CONTRABANDO. VII.1. La incautación y posterior adjudicación o donación de bienes traídos por contrabando. VII.2. Inmatriculación de vehículos materia de contrabando no incautados. VII.3. El tercero adquirente y el problema del tipo de receptación aduanera. VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCION:

Es bien sabido que en el tráfico jurídico, las diversas situaciones existentes y probables que surgen en la realidad, obligan al legislador a tratar de prever todas las realidades que le sean humanamente posible, a fin de brindar seguridad jurídica a las relaciones y negociaciones entre los miembros de la comunidad.

El sistema de registros públicos, considerado por muchos la manera más perfecta de fomentar la publicidad de propiedad de los bienes y de asegurar la fluidez y confiabilidad del tráfico jurídico, es una herramienta que el estado adopta, entre otros fines, para brindar seguridad a la población, con respecto a los distintos bienes incluidos en el tráfico jurídico, y para garantizarles su titularidad con respecto a su propiedad.

Por otro lado, la comisión de delitos no ha sido obviada por el legislador, quien ha previsto las diversas acciones que perjudican el regular tráfico de bienes, tanto dentro del país, como de los mismos provenientes de otros estados. Sobre estas últimas situaciones, se han previsto la tipificación de los llamados "DELITOS CONTRA EL ORDEN ADUANERO", los cuales están regulados por la ley N°28008, y que incluye dentro de sí, al llamado delito de CONTRABANDO, en su artículo 1°.

El delito de contrabando, como es lógico, posee una estructura típica definida, y una consecuencia jurídica determinada en la pena al autor. Además de esto, el mismo delito también tiene en cuenta la existencia de los bienes que son materia de la comisión de los delitos, y tiene en cuenta que los mismos bienes, aun con su ingreso ilícito al país, pueden ser de utilidad en la vida social.



De este modo, podemos decir que el legislador tiene una actitud severa, pero razonable, contra quienes cometen el delito de contrabando, buscando cumplir los fines que el derecho penal observa en la imposición de una pena, llámense resocializar, prevenir y proteger; por otro lado, el mismo legislador tiene también una visión razonable de las acciones que debe tomar contra los bienes que son materia del delito, tratando de que los mismos sean beneficiosos para la sociedad en general.

Así, a fin de analizar la legislación que rige el tratamiento específico de los vehículos que son materia de contrabando y su ingreso al tráfico jurídico y posterior inmatriculación e inscripción en registros, primero analizaremos el proceso regular de importación e inmatriculación e inscripción de vehículos. Luego, analizaremos el delito de contrabando en general, sus consecuencias jurídicas sobre el autor y sobre los bienes ilícitamente ingresados. Por último, daremos un análisis sobre las distintas situaciones en la que los vehículos materia de contrabando pueden ingresar al tráfico jurídico nacional, y posteriormente, ser inmatriculados en registros públicos.

II. REGISTROS PUBLICOS Y EL TRAFICO JURIDICO.

La necesidad social y jurídica de brindar a los actores del tráfico de bienes, la seguridad en sus transacciones, y de maximizar el flujo de información que los negociantes tienen a su alcance, responde a una premisa plasmada en lo referente al análisis económico del derecho, que plantea que, para alcanzar el llamado óptimo de Pareto en la regulación de las transacciones comerciales, todas las transacciones son realizadas con pleno conocimiento de sus beneficios y desventajas por los intervinientes. De este modo, el estado debe buscar que toda la población tenga la mayor cantidad de conocimiento posible sobre los bienes que negocia. El análisis económico del derecho, como refiere **GUIDO ALPA**¹, *hace referencia a una nueva metodología de estudio de los fenómenos jurídicos, que permite determinar la correspondencia que existe entre las exigencias económicas y los instrumentos jurídicos, así como establecer el costo de los instrumentos jurídicos y los efectos jurídicos que inducen a determinar el comportamiento del mercado.*

Refiere **GÓMEZ GALLIGO**², que *“la eficiencia del mercado es función de su transparencia: presupuesto del modelo competitivo es que los agentes económicos están perfectamente informados, pero lo cierto es que el que concurre en el mercado carece de información completa.*

1 ALPA, Guido. *La Interpretación Económica del Derecho*. Revista Themis. Agosto 2008, vol.42, nº 8, p. 301
2 GOMEZ, Francisco. *La Calificación Registral*. Tomo I. Editorial Civita, SA. Madrid, 1996

Aunque los precios y el mercado constituyen la base del sistema de incentivos de la economía, existen algunos problemas de información que los mercados no resuelven o lo hacen de modo insatisfactorio.”

En este sentido, el registro público constituye una de las más importantes herramientas más importantes para darle al mercado y a los que en él participan, la confianza en los demás participantes y los bienes negociados aseguren la prevalencia del negocio. Además, el registro también constituye un filtro de legalidad, en tanto que no solo se limita a una función de publicidad, sino que también cumple con la responsabilidad de asegurar que la procedencia de los bienes, así como la adjudicación o transacción de los mismos, cumple con los requisitos mínimos de legalidad, que le aseguren a los terceros que se tratan de bienes saneados y de origen legal, o si tienen alguna carga, gravamen o denuncia.

III. IMPORTACIÓN, INMATRICULACIÓN Y REGISTRO DE VEHÍCULOS EN EL PERÚ.

Según lo publicado en el portal de SUNAT³, la documentación exigible para la importación de vehículos es la siguiente

1. Declaración Única de Aduanas diligenciada en el Perú con intervención de una agencia de aduana, factura, póliza de seguro (opcional) y, según el medio de transporte utilizado, conocimiento de embarque, guía aérea o carta porte.
2. Para la importación de vehículos nuevos, el importador debe consignar en la Declaración Única de Aduanas, el código de identificación vehicular, el número de Registro de Homologación y las características registrables que correspondan de acuerdo al Anexo V del Reglamento Nacional de Vehículos. Tratándose de vehículos nuevos cuya importación es efectuada por persona natural o jurídica distinta a quien efectuó la homologación, SUNAT solicita adicionalmente, una constancia del fabricante o de su representante autorizado en Perú que acredite que los vehículos a nacionalizar, corresponden al modelo vehicular homologado. Alternativamente, se podrá presentar un Certificado de Conformidad de Cumplimiento, emitido por una Entidad Certificadora autorizada por la DGCT, que certifique que el vehículo corresponde al modelo homologado. (Artículo 88º del Reglamento Nacional de Vehículos, aprobado por Decreto Supremo N° 058-2003-MTC)



³ Información encontrada en el portal SUNAT <http://www.sunat.gob.pe/orientacionaduanera/importacionvehiculos/>, visitado el 12 de noviembre de 2014.

3. Ficha Técnica de Importación de Vehículos Usados y Especiales, consignando los códigos de identificación vehicular. Dicha ficha será llenada íntegramente por el importador del vehículo y suscrita en forma conjunta por él o su representante legal, según se trate de persona natural o jurídica, y un ingeniero mecánico o mecánico electricista colegiado y habilitado, el que deberá estar acreditado ante la Dirección General de Circulación Terrestre - DGCT del Ministerio de Transportes y Comunicaciones - MTC. El despachador de aduana debe presentar conjuntamente con la DUA dos ejemplares del citado documento y una copia de éste debidamente autenticada; siguiéndose el procedimiento establecido en la Circular N° 009-2004/SUNAT/A de 04.08.2004 para su sellado y distribución. *(Artículo 94º del Reglamento Nacional de Vehículos, aprobado por Decreto Supremo N° 058-2003-MTC publicado el 12.10.2003, modificado por Decreto Supremo N° 014-2004-MTC publicada el 28.03.2004).*

4. Reporte de Inspección en el régimen regular o Segundo Reporte de Verificación de Vehículos Usados - Revisa 2 tratándose de importaciones que proceden de los CETICOS o de la ZOFRATACNA, emitido por una entidad verificadora autorizada por el MTC, señalando que se efectuó la inspección física y documentaria del vehículo y que éste reúne las exigencias técnicas establecidas y cumple con la normativa vigente en materia de Límites Máximos Permisibles de emisiones contaminantes. Los citados reportes deben consignar el kilometraje, los valores resultantes de las pruebas de emisiones realizadas y expresar la verificación de la veracidad de la información contenida en la Ficha Técnica de Importación de Vehículos Usados y Especiales. El Reporte de Inspección bajo el régimen regular, tratándose de importaciones por circunscripciones en las que no se hubiere autorizado a entidades verificadoras, excepcionalmente podrá ser emitido por empresas certificadoras autorizadas por el MTC. *(Artículo 94º del Reglamento Nacional de Vehículos, aprobado por Decreto Supremo N° 058-2003-MTC modificado por Decreto Supremo N° 014-2004-MTC; el artículo 1º, inciso b) del Decreto Legislativo N° 843, modificado por el artículo 1º del Decreto Supremo N° 042-2006-MTC).*

IV. LA INMATRICULACIÓN

El procedimiento de la inmatriculación de un vehículo importado, es decir, la inscripción de un vehículo por primera vez, es descrito por el profesor **GONZALES BARRÓN**⁴, quien refiere:

i) **VEHÍCULO IMPORTADO**: se requiere la presentación de la llamada DUA (Declaración única de Aduanas) o la DAM (Declaración Aduanera de Mercancía), en original, que

4

GONZALES, Gunther. *Derecho Registral y Notarial*. Tomo I. 3ra Edición. Jurista Editores. Lima, 2012. P 683, 684

consta del formato color verde en sus ejemplares A, B y C, la cual debe ser contrastado por el registrador en el SIGAD, tanto respecto del LEVANTE AUTORIZADO, así como la existencia, características y veracidad del objeto.

Si esta DUA/DAM se encuentra extraviada, la norma registral señala que deberá presentarse la copia autenticada, conjuntamente con la denuncia policial de pérdida. Además, se requiere que la denuncia sea de fecha anterior al asiento de presentación. Este argumento no es correcto, pues la denuncia no es acto inscribible, por lo que no está sujeto a los efectos de la presentación en el registro. Recuérdese que el título relevante es el que contiene la adquisición, que sí debe preexistir a la fecha del asiento de presentación, lo que se constata, gracias a la tecnología, con la búsqueda que los registradores realizan en el SIGAD de Aduanas.

Si luego de la importación, se producen transferencias sucesivas, estas se acreditan mediante los comprobantes de pago ORIGINALES, sin necesidad de título público, siempre que el transferente sea empresa distribuidora o comercializadora acreditada.

En caso que el vehículo haya sido importado en condición de usado, entonces deberá adjuntarse, adicionalmente, la ficha técnica de importación que deberá contar con la firma del importador, un ingeniero mecánico y con el sello de recepción de la SUNAT, así como el Certificado de Revisión Técnica. Si el vehículo usado cuenta con sistema de combustión a gas, entonces deberá presentarse un certificado de conformidad de esta instalación, en tanto cumple con todas las exigencias técnicas vigentes, y que no causa daño al medio ambiente.

En caso de que el vehículo haya sido importado en estado 12 CKD (Complete Knock Down) o SKD (SemiKnock Down), se requiere, además, el Certificado de Ensamblaje y la Autorización del Fabricante de los componentes para el correspondiente ensamblaje. Para acreditar la autenticidad de dicha autorización, se adjuntará la Declaración jurada emitida por el representante legal de la empresa fabricante en el sentido de que el firmante de la autorización se encuentra debidamente facultado, de acuerdo con el estatuto de la empresa y las leyes de su país; asimismo, debe presentar la copia que acredita la asignación del fabricante (WMI) otorgado por el organismo nacional del país al que corresponda el VIN, de acuerdo con lo establecido por la Sociedad de Ingenieros Automotrices. La documentación extendida en idioma extranjero deberá contar con la traducción simple, acompañada de una declaración jurada del traductor, en el sentido de que dicha traducción es fiel al texto original, con su firma legalizada por notario.



V. EL PRINCIPIO DE FISCALIZACIÓN DE ADUANAS:

La necesidad de asegurar un tráfico comercial estable y fluido en el país, que ofrezca condiciones de competencia y de precio que permitan a la población participar en el mercado de manera activa, y que sean de la óptima calidad para los consumidores nacionales, exige al estado investirse de potestades que aseguren que los bienes extranjeros que ingresen al país, previamente declarados, sean realmente los que la declaración de importador expone, para así poder realizar las acciones que según ley sea requeridas.

Para **ZEGAL PASTOR**⁵, *“la fiscalización es la facultad que tiene la autoridad aduanera de comprobar declaraciones, mercancías, hechos y personas que participan, directa e indirectamente en operaciones de comercio exterior, con el objetivo de lograr el cumplimiento voluntario de las normas.*

Debemos considerar que la fiscalización aduanera no tiene exclusivamente fines de recaudación fiscal, también busca disuadir la potencial comisión de infracciones y delitos aduaneros, la creación de conciencia tributaria y brindar protección al sector productivo y comercial de la competencia desleal.”

VI. EL CONTRABANDO: CONSECUENCIAS Y LOS BIENES.

El delito de contrabando está tipificado en el artículo 1º de la ley N° 28008, el cual refiere:

“El que se sustrae, elude o burla el control aduanero ingresando mercancías del extranjero o las extrae del territorio nacional o no las presenta para su verificación o reconocimiento físico en las dependencias de la Administración Aduanera o en los lugares habilitados para tal efecto, cuyo valor sea superior a cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.”

Para el convenio de Nairobi el contrabando se define como: *“el fraude aduanero que consiste en pasar clandestinamente por cualquier medio, mercancías por la frontera aduanera”*

Para el profesor **GALLARDO MIRAVAL**⁶, el delito de contrabando puede definirse como *“la elusión del control aduanero en el ingreso de mercancías al territorio nacional, o su extracción”*

5 ZEGAL, Roberto. *Operativa de Comercio Exterior y Regímenes Aduaneros*. Editorial San Marcos. Lima 2009. p. 72

6 GALLARDO. Juvenal. *Derecho Penal Aduanero*. 2da. Edición. Editorial Rhodas. Lima, 2008. p, 273

BRAMONT ARIAS⁷, por otro lado, define al contrabando como “todo acto tendente a sustraer las mercancías de la verificación de la Aduana, bien mediante su conducción a lugares desde los cuales pueda emprenderse subrepticamente su traslado tanto al exterior o al interior del país, bien mediante el paso por la aduana utilizando métodos de elusión de todo control, todo ello cuando de las circunstancias pueda deducirse una clara intención de sustraer las mercancías del control de la Aduana.

Para **ZEGAL PASTOR**⁸, la definición de contrabando es “toda acción u omisión en la entrada o salida de mercancías que eludiendo la intervención de los funcionarios aduaneros o induciéndolos a error, viole las leyes establecidas por razones de orden público o perjudique la percepción de los tributos que deban recaudarse en ocasión de la operación.”

La acción tipificada en el referido delito, supone intrínsecamente la defraudación del principio de fiscalización aduanera.

Si bien es cierto, el presente trabajo no tiene por objeto analizar el tipo de contrabando, en lo que respecta a los elementos jurídico penales que lo integran: sujetos activos, pasivos, y el bien jurídico lesionado; no está de más darles dar una breve referencia:

Sujeto activo: cualquier sujeto.

Sujeto pasivo: la administración aduanero - El Estado

Bien jurídico lesionado: Cabe precisar que el legislador en materia penal en todo momento procura adecuar la Ley a la realidad social que se presente en un momento determinado. En este orden de ideas, al crear y sancionar una conducta como ilícito penal criminalizado (descripción de una conducta típica antijurídica) procura proteger un “bien”, el cual para efectos jurídicos se le denomina “bien jurídicamente tutelado”.

MARIO ALVA MATTEUCCI⁹ refiere que en el caso puntual del Contrabando, el bien jurídicamente tutelado es el “Control Aduanero”, no es el monto de los tributos dejados de pagar, sino el valor de las mercancías.

BUSTOS RAMÍREZ, citado por ALVA MATTEUCCI¹⁰ refiere que “*el bien jurídico es en principio el proceso de ingresos y egresos del Estado, sin embargo, hay que tener en cuenta que además de la Ley de contrabando hay una pluralidad de intereses macro-sociales protegidos*”.

7 BRAMONT, Luis. Derecho Penal, Parte Especial. 4ta edición. Editorial Ariel. Lima, 1998. p. 492

8 ZEGAL, Roberto.

9 Alva, Mario. ¿Cuándo se configuran los delitos de contrabando y defraudación de rentas aduaneras?. En Blog de Mario Alva Matteucci. Visitado el 12 de noviembre de 2014. <http://blog.pucp.edu.pe/item/65932/cuando-se-configuran-los-delitos-de-contrabando-y-la-defraudacion-de-rentas-de-aduana>

10 Alva, Mario. Ob. Cit.



La pena prevista por la comisión del delito de contrabando es no menor de 5 ni mayor de 8 años.

VII. EL INGRESO AL TRAFICO JURIDICO DE LOS BIENES PROCEDENTES DEL CONTRABANDO

Ahora bien, como hemos referido anteriormente, el legislador, al momento de disponer las consecuencias de la comisión de los delitos contra el orden aduanero, ha tenido en cuenta también el destino de los bienes que son materia de los referidos delitos, siendo así que, salvo excepciones definidas, los mismos bienes, luego de concluido el proceso penal, son destinados a los distintos organismos estatales o privados, a fin de que sean de utilidad a la sociedad.

Sin embargo, el sistema de control aduanero no es perfecto, y siempre existirán situaciones en las que, aun con las medidas de seguridad, los bienes puedan ser ingresados ilegalmente al país. Esta situación, un poco más compleja que la anterior, requerirá de un análisis más exhaustivo para determinar el destino de los bienes materia de delito, y más aún, su formal ingreso al tráfico jurídico regular.

Como es sabido, se considera que los vehículos motorizados requieren, para que puedan ingresarse en el tráfico jurídico, de su inmatriculación en los registros públicos. Anteriormente ya se ha expuesto los requerimientos para la inmatriculación de un vehículo de proveniencia extranjera en el registro de vehículos; sin embargo, los bienes traídos por contrabando, carecen de Declaración Única de Aduanas o Declaración de Mercancías de Aduanas, por lo que cualquier intento de inmatricularlo de manera regular será completamente inútil.

Sobre las distintas formas de inmatriculación de bienes ingresados al país por contrabando, respetando, lógicamente, el ordenamiento jurídico, trataremos en el presente capítulo.

VII.1. La incautación y posterior adjudicación o donación de bienes traídos por contrabando.

Como hemos referido con anterioridad, la ley N° 28008 dispone, además de la pena privativa de la libertad, las consecuencias accesorias temporales y permanentes sobre los bienes, durante y después del proceso penal que se sigue por la presunta comisión del delito aduanero. Dichas consecuencias son: la incautación de los bienes, hasta que el proceso sea resuelto por resolución que le ponga fin, tal como describe el artículo 13° de

la mencionada ley; y el decomiso, el cual es dispuesto por decisión judicial, y que puede devenir en la adjudicación de los bienes previamente incautados a entidades estatales, o en la donación de los mismos bienes a organizaciones sin fines de lucro, salvo excepciones según lo dispuesto en el artículo 23° y siguientes de la misma ley.

Estas son las llamadas consecuencias accesorias del delito de contrabando. El profesor español **MUÑOZ CONDE**¹¹ hace referencia a estas medidas y observa: *“Las consecuencias accesorias se orientan a prevenir la continuidad delictiva y los efectos de la misma, pero esta pretensión de evitar futuros delitos no se corresponde con la función contramotivadora sobre el responsable con que se entiende la tradicional orientación preventivo-especial de las penas.*

En realidad, esa orientación a la evitación de nuevos delitos se realiza actuando sobre cosas materiales, bienes o efectos del delito que, de mantenerse a disposición de los responsables, favorecerían la continuidad en la actuación delictiva”

De este modo, el estado busca evitar que la maquinaria contrabandista, en el caso concreto, vea frustrada de manera total su objetivo, y fundamenta su derecho a incautar y decomisar los bienes, teniendo en cuenta que el delito de contrabando no solo ofende al ordenamiento jurídico con la evasión tributaria, sino con el solo hecho de eludir el control aduanero e ingresar o sacar bienes del país, por lo que el total de la mercancía la mercancía es materia del delito.

Sin embargo, es materia del presente trabajo analizar el destino de los vehículos que son decomisados, y posteriormente adjudicados o donados; siendo irrelevantes otros supuestos.

Como se ha referido, es el artículo 23° de la ley N° 28008 la que hace referencia a la adjudicación de bienes materia de delitos aduaneros en general. Esta norma refiere:

“Artículo 23°.- Competencia de la Administración Aduanera sobre las mercancías decomisadas

La Administración Aduanera es la encargada de la adjudicación o destrucción de las mercancías e instrumentos provenientes de los delitos tipificados en esta Ley.

Una vez consentida o ejecutoriada la sentencia condenatoria y resuelto el decomiso de las mercancías y de los instrumentos con los que se hubiere ejecutado el delito, previa notificación



de la misma, se adjudicarán las mercancías o instrumentos a las entidades del Estado, los gobiernos regionales, municipales y a las instituciones asistenciales, educacionales, religiosas y otras sin fines de lucro oficialmente reconocidas. Se exceptúan de los alcances del presente artículo las mercancías a las que se refieren los artículos 24° y 25° de la presente Ley.”

Este artículo, se condice con lo expuesto el artículo 9°, inciso c) del REGLAMENTO DE INSCRIPCIONES DEL REGISTRO DE PROPIEDAD, que refiere que

Para otros casos, se acompañaran los siguientes documentos:

c.1) Resolución de adjudicación o constancia de acta de remate o las que hagan sus veces conforme a la legislación especial aduanera, y comprobante de pago, según corresponda, cuando se trate de vehículos en situación de abandono legal y comiso administrativo, adjudicados o rematados por la SUNAT, así como el certificado de revisión técnica a que hace referencia el Reglamento Nacional de Vehículos, de ser el caso.

De la interpretación sistemática de ambos artículos, se desprende que el proceso de inmatriculación de los bienes incautados tras descubrir un delito de contrabando es el siguiente:

- a. Luego de emitirse la sentencia condenatoria, la SUNAT emite la resolución de adjudicación de bienes. Las entidades que pueden ser beneficiarias con las adjudicaciones pueden ser las entidades del Estado, los gobiernos regionales, municipales y a las instituciones asistenciales, educacionales, religiosas y otras sin fines de lucro oficialmente reconocidas.
- b. La resolución de adjudicación, según lo dispuesto por el artículo 9, inciso c.1) del REGLAMENTO DE INSCRIPCIONES DEL REGISTRO DE PROPIEDAD, será suficiente para la inscripción de los vehículos referidos.
- c. La titularidad del bien se dará a nombre del adjudicatario, es decir, la entidad beneficiada.

VII.2. Inmatriculación de vehículos materia de contrabando no incautados

El sistema de control aduanero, como todo sistema humano, es imperfecto, y por tanto, incapaz de diezmar completamente a la empresa criminal del contrabando. Ante la

imposibilidad de detectar, retener e incautar todos los bienes de contrabando durante el control de aduanas, es durante la etapa de fiscalización posterior en que la autoridad aduanera, con apoyo de los distintos órganos de apoyo, continua en con la persecución del delito de contrabando. Sobre la fiscalización aduanera, **ZEGAL PASTOR**¹² distingue entre las acciones de control ordinario, y las de control extraordinario, y refiere sobre estas últimas: *“La realización de estas acciones no opera de manera formal ante un trámite aduanero regular, pudiendo disponerse antes, durante, o después del despacho, por las aduanas operativas o las intendencias facultadas para dicho fin”*. Como es lógico, de detectar la comisión de este delito y de ubicar los bienes contrabandeados, se procederá de igual manera que si el delito se hubiese detectado durante la fiscalización inicial de aduanas, es decir, el autor será procesado penalmente, y los bienes serán incautados, decomisados y adjudicados o donados, de resultar una sentencia condenatoria, o devueltos, de finalizar el proceso a favor del imputado. Por otro lado, de no ser posible detectar el delito ni antes, ni después de su ingreso ilegal, se entiende que los bienes materia del delito ingresarán al tráfico jurídico nacional.

Sin embargo, el ingreso al tráfico jurídico de todos los bienes no es igualmente sencillo. La mayoría de los bienes muebles que integran el tráfico jurídico tienen la característica de “no registrables”, por la razón formal de no estar contenidos en ninguna categoría de registros establecidos en la normatividad vigente, y por la razón material de ser de muy difícil, o imposible, su individualización, y por tanto, registrarlo individualmente. En contraposición, existen bienes muebles determinados que si se encuentran contenidos en la alguna de las categorías de registros públicos, como son, por ejemplo, los vehículos. Sobre los registro de bienes muebles, **GONZALES BARRÓN**¹³ refiere: *“Registros jurídicos de determinados bienes muebles, en los cuales la perfecta individualización y no fungibilidad, permite establecer un sistema registral sobre el bien mismo, que contiene todo su historial jurídico, con efectos de persecución y preferencia”*. Queda más que claro que este carácter “registrable” de ciertos bienes muebles, supone una dificultad para el contrabandista que ingresa vehículos motores registrables al país, en tanto que al no poder registrarlo y, se generan serias sospechas sobre su origen, lo que puede devenir en el descubrimiento de su delito, y los demás efectos que esto supone. Sin embargo, la pregunta versa sobre si existe un mecanismo legal por medio del cual sea posible registrar un vehículo ingresado al país mediante la comisión del delito de contrabando.

Lo primero que hay que entender sobre esto es que el sistema de Registros Públicos, entre otras finalidades, tiene por objeto justamente, evitar que los bienes registrables y de procedencia ilegal tengan un ingreso sencillo al tráfico jurídico. En este afán, la norma,

12
13

ZEGAL, Roberto. *Ibidem*, 2009. p. 74
GONZALES, Gunther, *Ibidem*, 2012. p. 555



como se describió líneas arriba, solicita distintos documentos que solo son expedidos por la Autoridad Aduanera, y solo a los vehículos que son ingresados de manera regular al país, la Declaración Única de Aduanas, o la Declaración Material de Aduanas. Sin embargo, creemos que es posible realizar la inmatriculación de un vehículo ingresado ilícitamente al país, sin la necesidad de usar vacíos legales o por medio de actos de corrupción, sino aplicando el concepto de la PRESCRIPCIÓN, tanto en el ámbito civil, como penal. De este modo, describiremos el proceso que creemos correcto para realizar una inmatriculación de vehículo contrabandeado.

En nuestra opinión, para la inmatriculación de los vehículos ilegalmente ingresados, lo primero que debe darse es la prescripción de la acción penal. **FONTAN BALESTRA**¹⁴ refiere sobre la prescripción: *“Como causa extintiva de la pena, su adopción por las legislaciones solamente tiene lugar a fines del siglo XVIII en Francia. El fundamento de este instituto es el mismo, tanto para la no aplicación de la pena como para impedir que el delito sea perseguido: el olvido y la presunción de enmienda, y con ello la inutilidad de la pena. Mediante la prescripción, el Estado renuncia al castigo del culpable, autolimitando su soberano poder de castigar”*. Es esa misma tendencia del derecho, a olvidar las ofensas y perdonar al pasar el tiempo, la que también se imprime en el tratamiento de la ilicitud de los bienes materia de contrabando, y que hace que, junto con la renuncia al poder de castigar a quien ingresa los bienes al país ilegalmente, también renuncia al poder de incautarlos, dejándolos libres de ser usados por quien le corresponda la titularidad de los mismos. De esta manera, los vehículos contrabandeados, prescrita la acción penal, y por tanto, la pena y sus consecuencias accesorias, el bien queda libre de la carga la ilegalidad con la que ingreso al país. Sin embargo, también consideramos que la sola prescripción de la pena no basta para poder ingresarlos al Registro de Vehículos, sino que es necesario además que la autoridad declare su titularidad sobre los mismos bienes.

Es en este sentido, somos de la idea que luego de que haya operado la prescripción de la acción penal, el interesado debe solicitar la declaración de PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO sobre los vehículos, para lo cual requerirá del presupuesto general requeridos para tal procedimiento, que, según el código civil, es el ejercicio de la posesión continua, pacífica y pública sobre el bien durante un periodo de 4 años. Según el artículo 3° ley N°28325, concordancia con el artículo 505° del Código Procesal Civil, los requisitos para acreditar lo el presupuesto de la prescripción son los siguientes:

- Solicitud firmada por el interesado y los testigos propuestos, autorizada por abogado.

- Copia literal de la partida registral del vehículo o certificación de no encontrarse inscrito en el Registro de Propiedad Vehicular.
- Declaración testimonial de no menos de tres ni más de seis testigos mayores de veinticinco años.
- Certificación expedida por la Dirección de Investigación de Robo de Vehículos (DIROVE) de la Policía Nacional del Perú en la que conste que el vehículo no tiene afectaciones por robo.
- Evidencia de la posesión del vehículo.

Concluido el proceso de declaración de Prescripción Adquisitiva de Dominio, el nuevo titular del bien, podrá solicitar la inscripción del vehículo en registros públicos, presentando el instrumento publico notarial que declare la prescripción adquisitiva del bien. Este instrumento, según el artículo 3, literal g) de la ley N° 28358, es titulo suficiente para efectuar la inscripción del vehículo en registros públicos.

VII.3. El tercero adquirente y el problema del tipo de receptación aduanera.

La idea de persecución aduanera y penal anteriormente expuesta, supone ubicar y sancionar a los autores del delito de contrabando aun después del control aduanero ordinario, además ejecutar las consecuencias accesorias del delito en cuestión, es decir, la incautación y decomiso de los bienes materia del delito. Sin embargo, creemos que existe una situación en la que, aun cuando se detecta la comisión del delito y se individualiza al autor, no es posible ejecutar la consecuencia accesoria que el proceso penal conlleva: la transferencia del bien a un tercero de buena fe.

Sin embargo, el problema surge cuando se confronta esta premisa a la tipificación del delito de Receptación Aduanera, descrito en el artículo 6° de la ley N° 28008, que refiere: *“El que adquiere o recibe en donación, en prenda, almacena, oculta, vende o ayuda a comercializar mercancías cuyo valor sea superior a cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias y que de acuerdo a las circunstancias tenía conocimiento o se comprueba que debía presumir que provenía de los delitos contemplados en esta Ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”*





Este tipo penal tiene como finalidad impedir que los contrabandistas transfieran la propiedad del bien ilícito, estableciendo una sanción penal para quien participa en el tráfico de dichos bienes, ya sea como parte o como auxiliar en los negocios que incluyan dichos bienes. Este tipo penal, sin embargo, está redactado de una manera sumamente similar al del delito de receptación, como delito contra el patrimonio, y tipificado por el artículo 194 del código penal, y que refiere: El que adquiere, recibe en donación o en prenda o guarda, esconde, vende o ayuda a negociar un bien de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con treinta a noventa días-multa. Ambos tipos penales tiene la característica de incluir como uno de los elementos descriptivos del tipo la “presunción de ilicitud”, un hecho bastante criticado por la doctrina nacional. Sobre la inclusión de la presunción de ilicitud en el delito de receptación, **PEÑA CABRERA**¹⁵: “En resumidas cuentas, el legislador ha optado por una fórmula del tipo subjetivo, que por su ambigüedad y poca claridad, puede resultar lesiva al principio de culpabilidad y al principio de legalidad; pudiendo dar lugar a resoluciones que pueden colindar con un marco de irrazonabilidad”. Sin embargo, creemos que, con respecto al caso específico de los vehículos materia de contrabando, este elemento tan poco claro y harto criticable, toma una forma más nítida y puede ser delimitado en base a la normatividad referida a lo anteriormente expuesto en el presente trabajo. Así, teniendo en cuenta que la adquisición de un vehículo es un negocio de relativa importancia, el legislador le ha otorgado formas de garantizar su licitud, tanto del acto de transacción, como del origen del bien. En este orden, la licitud del origen del bien se puede confirmar, con respecto al hecho de no ser un bien materia de contrabando, por el hecho de que el vendedor, a pesar de no haber inscrito el vehículo en Registros Públicos, cuenta con la documentación aduanera requerida para tal efecto, es decir, la DUA o la DMA, o, como refiere GONZALES BARRON, el bien es adquirido en una empresa distribuidora o comercializadora autorizada. Probar la observancia de estos requisitos se constituye, en nuestra opinión, en la única forma de probar la buena fe en la compra de un bien que ha sido ingresado al país ilícitamente. De esta manera, si un tercero compra, por ejemplo, un vehículo contrabandado a una distribuidora autorizada, de descubrirse luego la ilicitud en el ingreso al país de dicho bien, y aun cuando no haya prescrito la acción penal, el comprador tendrá salvo su derecho sobre el bien legítimamente adquirido, y podrá inscribirlo con la sola presentación del comprobante de pago original.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Queda claro con lo expuesto, que el registro público, se constituye en una herramienta

¹⁵ PEÑA, Alonso. Derecho Penal, Parte Especial. Tomo II. Editorial Moreno S.A. Lima, 2010. p. 312

que no solo sirve para generar seguridad estática, definida así a la garantía del titular de un derecho a que este se encuentre a salvo; y seguridad dinámica, es decir, que las transacciones se realicen con los titulares verdaderos. Por el contrario, el Registro Público cumple también una función de control de los bienes que ingresan al tráfico jurídico formal, imponiendo barreras infranqueables para los bienes individualizables y perseguibles de procedencia ilícita, como son por ejemplo, los vehículos de contrabando.

Sin embargo, como hemos referido, existen tres situaciones en las que la ilicitud del vehículo se ve saneada y, por tanto, puede ser inscrito en registros públicos, en el registro de propiedad vehicular. Dichas situaciones son:

1. La incautación del vehículo contrabandeado y su posterior decomiso.
2. La prescripción de la acción penal, y la posterior declaración de prescripción adquisitiva de dominio por parte del poseedor legítimo del vehículo contrabandeado.
3. La adquisición del bien por parte de un tercero de buena fe, en observancia de los requisitos mínimos legales establecidos para la compra de un vehículo de origen extranjero.



IX. BIBLIOGRAFIA

- ALPA, Guido. *La Interpretación Económica del Derecho*. Revista Themis. Agosto 2008, vol.42, nº 8
- Alva, Mario. ¿Cuándo se configuran los delitos de contrabando y defraudación de rentas aduaneras?. En Blog de Mario Alva Matteucci. Visitado el 12 de noviembre de 2014. <http://blog.pucp.edu.pe/item/65932/cuando-se-configuran-los-delitos-de-contrabando-y-la-defraudacion-de-rentas-de-aduana>
- BRAMONT, Luis. Derecho Penal, Parte Especial. 4ta edición. Editorial Ariel. Lima, 1998
- FONTAN, Carlos. Derecho Penal, Parte General. ABELEDO PERRON. Buenos Aires, 1998
- GALLARDO. Juvenal. Derecho Penal Aduanero. 2da. Edición. Editorial Rhodas. Lima, 2008

- GOMEZ, Francisco. *La Calificación Registral*. Tomo I. Editorial Civita, SA. Madrid, 1996
- GONZALES, Gunther. *Derecho Registral y Notarial*. Tomo I. 3ra Edición. Jurista Editores. Lima, 2012
- MUÑOZ, Francisco. *Derecho Penal, Parte General*. Editorial Tirant Le Blanch. 6ta Edición. Madrid, 2006
- PEÑA, Alonso. *Derecho Penal, Parte Especial*. Tomo II. Editorial Moreno S.A. Lima, 2010
- Portal SUNAT <http://www.sunat.gob.pe/orientacionaduanera/importacionvehiculos/>, visitado el 12 de noviembre de 2014.
- ZEGAL, Roberto. *Derecho Aduanero*. Editorial San Marcos. Lima 2008
- ZEGAL, Roberto. *Operativa de Comercio Exterior y Regímenes Aduaneros*. Editorial San Marcos. Lima 2009



LA AÚN LATENTE NECESIDAD DEL BUEN MANEJO DEL CONTRAINTERROGATORIO, ANTE LAS EXIGENCIAS DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004

Rocío del Pilar GONZÁLES FERNÁNDEZ (*)



INTRODUCCIÓN:

Como todos sabemos, estando ya a 11 años de la instauración del Nuevo Código Procesal Penal (*en adelante* NCPP), cuya puesta en escena trajo consigo una serie de novedades al adoptar un Sistema Acusatorio Garantista con tendencia a lo Adversarial; y dentro de ellas tenemos por ejemplo considerar al juicio oral como eje central del sistema procesal, que se ha implantado como garantía de respeto de los derechos fundamentales.

Siendo así, en la etapa de juzgamiento, para ser más exactos en la fase de actuación probatoria, el NCPP regula en el art. 378. 8, la técnica de litigación oral conocida como “contrainterrogatorio”¹, permitiendo a las partes – *que ahora poseen un protagonismo en la presentación de sus casos*-, poder confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en juicio; y así lograr el fin primordial que es presentar nuestro caso como cierto y generar convicción ante el juez; pues no por nada se dice que el interrogatorio y contrainterrogatorio son piezas fundamentales de las que depende la valoración que el magistrado pueda hacer de los testimonios presentados por las partes.

Sin embargo, hoy en día, “la mayoría de los abogados litigantes, fiscales y un número aun mayor de profesores de derecho, e incluso algunos observadores casuales de juicios en general, están de acuerdo en que el contrainterrogatorio es la habilidad más escasa en los abogados litigantes”²; evidenciando con ello la dificultad para dominar las técnicas de litigación oral, como por ejemplo al momento de contrainterrogar; razón que resulta necesario una constante práctica y preparación de los sujetos que intervienen en un Juicio oral.

Es por ello, que en esta ocasión surge la imperiosa necesidad de abordar un breve análisis de ésta importante herramienta de litigación oral -contrainterrogatorio-; cuyo estudio abarcará desde su naturaleza, fines y reglas básicas. Previo a ello, daremos breves pinceladas de las técnicas de litigación oral, a fin de tener una vista panorámica de las mismas y capturemos su importancia dentro del nuevo Sistema Procesal Penal.

I. NOCIONES GENERALES DE LAS TÉCNICAS DE LITIGACIÓN ORAL EN EL NUEVO MODELO PROCESAL PENAL.

Si bien es cierto, con “*la puesta en escena del NCPP del 2004, muchos aspectos del proceso penal han variado; otros sin querer han cobrado significativa importancia, tal es el caso de la repentina fuerza de las técnicas de litigación oral*”³.

Hemos adoptado el modelo del Sistema Acusatorio Garantista con tendencia a lo Adversarial; en el cual, la etapa de Juicio Oral es el núcleo del sistema procesal, cuyas pautas

1 (*) Abogada por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Cursante de la Maestría en Derecho con mención en Ciencias Penales de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Asistente en Función Fiscal Penal. Docente del Área de Derecho Laboral Individual de la Universidad Alas Peruanas.

1 El art. 378.8 del Nuevo Código Procesal Penal respecto al examen de testigo y peritos; señala: *durante el contrainterrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio*

2 REYNA ALFARO, Luis Miguel. “Litigación Estratégica y Técnicas de Persuasión”. Lima: Editorial Grijley, 2009. Pp. 97 y 98.

3 GRIJLEY, Revista JUS- Derecho Procesal Penal. Marzo del 2009. Pg. 147.



innovadoras amparadas por nuestro Ordenamiento Jurídico Procesal Penal se basan no solo en cuestiones normativas, procedimentales o de competencia; sino también en el uso de nuevas técnicas encuadradas en lo que supone la litigación oral, que en base a algunos principios, exigen ser conocidas por todos aquellos que intervienen en un proceso; cuya oralidad e intervención directa trascienden en el acto principal.

Ahora bien, las tesinas de litigación oral surgen en referencia a que el objetivo primordial de las partes que participan en el juzgamiento, desean establecer su caso como el más creíble, explicando la prueba de la mejor manera y buscando crear convicción ante los ojos del juez; sin embargo no es una tarea fácil; muy por el contrario exige un conocimiento de las técnicas de litigación oral, que van desde: elaboración de la teoría del caso; saber cómo realizar un examen directo; contraexaminar; presentar la prueba material; objetar; realizar un buen alegato de apertura y alegato de clausura⁴.

En cuanto a la *teoría del caso* (art. 317.2 del NCPP), podemos decir que esta técnica es conocida como la estrategia, plan o visión que tiene cada parte sobre los hechos que va a probar. Sirve para organizar nuestro desempeño en el proceso penal; y debe ser sencilla, lógica, creíble, y sustentada en el principio de legalidad y oralidad.

El *examen directo*, es conocida también como el primer interrogatorio que será efectuado por la parte que ofreció al testigo. Es la mejor oportunidad que los litigantes tienen para establecer su caso y por ende probarlo, brindando al tribunal la versión del testigo y, como correlato el juez está en la obligación de escuchar al mismo. “*El principal objetivo de esta técnica es obtener la información necesaria, para que esta contribuya a la historia que se ha presentado en el alegato de apertura; es decir acredite nuestra teoría del caso*”⁵.

Ahora, en cuanto al *contrainterrogatorio* como técnica de litigación oral (*para seguir la secuencia de estas, pues será tratada a detalle en el siguiente punto*), adelantaremos que esta es conocida también como contraexamen, llevada a cabo por el abogado de la parte contraria, inmediatamente después que el testigo fue objeto de un interrogatorio o examen directo.

Otra técnicas de litigación oral es la presentación de la *prueba material*; la cual implica ser un medio probatorio, al igual que la prueba testifical y la prueba pericial; constituida la primera de éstas por documentos y objetos que se presentan ante el juzgador en la audiencia del juicio oral⁶.

Por último tenemos los *alegatos de clausura*, cuya esencia es el ejercicio argumentativo que responde a la pregunta *¿por qué debe prevalecer mi caso?*. Aquí, el abogado sugiere conclusiones de lo que ocurrió durante el debate, debiendo guardar armonía con la teoría de caso, pues es la última oportunidad que tiene el litigante de persuadir al juzgador quien evaluará toda la actuación en el juzgamiento; desde los alegatos de apertura, el examen directo, el contraexamen, alegatos finales, en donde se exige ser claro y directo al momento de emitir las conclusiones de la prueba actuada en el juicio oral.

4 Cfr. En ACADEMIA DE MAGISTRATURA CPP. “*Prueba y Litigación oral en el Nuevo Modelo Procesal Penal*”. Manual operativo. 1ª edición, ed. Súper Grafía, Lima, 2007,pg 39.

5 Véase en ACADEMIA DE MAGISTRATURA CPP. “*Prueba y Litigación oral en el Nuevo Modelo Procesal Penal*”. Manual operativo. 1ª edición, ed. Súper Grafía, Lima, 2007, pg. 42.

6 *Para que los medios probatorios puedan ser ingresados en la audiencia de Juicio Oral, se requiere su acreditación, para ello se necesita:* 1) Elegir en testigo idóneo para que conozca el objeto. Se puede dar el caso que más de un testigo acredite la prueba. 2) Exhibir el objeto al testigo. 3) Solicitar al testigo el reconocimiento de dicho objeto. 4) pedir al testigo las razones de su reconocimiento. Y después de estas diligencias, se puede utilizar el objeto para los fines que el litigante estime conveniente. Cfr. En ACADEMIA DE MAGISTRATURA CPP. “*Prueba y Litigación oral en el Nuevo Modelo Procesal Penal*”.

II. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DEL CONTRAINTERROGATORIO.

El contrainterrogatorio, conocido también como contraexamen, esta regulado en el art. 378.8° del NCPP, que señala: “Durante el contrainterrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio”. Este enunciado nos permite distinguir dos grandes temáticas en las preguntas: a) las referidas al testigo; b) las referidas a una versión contraria.

Esta herramienta de litigación oral, es llevada a cabo por el abogado de la parte contraria, inmediatamente después que el testigo fue objeto de un interrogatorio directo⁷; poniéndose a prueba la información obtenida en el examen directo, ya que es la mejor oportunidad que se tiene para confrontar la prueba de nuestra parte adversa. Es un ataque frontal que asegura el triunfo de la verdad y justicia⁸, cuyo uso adecuado brinda la oportunidad de disminuir el material probatorio de la parte contraria.

Algunos autores, entre ellos ARCINIEGAS MARTINEZ, Augusto (*Investigación y Juzgamiento en el sistema Acusatorio*, pg. 285), señala que tanto con el contrainterrogatorio y contrainterrogatorio se procura afectar la credibilidad del testigo a partir de sus debilidades y flaquezas, mediante la realización de preguntas sugestivas, que guarden relación con los temas que han sido tratados en el interrogatorio.

Otros por su parte, como RAFAEL BLANCO⁹, consideran que el contraexamen implica una confrontación, en la medida que tal ejercicio enfrenta al testigo con sus propios hechos; colocándolo en presencia de otras lecturas, versiones de lo que realmente aconteció, y respecto a aquello que a través del juicio se ha ido representado como la historia (as) de los hechos ocurridos; de manera tal que producto de esa confrontación se examina la veracidad de esas declaraciones. En aquellos casos, en los que ambas partes realizan esta forma de interrogatorio, se le denominara interrogatorio cruzado.

Inferimos, que el contrainterrogatorio es básicamente el interrogatorio que hace una de las partes contra quien ha ofrecido el testimonio del declarante, por medio de una serie de preguntas o aseveraciones que se hace en el proceso, al testigo presentado por la parte adversa; limitándose a los temas abordados en el interrogatorio directo¹⁰.

III.- OBJETIVOS FUNDAMENTALES DEL CONTRAINTERROGATORIO.

Al hacer mención a los objetivos del contrainterrogatorio, nos estamos refiriendo a los temas que podemos recurrir a fin de elaborar un mejor contrainterrogatorio; y básicamente son:

3.1.- *Atacar la credibilidad del testigo*: consiste en ir contra la fiabilidad del testigo, es decir atacar los atributos personales (revelar que el testigo fue anteriormente procesado penalmente por un hecho similar; caso contrario tendrá mayor credibilidad a una persona que exhiba prestigio social,

⁷ En cuanto al interrogatorio, se conoce que después de la toma del juramento el juez le pedirá al testigo que se identifique con su nombre y demás generalidades de ley (estado civil, residencia, profesión u oficio, etc.). Seguidamente, la parte que solicito el testimonio procede el interrogatorio. Además inicialmente se aconseja hacer preguntas de acreditación (quien es, qué hace, cual es su medio social, y familiar), pues resulta importante para el juez tener la mayor aproximación a ola persona que declara. Véase en ARCINIEGAS MARTINEZ, Augusto. “Investigación y Juzgamiento en el sistema Acusatorio”. 2ª edición, ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2006. Pg. 281.

⁸ LEE BAILEY, “Cómo se gana los juicios orales”, citado por la, ACADEMIA DE MAGISTRATURA CPP. “Prueba y Litigación oral en el Nuevo Modelo Procesal Penal”. Manual operativo., editorial Súper Grafía, Lima, 2007 pg. 47.

⁹ RAFAEL BLANCO, citado por ANGULO ARANA, Pedro Miguel, “El contrainterrogatorio”, Revista JUS, 7 julio del 2007, Editorial Grijley, pg. 130.

¹⁰ En el contrainterrogatorio, por regla general se establece que debe basarse en lo temas abordados en el interrogatorio, esto no es óbice para que se traten también aspectos relacionados con prejuicio, interés u otros motivos que puedan acreditar la parcialidad del testigo.



cultural, económico, etc.); el *interés* (podría revelarse algún interés concreto que pudiera tener el testigo); *reducir algo omitido* (preguntar sobre alguna evidencia que el testigo calló); *contradicción provocada* (sumamente estratégico, que tiene como antecedente un interrogatorio largo y cansado; por lo tanto debemos aprovechar el cansancio, desconcentración, nerviosismo, y algún elemento dudoso dado en las respuestas ofrecidas que podría evidenciar como revelado).

3.2.- *Atacar la credibilidad del testimonio*: Es decir poner en tela de juicio el testimonio por la visión del testigo, la memoria, las circunstancias del lugar, etc., lo cual genere duda en su versión respecto a los hechos.

El autor *Angulo Arana*¹¹ señala que ésta credibilidad puede ser atacada conforme a los datos que se consigan y que debiliten las bases de su fiabilidad, en tanto relato creíble, coherente, al ser corroborado con otros hechos o indicios. Por ejemplo, en caso de plantear *contra experiencias* (confrontar el testimonio con otros ejemplos); incoherencias externas e internas; observando y sacando provecho a los *errores en los detalle* -pues podríamos descubrir contradicciones- e *ilogicidad* (no siempre es necesario confrontar la credibilidad del testigo, puede ser suficiente dejarlo en evidencia lo inverosímil del testimonio).

Ambos objetivos son fundamentales en la utilización del conainterrogatorio, que de ser un verdadero ataque frontal, sería devastador para la parte contraria. Y, precisamente aquí radica una de las razones que motivó el estudio de ésta importantísima técnica; que en palabras del autor Quiñones Vargas¹², es la más difícil de dominar por los abogados litigantes, al no llegar al objetivo ni finalidad de desacreditar la credibilidad del testigo ante el juez. No olvidemos, que con éste hecho se está garantizando el principio de "contradicción"¹³ y ello, por que si un testigo no puede ser conainterrogado por la parte adversa por la razón que fuere (*se niegue a contestar las preguntas, muera o se incapacite*), se debe proceder a anular todo el interrogatorio directo.

IV.- PREPARACIÓN DEL CONTRAINTERROGATORIO.

Como ya lo anticipamos, "mediante la técnica del conainterrogatorio podemos tener éxito de nuestra teoría del caso, siempre y cuando se elabore y haga uso adecuado de ella"¹⁴. Ergo, luego de decidir conainterrogar a una persona, la preparación para tal labor se basará en tres ejes fundamentales: el interrogador, el testigo y las preguntas.

4.1. *El interrogador*: aunque parezca extremo, algunos abogados tienen cierto recelo o aprensión hacia el conainterrogatorio, causada por el desconocimiento de su lógica y falta de preparación que exige esta técnica; por ello la exigencia del NCPP es la constante preparación para el mismo, no bastando la experiencia, o la preparación para determinados conainterrogatorio, sino para todo aquel que se nos presente.

De este modo "es necesario que se estudie concienzudamente el caso contrario y el aporte exacto que en aquel realiza el testigo presentado por la otra parte, en base a las circunstancias de su

¹¹ *Ibíd.* (8). Pg. 133.

¹² QUIÑONES VARGAS, Héctor. "Las Técnicas de Litigación Oral en el proceso Salvadoreño. San Salvador, 2003, pg. 149-161; citado por Roberto E. CÁCERES; y Ronald IPARRAGUIRRE. "Código Procesal Comentado". Jurista Editores, Lima, 2009. Pg. 434.

¹³ El principio de contradicción, está recogido en el Título Preliminar y en el art. 356. Consiste en el recíproco control de la actividad procesal y la oposición de argumentos y razones entre los contendientes sobre las diversas cuestiones introducidas que constituyen su objeto. Se concreta poniendo en conocimiento de los demás sujetos procesales el pedido o medio de prueba presentado por alguno de ellos; así el acusado podrá contraponer argumentos técnico- jurídicos a los que exponga el acusador. Cfr. en CUBAS VILLANUEVA, Víctor. "El nuevo proceso penal peruano". 1ª ed., Palestra Editores, Lima, 2009, pg. 38.

¹⁴ RODRÍQUEZ MORALES, Alejandro. "Estrategias técnicas de litigación penal oral. Especial referencia al interrogatorio y conainterrogatorio de testigos", Obtenido de <https://cienciaspenales.files.wordpress.com/2011/03/estrategias.pdf>, ubicado el 11 de Abril del 2015.

percepción y se las afirmaciones que realiza”¹⁵. De este modo atender las dificultades que podrían haber ocasionado errores de los cuales podemos sacarle provecho.

4.2. *El interrogado*: Lógicamente resulta evidente la importancia de realizar un estudio minucioso y detenido de las personas que actúan en calidad de testigo, inclusive verificar sus antecedentes biográficos, pues pueden volverse relevantes. Por ejemplo la relevancia que cobra los antecedentes policiales, penales, historiales médicos, psicológicos¹⁶.

4.3. *Las preguntas*: en el interrogatorio se recomienda realizar preguntas abiertas, cerradas o de introducción, no siendo un tanto apropiadas las preguntas sugestivas; caso contrario, en el contrainterrogatorio se considera a las sugestivas como indispensables. Ello, en función que al igual que el examen directo, el litigante dispone de una herramienta esencial para el contrainterrogatorio, conformada por el tipo de preguntas apropiadas a fin de cumplir los objetivos del contraexamen, que básicamente son como lo hemos señalado generar dudas respecto a la credibilidad del testigo o de su testimonio.

Inferimos entonces, que debemos preparar con anticipación nuestras preguntas y jamás contrainterrogar sin preparación, pues de hacerlo podríamos ocasionar un daño muy grave a la parte que se defiende¹⁷.

Dentro de las preguntas que son necesarias en el contraexamen, tenemos:

a) *Sugestivas*: el tema de las preguntas sugestivas a sido muy discutido, pues se creía erróneamente que deben ser prohibidas tanto en el interrogatorio como en el contrainterrogatorio, pues el abogado no podía poner en boca del testigo palabras de su testimonio; sin embargo, hoy en día existe una comprensión más acabada de las dinámicas de litigación del juicio oral, que exige imprescindiblemente la admisión de presuntas sugestivas en el contraexamen.

Éstas constituyen la clave del contraexamen temáticamente orientado, al permitir dirigir la respuesta del testigo a la parte específica de información que el contraexamen persigue, precisamente donde un testigo hostil pretenda eludir o evitar las respuestas¹⁸. En suma, estas preguntas son de vital importancia porque obligará al testigo a desmentirse o a esclarecer; al mismo tiempo permiten ejercer presión contra él y nunca se dirá que es inadmisibles por sugestiva, pues precisamente se busca obtener la verdad y el ofrecimiento de información de calidad, lo que justifica preguntar de tal modo.

b) *Cerradas*: Son aquellas que solo invitan a responderlas mediante un “sí”, o un “no”. Estas preguntas buscan poner en evidencia cosas concretas, como por ejemplo vacíos, contradicciones, incoherencias, cosas con falta de lógica; bastando para ello obtener un “sí” o un “no”; sin dar espacio a explicaciones.

c) *Seguras*: estas según ANGULO ARANA, no muestran, ni ofrecen ningún riesgo en nuestra contra; pues solo buscamos obtener algo ya calculado que abonará a nuestro favor.

Con estos tres tipos de preguntas, acompañadas del criterio del interrogador e interrogado, **hemos pretendido en lo posible aclarar el tema de preparación de contrainterrogatorio; ya que la puesta**

15 ANGULO ARANA, Pedro Miguel, “El contrainterrogatorio”, Revista JUS, 7 julio del2007, Editorial Grijley, pg. 138.

16 La idea de lo mencionado líneas arriba, es conocer perfectamente el perfil de la persona a la cual se le contrainterrogará; conocer sus virtudes, defectos, fortalezas y debilidades.

17 Las preguntas que tanto la defensa, o en su caso el Ministerio Público realicen en el contrainterrogatorio, deben ser el resultado o emerger naturalmente de los resultados de nuestra investigación, obtención de datos, y apreciaciones en relación con el testigo. Y donde nos percatemos de ciertas debilidades o defectos de este, podamos generar daños y traer abajo su teoría del caso.

18 El poder de las preguntas sugestivas reside en que son la herramienta que más eficazmente ofrece al jurado una versión alternativa, la cual confirma nuestra teoría del caso ; pero el contraexamen no puede ser más de lo que es la teoría del caso, y ésta a su vez, no puede ser más que lo que la información del caos y la prueba disponible permiten. Véase en: BAYTELMAN Andrés; y Mauricio DUCE. J. “Litigación Penal”- Juicio Oral y Prueba. 1º edición, Fondo de cultura económica, México, 2005. Pg. 189-190.

en escena del Nuevo Código Procesal Penal en nuestro país, trae consigo la obligatoria exigencia de hacer el uso adecuado de esta técnica de litigación oral, previamente prepararlo y no improvisar.

V. ¿QUÉ CRITERIOS NECESARIOS DEBE SEGUIR EL CONTRAINTERROGATORIO?

Cuando hago mención a criterios necesarios; éstos son concebidos por los tratadistas como recomendaciones, reglas generales, o como bien lo señala *Fontanet Maldonado*, como los mandamientos del contrainterrogatorio; razón por la que abordaremos los presupuestos necesarios que todo abogado litigante que pretenda tener éxito en su teoría del caso, tiene que seguirlas.

5.1.- *Brevedad*: en el contrainterrogatorio no se pretende realizar tantas preguntas, como si fue pertinente en el interrogatorio; bastando que este sea coherente con sus objetivos. En este caso, se deben abordar preguntas necesarias para mellar el valor alcanzado por el testimonio del testigo contrario, a partir de las observaciones, debilidades o detalles¹⁹.

5.2.- *Cálculo*: éste criterio hace alusión, a que momentos posteriores al interrogatorio de nuestra contraparte, no estamos obligados a contrainterrogar, podemos o no hacerlo, pues la intención de realizarlo es cuando nos reporte algún beneficio concreto o una ventaja.

5.3.- *Sencillez y claridad*: Se ganará ventaja siempre al preguntar de manera clara y sencilla, a modo de facilitar al interrogado y al magistrado la comprensión y el sentido de la pregunta.

5.4.- *Evitar pelear con el testigo*: Esto genera una mala impresión, falta de profesionalismo y ponderación. Debemos limitarnos a abordar al testigo para que brinde respuestas beneficiosas a nuestra parte y perjudiciales a la contraria.

5.5.- *Atender a la respuesta*: Es vital prestar atención a las respuestas del interrogado, a fin de realizar una repregunta que nos podría colocar en mejor posición que con la sola primera pregunta. Fontanet Maldonado señala que este es una de las recomendaciones que más se descuida.

5.6.- *Evitar repeticiones*: Como ya lo mencionamos, en un interrogatorio planificado y estratégico no se efectúan preguntas ya respondidas, ello revela falta de preparación, desatención e ingenuidad²⁰. Rosas Yataco, señala que uno de los errores frecuentes es repetir innecesariamente el examen directo, debido a la inexperiencia o falta de un plan²¹.

5.7.- *Impedir las explicaciones*: Lógicamente, en el contraexamen está prohibido realizar preguntas abiertas, de hacerlo se obtendrá respuestas explicativas; sin embargo al contraexaminar solo queremos obtener una respuesta favorable mediante un "sí" o un "no", frustrando el deseo de explicación del testigo de la parte contraria.

5.8.- *Preguntar cuando se conoce la respuesta*: Se recomienda que en las preguntas hechas en el contrainterrogatorio, siempre se conozca el sentido de respuestas que dará el testigo.

5.9.- *Evitar preguntas arriesgadas*: En el contrainterrogatorio nos afrontamos a un testigo de la parte contraria que suele estar advertido que le preguntaremos a fin hacerle quedar mal y se esforzará en efectuar aclaraciones o explicaciones; por ello en algunos casos se corre el riesgo de

¹⁹ En palabras de Rodríguez Chocontá "El testimonio penal y sus errores", citado por Angulo Arana, pg. 141; señala que en el contraexamen debe reparar en qué tema o sub tema flaqueó el testigo y allí atacarlo con una o dos preguntas cerradas, técnicamente dirigidas, tratando de aprovechar en su favor el factor sorpresa.

²⁰ En esta recomendación, de evitar repeticiones, lo único permisible al respecto es efectuar una breve introducción, repitiendo la respuesta ofrecida y luego hacer la repregunta.

²¹ ROSAS YATACO, Jorge. "Manual de Derecho Procesal Penal". 1º edición, Jurista Editores, Lima, 2009, pg. 626.

perder lo ya ganado con las anteriores preguntas. Resulta suficiente hacer ver las debilidades y contradicciones del testigo para salir del conainterrogatorio; y lo evidenciado ya se explotará en los alegatos finales.

VI. FUNCIONES E IMPORTANCIA DEL CONTRAINTERROGATORIO COMO TÉCNICA DE LITIGACIÓN ORAL.

Después de haberle dado un trato detallado a los puntos más resaltantes en el tema de conainterrogatorios o contraexamen, creo que no es necesario hacer un gran esfuerzo a fin de comprender a cabalidad la gran importancia y envergadura que cumple hoy en día dicha técnica de litigación oral.

La envergadura del contraexamen se da en función al rol que le es otorgado dentro de todo el juicio oral, y prácticamente radica en: que el testigo abone información de calidad a nuestra teoría del caso; tener elementos de convicción suficientes para sustentar el alegato oral final; etc. Éstas a su vez, engloban a otras funciones más específicas; como por ejemplo, el rol que tiene el conainterrogatorio de ser la mejor oportunidad para confrontar la prueba de la parte adversa y poner a prueba la información obtenida en el examen directo.

Como hemos podido observar, de éstas funciones, al igual que de cada punto que hemos tratado, se deriva la relevancia del ésta herramienta de litigación oral, con la que se busca obtener todas las dificultades, vacíos, incoherencias, etc., a fin de poderlas usar en el conainterrogatorio y atacarlas directamente, esclareciendo no solamente la verdad de los hechos, sino también superponiendo nuestra teoría de caso, haciendo llegar al tribunal una información selecta, de calidad²²; y de este modo convencerlo, persuadirlo de que nuestra teoría es la más lógica y coherente.

CONCLUSION.

En suma, inferimos que a manera de cumplir las exigencias del NCPP (2004), se exige en las partes que interaccionan en un juicio oral, realicen un uso adecuado de las técnicas de litigación oral. Estando entre ellas, el contra interrogatorio, que con al puesta en vigencia del nuevo modelo procesal ha cobrado gran importancia; al exigir que medie confrontación entre las partes, pues dicha herramienta se sustenta en el derecho a la defensa; el derecho a la igualdad; acercamiento a la verdad; y principio contradictorio; con los cuales se buscar lograr el objetivo primordial de atacar la credibilidad del testigo y del testimonio. A su vez, si bien no es obligatorio contra interrogar, cuando se decida hacerlo, previamente debe ser preparado para no improvisar; por ello se recomienda tener en cuenta los criterios de brevedad, sencillez y claridad, evitando pelear con el testigo; atender a sus respuestas; evitar repeticiones y demás criterios que ya hemos analizado; a fin de presentar con éxito con nuestra teoría del caso, e imponernos sobre la parte contraria.



²² Véase en BENAVENTES CHORRES, Hesbert. "El Nuevo Código Procesal Penal". En: apuntes para el seminario sobre los nuevos Código Procesal Penal y Código Procesal Constitucional, Trujillo, Perú, 2004, p 96.

BIBLIOGRAFÍA.

- ACADEMIA DE MAGISTRATURA CPP. "Prueba y Litigación oral en el Nuevo Modelo Procesal Penal". Manual operativo. 1ª edición, editorial Súper Grafía, Lima, 2007.
- ANGULO ARANA, Pedro Miguel, "El contrainterrogatorio". Revista JUS, 7 julio del 2007, Editorial Grijley, 2008.
- BAYTELMAN Andrés; y Mauricio DUCE. J. "Litigación Penal"- Juicio Oral y Prueba. 1º edición, Fondo de cultura económica, México, 2005.
- BENAVENTES CHORRES, Hesbert. "El Nuevo Código Procesal Penal", en apuntes para el seminario sobre los nuevos Código Procesal Penal y Código Procesal Constitucional, Trujillo, Perú, 2004.
- CÁCERES, Roberto; y Ronald IPARRAGUIRRE. "Código Procesal Comentado". Jurista Editores, Lima, 2009.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor. "El nuevo proceso penal peruano". 1ª edición, Palestra Editores, Lima, 2009.
- GRIJLEY, Revista JUS- Derecho Procesal Penal. Marzo del 2009.
- QUIÑONES VARGAS, Héctor. "Las Técnicas de Litigación Oral en el proceso Salvadoreño. San Salvador, 2003.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel. "Litigación Estratégica y Técnicas de Persuasión". Lima: Editorial Grijley, 2009
- ROSAS YATACO, Jorge. "Manual de Derecho Procesal Penal". 1º edición, Jurista Editores, Lima, 2009.



SUPUESTOS DE SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y ALGUNAS CONSIDERACIONES PROBLEMÁTICAS.



Por: MARTIN TONINO CRUZADO PORTAL.
Asistente en Función Fiscal de la Primera
Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Lambayeque.

1.- Introducción. 2.- La Acción penal y la acción procesal penal. 3.- La Prescripción y su fundamento constitucional. 4.- Concepto de prescripción. 5.- Clases de prescripción. 5.1.- Prescripción ordinaria y extraordinaria. 5.2.- Cómputo de los plazos de la Prescripción ordinaria y extraordinaria. 6.- Vicisitudes de la prescripción. 6.1.- Interrupción de la Prescripción de la acción penal. 6.2.- Suspensión de la Prescripción de la acción penal. 6.2.1.- La Cuestión Previa. 6.2.2.- La Cuestión Prejudicial. 6.2.3.- La Acusación constitucional: (El Antejudio Político). 6.2.4.- El Desafuero Constitucional. 6.2.5.- La extradición. 7.- Consideraciones Problemáticas. 7.1.- Sobre los efectos de la formalización de la investigación preparatoria. 7.1.1.- Planteamiento Del Problema. 7.2.- Sobre si el plazo en la sustanciación del procedimiento parlamentario de Antejudio Político no interrumpe ni suspende la prescripción de la acción penal. 7.2.2.- Planteamiento del Problema. 8.- Sobre la naturaleza jurídica de la prescripción penal. 9.- Conclusiones.

1.- Introducción.

El inexorable paso del tiempo *rectius* –el decurso del tiempo– es una vicisitud a la cual nadie puede escapar, es así que el tiempo, es un hecho jurídico, pues tiene relevancia para el derecho por las consecuencias que su transcurso acarrea, la prescripción, como institución jurídica, es uno de los campos más fértiles en la que el decurso del tiempo, se muestra en toda su intensidad, pues en algunos casos por el paso del tiempo se adquiere derechos (prescripción adquisitiva de dominio¹) y otros se pierden o extinguen derechos o acciones (prescripción extintiva), para la presente líneas que ofrecemos en esta oportunidad, vamos a exponer algunas consideraciones sobre la prescripción extintiva desde la óptica penal, definiéndola como la pérdida o sanción al estado (específicamente a sus agencias de persecución penal como son el órgano jurisdiccional y fiscal) del ejercicio de la acción penal o de la ejecución de la pena, por el paso del tiempo.

Para ser consecuentes con el título que hemos escogido, y a manera de justificación, debemos anotar previamente que el legislador ha regulado la prescripción tanto como causal de extinción de la acción penal así como causal de extinción de la ejecución de la pena, ambos estipulados en los Artículos 78° Inciso 1 y 85° Inciso 1 del Código Penal respectivamente, siendo que la prescripción presenta vicisitudes [sucesión de acontecimientos favorables y adversos²] como son la interrupción y la suspensión de los plazos de la prescripción con las consecuencias y características respectivas

¹ Puede consultarse al respecto el Segundo Pleno Casatorio Civil Casación N° 2229-2008-Lambayeque, fallo con el cual concordamos pero no con los fundamentos que le sirven de base, específicamente no comulgamos con lo resuelto por el pleno casatorio en relación al derecho que ostenta la codemandante, a la conclusión a la que arriba (*la codemandante Gladys Filomena Lluncor Moloche, ocupa el inmueble en virtud a la extensión del derecho de habitación que goza su señor padre... y por lo tanto no tiene posesión a título propio y menos como propietaria al existir una posesión superior o inmediata*. Fundamento N° 54) consideramos que no es de recibo, pues la codemandante Gladys Filomena es una simple poseedora de la posesión, por lo tanto no es poseedora inmediata ni mucho menos poseyó en virtud a la extensión del derecho de habitación que gozó su señor padre Rafael Lluncor Castellanos. Al respecto la doctrina "La sentencia se equivoca cuando pretende subsumir la posesión de los demandantes en el derecho real de habitación, aunque luego se retracte, pues en tal caso se requiere imperativamente de un título jurídico constitutivo de la situación jurídico - real en virtud de la declaración de voluntad de las partes así manifestada. En realidad aquí se produce una confusión notoria, pues el arrendamiento y la habitación tienen diferencias muy marcadas, y no hay razón alguna para invocar en esta sentencia el derecho de uso y habitación. El arrendamiento no genera un derecho de habitación, ya que uno es un título simplemente obligacional, y el otro es de carácter real. Para constituirse habitación se requiere de un negocio jurídico destinado a ese fin; nada de lo cual acontece en el presente caso, por lo que resulta inútil entretenerse en un hecho que las partes no han invocado ni probado. Aquí bastó sostener que el padre es un poseedor en concepto de arrendatario, por lo cual se le encuentra negada la usucapción; y la hija es una alojada de éste por lo que su condición jurídica es de servidora de la posesión." (GONZALES BARRON, Gunther. *La usucapción. fundamentos de la prescripción adquisitiva de dominio*. Jurista editores. Edición mayo 2010, Lima. Págs. 344-345.) Puede consultarse también el Segundo Pleno Casatorio Civil. Corte Suprema de Justicia de la República Consejo Ejecutivo del Poder Judicial Centro de Investigaciones del Poder Judicial. Fondo Editorial Del Poder Judicial. Lima - Perú 2012. Disponible también en: <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b114a6804ee66d60bd37ff913564ce12/SEGUNDO+PLENO+CASATORIO.pdf?MOD=AJPERES>

² Tomamos la segunda acepción de la palabra, extraído del Diccionario de la lengua española disponible en: <http://www.wordreference.com/definicion/vicisitud> (Fecha de consulta 20/04/15)



que acarrea cada una por lo que su distinción no es meramente académica, con relación al título y a fin de no incurrir en un dislate, lo hemos denominado supuestos de suspensión de la prescripción de la acción penal y algunas consideraciones problemáticas, porque sería desatinado alegar que la ejecución de la pena se suspende pues esta *-rectius-* sólo se interrumpe (Artículo 87° del Código Penal) para apuntalar lo que acabamos de exponer y *a fin de no ser esclavo de lo que uno dice o escribe*, recurramos a la esencia de la suspensión de la prescripción, el artículo 84° del Código Penal, en virtud de dicho dispositivo se considera suspensión, si el comienzo o la continuación del *proceso penal* depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, pregunto en la ejecución de la pena hay proceso, la respuesta es negativa puesto que un proceso termina formalmente con un pronunciamiento sobre el fondo³, si se ha impuesto una pena (sentencia), en lo relativo a la ejecución de la pena, esta no depende de ningún procedimiento previo para que se ejecute, por lo tanto no hablamos de suspensión, pero sí de interrupción (por el comienzo de ejecución de la misma o por haber sido aprehendido el condenado a causa de la comisión de un nuevo delito doloso) *ergo* solo cabría tratar sobre los supuestos de la suspensión de la prescripción de la acción penal.

Debemos advertir adicionalmente que nuestro Código Penal se encarga de desarrollar sobre las causales de interrupción del plazo de la prescripción acción penal y de la pena, el legislador sí menciona cuales son las causales que interrumpen la prescripción de la acción penal y de la ejecución de la pena (Artículos 83° y 87° del Código Penal), empero lo mismo no se puede predicar sobre los supuestos de la suspensión del plazo de la prescripción acción penal (Artículo 84° del Código Penal), el legislador sienta las bases de la suspensión de la prescripción de la acción penal, pero no dice cuáles son los supuestos, nosotros vamos a centrarnos en desarrollarlos, y luego de acometer dicha tarea, vamos a colegir que ciertos actos procesales como son la formalización de la investigación preparatoria (Artículo 339° Inciso 1 del Nuevo Código Procesal Penal) no se configura propiamente como un supuesto de suspensión *"sui generis"*⁴ de la prescripción de la acción penal o la sustanciación del proceso por delitos de función atribuidos a altos funcionarios públicos, sí suspende la prescripción de la acción penal a contraposición de lo expuesto en el Artículo 450° Inciso 9 del Código Procesal Penal, ahí radican las consideraciones problemáticas que queremos dar cuenta al lector(a), en breves líneas.

Finalmente cabe precisar que recurriremos a un análisis teológico y sistemático de los Artículos 339° y 450° Inciso 9 del Nuevo Código Procesal Penal con los Artículos 83° y 84° del Código Penal a fin de brindar nuestra fundamentadas conclusiones con relación a los supuestos de la interrupción y suspensión de la prescripción de la acción penal, cabiendo a manera de *obiter dictum*, dedicar en apretadas líneas, algunos apuntes sobre la naturaleza jurídica de la prescripción; la cual debe entenderse que se trata desde la óptica del derecho penal, por lo que me dispense de colocar la frase desde la óptica penal cada vez que usemos la palabra prescripción.

2.- La Acción penal y la acción procesal penal.

La acción penal importa el análisis respecto de dos perspectivas a) Como derecho a iniciar un proceso, sea por la autoridad pública encargada de tal función: el Ministerio Público (ejercicio público); sea por el agraviado en los delitos de ejercicio privado, respectivamente; b) como derecho a la acusación y al juicio que culmina con la resolución definitiva del juez, materializándose el derecho a la tutela jurisdiccional⁵.

Al respecto la jurisprudencia expone: "Desde el punto de vista de la legitimación para ejercer la acción penal, se diferencia entre la acción penal pública se manifiesta como la regla general prevista para la inmensa mayoría de ilícitos penales, debido a que en estos casos el interés general en preservar unas condiciones mínimas de convivencia superan el propio interés particular del ofendido directamente por el delito (R.N. N° 2697-95-Lima, data 40 000, G.J.)"⁶

3 Acerca de lo que acabamos de apuntar no sobra recordar que cuando una persona ha sido declarado reo contumaz o ausente, quiere decir que aún no ha sido sentenciada, por lo que técnicamente estaremos hablando de la prescripción de la acción penal y no de la ejecución de la pena.

4 Frase entrecomillada, extraída del fundamento 26 del Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 (Publicado el 30 de diciembre de 2010) Asunto: Prescripción problemas actuales.

5 SÁNCHEZ VELARDE, P. *Manual de derecho procesal penal*, cit, p. 327. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exégesis Nuevo Código Procesal Penal*. Tomo I. Editorial Rodhas. Segunda Edición Febrero 2009. Pág. 194.

6 Gaceta Penal & Procesal Penal. *Diccionario Penal Jurisprudencial. Index Completo De Figuras e Instituciones Penales, Procesales Penales y Penitenciarias Desarrolladas En La Jurisprudencia*. Primera Edición. Noviembre 2009. Pág. 43.

Es necesario distinguir ambos institutos [La Acción penal y acción procesal penal]. La acción penal, es una facultad en abstracto, es decir, un derecho en potencia que permite al Estado la pretensión punitiva de la que está investido.

La acción procesal penal, o, el ejercicio de la acción penal es el ejercicio del derecho del *ius puniendi* del Estado, ante el órgano jurisdiccional⁷.

3.-La Prescripción y su fundamento constitucional.

En primer lugar debemos anotar que la institución jurídica de la prescripción tiene asidero constitucional, se encuentra regulada en los artículos 41º y 139º inciso 13 de la Constitución Política del Perú .

Al respecto el Tribunal Constitucional: “Conforme se dejó establecido en la sentencia 7451-2005-PHC/TC, el fundamento constitucional de la prescripción se encuentra tanto en el último párrafo del artículo 41º, como en el artículo 139º, inciso 13, de la Constitución. El primero prevé que “el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado”, mientras que el segundo prescribe que “la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada”. Bajo el canon interpretativo de estas dos disposiciones constitucionales alusivas a la prescripción, se puede señalar que en general la prescripción es una causa de extinción de la responsabilidad penal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al *ius puniendi*, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de esta. Es decir, mediante la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y con él la responsabilidad del supuesto autor o autores del delito investigado. (STC 5890-2006-PHC, FJ 3)”

Al respecto llama mi atención lo expuesto en el artículo 41º de la Constitución Política “... La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública...El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado.”

El Artículo 80º del Código Penal estipula que “La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad.

... En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica.⁸”

Considero que la norma ha extendido indebidamente la duplica del plazo de la prescripción a los *integrantes de organizaciones criminales*, a pesar que la constitución solo ha previsto la duplica del plazo para aquellos funcionarios o servidores públicos, que atenten contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, por lo que la consideramos inconstitucional en este extremo.

Con relación al comentario del Artículo 41º de la constitución la doctrina expone: “La Constitución establece la duplicación del plazo de prescripción a fin de establecer mayores dificultades para que el delito en cuestión pueda quedar impune. La prescripción, como bien se sabe, es el mecanismo a través del cual se extingue la acción penal como resultado del transcurso del tiempo. Es el Código Penal el que establece los plazos de prescripción a partir de la pena privativa de libertad prevista para cada delito. Ahora bien, no todos los delitos contra la Administración Pública tienen contenido patrimonial, siendo estos a los cuales se aplica esta disposición. En consecuencia, el plazo de prescripción ampliado no es susceptible de ser aplicado a aquellos delitos que no afectan el patrimonio del Estado.⁹”

⁷ ROSAS YATACO, Jorge. *Manual de derecho procesal penal. Con aplicación al nuevo proceso penal*. Jurista Editores EIRL. Primera Edición: Marzo 2009. Pág. 211.

⁸ Párrafo último modificado por la primera disposición complementaria modificatoria de la Ley N° 30077 publicada el 20 de agosto del año 2013 en el diario oficial el peruano.

⁹ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Comentarios al artículo 41º de la Constitución política del Perú. Responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos*. En: Gutiérrez, Walter. (Director). *La constitución comentada*. Tomo I Análisis artículo por artículo. Obra colectiva escrita por 166 destacados juristas del país. Segunda edición aumentada actualizada y revisada. Enero 2013. Gaceta jurídica S.A. Pág. 917.



Al respecto el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 (Asunto: Prescripción: Problemas Actuales)¹⁰ expone si el delito es cometido por un funcionario o servidor público y afecta el patrimonio del estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de la prescripción se duplica, dichos delitos se circunscriben al Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo del Código Penal, "Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos". Según a lo expuesto en fundamento décimo segundo del citado Acuerdo Plenario 12.- *El legislador incrementó el plazo de prescripción -duplicó- en el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal y destacó la mayor gravedad cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado, ello en concordancia con el último párrafo del artículo 41º de la Constitución Política del Perú...*

[Con respecto a la dúplica del plazo de la prescripción] También nuestro Tribunal Constitucional ha avalado la legitimidad de la ampliación de los plazos de prescripción en este tipo de delitos, estableciendo incluso como doctrina jurisprudencial que "(...) duplicar el plazo de prescripción en todos los delitos cometidos en agravio del Estado, sería atentar contra el principio de legalidad, (...) dicha duplicidad solo es aplicable en el caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado o de organismos sometidos por este, de conformidad con el artículo 41º, *in fine*, de la Constitución."¹¹

En el ámbito internacional, la posibilidad de ampliar los plazos de prescripción en este tipo de delitos ha sido avalada por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción -aprobada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N° 28357 de fecha 6 de octubre de 2004- cuyo artículo 29 autoriza expresamente que: "Cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia." En el mismo sentido, el Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, establece en su artículo 6 que: "En las normas sobre prescripción de los delitos de corrupción de agentes públicos extranjeros se establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la acción de la justicia". Como se aprecia, el ordenamiento jurídico internacional también avala el establecimiento de un sistema de prescripción especial para este tipo de delitos.¹²

4.- Concepto de prescripción.

Con relación al concepto. El Tribunal Constitucional del Perú expone: "Conforme a lo señalado anteriormente por este Tribunal [Cfr. Exp. N° 1805-2005-HC/TC, Máximo Humberto Cáceda Pedemonte] la prescripción, desde un punto de vista general, es la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. Y, desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o en la renuncia del Estado al *ius puniendi*, bajo el supuesto de que *el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción*, existiendo apenas memoria social de ella. Dicho de otro modo, en una Norma Fundamental inspirada en el principio pro hómine, la ley penal material otorga a *la acción penal una función preventiva y resocializadora*, en la cual el Estado autolimita su potestad punitiva; orientación que se funda en la necesidad de que, pasado cierto tiempo, se *elimine toda incertidumbre jurídica* y se abandone el castigo de quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando de esta manera el principio de seguridad jurídica." Expediente N° 2506-2005-PHC/TC (Fundamento jurídico N° 02). (Cursivas nuestras)

"El Código Penal reconoce la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal. Es decir, que mediante la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con ello, la responsabilidad del supuesto autor o autores del mismo." Expediente N° 0331-2007-PHC/TC (Fundamento jurídico N° 05).

Nota bene (nótese bien) que el Tribunal Constitucional usa las frases "*el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción*" "*la acción penal una función preventiva y resocializadora*" "*elimine toda*

¹⁰ Publicado el 30 de diciembre del año 2010, en el diario oficial el Peruano.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 29 de Abril de 2005, Exp. N° 1805-2005-HC/TC-LIMA, Fundamento 18. Citado por MENDOZA ALCA, Javier. *La prescripción en los delitos contra el patrimonio del Estado. A propósito del Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N° 1-2010/CJ-116*. En: Diálogo con la jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. N° 155, Agosto 2011, Año 17. Gaceta Jurídica. Pág. 44.

¹² MENDOZA ALCA, Javier. *La prescripción en los delitos contra el patrimonio del Estado. A propósito del Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N° 1-2010/CJ-116*. Ob. Cit. Pág. 44.

incertidumbre jurídica" lo cual nos lleva a pensar, adelantándonos a determinar sobre la naturaleza jurídica de la prescripción de la acción penal (me refiero a sus dos variantes tanto de la acción penal como de la ejecución de la pena), que el Tribunal Constitucional acoge la tesis de la naturaleza material, luego del análisis respectivo daremos nuestro punto de vista sobre la naturaleza jurídica de la institución en comento.

5.- Clases de prescripción.

La prescripción opera tanto sobre la acción penal como sobre la ejecución de la pena, no es ocioso precisar que para aquellas personas que aún no han sido sentenciadas o cuya situación jurídica aún no ha sido determinada por el órgano jurisdiccional, debe entenderse que técnicamente deben invocar la prescripción del plazo de la acción penal, pues aún no ha mediado pena y no hay pena que ejecutar. En nuestro ordenamiento existen dos clases de prescripción la ordinaria y la extraordinaria.

5.1.- Prescripción ordinaria y extraordinaria.

La prescripción engloba dos clases: la prescripción ordinaria y la extraordinaria, al respecto el Acuerdo Plenario de las Salas Penales Permanente y Transitorias **Nº 9-2007/CJ-116** (Asunto: Sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad según los Artículos 80º y 83º del Código Penal)¹³ expone en el sexto y séptimo fundamento: "6.- El Código Penal distingue de manera sistemática y funcional dos clases de plazos para la prescripción de la acción penal. Es así que en el artículo 80º regula lo concerniente al **plazo ordinario** y en el artículo 83º in fine hace referencia al **plazo extraordinario**.

Con relación al plazo extraordinario, la norma antes mencionada precisa que éste se vence cuando *"el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción"*. Cabe señalar que para ambos tipos de plazos de prescripción el cómputo se inicia observando las reglas que se definen en el artículo 82º del Código Penal."

Veamos debe invocarse la prescripción ordinaria de la acción penal, cuando no se han suscitado ninguno de los supuestos de la interrupción de la acción penal (actuaciones del ministerio público, del órgano jurisdiccional o la comisión de un nuevo delito doloso) y ha transcurrido el plazo equivalente al máximo legal de la pena a imponerse, pongamos un ejemplo Juan celebró fin de año con sus amigos para recibir el año nuevo 2012 y condujo su vehículo en estado de ebriedad, es intervenido en dichas circunstancias, se le practica la pericia de dosaje etílico, arrojando 0.7 gramos litro de alcohol en la sangre, pero dicho certificado no es puesto a conocimiento del órgano fiscal, y estando subsumida su conducta en el primer párrafo del Artículo 274º del código penal¹⁴ *"El que encontrándose en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, conduce, opera o maniobra vehículo motorizado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de **dos años** o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas e inhabilitación, conforme al artículo 36 inciso 7)..."* (Resaltados nuestros). Recién se le pone en conocimiento al órgano fiscal en enero del año 2015, habiendo transcurrido los dos años en exceso, no obstante dispone citar al investigado a la aplicación de un criterio de oportunidad, en este ejemplo hipotético primero debe consultarse el Artículo 82 del Código Penal sobre el Inicio de los plazos de prescripción, el delito que se ha cometido es Conducción en estado de ebriedad (es un delito instantáneo¹⁵) los plazos de prescripción de la acción penal comienzan en el delito instantáneo, a partir del día en que se consumó, a la fecha ya prescribió el plazo de la acción penal ordinaria.

Supongamos el mismo supuesto con la diferencia que los actuados fueron comunicados a tiempo y se produjo la interrupción del plazo de la prescripción de la acción penal, solo cabría invocar el plazo de la prescripción extraordinaria cuando el plazo transcurrido ha superado el máximo de la

13 Publicado el día martes 25 de marzo del año 2008, en el diario oficial el Peruano. Pág. 6412 y ss.

14 Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley Nº 29439, publicada el 19 noviembre 2009.

15 En el delito de conducción de vehículos en estado de ebriedad es un delito de comisión instantánea, pues, la acción se agota en todos sus efectos en el momento en que se concretan los elementos o las condiciones de su punibilidad. (Exp. 639-98 Lima, 30 de junio de 1998, en Baca Cabrera/Rojas Vargas/Neira Huamán, 1999, p. 445) En el delito instantáneo la infracción se consuma en el momento en que se produce el resultado o situación que describe la ley, sin que se determine la creación de una circunstancia antijurídica de efectos duraderos. Vid. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal Parte General*. Editora Jurídica Grijley. 2006. Pág. 310.



pena más la mitad. (Tres años y medio) y aún no se ha definido la situación jurídica de Juan (por ejemplo no ha sido sentenciado o no se ha emitido resolución judicial que le ponga fin al proceso).

Si complicamos un poco el panorama ¿Qué sucede si Juan tiene la condición de reincidente? (pues ha incurrido en la comisión de un nuevo delito doloso en un lapso que no excedió de cinco años) como debemos computar el plazo de la prescripción de la acción penal, pues si recurrimos al Artículo 46-B del código penal para las personas que son reincidentes el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

Con relación a la reincidencia la doctrina expone: "El art. 46-B del CP recoge un supuesto de reincidencia genérica y real. Es *genérica*, por cuanto el legislador no exige que el segundo delito sea de igual o semejante naturaleza, bastará con que se trate de un delito doloso. Es *real*, por cuanto se exige que se haya cumplido en todo o en parte la pena impuesta por el primer delito. En este punto, hemos de criticar el hecho de que la Ley 30076 amplíe el ámbito de aplicación de la reincidencia, pues si antes el legislador tomaba como presupuesto el cumplimiento [total o parcial] de una condena a *pena privativa de libertad*, **hoy este se extiende a cualquier tipo de pena**. En la misma lógica de aplicar esta agravante cualificada a las faltas, el legislador sigue extendiendo esta figura a delitos de bagatela.¹⁶" (Resaltados Nuestrs)

Para el delito que pusimos de ejemplo el aumento de una mitad por encima del máximo legal equivale a tres años de pena privativa de libertad; esto quiere decir que el plazo ordinario de la prescripción de la acción penal para Juan que es considerado reincidente ¿sería de tres años? y el plazo extraordinario ¿sería de seis años?, tal razonamiento no es de recibo, pues los plazos de la prescripción se mantienen son los mismos de los figuran en la pena impuesta para cada delito en el Código Penal, otra cosa muy distinta es la determinación judicial de la pena (concreta) tópicamente en el cual si procede aplicar circunstancias de reincidencia y habitualidad, veamos el **Acuerdo Plenario N° 8-2008/CJ-116** (Asunto: La prescripción de la acción penal en el art. 46°-A y art. 49° del CP.)¹⁷ Fundamento doce acertadamente expone:

12°. ... Sin duda, el artículo 46°-A CP prevé un incremento punitivo que mira las especiales calidades del sujeto activo de la conducta típica y antijurídica, a quien se ha investido de especiales deberes de lealtad para con la organización social, lo cual implica un mayor desvalor de acción, que se traduce, al mismo tiempo, en un más elevado desvalor de resultado. Empero, tal incremento punitivo sólo se expresa al momento de la determinación de la pena por el Juez, específicamente cuando corresponde verificar la presencia de circunstancias que concurren al caso concreto. De modo que el incremento de pena que implica dicha agravante no puede ser adicionada para efectos de determinar el plazo de prescripción de la acción penal.

Por tanto, el único momento donde puede estar justificado su análisis e injerencia es al determinar judicialmente la pena. (Subrayado nuestro)

5.2.- Cómputo de los plazos de la Prescripción ordinaria y extraordinaria.

Adicionalmente debemos indicar que el artículo 80° del Código Penal estipula que *La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años*. Esto quiere decir que el artículo regula el plazo máximo de prescripción a tomarse en cuenta para los delitos sancionados con pena privativa de la libertad temporal la cual tiene una duración mínima de dos días y una máxima de 35 años de pena privativa de la libertad (Artículo 29° del Código Penal) y de cadena perpetua.

Tomemos como ejemplo el delito de Violación sexual de menor de edad del Artículo 173° inciso 2 del código penal, que nos va a servir para graficar la premisa anterior, veamos el legislador sanciona al agente que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, que tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, sancionando con una pena no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años. ¿Podremos alegar válidamente que el plazo de la prescripción ordinaria para este delito sería de treinta y cinco años y la extraordinaria sería

16 ORÉ SOSA, Eduardo. *Determinación Judicial De La Pena. Reincidencia y Habitualidad. A Propósito De Las Modificaciones Operadas Por La Ley 30076*. En: Boletín N° 41 Año 2013. Disponible en <http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/boletines/BOLET%C3%8DN-ACAD%C3%89MICO-41.pdf> (Fecha de Consulta 20/04/15)

17 Publicado el 8 de enero del año 2010, en el diario oficial el Peruano.

de cincuenta y dos años seis meses? Esta interpretación no es de recibo, pues según el Artículo 80° del Código Penal la prescripción de la acción penal, no será mayor a veinte años (para delitos con penas privativas temporales no importa la gravedad) debiendo reducirse a este plazo la prescripción ordinaria, *nota bene*, el plazo de la prescripción extraordinaria sería de treinta años, veamos a continuación lo expuesto por el Acuerdo Plenario N° 9-2007/CJ-116¹⁸ (Asunto: sobre los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad según los artículos 80° y 83° del código penal) en décimo fundamento: 10°. *En consecuencia, cuando se trate de delitos cuya pena conminada privativa de libertad tiene un máximo legal superior a veinte años, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de veinte años. En tales supuestos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Y, cuando la pena que reprime el delito sea la de cadena perpetua, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Para estos delitos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de cuarenta y cinco años.*

En el mismo sentido la doctrina expone: “Respecto al cómputo del plazo ordinario de prescripción de la acción penal, señala que: i) si el delito está sancionado con pena privativa de la libertad, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada para el delito; ii) en los delitos que merezcan otras penas -penas limitativas de derechos o multa-, la acción prescribe a los dos años; iii) la prescripción no será mayor a veinte años; iv) en los delitos sancionados con pena de cadena perpetua la acción penal se extingue a los treinta años; y, v) el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del estado o de organismos sostenidos por este (artículo 80).

A ello debemos agregar que el artículo 29 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establece que los crímenes de competencia de la Corte -genocidio, lesa humanidad, crimen de guerra y crimen de agresión- no prescribirán. En tal sentido, por declaración expresa del Estado peruano, a través de la Resolución Legislativa N° 27517, del 16 de setiembre de 2001 -que aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional¹⁹-, y de la Resolución Legislativa N° 27998, de fecha 12 de junio de 2003 -que aprueba la adhesión del Perú a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad²⁰-, los crímenes internacionales de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión son imprescriptibles.²¹



6.- Vicisitudes de la prescripción.

El decurso prescriptivo ya iniciado contra la pretensión que nace del ejercicio del derecho de acción, puede ser alterado por motivos diversos, que se distinguen entre sí, y que la codificación civil [*mutatis mutandis* la codificación penal] clasifica como causales de suspensión y causales de interrupción.

La vicisitudes que alteran el decurso prescriptivo, que se configuran en las causales de suspensión y en las causales de interrupción, se distinguen, según lo detengan mientras subsisten para luego continuar el decurso cuando desaparecen las causas sumándose el transcurso anterior, como ocurre con la suspensión, y, según dejen sin efecto el tiempo transcurrido, como ocurre con la interrupción, cuyas causales, una vez desaparecidas, determinan que el decurso se reinicie pero sin que sea de cómputo el transcurso anterior a la aparición de la causal.²²

6.1.- Interrupción de la Prescripción de la acción penal.

De conformidad a lo estipulado en el Artículo 83° del Código Penal se interrumpe el plazo de la prescripción de la acción penal por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades

¹⁸ Publicado el 25 de marzo de 2008 en el diario oficial El Peruano.

¹⁹ El artículo 29 del Estatuto de Roma establece que: “los crímenes de competencia de la Corte no prescribirán”. Citado por MENDOZA ALCA, Javier. *La prescripción en los delitos contra el patrimonio del Estado. A propósito del Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N° 1-2010/CJ-116*. Ob. Cit. Pág. 42.

²⁰ El artículo I de la Convención establece que: “son imprescriptibles los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad cometidos en tiempo de guerra y en tiempo de paz”. Citado por MENDOZA ALCA, Javier. *La prescripción en los delitos contra el patrimonio del Estado. A propósito del Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N° 1-2010/CJ-116*. Ob. Cit. Pág. 42.

²¹ MENDOZA ALCA, Javier. *La prescripción en los delitos contra el patrimonio del Estado. A propósito del Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N° 1-2010/CJ-116*. Ob. Cit. Pág. 42. Pueden consultarse adicionalmente las sentencias del Tribunal Constitucional Exp. N° 0024-2010-PI/TC, 0018-2009-PI/TC, 03173-2008-PHC/TC.

²² VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Prescripción Extintiva y Caducidad*. Gaceta Jurídica. Cuarta Edición. Marzo 2002. Págs. 129-130.

judiciales, o por la comisión de un nuevo delito doloso, quedando sin efecto el tiempo transcurrido. En consecuencia comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia.

La Corte Suprema de Justicia de la República ha precisado en la Casación N° 347-2011-Lima, con fecha catorce de Mayo del año dos mil trece, a dispuesto que *Solo las Actuaciones del Ministerio Público en las que se efectuó una imputación válida contra el investigado pueden interrumpir el plazo ordinario de la prescripción.*²³

“De otro lado es preciso tomar en cuenta que conforme al Artículo 83° del CP, en caso hubiere operado una de las causales de interrupción de la prescripción, a saber, las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales o la comisión de un nuevo delito doloso, será de aplicación el plazo extraordinario de prescripción, que equivale al plazo ordinario de prescripción más la mitad.” Expediente N° 04900-2006-PHC/TC (Fundamento jurídico N° 11)

6.2.- Suspensión de la Prescripción de la acción penal.

La doctrina civilista *mutatis mutandis* expone: “El decurso prescriptorio se suspende por causas sobrevinientes al nacimiento de la acción, independientemente de la voluntad de los sujetos de la acción jurídica y siempre que tales causas estén previstas en la ley. De ahí, el concepto de la suspensión se configure por el detenimiento del decurso prescriptorio una vez iniciado, esto es, de la paralización del tiempo hábil para prescribir.

La suspensión del decurso prescriptorio lo detiene o paraliza pero con efectos proyectados al futuro, pues se conservan eficacia del tiempo transcurrido hasta la aparición de la causa para, luego de desaparecida, ser computado, adicionándose al tiempo posteriormente transcurrido hasta completarse el plazo para que se produzca la prescripción.²⁴

“Cuando el plazo de prescripción de la acción penal se *suspende*, no corre el periodo transcurrido durante el tiempo que dura la suspensión, pero una vez cesado éste, se sumarán ambos periodos, el transcurrido antes de la suspensión y el que opere después de cesada la suspensión; pues, aun cuando el Código Penal no lo dice, por tratarse de una institución proveniente del derecho civil, debemos aplicar el mismo criterio seguido en este ámbito jurídico, y precisamente el Código Civil en su Artículo 1995°, refiere que “desaparecida la causa de suspensión, la prescripción reanuda su curso adicionándose al tiempo transcurrido anteriormente”²⁵ Caso de suspensión del plazo prescriptorio de la acción penal es el previsto en el Artículo 84° del Código Penal; es decir cuando la prescripción queda en suspenso por no poder iniciarse la acción penal o por no poder continuar la misma. Casos específicos de suspensión del plazo de prescripción de la acción penal son: Los supuestos de cuestión previa, de cuestión prejudicial, de antejuicio Constitucional y Desafuero Constitucional²⁶” Nosotros agregamos la extradición.

A nuestro turno podemos agregar que la suspensión del plazo de la prescripción de la acción penal se presenta como un obstáculo de la acción penal, bien sea para su inicio o para su continuación, pues siempre va a depender de una cuestión que deba resolverse previamente en otro procedimiento, veamos el hipotético caso que se requiera procesar a un alto funcionario (Artículo 99° de la Constitución) por la comisión de un delito de función, la judicatura ordinaria está imposibilitado de hacerlo pues, no puede procesar al alto funcionario hasta que se dé el correspondiente Antejuicio Político, y se emita la resolución acusatoria con contenido penal, luego de cumplir con dicho procedimiento recién los

23 Casación 347-2011-LIMA. Del Motivo Casacional: Indebida Interpretación De La Ley Penal.

“4.7. Estando a lo expuesto, debemos determinar en el caso concreto cuales son las actuaciones del Ministerio Público, que interrumpen el plazo ordinario de prescripción; al respecto, debe precisarse que no es cualquier actividad realizada por el Ministerio Público, sino aquellas de entidad suficiente, en las que se aprecia que se ha efectuado una imputación válida contra el procesado, tales como la disposición que apertura las diligencias preliminares con imputación a una persona por cargos en su contra; pues sólo así, tenemos la certeza que los efectos del proceso penal pueden recaer sobre una persona determinada; pues aun cuando se haya recepcionado la declaración de un sujeto, si éste no ha sido comprendido en forma expresa en el proceso bajo una imputación válida, no se le considerará como una actuación realizada por el Ministerio Público tendiente a interrumpir el plazo ordinario de prescripción, toda vez que puede ser que esté declarando en calidad de testigo, no existiendo certeza o precisión de que se encuentre comprendido en el proceso penal; ello en resguardo a los derechos fundamentales que le asisten al procesado, tales como ser informado de la imputación, su derecho de defensa, el principio de igualdad de armas, entre otros. Disponible en: http://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/182e3a0046a945399f38ffac1e03f85e/CAS_347-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=182e3a0046a945399f38ffac1e03f85e (Fecha de Consulta 19/04/15)

24 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Ob. Cit. Págs. 130-131.

25 ROY FREYRE (1997, p.86) y BRAMONT ARIAS y BRAMONT-ARIAS TORRES (2001, p.303) son del mismo criterio. Citados por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. RABANAL PALACIOS, William. CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *El Código Procesal Penal. Comentarios Descriptivos, Explicativos y Críticos Tomo I*. Jurista Editores. E.I.R.L. Primera Edición: Mayo 2008. Pág. 674.

26 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. RABANAL PALACIOS, William... Ob. Cit Págs. 674-675.

jueces y fiscales supremos a su turno podrán procesar al alto funcionario.

A su turno la jurisprudencia, da luces sobre qué es lo que entiende por suspensión del plazo de la prescripción de la acción penal, al respecto el Acuerdo Plenario De Las Salas Penales Permanente y Transitorias **N° 1-2010/CJ-116** (Asunto: Prescripción: Problemas Actuales) en los Fundamentos 24 y 25 expone: "**24°.** La "suspensión" de la prescripción prevista en el artículo 84° del Código Penal consiste en la creación de un estado en el cual el tiempo deja de correr porque se presenta una situación particular determinada por la Ley que impide la persecución penal -constituye la excepción al principio general de la continuidad del tiempo en el proceso-. La continuación del proceso dependerá de la decisión de una autoridad extra penal, que puede ser un Juez del ámbito civil, administrativo, comercial, de familia y en todos los casos se paraliza el inicio o la continuación del proceso desde que se presenta la circunstancia que amerita la imposibilidad de su prosecución y se reiniciara cuando se resuelva esa cuestión. Por consiguiente, el término de la prescripción sufre una prolongación temporal.

25°. La consecuencia más significativa es que el tiempo transcurrido con anterioridad al momento en que se presentó la causa que suspendió el proceso no se pierde y se sumará al que transcurra después de su reiniciación, pero el tiempo cumplido durante la vigencia de la suspensión no se computa para los efectos de la prescripción extraordinaria."

Como lo expusimos líneas arriba, precisamos que los supuestos de suspensión de la acción penal no están especificadas en la norma penal, labor que se ha encargado de desarrollar la doctrina teniendo como casos específicos de los supuestos de la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal: a la cuestión previa, la cuestión prejudicial, el antejuicio constitucional, el desafuero constitucional, la extradición. Desarrollemos una por una.

6.2.1.- La Cuestión Previa.

Es un medio de defensa instrumental con que cuenta el imputado que ataca la acción penal en virtud de no haberse satisfecho previamente con un requisito de procedibilidad con el objetivo medular que la acción penal sea válidamente instruida. En otras palabras, es un medio de defensa dirigido a paralizar la sustanciación de un hecho aparentemente delictivo en la justicia criminal, por adolecer de elementos esenciales susceptibles de ser subsanados. Para MORENO CATENA las cuestiones previas se refieren a los presupuestos procesales, o sea, a las condiciones formales de admisibilidad del procedimiento o de una fase o un acto de él.²⁷

En nuestras palabras, podríamos definirla como un "filtro de pureza" como un mecanismo conducente a evitar que se sustancian causas que adolecen de un requisito de procedibilidad que no tienen nada que ver con la punibilidad misma del comportamiento calificable como delito²⁸.

... Constituye *requisito de procedibilidad* aquel supuesto previsto taxativamente en la ley penal o extrapenal, que condiciona el ejercicio de la acción penal.

Por su parte, la cuestión previa representa el medio técnico de defensa a través del cual se invoca la omisión del cumplimiento de un requisito de procedibilidad, alegación que puede plantearse ya sea durante la investigación preliminar o una vez iniciado el proceso penal.²⁹

Encontramos, entonces, una relación de causa-efecto, sólo existiendo en el ordenamiento jurídico un requisito de procedibilidad podrá ser susceptible la invocación de la cuestión previa; siendo de similar criterio el maestro Sánchez Velarde³⁰, quien refiere que el legislador ha estimado que por la naturaleza de determinados delitos o por la persona imputada, previo a ejercitar la acción penal, resulta necesario el cumplimiento de requisitos ineludibles previstos en la ley penal material, la ley material, la ley procesal penal o en la ley administrativa, por lo que:

"La cuestión previa constituye un medio de defensa técnico dirigido contra la acción penal al haberse

27 MORENO CATENA, Víctor; *El proceso penal - doctrina, jurisprudencia y formularios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 646. Citado por PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exégesis Nuevo Código Procesal Penal*. Ob. Cit. Pág. 234.

28 PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exégesis Nuevo Código Procesal Penal*. Tomo I. Editorial Rodhas. Ob. Cit. Pág. 235.

29 MENDOZA ALCA; Javier. *Problemática interpretativa de la cuestión previa ¿Es la identificación del imputado un requisito de procedibilidad?* En: Castillo Alva; José Luis (Director) Ríos Guzmán; Carlos. (Coordinador). *Comentarios a los Precedentes Vinculantes En Materia Penal de la Corte Suprema*. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. 2008. Pág. 996.

30 Cfr. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual e Derecho procesal penal*, Idemsa, Lima, 2004, p. 337. Citado por MENDOZA ALCA; Javier. *Problemática interpretativa de la cuestión previa ¿Es la identificación del imputado un requisito de procedibilidad?* En: Castillo Alva; José Luis (Director) Ríos Guzmán; Carlos. (Coordinador). *Comentarios a los Precedentes Vinculantes En Materia Penal de la Corte Suprema*. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. 2008. Pág. 997.



inobservado un requisito necesario previsto taxativamente en la ley para iniciar debidamente el proceso penal [...] previamente al ejercicio de la acción penal se debe haber satisfecho la condición de procesabilidad que establece la ley.³¹

“Se entiende por cuestiones previas aquellas causas que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin su presencia no es posible promover y perseguir la acción penal, interponiéndose cuando falta algún requisito de procedibilidad, vale decir, un requisito procesal.”³²

6.2.2.- La Cuestión Prejudicial.

Esta cuestión procede cuando debe determinarse en la vía extra-penal (en lo civil, en el fuero laboral, etc) el “carácter delictuoso del hecho imputado” o “la existencia de uno de los elementos constitutivos del delito”. Declarada fundada esta cuestión se suspenderá el proceso en tanto en la otra resolución firme sobre el carácter delictuoso o no. si se resolviera que no contiene elemento constitutivo de delito, se resuelve el sobreseimiento definitivo del proceso penal, de lo contrario continuará su prosecución. Mientras se resuelva en la vía extra-penal se suspende la prescripción para luego reanudarse y sumarse el plazo que antecedió a la suspensión³³.

6.2.3.-La Acusación constitucional: (El Antejudio Político)

“El principio de igualdad ante la ley constituye una garantía jurídica de la persona, a ser tratado igualitariamente, sin discriminación alguna; a estar sometido a las mismas leyes y a ser objeto de idéntica protección penal (PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. parte general*, p. 241). Empero, la Constitución en su Art. 99º; permite la acusación constitucional que puede hacer la comisión permanente del congreso al presidente de la República; a los Congresistas, Ministros de Estados; etc.

El art 10º del C.P. permite ciertas “prerrogativas de aplicación de la ley penal a personas en razón de su función o cargo, lo que constituye una excepción a la regla general de la “igualdad ante la ley”

Este proceso previo se conoce en Inglaterra como “*impeachment*” que ha dado origen a la “responsabilidad de un funcionamiento”. El jurista Valle-Riestra nos ilustra que “*impeachment*” al igual acusación o delación y viene del francés *empêchement*, impedimento. Este autor hace un estudio detallado sobre esta materia. (Véase VALLE-RIESTRA, Javier, *La responsabilidad constitucional del Jefe de Estado*, p. XVIII).

Lo cierto es que en un Estado de Derecho los funcionarios, cualesquiera sea su investidura, están sometidos al imperio de la ley (APARICIO, Estif, *El impeachment o juicio político del presidente* p. 57)- De allí, cumpliendo con el art 10º del C.P, se sometió la ley N° 26231 (vigente el 7 de octubre 1993) modificada luego por la Ley N° 26339.

Mientras no se resuelva el procedimiento para la acusación constitucional de funcionarios públicos beneficiados por el antejudio se suspende la prescripción de la acción penal. Concluida la vía extra-penal continúa el decurso prescriptivo.”³⁴

Queremos anotar que no hemos consignado al Juicio Político como supuesto de suspensión de la acción penal y lo hemos hecho adrede pues no es presupuesto o causal de prescripción de la acción penal, para diferenciarlo del antejudio político el cual sí es presupuesto de suspensión de la acción penal (se configura por delitos de función³⁵), y está en directa conexión con el problema planteado en este trabajo específicamente con el artículo 450º inciso 9 del código procesal penal.

31 Ibidem. Pág. 997.

32 Expediente N° 99-98-A de fecha 8 de Junio de 1998. Citado por MENDOZA ALCA; Javier. *Problemática interpretativa de la cuestión previa ¿Es la identificación del imputado un requisito de procedibilidad?* En: Castillo Alva; José Luis (Director) Ríos Guzmán; Carlos. (Coordinador). *Comentarios a los Precedentes Vinculantes En Materia Penal de la Corte Suprema*. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. 2008. Pág. 997.

33 ROSAS YATACO, Jorge. *Manual de derecho procesal penal. Con aplicación al nuevo proceso penal*. Ob. Cit. Pág. 540.

34 Ibidem. Págs. 540-541.

35 Sobre delitos de función se puede revisar el excelente trabajo de MEDINA OTAZÚ, Augusto. *Marco conceptual del delito de función en el control político peruano*. Disponible en: <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/delitodefuncionmedinaotazu.pdf>

El tipo de delitos cometidos por los altos funcionarios son Delitos en ejercicio de la función: El art. 99 de la Constitución establece el requisito para iniciar una investigación penal en contra de los altos funcionarios de la República, la acusación constitucional o antejuicio político; que deberá ser planteada por la comisión Permanente ante el Pleno del Congreso³⁶.

Este requisito será exigible cuando dichos funcionarios, en el ejercicio de su cargo y hasta cinco años después de haber cesado en sus funciones, infrinjan la Constitución o cometan conductas ilícitas (art. 100 Const. y art. 89 Reglamento del Congreso de la República)³⁷.

al respecto es ilustrativo el Exp. N.º 0006-2003-AI/TC veamos la diferencias:

Juicio político por infracción constitucional

18. Por otra parte, el Tribunal Constitucional considera que la función congresal sancionadora, prevista en el primer párrafo del artículo 100º de la Constitución, no sólo puede ser ejercida en aquellos casos en los que exista una sentencia condenatoria emanada del Poder Judicial, por los delitos funcionales en que incurran los funcionarios previstos en su artículo 99º, sino también en los casos en que se configuren responsabilidades eminentemente políticas, aun cuando no exista la comisión de un delito de por medio. Y es que si bien la función punitivo-jurisdiccional es privativa del Poder Judicial (aquella que puede sancionar sobre la base de la "razón jurídica"), la función político-punitiva (aquella que puede sancionar sobre la base de la "razón política") no lo es. Y no podría serlo, pues justamente el principio de separación de poderes es el que garantiza la ausencia de toda valoración política en las decisiones del Poder Judicial.
19. Lo expuesto permite afirmar que en la Carta Fundamental no solamente se encuentra consagrado el antejuicio, sino también el juicio político, esto es, aquel que permite iniciar un procedimiento a los funcionarios enumerados en su artículo 99º, en razón de las "faltas políticas" cometidas en el ejercicio de sus funciones, con la finalidad de "retirar el poder de quien hace mal uso de él e impedir que [...] pueda ser reinvestido de poder en el futuro." (Broussard, Paulo. *O impeachment*. Editora Saraiva. 2da. Ed, 1992. p. 77). Al respecto, Bidart Campos refiere que "se lo denomina juicio "político" [...] porque no es un juicio penal; en él no se persigue castigar sino separar del cargo; no juzgar un hecho como delictuoso, sino una situación de gobierno como inconveniente para el Estado". (*Manual de Derecho constitucional argentino*. Ediar., 1986. p. 612).
20. Esa es la manera como se debe interpretar la previsión constitucional según la cual está permitido acusar a los referidos funcionarios públicos por "infracción de la Constitución". Y es que toda falta política en que incurran los funcionarios que componen la estructura orgánica prevista en la Carta Política, compromete peligrosamente el adecuado desenvolvimiento del aparato estatal. En estos casos, la razón del despojo del cargo no tiene origen en la comisión de un delito, sino en la comisión de faltas que aminoran, en grado sumo, la confianza depositada en el funcionario, la que debe ir indefectiblemente ligada al cargo que ostenta.
21. De esta manera, en el juicio político el funcionario es acusado, procesado y, de ser el caso, sancionado por el propio Congreso, por faltas única y estrictamente políticas.

6.2.4.- El Desafuero Constitucional.

Es el procedimiento que se establece para el Congresista según el cual no pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, caso en el cual son puestos a disposición del congreso de la comisión permanente delito de las veinticuatro horas, a fin de que autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento del Congresista.³⁸

6.2.5.- La extradición.

Ésta es la entrega del acusado o del condenado, para juzgarle o ejecutar la pena, mediante petición

36 La resolución Legislativa 002-2010-CR (13.11.2010) modificó el art.89 del Reglamento del Congreso precisando que el procedimiento de acusación constitucional se tramitará ante la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales. Citado por ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual derecho procesal penal*. Tomo 1. Editorial Reforma. SAC. Primera edición Diciembre 2011. Pág. 450.

37 Los denominados altos dignatarios en razón a la especialidad de su cargo gozan de inmunidad, beneficio otorgado con el objeto de no ser pasibles de acusaciones por delitos de función sin un previo antejuicio político,. A fin de evitar persecuciones políticas o abusos, sin que implique la impunidad. De esta manera, para la prosecución de un proceso penal iniciado contra ellos se requiere levantar la inmunidad previa autorización del Congreso. Ver Exp. N° 006-2003-AI (fj. 3,4 y 6), caso: acción de inconstitucionalidad en contra del inciso J) del artículo 89 del Reglamento del Congreso de la República. Citado por ORÉ GUARDIA, Arsenio. Ob. Cit. Pág. 451.

38 ROSAS YATACO, Jorge. *Manual de derecho procesal penal. Con aplicación al nuevo proceso penal*. Ob. Cit. Pág. 541.



del Estado donde el delito perpetróse, hecha por aquel país en que buscó refugio.³⁹

Nuestro nuevo Código Procesal Penal lo regula en el artículo 513° y siguientes llama mi atención lo estipulado en el Inciso 1 del artículo 513° del citado cuerpo normativo.

1. La persona procesada, acusada o condenada como autor o partícipe que se encuentra en otro Estado, puede ser extraditada a fin de ser juzgada o de cumplir la sanción penal que le haya sido impuesta como acusada presente...

Del tenor literal, como toda regla tiene su excepción, se advierte que la extradición podría calzar como un supuesto de suspensión de la ejecución de la pena, pues debe procederse previamente a la extradición del condenado a fin que cumpla su pena.

Al respecto la doctrina especializada en estos temas: "Dada la actual vigencia en lo que respecta al libro séptimo (la cooperación judicial internacional), del nuevo código procesal penal -decreto legislativo N° 957-, considero pertinente efectuar algunos comentarios sobre lo que prevé el inciso 1 del artículo 513 de este cuerpo legal.

...Coincido con la precisión que Luciano López hace respecto esta norma en comparación con el texto del artículo 1° de la ley N° 24710 materia de comentario. (El autor se refiere al prólogo que aparece publicado en su obra).⁴⁰

Y es que, en efecto, a diferencia de la ley N° 24710, el inciso 1 del artículo 513 del novísimo código procesal penal dice que la extradición se aplica a la persona procesada, acusada o condenada como "autor" o "partícipe", con lo cual, comparativamente con lo regulado en el capítulo IV del título II del libro I (parte General) del código penal vigente, estarían sujetos a extradición los que participaron en la comisión del hecho punible ("participes") como instigador o cómplice."⁴¹

Sin embargo, el artículo 1 de la ley N° 24710 alude al autor, cómplice (partícipe) y "encubridor".

¿Es el "encubridor" un "partícipe" del hecho punible? Y si no lo es, ¿no está sujeto a extradición de acuerdo a lo previsto en el inciso 1 del artículo 513 del Nuevo Código Procesal Penal?

Considero que, en realidad, se trata, simplemente, de un problema de técnica legislativa o, en todo caso, de *nomen iuris*. Lo digo porque el inciso 1 del artículo 513 del nuevo código procesal penal habría empleado una mejor técnica al referirse, apropiadamente, al "autor" o "partícipe". Y es que un "encubridor", desde punto de vista gramatical, es aquel sujeto que "encubre"⁴².

7.- Consideraciones Problemáticas.

Como lo anotamos al inicio planteamos dos cuestiones problemáticas la primera tendiente a determinar si la formalización de la investigación preparatoria (Artículo 339° Inciso 1 del Nuevo Código Procesal Penal) se configura propiamente como un supuesto de suspensión "*sui generis*" de la prescripción de la acción penal y como segundo problema determinar si el plazo que se refiere el artículo 99° de la Constitución [hasta cinco años después de que hayan cesado en sus funciones los altos funcionarios] no se interrumpe ni se suspende la prescripción de la acción penal durante la sustanciación del procedimiento parlamentario (Antejuzicio Político).

7.1.- Sobre los efectos de la formalización de la investigación preparatoria.

La formalización de la investigación preparatoria tiene dos efectos fundamentales, según precisa el Artículo 339° Inciso 1 del Código Procesal Penal **suspende** el curso de la prescripción de la acción penal y el órgano Fiscal pierde la facultad de archivar la investigación sin intervención judicial.

39 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La Ley y El Delito*. Decimotercera Edición Agosto De 1984. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. Pág. 176.

40 VALLE-RIESTRA GONZALES-OLAECHEA, Javier. *Tratado de la extradición volumen 1. Principios, doctrina y análisis exegético de la ley Peruana N° 24710 y sus modificatorias por el código procesal penal* (Decreto Legislativo N° 957). A.F.A. Editores importadores S. A. Segunda Edición, Lima, 2011. Pág. 91.

41 *Ibidem*. Págs. 91-92.

42 *Ibidem*. Pág. 92.

Al respecto el Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116⁴³, (y la doctrina a favor sobre la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal⁴⁴), postula en los Fundamentos 26, 27 y 31 que el inciso 1 del artículo 339° del Código Procesal Penal evidencia que regula expresamente una suspensión del plazo de prescripción de la acción penal, en consecuencia, queda sin efecto el tiempo que transcurre desde éste acto Fiscal hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su caso hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del Fiscal.

En la misma línea y ratificando el pleno anterior el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal Acuerdo Plenario N° 3-2012/Cj-116⁴⁵ (Asunto: Sobre la necesidad de reevaluar la suspensión de la prescripción dispuesta en el artículo 339°.1 del código procesal penal 2004) expone:... **10.** Frente a la ya demostrada autonomía de las reglas y efectos de la suspensión en relación a las que gobiernan la configuración y eficacia de la interrupción de la prescripción de la acción penal, cabe concluir señalando que el artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal de 2004 **no ha derogado ni modificado, directa o indirectamente**, las reglas contenidas en el artículo 83° de Código Penal vigente. El artículo 84° del Código Penal tampoco ha sido derogado ni mediatizado en sus efectos por el inciso 1 del artículo 339° del Código Procesal Penal. Fundamentalmente porque ambas disposiciones son independientes aunque aludan a una misma institución penal como lo es la suspensión de la prescripción de la acción penal. **Se trata solamente de disposiciones compatibles que regulan, cada una, causales distintas de suspensión de la prescripción de la acción penal que pueden operar de modo secuencial, paralelo o alternativo.** Efectivamente, la prejudicialidad considerada por la norma sustantiva puede paralizar incluso la continuación de un proceso penal en trámite y donde la Formalización de la Investigación Preparatoria que considera la norma adjetiva, ya decretó la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal. Es más, a ello se refiere también de modo expreso el artículo 5° en sus incisos 1 y 2:

“1. La cuestión prejudicial procede cuando el Fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria, pese a que fuere necesaria en vía extra-penal una declaración vinculada al carácter delictuoso del hecho inculcado.

2. Si se declara fundada, la Investigación Preparatoria se suspende hasta que en la otra vía recaiga resolución firme. Esta decisión beneficiosa a todos los imputados que se encuentren en igual situación jurídica y que no la hubieren deducido”.

Por consiguiente, desde el dominio de las relaciones intrasistemáticas de las normas sustantivas o adjetivas, vinculadas a la interrupción o prescripción de la acción penal en la legislación nacional vigente, no se configura ni se condiciona la presencia de una antinomia legal que demande la modificación o complementación del Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116.

Si nos decantamos por la posición del acuerdo plenario N° 1-2010/CJ-116, sobre la suspensión del plazo de la prescripción de la acción penal como producto de la formalización de la investigación preparatoria, entonces cabría formularse la siguiente interrogante sobre si dicha suspensión ¿acaso no vulnera el derecho a ser juzgado en un plazo razonable?⁴⁶

43 26°. Sin embargo, la literalidad del inciso 1 del artículo 339° del Código Procesal Penal evidencia que regula expresamente una suspensión “sui generis”, diferente a la ya señalada, porque afirma que la Formalización de la Investigación Preparatoria emitida por el Fiscal, como director y coordinador de esta etapa procesal -quien adquiere las funciones de las que actualmente goza el Juez de instrucción-, suspende el curso de la prescripción de la acción penal. Con la formulación de la imputación se judicializa el proceso por la comunicación directa entre el Fiscal y el Juez de la Investigación Preparatoria y culmina la etapa preliminar de investigación practicada por el Fiscal. En consecuencia, queda sin efecto el tiempo que transcurre desde éste acto Fiscal hasta la culminación del proceso con una sentencia o resolución judicial que le ponga fin o en su caso hasta que sea aceptada la solicitud de sobreseimiento del Fiscal. 27°. La redacción y el sentido del texto es claro, en cuanto regula la institución de la “suspensión” con todas las consecuencias y matices que conlleva y no es posible deducir que el legislador quiso reglamentar un supuesto de “interrupción” de la prescripción, porque la voluntad fue establecer que ese acto del Fiscal es motivo de suspensión. En la práctica, el principal efecto de esta norma es la prolongación del tiempo necesario para considerar extinguida la responsabilidad penal por un determinado hecho y, en ese sentido, cuando existe actividad procesal del Fiscal -formalizando la investigación- el plazo de prescripción deja de computarse desde que se declara. 31°. La aplicación de esta regulación legal no vulnera el derecho fundamental del imputado a un proceso sin dilaciones indebidas programado en el inciso tres del artículo 139° de la Constitución -inserto en la garantía del debido proceso- y tampoco se afecta el derecho a que la causa se resuelva por el Juez Penal en un tiempo razonable...

44 Vid. PARIONA ARANA, Raúl. *La Prescripción En El Código Procesal Penal de 2004 ¿Suspensión o Interrupción De La Prescripción?* En Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 23. Mayo 2011. Págs. 221 y ss.

45 Publicado el día jueves 26 de julio del año 2012, en el diario oficial el Peruano. Pág. 471463 y ss.

46 El derecho a ser juzgado en un plazo razonable es un Derecho Constitucional Implícito que se deriva del Artículo 139° inciso 3 de la Constitución Política del Perú. “Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia. ...3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional...”

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto al plazo razonable de la investigación fiscal en las sentencias recaídas en el Expediente N.º 5228-2006-PHC/TC caso Samuel Gleiser Katz, y en el Expediente N.º 02748-2010-PHC/TC caso Alexander Mosquera Izquierdo. Asimismo según jurisprudencia del TC cabe precisar que no podemos fijar una perspectiva de plazo razonable si no entendemos su aplicación desde la conjunción de tres requisitos procedimentales: actividad procesal del interesado; conducta



Al respecto el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116⁴⁷ (Asunto: Sobre La Necesidad De Reevaluar La Suspensión De La Prescripción Dispuesta En El Artículo 339°.1 Del Código Procesal Penal 2004) zanja la polémica y expone: "11. Es pertinente y oportuno establecer un límite temporal para la duración de la suspensión de la prescripción de la acción penal, generada por la Formalización de la Investigación Preparatoria. Tal requerimiento fue también reiteradamente planteado en las ponencias sustentadas durante la Audiencia Pública preparatoria del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario por lo que expresan una fundada demanda de la comunidad nacional. Pero, además, ella guarda estricta coherencia con las exigencias, límites y efectos que derivan del principio de plazo razonable para la realización de la justicia. En ese contexto, pues, y atendiendo a los antecedentes históricos de la suspensión de la prescripción en nuestra legislación, cabe asimilar, para satisfacer tal expectativa social, el mismo límite temporal que contenía el derogado artículo 122° del Código Penal de 1924. Esto es, en adelante debe entenderse que la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339° inciso 1, no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo. Por lo demás este mismo criterio se mantuvo en los Proyectos de Código Penal de setiembre de 1984 (Art.96°), de octubre de 1984 (Art. 83°), de agosto de 1985 (Art. 89°) y de abril de 1986 (Art. 88°) que precedieron al Código Penal de 1991 por lo que su razonabilidad es admisible". (Resaltados nuestros).

Estamos de acuerdo con lo expuesto en el fundamento décimo primero del Acuerdo Plenario N° 3-2012/CJ-116, en consecuencia si la suspensión de la prescripción en el caso del Artículo 339° inciso 1 del Nuevo Código Procesal Penal, no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo, estamos hablando de la **Prescripción Extraordinaria**, pues según el Artículo 83° del código penal, La prescripción de la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

7.1.1.- Planteamiento del Problema.

Enfrentemos la problemática recurriendo a las tres fuentes principales del derecho la ley, la doctrina y la jurisprudencia, luego de hacer el balance respectivo el lector(a) podrá plasmar sus propias conclusiones.

La ley: El Artículo 339° Inc. 1 del Nuevo Código Procesal Penal, prescribe "*la Formalización de la Investigación Preparatoria suspende el curso de la prescripción de la acción penal*". (Subrayado nuestro).

El Artículo 83° del Código Penal estipula: "*La prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido...*" (Subrayado nuestro). Y el Artículo 84° del Código Penal prescribe "*Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido.*" (Subrayado nuestro).

Las preguntas que saltan a la vista son ¿la formalización de la investigación preparatoria, no es una actuación del Ministerio Público? Y si la respuesta es afirmativa ¿dicha actuación no debería interrumpir La prescripción de la acción penal? ¿La formalización de la investigación preparatoria, depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento?

Si recurrimos a los acuerdos plenarios antes citados (N° 1-2010/CJ-116 y 3-2012/CJ-116), tendríamos que decir que la corte suprema aparentemente habría zanjado la controversia, por lo que estas modestas líneas serían un ejercicio mental en vano, al respecto creemos que la corte suprema ha recurrido a un criterio interpretativo literal del artículo 339° Inc. 1 del Nuevo Código

de las autoridades judiciales, y la complejidad del asunto. También se puede consultar sobre el tema tangencial al plazo razonable, específicamente sobre la aplicación del Test de las Dilaciones indebidas nos referimos a la polémica sentencia expedida por el tribunal constitucional peruano sobre el EXP. N° 3509-2009-PHC/TC caso Walter Gaspar Chacón Málaga. Sobre las Sentencias que favorecieron la impunidad en materia de lucha contra la corrupción se puede ver el excelente trabajo De RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. ROEL ALVA, Luis Andrés. *Balance de las Sentencias del Tribunal Constitucional 2007-2012*. Instituto de Defensa Legal Justicia Viva. Documento de Trabajo N° 65. Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc31072012-144116.pdf
47 Publicado el día jueves 26 de julio del año 2012, en el diario oficial el Peruano. Pág. 471463 y ss.

Procesal Penal, pero no ha realizado una interpretación sistemática⁴⁸ y teleológica⁴⁹ conjuntamente con los artículos 83° y 84 del Código Penal, nos explicamos:

Se ha dicho que la formalización de la investigación preparatoria suspende el plazo de la prescripción de la acción penal, ergo si recurrimos al Artículo 84° del Código penal, la investigación preparatoria ¿depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento? La respuesta es negativa, pues la formalización de la investigación preparatoria depende única y exclusivamente del órgano fiscal.

Al respecto la doctrina expone: “En suma, la suspensión del plazo de prescripción tiene como fundamento la existencia de una determinada cuestión que imposibilita el comienzo o continuación del proceso penal, de forma tal que el ejercicio de la acción penal no puede realizarse con normalidad por una causa no imputable al Estado; por lo cual, el transcurso del tiempo ocasionado por esta cuestión extraprocesal no puede causar efectos en el tiempo otorgado para el ejercicio del *ius puniendi*. De ello se desprende que, el efecto que produce la suspensión del plazo de prescripción es el no contabilizar el tiempo que dura en resolverse la cuestión extraprocesal, de la cual depende el inicio o continuación del proceso penal.⁵⁰”

El proceso penal comienza con la formalización de la investigación preparatoria, etapa procesal que depende del órgano fiscal, la doctrina la define como un acto no jurisdiccional y unilateral del titular de la acción penal (fiscal) que determina el inicio de una investigación formal contra determinada persona, cumpliendo una función de garantía, puesto que permite al imputado un conocimiento cierto de la imputación y comienza, inevitablemente, la actividad de su defensa⁵¹... La formalización de la investigación tiene dos efectos fundamentales: A) Comienza a computarse el plazo de investigación preparatoria. B) **Suspender el curso de la prescripción de la acción penal.** En una interpretación sistemática, se trataría más bien de la interrupción de la prescripción, tomando en consideración lo regulado por el artículo 83 primer párrafo del código penal que establece: “la prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del ministerio público o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido”. Sin embargo, mediante el acuerdo plenario N° 1-2010, se establece como la causa sui generis de suspensión que el plazo de prescripción deje de correr desde el acto procesal hasta que se obtenga una sentencia o resolución firme que ponga fin al proceso, siendo el sustento para interpretación de esta naturaleza darle eficacia a la persecución penal⁵².



La doctrina⁵³ se muestra reacia con lo expuesto en el Artículo 339° Inc. 1 del nuevo Código Procesal Penal en el extremo que la Formalización de la Investigación Preparatoria suspende el curso de la prescripción de la acción penal y argumenta que en la realidad la Formalización de la Investigación Preparatoria no suspende el plazo de la prescripción de la acción penal, pues debe interpretarse como un supuesto de interrupción de la misma, para lo cual apela a una interpretación sistemática del Artículo 339° Inc. 1 del nuevo Código Procesal Penal con el Artículo 83° del Código Penal.

Pero ya advertimos que el Artículo 83° del Código Penal y el Artículo 339° Inc. 1 del nuevo Código Procesal Penal son claros en regular dos instituciones distintas interrupción y “suspensión” de la prescripción de la acción penal respectivamente.

Según el Artículo 22° si la judicatura decide apartarse de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan. Un comentario

48 Para el método sistemático por comparación con otras normas, el procedimiento de interpretación consiste en esclarecer el “qué quiere decir” la norma atribuyéndole los principios o conceptos que quedan claros en otras normas y que no están claramente expresados en ella. En: RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico (Introducción al derecho)*. Décima edición aumentada. Segunda reimpresión de la décima edición, junio de 2011. Fondo editorial pontificia universidad católica del Perú. Pág. 242.

49 La interpretación ideológica se orienta a determinar el sentido de la norma que sea más conforme con los fines pretendidos por toda regulación jurídica y en orden a la realización de tales fines... Con el criterio teleológico de interpretación se propende a las realizaciones ético-jurídicas que inspiran o que están por encima del texto normativo. En: TORRES VÁSQUEZ, Anibal. *Introducción al derecho. Teoría general del derecho*. Tercera edición. Abril 2006. Idemsa. Pág. 574.

50 MADRID, Cecilia. *Suspensión de la prescripción*. En: Boletín N° 33 de fecha 19 de setiembre de 2011. Págs. 17-18. Disponible en: <http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/boletines/Boletin-33.pdf> (Fecha de consulta 06/04/15)

51 CALDERÓN SUMARRIVA; Ana C. *Colección de temas procesales conflictivos II. El nuevo sistema procesal penal. Análisis crítico*. Egagal. Editorial San Marcos E.I.R.L. Segunda reimpresión: 2013. Pág. 200.

52 Ibidem. Págs. 203-204.

53 Vid. BURGOS ALVARADO, José David. *La Formalización de la Investigación Preparatoria ¿Suspensión o interrupción de la acción penal?* En Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 22. Abril 2011. Págs. 254 y ss. Vid. ALCOCER POVIS; Eduardo. *Problemas interpretativos de la prescripción como causa de extinción de la acción penal*. En: Instituto pacífico. Actualidad Penal. Agosto 2014 N° 2. Págs. 110 y sgts.

aplicable a lo expuesto: “Como se aprecia, sustentamos algunos puntos y criticamos otros al interior del Acuerdo Plenario *submateria*, debiéndose entender que si bien todos los principios jurisprudenciales establecidos son de obligatorio cumplimiento y deben ser invocados por los magistrados en todas las instancias judiciales, el propio artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial plantea la posibilidad de que *por excepción* los magistrados que decidan apartarse de dicho criterio “*están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan*”, significando en definitiva que dependerá de la capacidad argumentativa de los magistrados de todas las instancias a nivel nacional impedir el quebrantamiento de las instituciones procesales. Esperamos que las ideas vertidas sirvan para tal fin y permitan el desarrollo de una impecable ciencia procesal penal en nuestra patria.”⁵⁴

7.2.- Sobre si el plazo en la sustanciación del procedimiento parlamentario de Antejuiicio Político no interrumpe ni suspende la prescripción de la acción penal.

Se consideran altos funcionarios a todos los nombrados en el artículo 99° de la Constitución, si dichos funcionarios cometen un delito, no es cualquier clase de delito sino delito de función, la judicatura ordinaria no los puede procesar como a cualquier persona común al respecto la doctrina: se requiere de previa denuncia constitucional, siguiendo las normas del Reglamento del Congreso y la ley, por el Fiscal de la Nación, el agraviado por el delito, o por los Congresistas; y, en especial, como consecuencia del procedimiento parlamentario, se requiere la resolución acusatoria de contenido penal aprobada por el Congreso, lo cual exige la calificación jurídica de los hechos investigados.⁵⁵

7.2.2.- Planteamiento del Problema.

El Artículo 450° inciso 9 del Nuevo Código Procesal Penal estipula que *el plazo* a que se refiere al Artículo 99° de la Constitución [hasta cinco años después de que hayan cesado en sus funciones los altos funcionarios] no interrumpe ni suspende la prescripción de la acción penal de conformidad con el artículo 84° del Código Penal.

Consideramos que es un dislate del legislador, estipular que *el plazo* a que se refiere el Artículo 99° de la Constitución *no interrumpe ni suspende* la prescripción de la acción penal de conformidad con el artículo 84° del Código Penal. En primer lugar el *plazo*, no es presupuesto de interrupción de la acción penal o de la pena (Artículo 83° del código penal, **la prescripción de la acción** se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, por la comisión de un nuevo delito doloso y Artículo 87° código penal, se interrumpe **el plazo de prescripción de la pena**, por el comienzo de ejecución de la misma o por haber sido aprehendido el condenado a causa de la comisión de un nuevo delito doloso) y tampoco de la suspensión de la prescripción de la acción penal (Artículo 84° del Código Penal, si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido)

En segundo lugar lo que se interrumpe o suspende es la acción penal y la ejecución de la pena, nada más, la redacción o sentido correcto que debe brindar este artículo [450° inciso 9 del Nuevo Código Procesal Penal] sería que durante la sustanciación del antejuiicio político, el plazo de la prescripción de la acción penal se suspende, *rectius* de conformidad con el artículo 84° del Código Penal.

Tal como esta redactada la norma al estipular que el plazo no interrumpe ni suspende la prescripción de la acción penal de conformidad con el artículo 84°, al remitimos a dicho artículo reparamos en que justamente se regula la suspensión del plazo de la prescripción de la acción penal, creemos que la redacción del artículo citado adolece de Técnica Jurídica⁵⁶ (específicamente de técnica

54 MENDOZA ALCA; Javier. *Problemática interpretativa de la cuestión previa ¿Es la identificación del imputado un requisito de procedibilidad?* Ob. Cit. Pág. 1017.

55 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El Nuevo Proceso Penal*. Editorial IDEMSA. Primera Edición: Lima - Abril de 2009. Págs. 370-371.

56 Las reglas de la técnica jurídica deben poseer ciertas cualidades fundamentales: 1° Plenitud de la determinación, 2° Perfecta Adaptación, 3° Necesidad de realización, 4° Simplicidad o Economía de medios para alcanzar lo más fácilmente posible el fin propuesto, 5° Lógica o Coherencia Racional en los procedimientos, 6° Seguridad de los resultados... El conjunto de procedimientos necesarios en orden a la elaboración de las fuentes formales del Derecho y a su recta aplicación, constituye la Técnica Jurídica. Vid. ALZAMORA VALDEZ, Mario. Introducción a la Ciencia del Derecho. Décima Edición. Editorial Eddili. Pág. 252 y ss. Así también TORRES VÁSQUEZ, Anibal. Ob. Cit. Pág. 694.

legislativa³, en su redacción.

Al respecto la doctrina: Así, no se entiende la razón por la cual, a pesar que el artículo 84° del Código Penal señala que se suspende el cómputo del plazo de prescripción hasta que se obtenga un prerequisite para iniciar un juicio⁵⁷, como ocurre, cuando la Constitución Política exige una autorización especial para juzgar a altos funcionarios, lo que el Tribunal Constitucional -Exp. 5068-2006-PHC- ha recalado, se trata de un supuesto de su suspensión, sin embargo, el código Procesal Penal (Art. 450°.9), señale que no lo hace, y por error afirme que así lo dispone el art. 84° del Código Penal⁵⁸.

8.- Sobre la naturaleza jurídica de la prescripción penal.

La tesis actualmente dominante es conocida como *tesis procesal*. Según esta, la prescripción solamente tendría naturaleza "procesal" en el sentido de constituir una renuncia del Estado a perseguir el delito (*Verfolgungsverzicht*) y, por lo tanto, un mero "impedimento procesal" (*Prozebehinderung*)⁵⁹. Tanto en la "prescripción" como en numerosas otras figuras jurídico-penales (el indulto, la acción privada, la amnistía, etc), lo que las distingue de las figuras que, como "condiciones objetivas de punibilidad" o "causas de exclusión de la pena", sí pertenecen al derecho material, es su desvinculación con los hechos punibles cometidos⁶⁰. En la "prescripción" no existiría tal "pertenencia a los hechos punibles"; solamente regiría para esta figura el principio de legalidad en su acepción de "lex certa"⁶¹

La consecuencia más importante de la discusión acerca de la naturaleza de la "prescripción" radica en los efectos que puedan tener en ella posteriores modificaciones de la ley, es decir la *aplicabilidad del principio de prohibición de retroactividad de la ley penal* (con la excepción de la retroactividad benigna). ¿Es posible cambiar los plazos de prescripción y hacer que estos cambios rijan también para delitos cometidos con anterioridad a la vigencia de la ley (retroactividad); y que incluso esto sea así cuando los cambios desfavorezcan al perseguido o procesado (retroactividad in malam partem)?⁶².

9.- Conclusiones.

1.- La formalización de la investigación preparatoria interrumpe el plazo de la prescripción de la acción penal, porque es una actuación del Ministerio Público, en su calidad de director de esta etapa procesal.

2.- El antejuicio político suspende el plazo de la prescripción de la acción penal de conformidad con el artículo 84° del Código Penal.



57 Art. 84. Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en *suspensión* la prescripción hasta que aquel quede concluido. [Conforme al Exp. 26-2006-PI/TC, se aplicable a los congresistas protegidos por la inmunidad de proceso]. Citado por SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel. *La prescripción: Naturaleza procesal, aplicación en el tiempo y la lucha contra la corrupción*. En: Instituto Pacífico. Actualidad Penal. Octubre 2014 N° 4. Pág. 144.

58 Art. 450.1.- [Si] la incoación de un proceso penal, ... requiere la previa interposición de una denuncia constitucional, ... por el Fiscal de la Nación, el agraviado/ 9. El plazo que se refiere al artículo 99° de la Constitución *no interrumpe ni suspende* la prescripción de la acción penal de conformidad con el artículo 84° del Código Penal. Citado por SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel. *La prescripción: Naturaleza procesal, aplicación en el tiempo y la lucha contra la corrupción*. Ob. Cit. Págs. 144-145.

59 Se manifiestan a favor de la tesis "procesal" (últimamente dominante en Alemania), entre otros MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, p.747... Citado por ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Acerca de la Naturaleza De La Prescripción*. En: Peña-Cabrera Freyre; Alonso R. Montes Flores; Efraín. Sánchez Mercado; Miguel Ángel. (Coordinadores). *El Derecho Penal Contemporáneo*. Libro Homenaje Al Profesor Raúl Peña Cabrera. Tomo I. Ara Editores E.I.R.L. 2006. Pág. 550.

60 En este sentido expone ROXIN, quien se basa en la teoría fundada por GALLAS y SCHMIDHÄUSER; ver *ibidem* p. 882 y s. (§ 23, n. marg. 50 y s.). Citado por ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Ob. Cit. Pág. 550.

61 Cfr. ROXIN, p. 885, (§ 23, n. marg. 59). Citado por ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Ob. Cit. Pág. 551.

62 SCHUMANN, pp. 392, 394, col. Izq.; PUPPE,... Citado por ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Acerca de la Naturaleza De La Prescripción*. Ob. Cit. Pág. 553.

IPSO JURE

REVISTA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

La República

SOMOS DIARIO JUDICIAL - LAMBAYEQUE 2015