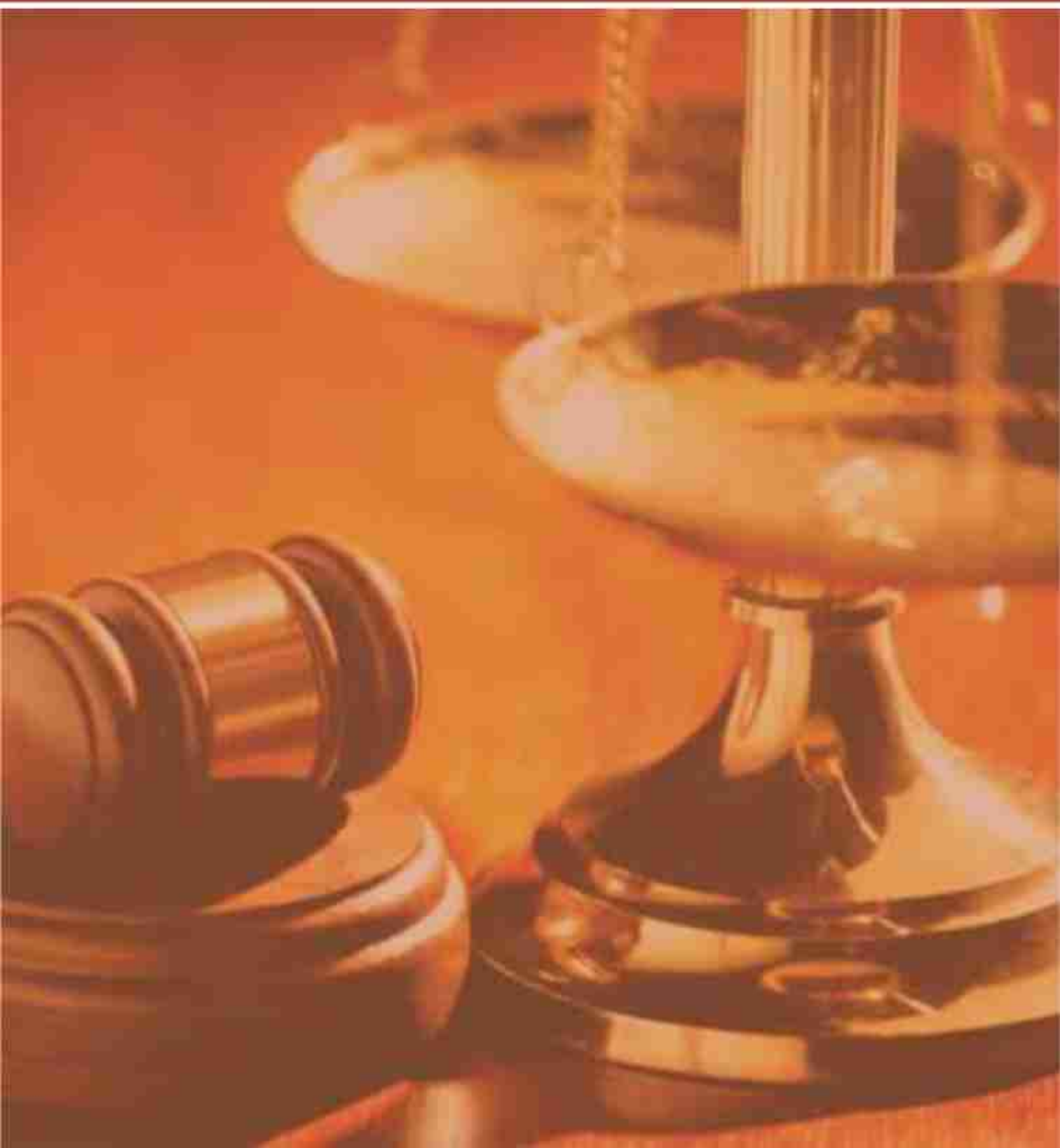


# Ad Verbum

REVISTA DE LA  
CORTE SUPERIOR  
DE JUSTICIA  
DEL CALLAO

AÑO X - N° 10 - ABRIL 2015



## 2 Editorial

### DERECHO CONSTITUCIONAL

- 5 Ponencia: "La actuación de la Sentencia Civil y las Garantías Constitucionales"  
*Roberto Obando Blanco*

- 14 La doctrina de la real malicia  
*Gerardo Eto Cruz*

- 21 Presente y futuro en la ejecución de sentencias constitucionales: a diez años del Código Procesal Constitucional  
*José Miguel Rojas Bernal*

### DERECHO PROCESAL PENAL

- 29 La admisión y exclusión de la prueba del mal carácter en el Nuevo Código Procesal Penal  
*María Jessica León Yarango*

- 32 La condena del absuelto  
*Víctor Jimmy Arbulú Martínez*

- 39 Los medios probatorios en la etapa intermedia  
*Cerapio A. Roque Huamancondor*

- 46 Los rezagos del sistema inquisitivo en el Nuevo Código Procesal Penal Peruano  
*Ana Calderón Sumarriva*

### GESTIÓN ADMINISTRATIVA

- 52 Pinceladas del proceso de implementación de la reforma procesal penal en el Callao  
*Juan Roberto Romani Romani*

### DERECHO PROCESAL

- 61 El mito de la santidad de la cosa juzgada  
*Guido Aguila Grados*

### DERECHO DE FAMILIA

- 69 Violencia Familiar - Otra mirada a la conclusión del proceso por inasistencia de las partes a la audiencia única  
*Madeleine Ildefonso Vargas*

- 72 Solidaridad Alimentaria, una propuesta eficaz  
*Graciela T. Bustamante Huapaya*

### DERECHO COMPARADO

- 77 La Inseminación Post Mortem en el Derecho  
*Carmen Rosa Matute Carrillo*

---

Director  
Dr. César José Hinostroza Pariachi

Año 10 - N° 10 - Abril de 2015

Ad Verbum es una publicación de la Corte superior de Justicia del Callao  
Av. 2 de Mayo, Cdra. 5 s/n - Callao

Teléfonos: 519-3000  
Facebook: Corte superior de Justicia del Callao  
Twitter: @Cortedelcallao  
[www.pj.gob.pe/corte-superior-del-callao](http://www.pj.gob.pe/corte-superior-del-callao)

la revista no se responsabiliza ni identifica necesariamente con los artículos y opiniones que se publican.

*Luego de más de dos años de haber interrumpido la publicación de la última edición de la Revista Institucional Ad Verbum, esta Presidencia hizo eco al pedido de los Señores Magistrados de continuar con esta edición que se constituye en un foro de participación, de opinión y un espacio común en el que pudiesen tener cabida nuestros intereses intelectuales.*

*La décima edición de Ad Verbum se emite precisamente en las postrimerías de nuestro 54° Aniversario de Instalación. Es un aporte intelectual que busca enriquecer el quehacer jurídico del sistema de impartición de justicia, ya que nuestra Corte Superior requiere de un alto grado de profesionalización y capacitación, para responder de manera pronta y eficaz a los desafíos de la administración de justicia.*

*Hemos logrado que connotadas personalidades del Derecho, generosamente colaboren escribiendo artículos importantes para su difusión en esta tribuna. Considero que debemos aportar con teorías, conceptos y tendencias modernas del Derecho actual para coadyuvar con los hombres de leyes en su formación o reforzar su amplio conocimiento en las diversas especialidades de esta ciencia.*

*En esta nueva etapa de gestión, estamos trabajando con el apoyo de la sociedad civil, estamos en camino de recuperar su confianza con acciones que beneficien a nuestra población, como el Observatorio de Criminalidad Regional, las Ferias de servicios judiciales y el programa "Justicia en tu Comunidad"; y lo lograremos reafirmando el compromiso de los señores magistrados y auxiliares jurisdiccionales en esforzarnos seguir trabajando para brindar al justiciable una justicia de calidad.*

**Dr. César Hinostroza Pariachi**  
**Presidente de la Corte Superior de Justicia del Callao**

# DERECHO CONSTITUCIONAL





# Ponencia: “La actuación de la Sentencia Civil y las Garantías Constitucionales”



**Roberto Obando Blanco**

Abogado y Magister por la UNMSM.  
Profesor de la UNMSM, PUCP y AMAG.  
Juez Superior Titular del Callao.  
Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal

## 1. Introducción

La valoración y el desarrollo del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso hacen ver la prevalencia del derecho sustancial. La palabra clave en la definición del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es la de “técnicas procesales idóneas” para la efectiva tutela de los derechos materiales, siguiendo la doctrina italiana, española y brasileña. Este derecho fundamental es una **garantía constitucional**, ya que no admite violación, no admite colisión con otra garantía, dado que es el presupuesto de la existencia de un Estado constitucional de derecho, bajo la forma de **límites al ejercicio del poder estatal**, como ocurre también con la garantía de la cosa juzgada.

El derecho es un modelo de reglas y principios. Los principios son normas generales que expresan valores superiores del ordenamiento jurídico, dirigidas a los órganos de aplicación del derecho y que ilustra su función. Los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, señalan que los principios sirven como justificación de las reglas, de las pautas específicas. La función de los principios es dar lugar a reglas (legislativas o jurisprudenciales), y las reglas se justifican por su adecuación con los principios.

El maestro Luigi Ferrajoli se ha referido al derecho en general, propio de los ordenamientos constitucionales, como **sistema de garantías**, las que ha sistematizado del modo siguiente: garantías primarias (o epistemológicas) que se traducen en actividades de carácter cognoscitivo, y garantías secundarias que tienen como finalidad facilitar el juego de las primeras y evitar posibles desviaciones en la prestación de las mismas. Tratándose de la jurisdicción es una garantía secundaria que interviene cuando son violadas las garantías primarias (derecho a la vida, derechos de libertad, derechos sociales, derecho de defensa, etc.), las que requieren de actuación obligatoria. La jurisdicción es un poder, pero poder de decir el derecho.

A diferencia de las garantías, los principios son una escala menor, debido a que tienen una matriz genérica, no vinculan, corresponde a la creación de los juristas. Existen especialidades en principios (principios del derecho constitucional, derecho de familia, etc.) y otros que son interdisciplinarios como ocurre con los principios del derecho procesal.

*Texto íntegro de la ponencia presentada ante el IV Seminario Internacional de Derecho Procesal “Constitución y Proceso”: Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales, realizado en la PUCP en el mes de mayo del 2014*

*“Tratándose de la jurisdicción es una garantía secundaria que interviene cuando son violadas las garantías primarias (derecho a la vida, derechos de libertad, derechos sociales, derecho de defensa, etc.), las que requieren de actuación obligatoria. La jurisdicción es un poder, pero poder de decir el derecho.”*





*"El Estado constitucional de derecho impone también un verdadero cambio de paradigma en el orden jurídico-cultural. Se asumen los derechos humanos, ahora, como derechos fundamentales dotados de fuerza normativa. Debemos superar el paradigma legalista donde el juez se considera "boca de la ley".*

La tutela, llamada jurisdiccional porque expresa una función exclusiva del Estado, se concreta teóricamente cuando se expide una sentencia que una vez firme recibe la autoridad de la cosa juzgada. Esto se llama **satisfacción procesal**.

El derecho a la ejecución de resoluciones judiciales como manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, ha recibido constante atención en el desarrollo de nuestra jurisprudencia constitucional. Esto se llama **eficacia procesal**. En este sentido,

el derecho al cumplimiento efectivo, y en sus propios términos, de aquello que ha sido decidido en el proceso, forma parte inescindible del derecho a la tutela jurisdiccional a que se refiere el artículo 139.3 de la Constitución<sup>1</sup>. El juez de ejecución con su actuación en cada caso garantiza al mismo tiempo la vigencia del principio de independencia judicial.

La autonomía científica lograda con el proceso, trajo consigo, de manera poco perceptible al principio, una separación tan radical entre el derecho material y el proceso que llevó a perder de vista su finalidad principal: la instrumentalidad respecto a la realización de los derechos materiales. La ruptura del procesalismo actual, respecto a la postura científica de la primera mitad del siglo XX, comienza a verificarse en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, con el efectivo reconocimiento de los derechos fundamentales, entre los cuales es pieza importante el llamado derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

El proceso comienza a adquirir una nueva dimensión –la constitucional– en el entendimiento de que la función pública del Estado a través del proceso, asume la responsabilidad de dotar a los ciudadanos de un medio eficaz y oportuno que permita la convivencia pacífica y justa.

## 2. Cultura constitucional de la jurisdicción

La cultura constitucional de la jurisdicción implica autoconciencia de la complejidad y creatividad de la labor judicial, que debe regir todo el quehacer, a fin de que éste sea racional, es decir, que las decisiones judiciales deben estar racionalmente fundamentadas.

Como dato histórico señalaremos que el constitucionalismo de la segunda postguerra encarna un modelo alternativo de Estado y, en consecuencia, también de ordenamiento jurídico. El Estado constitucional de derecho impone también un verdadero cambio de paradigma en el orden jurídico-cultural. Se asumen los derechos humanos, ahora, como derechos fundamentales dotados de fuerza normativa. Debemos superar el paradigma legalista donde el juez se considera "boca de la ley".

La consecuencia es que de tales innovaciones, como señala el Magistrado del Tribunal Supremo Español doctor Perfecto Andrés Ibáñez, se sigue la demanda de otro modelo de juez. Así tenemos el asunto del bagaje del juez en sus dos dimensiones: la de naturaleza técnico-jurídica (formación universitaria de acuerdo al plan de estudios) y la cultura del juez (componentes de diversidad, por que se debe administrar legítimas diversidades, así tenemos la garantía del juez imparcial).

Se reclama una "revolución cultural", la tarea del juez es a más independencia y factor de discrecionalidad, mayor respeto de garantías constitucionales, mayor carga de justificación. La actividad jurisdiccional es una **actividad de riesgo** y no se puede convertir en un ejercicio ilegítimo. Es un poder que importa riesgos.

Constatamos que nos falta



formación en la **epistemología** (estudio de los problemas del conocimiento de los hechos), específicamente la valoración de la prueba, los **estándares de prueba**, que importa el nivel de suficiencia que debe alcanzar la prueba para considerarse probada (prueba suficiente), que requieren criterios de razonabilidad. El maestro Michele Taruffo no habla de derecho sino de prueba en su obra "La prueba de los hechos", seguido por Jordi Ferrer Beltrán en su obra "Valoración racional de la prueba".

El motivar adecuadamente las resoluciones judiciales es la esencia de un Estado constitucional de derecho, después de la II Guerra Mundial, donde el derecho constitucional contemporáneo planeó la relación entre Constitución y proceso, donde se parte de concebir a los propios derechos fundamentales como garantías procesales, es decir, un contenido procesal de aplicación y protección concreta.

La tarea pendiente es articular el tema teórico de la argumentación jurídica y ordenar el aspecto de la práctica judicial. La Constitución en serio es tomar las garantías donde coinciden todos los derechos fundamentales. La judicatura expulsa las **normas inválidas**. La norma válida debe observar las formas de producción y ser coherente con los derechos fundamentales.

El principal fundamento de la legitimidad de la jurisdicción está en la función del juez como garante de los derechos fundamentales establecidos por la Constitución. En la aplicación judicial del derecho, el juez no solo aplica normas sino también principios y valores constitucionales.

Ross, citado por Perfecto Andrés Ibáñez en su obra "Cultura constitucional de la jurisdicción"<sup>2</sup>,

señala que la tarea del juez tiene una consistente dimensión práctica, y que su interpretación de la ley es "un acto de naturaleza constructiva, no un acto de puro conocimiento".

Son valores constitucionales de la judicatura la independencia y la imparcialidad que guardan entre sí una estrecha relación conceptual. La independencia tiene por objeto evitar que el juez, por razón de su modo de encaje en el marco estatal, por su estatuto, se vea constreñido o inducido a operar como actor político, es decir, como parte política en el proceso, en perjuicio de la exclusiva sujeción a la ley.<sup>3</sup> La independencia es presupuesto político y orgánico de la imparcialidad, por eso las garantías de independencia tienen reflejos, positivos o negativos, en la imparcialidad de los procesos.

El profesor de la Universidad de Alicante, Josep Aguiló Regla, en un ensayo titulado "Imparcialidad y aplicación de la ley"<sup>4</sup>, señala: "(...) La independencia, el deber de independencia, trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes desde fuera del proceso jurisdiccional, es decir, provenientes del sistema social en general. (...) La imparcialidad, el deber de imparcialidad, por el contrario, trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes desde dentro del propio proceso jurisdiccional. (...) Un juez debe ser independiente respecto del sistema social (no debe someterse -estar sujeto- a personas ni debe cumplir funciones de representación) y debe ser imparcial (es decir, independiente) respecto de las partes en conflicto y/o el objeto del litigio". Debemos condenar las "relaciones peligrosas" en los ámbitos institucionales en donde se gestiona el "tráfico de influencias" y salir en la defensa de los jueces independientes e imparciales.

### 3. Derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales como contenido básico del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

La tutela jurisdiccional no será efectiva hasta que se efectúe el mandato judicial. En virtud de la garantía constitucional de la cosa juzgada, existe el derecho a que se respeten y ejecuten las **resoluciones judiciales firmes en sus propios términos**. La hipotética posibilidad de alterar los términos de las resoluciones a ejecutar ocasionaría una gravísima inseguridad jurídica. La inmodificabilidad de las resoluciones firmes de los Tribunales constituye un valor jurídico consustancial a una tutela judicial efectiva, que no ha de verse como un mero aspecto formal y accesorio del derecho fundamental garantizado por la Constitución.

Como sabemos, el artículo 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en este sentido señala que: "No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo responsabilidad política, administrativa, civil, penal que la ley determine en cada caso..." normatividad que guarda conformidad con lo establecido en el inciso 2 del artículo 139º de la Constitución cuando se menciona que: "Ninguna autoridad puede (...) dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada (...) ni retardar su ejecución".

La cosa juzgada guarda íntima relación con la actuación o ejecución de las resoluciones judiciales firmes. La cosa juzgada es un elemento distintivo de la actividad jurisdiccional, es decir, que no puede hallarse este concepto en otro ámbito del poder político que no sea el judicial. El fundamento de la cosa juzgada es la seguridad jurídica y evitar procesos contradictorios o

repetitivos. Para reconocerle fuerza de **resolución inmutable**, debe haber sido precedida de un proceso contradictorio, en que el vencido haya tenido adecuada y substancial oportunidad de audiencia y de prueba. Se conjuga con la garantía de la defensa en proceso.

La cosa juzgada surge como fruto de una necesidad social de seguridad jurídica. El pronunciamiento sobre la causa petendi (también sobre la excepción) es razón del fallo (determina su sentido), en base al hecho probado (fundamento determinante).

En las líneas jurisprudenciales del Tribunal Supremo se ha precisado, tomando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que la cosa juzgada se concreta en el derecho que corresponde a todo ciudadano de que las resoluciones judiciales sean ejecutadas o alcancen su plena eficacia en los propios términos en que fueron dictadas; esto es, respetando la firmeza e intangibilidad de las situaciones jurídicas allí declaradas.

La resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inmutable, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 178° y 407° del Código Procesal Civil, norma sustantiva que debe entenderse a la luz de lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial antes acotado.

Por consiguiente, se ha motivado en la Casación procesal N° 1262-2012-Junin sobre mejor derecho a la propiedad (entiéndase declaración de propiedad) de fecha 17 de mayo de 2013 expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (la valoración de la prueba trasladada): "(...) Si la Segunda Sala Mixta de Huancaayo, al emitir la resolución de vista ha considerado no estar de acuerdo con lo resuelto en la sentencia recaída en el proceso de

*nulidad de acto jurídico, la que constituye cosa juzgada, e interpretando sus alcances ha procedido a resolver el presente proceso judicial, la causal de infracción normativa procesal se ha configurado, situación que justifica nulificar la sentencia de vista con el fin de que la Sala Superior de origen renovando el acto procesal dicte nueva resolución con arreglo a Derecho"* (Fundamento jurídico undécimo, última parte).<sup>5</sup>

Añade el Tribunal Constitucional Español que ese derecho a la ejecución de la sentencia en sus propios términos no impide que en determinados supuestos ésta devenga legal o materialmente imposible, lo cual habrá de apreciarse por el órgano judicial en resolución motivada, pues el cumplimiento o ejecución de las sentencias depende de las características de cada proceso y del contenido del fallo.<sup>6</sup>

El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales exige una ausencia de condicionamientos que dificulten o entorpezcan que lo resuelto por los órganos judiciales sea cumplido en sus propios términos, de manera que los requisitos o limitaciones legales impuestas al ejercicio de este derecho deberán responder a razonables finalidades de protección de valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardar debida proporcionalidad con dichas finalidades.<sup>7</sup>

Se trata de un derecho fundamental a la cosa juzgada, que es corolario de la ejecución, porque ésta ha de respetar escrupulosamente el fallo o parte dispositiva, y porque el derecho a la ejecución impide que el órgano judicial encargado de ella se aparte de lo mandado en el pronunciamiento a cumplir, y, aún más, puede decirse que el derecho a la ejecución tiene como presupuesto lógico y constitucional la intangibilidad de la

firmeza de las resoluciones judiciales y de las situaciones jurídicas allí declaradas.<sup>8</sup>

El Tribunal Constitucional peruano, siguiendo la doctrina y jurisprudencia constitucional española, señala que el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales —entendido como una de las dimensiones del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva—, garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de una sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido.<sup>9</sup>

A diferencia de lo que sucede en otras constituciones, la nuestra no alude al derecho a la tutela jurisdiccional "efectiva". Sin embargo, en modo alguno puede concebirse que nuestra Carta Fundamental tan sólo garantice un proceso "intrínsecamente correcto y leal, justo sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también (...) capaz de consentir los resultados alcanzados, con rapidez y efectividad" [STC Exp. N° 010-2002-AI/TC]. Precisamente, la necesidad de entender que el derecho a la tutela jurisdiccional comprende necesariamente su efectividad, se desprende tanto del artículo 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos como del artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

De acuerdo con el primero, "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley". Conforme al segundo, "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la





*ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención”.*

Es claro que el retraso injustificado en la adopción de las medidas que posibiliten la ejecución de las resoluciones judiciales en sus propios términos afecta en el tiempo a la efectividad del derecho fundamental a exigir que las sentencias se cumplan sin dilaciones indebidas, en orden a asegurar la efectividad del derecho a la tutela judicial.

#### **4. Tipos de sentencia y la actuación de la sentencia civil**

La **sentencia** es la expresión suprema de la jurisdicción, esto es, la manera como la jurisdicción otorga la calidad de definitiva a una de sus decisiones. Es crear una norma jurídica para el caso concreto. Doctrinariamente es más conveniente hablar de **actuación de sentencia** que de ejecución de sentencia, estando a la calificación de los **tipos de sentencia**.

Las sentencias ejecutables son las de condena que exigen actuación

propia. En las sentencias meramente declarativas y sentencias constitutivas la actuación es impropia, ya que luego que la sentencia se encuentra firme viene casi una actuación administrativa del Juzgado, como ocurre cuando se remiten partes a los Registros Públicos para la inscripción de la sentencia de nulidad de acto jurídico, prescripción adquisitiva de dominio, título supletorio.

Resulta pertinente hacer referencia a la **clasificación de sentencias de procesos de cognición**, éstas se dividen en sentencias declarativas, sentencias constitutivas y sentencias de condena. Establecemos sus alcances:

- **Sentencias meramente declarativas:** tienen por objeto ratificar una situación dada en la demanda; la declaración de la existencia o inexistencia de un derecho o de una determinada relación jurídica, esto es, dar claridad a una situación incierta o dudosa.

- **Sentencias constitutivas:** tienen por objeto crear una nueva situación jurídica, modificar o extinguir una relación jurídica preexistente.

- **Sentencias de condena:** tienen por objeto ordenar al demandado a cumplir con una prestación debida (un dar, un hacer) o abstenerse de realizar una conducta (un no hacer); lo que se busca es que declare e imponga el deber de prestación.<sup>10</sup>

En las líneas jurisprudenciales del Tribunal Supremo se ha precisado que deben distinguirse las sentencias ejecutables de las que no lo son, ello a efecto de determinar ante cuál de los supuestos previstos en el artículo 178° del Código Procesal Civil nos encontramos; así tenemos que la sentencia recaída en el proceso de división y partición es una ejecutable, en tal virtud corresponde situarnos en el primer supuesto de la norma procesal, antes, la misma prevé que tratándose de este tipo de sentencias, la demanda de nulidad cosa juzgada fraudulenta (revisión civil por fraude procesal) se interpondrá dentro de los seis meses de ejecutada la sentencia.<sup>11</sup>

Para el cómputo del plazo de las sentencias declarativas y constitutivas en materia de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, se efectúa desde que la sentencia se



encuentra firme, pues ellas no ameritan propiamente ejecución, no ocurre así en las sentencias de condena, donde la existencia del proceso fraudulento va paralelo a su ejecución, por lo que el plazo de caducidad corre simultáneamente, según se desprende del artículo 715° del Código Procesal Civil, donde la ejecución empieza con la exigencia del ejecutado para que cumpla con su obligación.<sup>12</sup>

### 5. Medida cautelar de anotación de la demanda y la ejecución de la sentencia

La medida cautelar es un contenido básico o componente esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. No hay sector que no esté cubierto con la tutela cautelar. El objeto de la medida cautelar es asegurar que el tiempo del proceso no aumente el agravio o lo haga devenir en irreparable. La función de la tutela cautelar no es satisfactiva sino **asegurativa**, en tanto busca afianzar la eficacia del proceso.

La medida cautelar de anotación de demanda es la medida cautelar más importante regulada en el Código Procesal Civil, la misma que se encuentra dirigida a inscribir el acto procesal con la finalidad de que todos tomen conocimiento de la existencia de un proceso en que se encuentra ventilándose una *pretensión referida a derechos inscritos*, que puede afectar su libre disponibilidad por estar sujetos de una u otra manera al resultado del proceso, es decir, se encamina principalmente a preservar la pretensión misma, haciendo uso de la publicidad registral que evite la invocación de buena fe por parte de un tercero. En estricto, se trata de un **supuesto de ejecución no forzada**, es decir, aquella que se realiza sin necesidad del remate o adjudicación de un bien, así como ocurre también con el embargo en forma de

*"En las líneas jurisprudenciales del Tribunal Supremo se ha motivado que si el adjudicatario adquirió el bien de buena fe, efectuada la adjudicación antes de que se inscribiera la medida cautelar de anotación de demanda, lo que permite inferir que las posteriores ventas efectuadas, no pueden verse afectadas con lo resuelto en el proceso de nulidad de acto jurídico de mutuos hipotecarios.*

retención sobre dinero, embargo en forma de intervención (en recaudación, administración o información), secuestro judicial.

Los efectos de sentencia firme sobre nulidad de acto jurídico, según criterio adoptado por Resolución del Tribunal Registral, se ha señalado: *"La sentencia firme que declara la nulidad de una transferencia de dominio, cualquiera sea el rubro en que se encuentre inscrita, retrotrae sus efectos a la fecha del asiento de presentación de anotación de la demanda respectiva, enervando los asientos registrales incompatibles que hubieran sido extendidos luego de la referida anotación, tales como transferencia de propiedad, embargos, hipotecas, etc. En consecuencia, en la expedición de certificados de dominio y de gravámenes no serán considerados dichos asientos enervados"* (Resolución N° 136-2007-SUNARP-

TR-L del 05 de marzo de 2007).<sup>13</sup>

La anotación de demanda de otorgamiento de la escritura pública reserva prioridad para la inscripción de la escritura pública que se otorgue en ejecución de sentencia, inscripción que retrotraerá sus efectos a la fecha del asiento de presentación de la anotación de demanda.<sup>14</sup>

En el tema de "calificación de parte notarial proveniente de un proceso judicial de otorgamiento de escritura pública", es precedente registral de observancia obligatoria aprobado en el X Pleno del Tribunal Registral de la SUNARP:<sup>15</sup> *"La escritura pública otorgada en ejecución de sentencia en el proceso de otorgamiento de escritura pública no constituye título judicial, no resultando aplicables las limitaciones a la calificación contenidas en el segundo párrafo del artículo 2011° del Código Civil"*.

En ese sentido, la calificación registral de este tipo de escrituras públicas proveniente de un proceso judicial de obligación de hacer, será idéntica a la de una escritura pública emanada en sede notarial, siendo que la actuación del Juez se restringe a otorgar el instrumento respectivo de conformidad con lo dispuesto en la sentencia.<sup>16</sup> La calificación estará centrada en la adecuación o congruencia de la escritura pública con los antecedentes registrales (principio de tracto sucesivo), debiendo advertir la falta de intervención de titulares de derechos inscritos.

En las líneas jurisprudenciales del Tribunal Supremo se ha motivado que si el adjudicatario adquirió el bien de buena fe, efectuada la adjudicación antes de que se inscribiera la medida cautelar de anotación de demanda, lo que permite inferir que las posteriores ventas efectuadas, no pueden verse afectadas con lo resuelto en el



proceso de nulidad de acto jurídico de mutuos hipotecarios. Además, se deben tener en cuenta que en el supuesto que las posteriores adquisiciones se vean afectadas por la declaración de nulidad de los contratos de mutuo, el inmueble materia de litis tampoco volvería a ser de propiedad del demandante, ya que volvería a ser del adjudicatario (Casación N° 1156-2012-Lima de fecha 10 de mayo de 2013, expedida por la Sala Civil Transitoria, fundamento jurídico 7 y 9).<sup>17</sup>

#### **6. Improcedencia de la medida cautelar para impedir ejecución de una sentencia o de resistirse a su efectivo cumplimiento**

Las medidas cautelares en proceso constitucional de amparo no pueden ser utilizadas con la simple intención de prolongar en el tiempo la ejecución de una sentencia ordinaria o de resistirse a su efectivo cumplimiento. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional como doctrina constitucional vinculante mediante sentencia recaída en el Expediente N° 00978-2012-PA/TC, por la cual se declara infundada la demanda de amparo contra resolución judicial.

Explica el maestro Juan Monroy Gálvez<sup>18</sup>, la medida cautelar en amparo judicial importa una hipótesis

absolutamente excepcional (1 x 1000). Tienen conceptos jurídicos indeterminados, el arte de juzgar tiene que ver, contemporáneamente, con saber usarlos.

Los **criterios** son: a) El **daño marginal** debe ser evidente e inminente, no solo posible; perjuicio que la parte sufre por el tiempo que va desde el inicio del proceso hasta la ejecución de lo decidido; b) La discusión suele ser de puro derecho (garantía o principio constitucional). La verosimilitud adecuadamente sustentada (exigencia mayor de fundamentar su decisión sobre el caso concreto). No cualquier vicio procesal, vale decir, que incida en el resultado del proceso y pueda producir un daño no susceptible de reparación. Por último, que se haya alegado vicio en proceso anterior y se agotaron las impugnaciones sobre la infracción.

#### **7. Proceso de amparo contra resoluciones judiciales**

El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva permite que lo que sido decidido judicialmente mediante una sentencia firme, resulte eficazmente cumplido. Como lo ha establecido reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano el amparo contra resoluciones judiciales no

puede servir para replantear una controversia resuelta por los órganos jurisdiccionales ordinarios, pues no constituye un medio impugnatorio que continúe revisando una decisión que sea de exclusiva competencia de la jurisdicción ordinaria.

Asimismo, se ha dejado establecido que los procesos constitucionales no pueden articularse para examinar los hechos o la valoración de medios probatorios ofrecidos y que ya han sido previamente compulsados por las instancias judiciales competentes para tal materia, a menos que de dichas actuaciones se ponga en evidencia la violación manifiesta de algún derecho fundamental.<sup>19</sup>

Postulamos la posición que no comparte la interpretación asumida por el Tribunal Constitucional en el caso "Apolonia Ccollicca" resuelto el 18 de febrero de 2005 y publicado en el diario oficial el 28 de octubre de 2006 (STC Exp. N° 03179-2004-AA/TC), que admite el empleo del amparo para tutelar todos los derechos reconocidos por la Constitución, siendo que el proceso de amparo contra resoluciones solo debería proceder cuando se violen o amenazan en forma manifiesta el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional y el derecho al debido proceso.





## 8. Inaplicación de la norma inconstitucional vía control difuso

La esencia del control difuso implica una distribución extensa e indefinida del control de constitucionalidad entre todos los jueces en las causas sometidas a su conocimiento, sin excepción alguna. El segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución, en concordancia con el artículo 14° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, reconoce la supremacía de la norma constitucional sobre cualquier otra norma, facultándose a los Jueces la aplicación del control difuso, así tenemos que *“en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los Jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”*.

Compartimos la posición asumida por el maestro Juan Monroy Gálvez, en el tema de la ejecución de sentencias contra el Estado, el juez puede ejercer **control difuso** existiendo en el caso concreto una evidente incompatibilidad entre la norma constitucional y la norma legal, en el supuesto en que se confronta una *garantía constitucional y principio*, como es el caso del **principio de legalidad presupuestaria**, en razón del estado de *negligencia extrema de los gobiernos que proyectan el presupuesto institucional sin considerar las deudas* (rubro de contingencias en el Presupuesto General de la República). Siendo así, *excepcionalmente* la norma que obliga a requerir en ejecución al titular del pliego institucional el cumplimiento de una obligación dineraria, al ser afectado de invalidez sustancial es inconstitucional, por lo que el juez puede ejercer control difuso.

Compulsada la jurisprudencia en sede nacional, son escasos los



casos donde la Corte Suprema de Justicia de la República ha hecho uso de la atribución del control difuso. Resulta saludable el criterio jurisdiccional asumido por la Sala Civil Permanente expuesto en la Resolución Casatoria N° 693-2009-Lima de fecha 25 de agosto de 2009<sup>20</sup>, al inaplicar el artículo 6° de la Ley N° 26872 (Ley de Conciliación) por vulnerar el derecho de acceso a la justicia, es decir, usó el control difuso, aunque no lo dice expresamente. Se trata de una demanda de pago de mejoras, en la cual si bien debe acompañarse con un acta de conciliación extrajudicial por ser materia conciliable, esta no puede exigirse en dicho proceso dada la brevedad del plazo para demandar las mejoras cuando el poseedor es demandado, a su vez, por desalojo (cinco días hábiles conforme al artículo 595° del Código Procesal Civil), teniendo en cuenta que el plazo para la realización de la audiencia de conciliación extrajudicial es de treinta días calendarios contados a partir de la fecha de la primera citación a las partes, de acuerdo a lo establecido por el artículo 11° de la Ley de Conciliación (ver fundamento jurídico décimo primero).

## 9. Seguridad jurídica y crisis de institucionalidad

La seguridad jurídica es una precondición para el respeto y garantía de los derechos humanos.

El concepto jurídico de seguridad jurídica es **complejo y multidimensional**. La seguridad jurídica depende en buena medida de la formación de los legisladores, los jueces, los abogados y otros operadores del derecho, pero ellos no son los únicos encargados de su fortalecimiento. Las empresas y los ciudadanos también tienen la oportunidad para aportar en la construcción de la seguridad jurídica. La seguridad jurídica no se ventila únicamente en sede judicial, sino que están involucrados en ella los tres poderes. En definitiva una contribución al Estado Constitucional de Derecho.

Debemos ser conscientes de la **crisis de institucionalidad** que existe en nuestro país, siendo la reforma del Estado una agenda aún pendiente, de la cual el tema de justicia no es ajeno. El sistema de justicia sigue a la espera de una reforma integral, donde la voluntad política es parte del liderazgo necesario. La justicia tiene que legitimarse y la manera de legitimarse es la eficacia, en armonía de los derechos de los ciudadanos, esto es, **asegurar una justicia efectiva**. Estas son las nuevas aventuras que a los procesalistas les toca enfrentar, sentando las bases de un movimiento renovador del derecho procesal partiendo de la dimensión constitucional del proceso.



Como lo señalan los analistas políticos, hay que ser muy ingenuo para creer que el Perú puede dar el salto a las grandes ligas con la institucionalidad política que tiene. O se reforma el sistema político o el país se irá tornando cada vez más ingobernable. El modelo peruano –crecimiento económico con ineficacia política- no puede ser visto como un éxito<sup>21</sup>. Observa el jurista Luigi Ferrajoli, al hablar del peligro de la democracia, que aparece cuando el Estado moderno entra en crisis, subordinado por la economía, que es el lugar del verdadero poder. La política es subalterna a la economía.

## 10. Conclusiones

a) La palabra clave en la definición del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es la de “*técnicas procesales idóneas*” para la efectiva tutela de los derechos materiales, siguiendo la doctrina italiana, española y brasileña. Importa desarrollar las manifestaciones concretas de este derecho fundamental, como ocurre con el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

b) La tutela, llamada jurisdiccional porque expresa una función exclusiva del Estado, se concreta teóricamente cuando se expide una sentencia que una vez firme recibe la autoridad de la cosa juzgada. Esto se llama **satisfacción procesal**. El derecho a la ejecución de resoluciones judiciales como manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva ha recibido constante atención en el desarrollo de nuestra jurisprudencia constitucional. Esto se llama **eficacia procesal**.

c) La cosa juzgada guarda íntima relación con la actuación o ejecución de las resoluciones judiciales firmes. La cosa juzgada es un elemento distintivo de la actividad jurisdiccional, es decir, que no puede hallarse este concepto en otro ámbito del poder político que no sea el judicial.

d) Doctrinariamente es más conveniente hablar de **actuación de sentencia** que de ejecución de sentencia, estando a la calificación de los **tipos de sentencia**. Las sentencias ejecutables son las de condena, que exigen actuación

propia. En las sentencias meramente declarativas y sentencias constitutivas la actuación es impropia, ya que luego que la sentencia se encuentra firme viene casi una *actuación administrativa del Juzgado*.

e) Las medidas cautelares en proceso constitucional de amparo no pueden ser utilizadas con la simple intención de prolongar en el tiempo la ejecución de una sentencia ordinaria o de resistirse a su efectivo cumplimiento. La medida cautelar en amparo judicial importa una **hipótesis absolutamente excepcional**. El proceso de amparo contra resoluciones solo debería proceder cuando se violen o amenazan en forma manifiesta el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional y el derecho al debido proceso.

f) En la ejecución de sentencias contra el Estado, el juez puede ejercer **control difuso** existiendo en el caso concreto una evidente incompatibilidad entre la norma constitucional y la norma legal.

1 Ver STC 4119-2005-AA/TC Fundamento 64.

2 ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto 2011 - “Cultura constitucional de la jurisdicción”. Universidad EAFIT, Bogotá-Medellín: Siglo del Hombre Editores, p. 32.

3 ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto 2011 - “Cultura constitucional de la jurisdicción”. Universidad EAFIT, Bogotá-Medellín: Siglo del Hombre Editores, pp. 107 y 108.

4 Extraído del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en la Revista Sufragio, p. 97.

5 Ver Página web del Poder Judicial: Jurisprudencia Nacional Sistematizada 2013.

6 Ver STC 153/92, citada por Carlos Ciment Durán, “Tribunal Constitucional. Doctrina en materia civil y penal”. Valencia, Editorial General de Derecho, 1994, Tomo I, p. 529.

7 STC español 73/2000, de 14 de marzo, citada por José Garberí Llobregat, “Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal”. Navarra, Civitas, 2009, p. 203.

8 Ver SSTC 1/1997, de 13 de enero, 286 y 289/2006, de 9 de octubre, 121/2007, de 21 de mayo, citadas por José Garberí Llobregat, “Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal”. Navarra, Civitas, 2009, p. 218.

9 Ver STC Exp. N° 00607-2009-PA/TC de fecha 15 de marzo de 2010, Fundamento Jurídico 45.

10 OSANDO BLANCO, Víctor Roberto 2011 - Proceso Civil y el Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva: Base para un Modelo. 1era Edición. Lima: Ara Editores. Pp. 214-215.

11 Casación N° 3346 -Calleo publicada en el diario oficial “El Peruano” con fecha 30 de agosto del 2000, página 6146; citada en la Casación N° 2437-2012-Lima de fecha 3 de julio del 2013, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, fundamento jurídico 6.

12 Casación N° 1360-2000 -La Libertad, publicada en el diario oficial “El Peruano” con fecha 30 de octubre del 2000.

13 Extraído del XXV Pleno Sesión Ordinaria realizada los días 12 y 13 de abril de 2007, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 15 de junio de 2007.

14 Criterio aprobado en el Décimo Quinto Pleno del Tribunal Registral y que dio mérito a la emisión de la Resolución N° 713-2005-SUNARP-TR-L del 14 de diciembre de 2005.

15 Llevado a cabo los días 8 y 9 de abril de 2005, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 09 de junio de 2005.

16 Ver Resolución del Tribunal Registral N° 375-2003-SUNARP-TR-L de fecha 20 de junio de 2003, fundamentos jurídicos 5 y 6.

17 Ver Página web del Poder Judicial: Jurisprudencia Nacional Sistematizada 2013.

18 MONROY GALVEZ, Juan 2012 - La medida cautelar de suspensión de proceso concedida en Amparo (diapositivas). Lima.

19 Ver RTC N° 02585-2009-PA/TC, fundamento jurídico 3.

20 Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el día 31/05/2010, pp. 27714-27716.

21 ZEGARRAMILLANOVICH, Gonzalo 2013 - “Y Después del BCR... ¿Qué?”. Semana Económica, Lima, 2013, N° 1402, p. 8.

# La doctrina de la real malicia

Gerardo Eto Cruz



Doctor en Derecho Público por la  
Universidad Santiago de Compostela,  
Prof. de Derecho Constitucional en las UNMSM y USMP  
Ex-magistrado del Tribunal Constitucional

*“Se trata de una conducta dolosa de producir una información, hecho noticioso, con componentes no sólo falsos o errados, sino con una inocultable intención de calumniar o injuriar a un sector de personas entre los que se ubican: a) funcionarios públicos, b) personalidades públicas; c) o personas privadas que están involucradas en temas de interés público.”*

## 1. Introducción

La doctrina de la real malicia (*actual malice*), fue desarrollada en Estados Unidos a partir del fallo de la Suprema Corte en un caso conocido como *New York Times vs. Sullivan*, en 1964, y que sentó la idea de la libertad política.

El caso surgió a raíz de una demanda por difamación interpuesta por el Jefe de la Policía de Montgomery, Alabama, en contra del diario *New York Times*, por haber publicado una solicitud a favor de Martin Luther King Jr., y sus seguidores.

La solicitud, que apareció en el Times en 1960, en una fase inicial de la era de los derechos civiles, imputaba a la policía de Montgomery, haber lanzado una ola de terror en contra del Dr. King y estudiantes activistas. Titulado “Escuchad sus voces que se elevan” (*Heed their rising voices*), buscaba contribuciones económicas de los lectores del Times.

Anota Owen Fiss que un jurado de Alabama “emitió una condena contra el Times por la suma de US\$ 500.00. La Corte Suprema revocó esa sentencia y anunció lo que ahora se conoce como el estándar de la ‘real malicia’ (*actual malice*) para establecer la responsabilidad por las expresiones”.<sup>1</sup>

¿Qué era lo que en el fondo creaba la jurisprudencia norteamericana? Que los funcionarios públicos no pueden iniciar acciones legales por difamación respecto de afirmaciones inexactas, a menos que se acredite que el actor de la información conocía la falsedad de la información o actuó en temeraria despreocupación (*reckless disregard*) acerca de su verdad o falsedad.

## 2. La real malicia en el ordenamiento jurídico peruano

Este desarrollo norteamericano no ha sido casi aplicado por los jueces peruanos; pero no cabe duda que esta doctrina se encuentra vinculada a los delitos de calumnia e injuria en que pueden incurrir los periodistas y la prensa en general.

Igualmente, fuera de un proceso por querrela, no se descarta que frente a una imputación falsa o a desacreditar la honra, el honor, la reputación, la imagen, se puede judicializar en la vía civil por reparación del daño personal o moral.



### 3. Aproximación conceptual

La real malicia constituye una conducta ilícita proveniente de un *sujeto activo*, que no es cualquier persona, sino una que se ubica dentro del complejo sector vinculado a la prensa, a la información y todo ese vasto sector del periodismo radial, televisivo, prensa escrita, así como aquella que participa de programas que se divulgan en estos medios masivos.

Se trata de una conducta dolosa de producir una información, hecho noticioso, con componentes no sólo falsos o errados, sino con una inocultable intención de calumniar o injuriar a un sector de personas entre los que se ubican: a) funcionarios públicos, b) personalidades públicas; c) o personas privadas que están involucradas en temas de interés público.<sup>2</sup>

### 4. Un breve deslinde conceptual: entre la libertad de expresión y la libertad de comunicación

Al estar por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y por la doctrina convencional emitida por la Corte IDH, estimamos que el sector periodístico no incurriría en real malicia,

cuando ejerce una *libertad de expresión*; y si puede incurrir cuando ejerce la *libertad de información*.

El artículo 2º.4 de la Constitución, *in verbis*, dispone que toda persona tiene derecho:

"A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.

Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación".

De este amplio abanico de libertades comunicativas, interesa resaltar la libertad de expresión y de comunicación.





*"El juez -lamentablemente el grueso con un temor permanente a la prensa- debe tener la valentía de condenar, según fuere el caso, por delito de difamación o calumnia, dada la conducta temeraria de la prensa involucrada en esta situación.*

*Por tanto, más allá del interés público que está fuera de discusión, pesa también en el marco de la ponderación de bienes, otros tipos de derechos fundamentales respecto a la dignidad de la persona."*

El primero –la libertad de expresión– tiene un contenido esencial: garantiza que las personas –naturales o jurídicas– transmitan, difundan sus ideas, creencias, opiniones, su concepción del mundo y su cosmovisión de las cosas, expresándolos en juicios de valor, juicios que se sustentan en opiniones, por lo que subyace aquí un componente subjetivo.

En la libertad de información, se garantiza un conjunto de libertades como las de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole, verazmente.

El Tribunal Constitucional ha hecho un deslinde que resulta aquí pertinente:

*"(...) mientras que con la libertad de expresión se garantiza la difusión del pensamiento, la opinión o los juicios de valor que cualquier persona pueda emitir, la libertad de información garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de*

*hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz".<sup>3</sup>*

*¿Esto qué significa? Que no incurre en real malicia, el periodista que ejerce una libertad de expresión: puede, por ejemplo, decir que tal ministro, que tal funcionario es una persona incapaz, incompetente, y sin duda alguna, puede ejercer una actitud valorativa de suyo domoledoramente crítica y ello no motiva una malicia. Es el derecho que tiene la persona que está ejerciendo su libertad de expresión.*

*Sin embargo, en el marco de esta libertad, puede sutilmente presentar un componente fáctico, que deslegitime su libertad, si con esta pretendida libertad, ejerce de contrabando una información que no es veraz, y sabiendo que no lo es, la propala, afectando la reputación del funcionario.*

*De allí que es oportuna lo que el Tribunal Constitucional ha indicado:*

*"Por su propia naturaleza, los juicios de valor, las opiniones,*



los pensamientos o las ideas que cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas y, por tanto, no pueden ser sometidos a un test de veracidad; a diferencia de lo que sucede con los hechos noticiosos, que, por su misma naturaleza de datos objetivos y contrastables, sí lo pueden ser".<sup>4</sup>

Ubicado así, en su justo medio, el periodista debe tener excesivo cuidado y responsabilidad cuando propala un hecho noticioso, porque si se comprueba, sometido el caso a un test de veracidad, allí sí puede ser enjuiciado por la persona afectada, quien puede ser una autoridad, funcionario o una persona privada vinculada a un caso público.

El periodista, en su caso, tendría que argumentar que no hubo "real malicia", y que el suelto periodístico fue fruto de cierta actitud que no tiene el *animus injuriandi*.

Aun cuando ello ocurra, quedará demostrado un perfil irresponsable del profesional de prensa, que con miras a cubrir un hecho noticioso, efectivamente bajo el ropaje de una presunta "libertad", no puede suministrar una información que la Constitución no lo respalda: la veracidad.

### 5. Elementos constitutivos de la real malicia

Entre los elementos constitutivos de esta doctrina que se ha venido decantando en el desarrollo jurisprudencial, tenemos:

- Comisión de un acto ilícito, a partir del ejercicio de la libertad de comunicación.
- Que el test de veracidad arroje que la información o el hecho propalado es falso, total o parcialmente.
- Que el periodista, a sabiendas que el hecho es total o parcialmente falso, lo divulgue.
- El inocultable fin de calumniar e injuriar, afectando con ello diversos derechos espirituales como son: el honor, la reputación, la imagen, entre otros aspectos;
- Los medios empleados: cualquier medio de comunicación masiva.
- Sujeto agente: personas que están vinculadas al sector del periodismo, de la información.
- Sujeto pasivo: funcionarios públicos (en actividad o no), personalidad públicas, personas privadas vinculadas a un tema de interés público.

Se debe precisar que si la persona ha emitido una noticia o un hecho falso o inexacto y el ofendido es una persona particular vinculada a hechos particulares, aun sean estos hechos no exactos, aquí no se puede invocar la doctrina de la real malicia; lo que no impide querellar al órgano emisor del libelo y según fuere el caso, de interponer demanda de daños y perjuicios con su correspondiente reparación civil.

En la real malicia, subyacen en el pensamiento norteamericano, el principio de la *libertad política*, que tendrían los sectores de comunicación y prensa, y en palabra del juez Brennan, un "profundo compromiso nacional con el principio según el cual el debate sobre los asuntos públicos debe ser desinhibido, robusto y completamente abierto".<sup>5</sup>

En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha incorporado este planteo de los años sesenta de la Suprema Corte de USA, en los siguientes casos:

- Vago c/ Ediciones La Urraca S.A.
- Morales Solá, Joaquín
- Pandolfi, Óscar R. c/ Rajneri, Julio Raúl

### 6. Un posible enfrentamiento en la doctrina de la real malicia: la ponderación de bienes

Si bien todo el soporte de la doctrina de la real malicia está en la libertad política de que la discusión de los asuntos de la *res pública*, la cosa pública debe ser "desinhibida, pudiendo incluir ataque, vehementes, cáusticos y a veces desagradablemente agudos, contra el gobierno y los funcionarios públicos"; ello no debe significar que la prensa se encuentre blindada para, a partir de esta filosofía de entendimiento y de interpretación, no deje de ser responsable por lo menos en la vía civil.

En efecto, el juez que habrá de resolver una controversia de esta naturaleza, si verifica que el sector periodístico acusa una grave irresponsabilidad en su emisor, si se acredita que es un hecho falso; y aparte tiene desencadenante con *animus injuriandi* a la persona involucrada, aquí no cabe invocar la doctrina que lo exonera de responsabilidad.

El juez –lamentablemente el grueso con un temor permanente a la prensa– debe tener la valentía de condenar, según fuere el caso, por delito de *difamación* o *calumnia*, dada la conducta temeraria de la prensa involucrada en esta situación.

Por tanto, más allá del interés público que está fuera de discusión, pesa también en el marco de la ponderación de bienes, otros tipos de derechos fundamentales respecto a la dignidad de la persona.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en términos generales, no ha previsto criterios para realizar la ponderación entre las libertades informativas, en su tensión con los derechos al honor y a la intimidad personal. El único caso conocido es el de la STC Nº 06712-2005-HC/TC (caso Magaly Medina), pero más allá de este supuesto aislado, no contamos con pautas precisas para llevar a cabo un test de proporcionalidad en este ámbito de fricción de dos libertades: la información y la vida privada.

Por ello, y a modo de análisis comparativo, acaso resulte positivo acudir a la jurisprudencia constitucional extranjera, para extraer de ella ciertos criterios que, es nuestro parecer, debieran servir de punto de apoyo para propiciar un tratamiento detallado del tema, por la actual conformación del Tribunal Constitucional. En este punto, consideramos de innegable importancia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, de cuya lectura podemos reseñar las siguientes características en torno a la ponderación in comento:

- "La libertad de información (...) debe enjuiciarse sobre la base de distinguir radicalmente, a pesar de la dificultad que comporta en algunos supuestos, entre información de hechos y valoración de conductas personales y, sobre esta base, excluir del ámbito justificador de dicha libertad las afirmaciones vejatorias para el honor ajeno en todo caso innecesarias para el fin de la **formación pública** en atención al cual se garantiza constitucionalmente su ejercicio".<sup>6</sup>
- "(...) si la información no se refiere a personalidades públicas que, al haber optado libremente por tal condición, deben soportar un cierto riesgo de una lesión de sus derechos a la personalidad, sino a **personas privadas que no participan voluntariamente en la controversia pública** (...) el derecho al honor alcanza su más alta eficacia de límite de las libertades reconocidas en el art. 20 de la Constitución, que le confiere el núm. 4 del mismo artículo".<sup>7</sup>
- "El valor preponderante de las libertades públicas del art. 20 de la Constitución, en cuanto se asienta en la función que éstas tienen de garantía de una opinión pública libre indispensable para la efectiva realización del pluralismo político, solamente puede ser protegido cuando las libertades se ejerciten en

conexión con **asuntos que son de interés general** por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan, en consecuencia, a la **formación de la opinión pública**, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática".<sup>8</sup>

- "(...) tratándose de asuntos de relevancia pública, ha de tenerse en cuenta que en la ponderación previa a la resolución del proceso penal **no puede confundirse el derecho al honor**, garantizado también como derecho fundamental por el art. 18.1 de la Constitución, y que tiene un significado personalista referible a personas individualmente consideradas, **con los valores de dignidad, reputación o autoridad moral de las instituciones públicas y clases del Estado**, los cuales, sin mengua de su protección penal, gozan frente a la libertad de expresión de un nivel de garantía menor y más débil que el que corresponde al honor de las personas de relevancia pública, máxime cuando las opiniones o informaciones que pueden atentar contra tales valores se dirigen no contra una institución, clase o cuerpo como tal, sino indeterminadamente contra los individuos que pertenezcan o formen parte de los mismos en un momento dado".<sup>9</sup>
- "La libertad de información es, sin duda, un derecho al que la Constitución dispensa, junto a otros de su misma dignidad, la máxima protección y su ejercicio está ligado, como repetidamente hemos dicho (desde la STC 6/1981, fundamento jurídico 3º), al valor objetivo que es la comunicación pública libre, inseparable de la condición pluralista y democrática del Estado en que nuestra comunidad se organiza. Pero **cuando tal libertad se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales**, como son el honor y, en este caso, la intimidad, **es preciso**, para que su proyección sea legítima, **que lo informado resulte de interés público** (STC 171/1990, fundamento





jurídico 5º, por todas), pues solo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad. **Tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia y reside en tal criterio,** por consiguiente, el elemento final de valoración para dirimir, en estos supuestos, el conflicto entre el honor y la intimidad, de una parte, y la libertad de información, de la otra".<sup>10</sup>

Como se puede apreciar, la jurisprudencia citada razona, con buen criterio, que la ponderación entre las libertades comunicativas y los derechos al honor y a la intimidad, admite diversas graduaciones, dependiendo del tipo de información que se intenta divulgar (un asunto privado, o uno de interés público), así como de la persona que está involucrada en el hecho noticioso (que puede ser un personaje público o un simple particular). Y a partir de allí, establece un vínculo esencial entre el ejercicio de la libertad de información y la finalidad que ontológicamente

*"La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en términos generales, no ha previsto criterios para realizar la ponderación entre las libertades informativas, en su tensión con los derechos al honor y a la intimidad personal."*

está llamada a cumplir, cual es la formación de una opinión pública.

Esto nos permite afirmar que, en teoría, la libertad de información es un derecho fundamental cuyo ejercicio bien puede aparecer como irrazonable o desproporcionado, en aquellos casos en los que no se persigue la finalidad de formar una opinión pública crítica e informada, sino más bien desinformar o distorsionar el hecho noticioso, en un contexto de "real malicia" tal como la hemos definido, como por ejemplo cuando se injuria o difama a una persona o funcionario público. Por ello, en tales casos, no estaremos aquí ante un ejercicio regular del derecho a la libertad de información, sino todo lo contrario, ante su ejercicio excesivo o irregular, no protegido por su contenido esencial, y por tanto en un contexto de "real malicia".

# Presente y futuro en la ejecución de sentencias constitucionales: a diez años del Código Procesal Constitucional

José Miguel Rojas Bernal

*"... toda sentencia constitucional representa (ha de representar) una actividad argumentativa, a través de la cual se ponen de manifiesto (se hacen visibles) las razones por las cuales el juez ha decidido como lo hizo, favoreciendo así una crítica racional e informada de la opinión pública. La carga argumentativa de la sentencia permite, de este modo, una suerte de "representación" indirecta de la jurisdicción constitucional."*



Abogado por la PUCP  
Prof. de Derecho Constitucional en la USMP  
Miembro de *Constitucionalismo Crítico*.

1. ¿Por qué es importante la reflexión sobre la eficacia de las sentencias constitucionales?
2. Las "promesas" del Código en materia de ejecución de sentencias constitucionales
3. La implementación de las "promesas": ¿en qué hemos avanzado, y en qué hemos retrocedido?
4. Palabras finales

...

## 1. ¿Por qué es importante la reflexión sobre la eficacia de las sentencias constitucionales?

Las sentencias constitucionales, tanto aquellas que provienen de los juzgados y tribunales del Poder Judicial, así como las del propio Tribunal Constitucional, tienen, por múltiples razones, una importancia capital para la legitimidad de nuestra jurisdicción constitucional, y también –por qué no decirlo– para el sostenimiento del Estado constitucional de Derecho.

Tienen, en primer lugar, una relevancia *individual*, por algo más o menos obvio: cuando tutelan el derecho constitucional, sitúan a su titular en una posición jurídica de ventaja frente al obligado infractor, quien tiene así la obligación de llevar a cabo la reparación del derecho en los términos exigidos por el juez en su sentencia.

Pero, además, las sentencias constitucionales exhiben una relevancia *colectiva*, por así decirlo, ya que, una vez notificadas o publicadas, despliegan una triple función: por un lado, marcan el camino que ha de seguir la jurisprudencia ante supuestos similares; por el otro, sus criterios vinculan "más allá de las partes", es decir, a todos los poderes públicos y a los







particulares; y finalmente, "empoderan" a quienes forman parte del universo de "potenciales" demandantes (en ese sentido, el triunfo procesal de "una persona" en una "situación determinada" genera una *expectativa razonable* de triunfo para todos los demás sujetos que están situados en la misma posición).

Y por último, pero no por ello menos importante, toda sentencia constitucional representa (ha de representar) una *actividad argumentativa*, a través de la cual se ponen de manifiesto (se hacen visibles) las razones por las cuales el juez ha decidido como lo hizo, favoreciendo así una crítica racional e informada de la opinión pública. La carga argumentativa de la sentencia permite, de este modo, una suerte de "representación" indirecta de la jurisdicción constitucional.<sup>1</sup>

De todo ello se deduce, por tanto, que el incumplimiento de una sentencia constitucional no es (sólo) el incumplimiento de estas tres importantes finalidades: es, fundamentalmente, su menosprecio o negación.

Por ejemplo, el incumplimiento de una sentencia de amparo laboral que ordena la reposición de un grupo de trabajadores sindicalizados, podría poner en boca de la empresa renuente las siguientes palabras: *"Incumplo esta decisión judicial porque considero que no tienes el derecho, que no lo tendrán quienes me demanden en el futuro; y porque las razones que*

*aduce el juez en su sentencia no me convencen, y por ende, no las considero vinculantes"*.<sup>2</sup> Otro tanto podría decirse de la autoridad estatal que incumple los estándares ambientales fijados en una sentencia con calidad de cosa juzgada;<sup>3</sup> o, por ejemplo, de la institución educativa policial o militar que, pese a las reiteradas condenas, sigue considerando a la paternidad o maternidad del cadete como una falta sancionable.<sup>4</sup>

Por lo tanto: allí donde el nivel del incumplimiento de las sentencias constitucionales es alto (lo que equivale a decir que su eficacia no está adecuadamente garantizada), el desafío a la autoridad jurisdiccional es un peligro latente, y denota todo lo contrario a la pacificación: es más, bien, campo de cultivo para la reproducción del conflicto y la inseguridad jurídica que le es insita. Significa, en pocas palabras, que las sentencias constitucionales son poco menos que "sentencias de papel".<sup>5</sup>

Lamentablemente, no contamos con información fidedigna que nos permita evaluar "a ciencia cierta" cómo vamos en materia de ejecución de sentencias constitucionales. El análisis que realizaremos a continuación es, por eso, meramente *descriptivo*, aunque en algunos casos vinculados a problemas reales que son siempre los que están detrás de una cierta corriente jurisprudencial. Con todo, ésta ya podría ser una primera conclusión: se necesitan observatorios de jurisprudencia constitucional,

en los que se pongan de manifiesto los problemas que aquejan a la implementación de las decisiones judiciales en el día a día, retroalimentando el conocimiento teórico que nos brindan las sentencias constitucionales con la aproximación al trabajo de los jueces de ejecución. Primera tarea pendiente.

## 2. Las "promesas" del Código en materia de ejecución de sentencias constitucionales

En comparación con la legislación predecesora, el Código Procesal Constitucional trajo importantes novedades en materia de ejecución de la sentencia constitucional: de hecho, la derogada Ley N.º 23506 no establecía un procedimiento especial para ello.<sup>6</sup>

Esos mecanismos son los siguientes:

- Las medidas coercitivas: que se traducen en multas fijas o acumulativas (art. 22º segundo párrafo)
- La apertura de procedimiento administrativo disciplinario contra la autoridad renuente (art. 59º segundo párrafo)
- La destitución del responsable, como mecanismo de ejecución directamente apreciable por el juez constitucional (art. 22º segundo párrafo); lo que es algo distinto a la destitución que impone el juez penal cuando el acto lesivo constituye un delito (art. 8º)
- La sentencia ampliatoria (art. 59º cuarto párrafo)
- La actuación inmediata de la sentencia impugnada (art. 22º segundo párrafo)
- La represión de actos homogéneos (art. 60º)

Si bien el Anteproyecto original contemplaba, además, el mecanismo del arresto civil, esta medida coercitiva fue suprimida en la ley finalmente aprobada.<sup>7</sup> Finalmente, el Código precisa que la sentencia se actúa "conforme a sus propios términos por el juez de la demanda" (art. 22º primer párrafo) y, más aún, que "[e]n todo caso, el Juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto, y mantendrá su competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho".

En definitiva, no se exagera al afirmar que los artículos 22º y 59º del Código Procesal Constitucional han establecido un verdadero "sistema atípico de medidas coercitivas, limitado es cierto por la eliminación de la prisión civil

propuesta en el Proyecto", pero que, en líneas generales, supone un gran avance con relación a los códigos procesales afines, al recoger en buena cuenta las experiencias del *common law*, germánica y francesa en materia de ejecución.<sup>8</sup>

A pesar de las innegables novedad y utilidad de los medios ejecutivos dispuestos por nuestro legislador procesal constitucional, ello no debería impedirnos mirar en perspectiva comparada algunas otras medidas que han sido acogidas con éxito en países de nuestra región, tales como:

- El *incidente de desacato*, previsto en el artículo 52º del Decreto 2591 sobre tutela, en Colombia.<sup>9</sup>
- La *ejecución de sentencias y acuerdos reparatorios*, prevista en el artículo 21º de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, en Ecuador.<sup>10</sup>
- La *separación ipso facto del funcionario responsable*, cuando no existe superior jerárquico, prevista en el artículo 50º inciso b) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, de Guatemala;<sup>11</sup> y la

*"Por ejemplo, el incumplimiento de una sentencia de amparo laboral que ordena la reposición de un grupo de trabajadores sindicalizados, podría poner en boca de la empresa renuente las siguientes palabras: "Incumplo esta decisión judicial porque considero que no tienes el derecho, que no lo tendrán quienes me demanden en el futuro; y porque las razones que aduce el juez en su sentencia no me convencen, y por ende, no las considero vinculantes".*



posibilidad de recurrir en queja ante la Corte de Constitucionalidad, si las partes afectadas consideran que el tribunal no cumple lo previsto en la sentencia (art. 72º).

- La distinción entre *incumplimiento estricto* y *evasión* de la sentencia constitucional; y la figura del *cumplimiento sustituto* mediante convenio sancionado ante el propio órgano jurisdiccional; previstos en los artículos 193º y 205º de la nueva Ley de Amparo de México, de 2013.<sup>12</sup>

### 3. La implementación de las “promesas”: ¿en qué hemos avanzado, y en qué hemos retrocedido?

Sin embargo, si algún actor está llamado a favorecer la “implementación” de las figuras previstas en el Código Procesal Constitucional y colmar sus inevitables vacíos, ese actor es, sin duda, el Tribunal Constitucional.

Entre sus múltiples pronunciamientos, destacan los referidos a la actuación inmediata de sentencia impugnada,<sup>13</sup> y la represión de actos homogéneos,<sup>14</sup> oportunidades en las cuales ha precisado la naturaleza y los alcances de estas dos figuras procesales.

Sin embargo, las demás instituciones no han merecido un tratamiento orgánico del TC, y podríamos decir que quizá esa sea la causa de la poca confianza de los juzgados y tribunales del Poder Judicial en aplicar medios ejecutivos como la apertura de procedimiento administrativo o la destitución del responsable, cuyo desarrollo ha estado ausente en la jurisprudencia constitucional. Así por ejemplo, preguntas tales como “¿quién ordena la destitución: el juez de ejecución o el juez penal?”, “¿cabe ordenar la apertura de un procedimiento administrativo a la autoridad renuente de una asociación privada?”, “¿ante qué supuestos cabe la sentencia ampliatoria: sólo ante omisiones normativas, o frente a todo tipo de renuencias?”, entre otras, han quedado incontestadas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Pero, incluso en los ámbitos que sí han merecido tratamiento jurisprudencial, todavía han quedado algunos cabos sueltos por responder. Por ejemplo, “¿qué requisitos debe cumplir una norma para que pueda considerarse “homogénea” a la declarada inconstitucional en una sentencia estimatoria de amparo contra normas?”, o también: “¿hay alguna diferencia

entre la actuación inmediata de sentencia de amparo, y una medida cautelar basada en la sentencia estimatoria al amparo del artículo 615º del Código Procesal Civil?”, entre otros aspectos.

En realidad, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional parece haber estado más preocupada en garantizar la ejecución de sus propias sentencias (o, llegado el caso, las sentencias constitucionales del Poder Judicial), a través de *mecanismos ágiles y expeditivos*, tales como el denominado “recurso de agravio constitucional a favor de la ejecución de las sentencias”<sup>15</sup> o la “apelación por salto a favor de la ejecución de la sentencia del Tribunal Constitucional”;<sup>16</sup> o incluso *abriendo el contradictorio* para verificar en un nuevo proceso constitucional la correcta ejecución de una sentencia estimatoria, a través del “amparo a favor de la ejecución de sentencia constitucional”.<sup>17</sup> Mecanismos todos ellos, claro está, que no están previstos en el Código, y si más bien comparten un claro origen pretoriano.

Por ello, la conclusión de la doctrina, en este punto, no deja de ser pesimista: “el TC (...) jamás fue consciente de la extraordinaria oportunidad histórica de procurar convertir, el artículo [22º] en un sistema atípico de medidas coercitivas que pudiera ser empleado por todos los jueces del país para la actuación de las sentencias”. Más bien, se le ha criticado al TC que, en vez de empoderar al juez de ejecución para que sea él mismo quien vele por el cumplimiento de sus fallos, el TC “prefirió subirse las mangas y bajar al llano a, literalmente, ‘ejecutar sus sentencias’”.<sup>18</sup>

No se puede negar que la “auto-atribución”, por parte del TC, de competencias de ejecución en materia procesal constitucional, trasluce una cierta desconfianza y hasta prejuicio con relación a la labor realizada por los juzgados y salas superiores del Poder Judicial que conocen procesos constitucionales. No obstante, y sin perjuicio de que esta opción traduzca una política jurisdiccional explicable en el contexto de nuestra administración de justicia, consideramos que la delimitación de esta competencia del TC bien podría corresponder ahora al legislador procesal constitucional, que bien podría mantenerla sólo para casos complejos o de interés general (por ejemplo, la ejecución de una sentencia que declara un estado de cosas inconstitucional o que resuelve un amparo colectivo), en los cuales la “supervisión” del Tribunal podría estar justificada, y precisando si su activación debe corresponder



no sólo al demandante, sino también al demandado.<sup>19</sup>

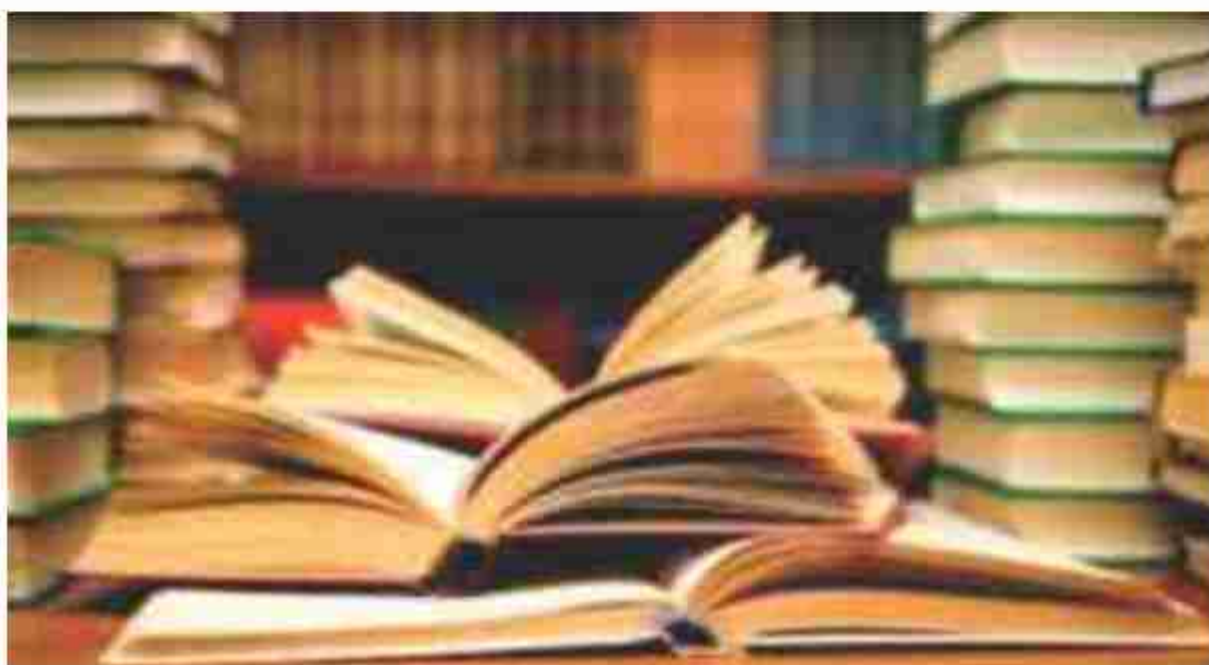
Pero lo que, sin duda, sigue siendo una agenda pendiente, es el tema relativo a la ejecución de sentencias constitucional contra el Estado, y en particular, de aquellas que extraordinariamente ordenan el pago de una suma de dinero (el grueso de casos: pensiones devengadas, cuya urgencia en el pago se agrava cuando se considera la edad del demandante).<sup>20</sup> Aquí destaca notoriamente la STC N.º 02598-2010-AA/TC, publicada el 23 de octubre de 2013, que ordenó al Poder Ejecutivo la creación de una base de datos sobre sentencias condenatorias contra el Estado, entre otros aspectos.

Afortunadamente, esta exhortación de alguna forma fue bien recibida por el Ejecutivo, aunque no sabemos si de forma consciente o no: con fecha 30 de octubre del mismo año, el Presidente de la República ya presentaba ante el Congreso, el Proyecto de Ley N.º 2843/2013-PE, estableciendo criterios de priorización para la atención del pago de sentencias judiciales; proyecto que fue finalmente aprobado como Ley N.º 30137, publicada el 27 de diciembre del 2013 en el diario oficial *El Peruano*.

A partir de entonces, los pliegos presupuestales de cada entidad estatal tienen la obligación de cumplir con efectuar el pago por sentencias judiciales en calidad de cosa juzgada, en función de los siguientes criterios: materia laboral,

*"...las demás instituciones no han merecido un tratamiento orgánico del TC, y podríamos decir que quizá esa sea la causa de la poca confianza de los juzgados y tribunales del Poder Judicial en aplicar medios ejecutivos como la apertura de procedimiento administrativo o la destitución del responsable, cuyo desarrollo ha estado ausente en la jurisprudencia constitucional."*

previsional, víctimas en actos de defensa del Estado y víctimas por violaciones de derechos humanos, otras deudas de carácter social, y demás deudas (artículo 2.1 de la Ley); precisándose que el pliego correspondiente debe considerar aspectos tales como la fecha de notificación de la sentencia, la edad de los





acreedores y los montos de la obligación, en ese orden (artículo 2.2 de la Ley). Con todo, la eficacia de este procedimiento está aún por verse.

#### 4. Palabras finales

No todo problema surgido a raíz de la aplicación de una norma legal, debería llevarnos a hablar, sin más, de la necesidad de incorporar nuevos artículos o modificar los ya existentes. Esta sería también, de algún modo, una forma de creer ciegamente en el fetichismo legal. Tampoco hace falta echar mano de una innecesaria

"autonomía procesal" para "devolverle" la confianza a los jueces de ejecución al momento de hacer cumplir las sentencias constitucionales: en estricto, los medios ejecutivos ya están allí, y sólo hace falta aclarar cómo deben operar y precisar cuáles son sus límites. Por el momento, estos son los cabos sueltos que deberían preocuparnos, y es seguro que en esa tarea tanto el Tribunal Constitucional así como los jueces de ejecución tienen encomendada una labor recíproca y conjunta, a fin de dar solución a los problemas que, de forma muy panorámica, hemos dejado planteados en este trabajo.

- 1 "La existencia de argumentos buenos o correctos es suficiente para la deliberación o la reflexión, pero no para la representación. Por esta razón, el nivel ideal de argumentación y corrección tiene que conectarse con el nivel real de la aceptación actual. La afirmación de la Corte de que sus argumentos son los argumentos del pueblo, no es suficiente. Un número suficiente de personas, al menos a largo plazo, debe aceptar estos argumentos sobre la base de que son correctos" [ALEXY, Robert: "Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa", en HENAO, Juan Carlos (editor): Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, Corte Constitucional de Colombia / Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 64].
- 2 Véase el caso de la Federación Nacional de Trabajadores Textiles del Perú (FNTTP) vs. Corporación Texpop S.A. (Exp. 0446-2010), cuya ejecución se sigue hace cuatro (04) años, ante el 4º Juzgado de Lima: <http://diariouno.pe/2014/08/01/denunciaron-a-empresario-fojas-mi-ni-por-desacato/> (recuperado el 18 de noviembre de 2014).
- 3 RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos: "La inconstitucionalidad de las normas que desprotegen las ANP y el desacato de una sentencia del Tribunal Constitucional", en [http://justiciaviva.org.pe/webpanel/doc\\_trabajo/doc25092014-191257.pdf](http://justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc25092014-191257.pdf) (recuperado el 18 de noviembre de 2014).
- 4 Véase la STC N.º 01126-2012-PA/TC, que declara un estado de cosas inconstitucional, en esta materia.
- 5 RODRIGUEZ GARAVITO, César y MAURICIO ALBARRACIN CABALLERO (directores): ¿Sentencias de papel? Efectos y obstáculos de los fallos sobre los derechos de las parejas del mismo sexo en Colombia, Universidad de los Andes, Bogotá, 2011.
- 6 ABAD YUPANQUI, Samuel: "La sentencia estimatoria de amparo: la difícil ruta para su ejecución", en *Ius et Veritas*, Lima, N.º 48, julio 2014, p. 248.
- 7 ABAD YUPANQUI, Samuel: "La sentencia estimatoria...", op. cit., p. 251. Aunque sólo para fines académicos, conviene recordar lo que se decía sobre esto en el Anteproyecto: "Para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el juez podrá (...) disponer (...) incluso, su prisión civil efectiva hasta por un plazo de seis meses renovable (...) La prisión civil efectiva cesa inmediatamente después de acatado el mandato. Si dicho acatamiento sólo puede realizarse con la presencia del detenido, éste debe solicitar su libertad al juez, fundamentándola en su voluntad de realizar la actividad exigida y especificando el modo y tiempo en que cumplirá la misma". Pese a todo, el TC ha llegado a entender que la medida del arresto civil, contemplada en el artículo 53º del Código Procesal Civil, puede ser aplicada supletoriamente en los procesos de tutela de derechos, porque es una medida "constitucionalmente legítima" [STC N.º 01152-2010-PA/TC, fundamento 20].
- 8 MONROY GÁLVEZ, Juan: "La ejecución de obligaciones con prestaciones de hacer y de no hacer en el siglo del vértigo", en *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Vol. 5, N.º 1, 2014, pp. 32, 19-25.
- 9 Allí se dispone: "Desacato. La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que en este decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar. La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción. La consulta se hará en el efecto devolutivo".
- 10 Este artículo prescribe: "La jueza o juez deberá emplear todos los medios que sean adecuados y pertinentes para que se ejecute la sentencia o el acuerdo reparatorio, incluso podrá disponer la intervención de la Policía Nacional. Durante esta fase de cumplimiento, la jueza o juez podrá expedir autos para ejecutar integralmente la sentencia e incluso podrá evaluar el impacto de las medidas de reparación en las víctimas y sus familiares; de ser necesario, podrá modificar las medidas. La jueza o juez podrá delegar el seguimiento del cumplimiento de la sentencia o acuerdo reparatorio a la Defensoría del Pueblo o a otra instancia estatal, nacional o local, de protección de derechos. Estos podrán deducir las acciones que sean necesarias para cumplir la delegación. La Defensoría del Pueblo o la instancia delegada deberá informar periódicamente a la jueza o juez sobre el cumplimiento de la sentencia o acuerdo reparatorio. El caso se archivará sólo cuando se haya ejecutado integralmente la sentencia o el acuerdo reparatorio".
- 11 Se dice allí: "Si no hubiere superior jerárquico o si por la naturaleza del asunto no fuere posible la vía contencioso-administrativa, el funcionario responsable quedará separado ipso facto del cargo al día siguiente de haberse vencido el término fijado por el tribunal de amparo, salvo que se trate de funcionario de elección popular, en cuyo caso responderá por los daños y perjuicios que se causaren". Esta misma Ley prevé que se también procederá el pago de daños y perjuicios, cuando el ejecutado sea una entidad esencialmente privada (artículo 51º inciso d). La regulación del pago de daños y perjuicios, en vía de ejecución de la sentencia constitucional, se encuentra prevista en el artículo 59º del mismo cuerpo normativo, así como la responsabilidad solidaria (artículo 58º).
- 12 El artículo 193º prevé: "Se considerará incumplimiento el retraso por medio de evasivas o procedimientos ilegales de la autoridad responsable, o de cualquiera otra que intervenga en el trámite relativo". Asimismo, el artículo 205º señala: "El cumplimiento sustituto podrá ser solicitado por cualquiera de las partes o decretado de oficio por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los casos en que: I. La ejecución de la sentencia afecte gravemente a la sociedad en mayor proporción a los beneficios que pudiera obtener el quejoso; o II. Por las circunstancias materiales del caso, sea imposible o desproporcionadamente gravoso restituir las cosas a la situación que guardaban con anterioridad al juicio (...)".
- 13 STC N.º 0607-2009-PA/TC.
- 14 STC N.º 04878-2008-PA/TC.
- 15 RRTC N.º 0168-2007-Q y 0201-2007-Q/TC.
- 16 STC N.º 0004-2009-PA/TC.
- 17 STC N.º 04063-2007-PA/TC.
- 18 MONROY GÁLVEZ, Juan: "La ejecución de obligaciones...", op. cit., p. 38.
- 19 En ese sentido, es un avance que el Congreso de la República haya sometido a debate el Proyecto de Ley N.º 1495-2012, que busca precisamente modificar el artículo 18º del Código Procesal Constitucional para introducir la figura procesal del recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional.
- 20 Véase la STC N.º 05903-2008-PA/TC, y la insuficiencia de pagos amortizados cuando la persona tiene más de 80 años de edad.

## DERECHO PROCESAL PENAL





# La admisión y exclusión de la prueba del mal carácter en el Nuevo Código Procesal Penal



**María Jessica León Yarango**

Juez Superior Titular  
Integrante de la Primera Sala Penal  
de Reos en Cárcel del Callao

Que se vienen generando discusiones sobre diversas normas del "nuevo" Código Procesal Penal, para delitos cometidos por funcionarios públicos; uno de ellos es el referido a las pruebas referidas vinculadas al carácter del imputado (antecedentes, personalidad u otro referente psicológico) a fin de determinar si pueden ser o no admitidos como pruebas, bajo las reglas de exclusión contenidas en nuestro novísimo Código Procesal Penal.

Antes de iniciar una búsqueda pormenorizada en los preceptos normativos del Código Procesal Penal referidos a la prueba del mal carácter y las reglas de su exclusión, debemos comenzar por determinar qué entiende la doctrina comparada, en especial la inglesa, sobre la "prueba del carácter".

La prueba referida al carácter, bueno o malo, de la persona persigue dos finalidades: *Primero*, puede servir como un indicador de credibilidad de un testigo; y en *segundo* lugar en el ámbito del proceso penal, para demostrar una cierta tendencia del acusado a cometer delitos similares, en sus características, al que o a los que se le acusa, sirviendo, en definitiva, para demostrar su culpabilidad.<sup>1</sup>

Como podemos apreciar, las bondades de esta prueba pueden ser altamente discutidas, toda vez que, por un lado, permite que los efectivos policiales puedan detener a sospechosos habituales, confiando en que sus antecedentes penales compensarán cualquier deficiencia en las pruebas en su contra, sustituyéndose con ello la verdadera prueba de cargo por el perfil del delincuente. **Por el contrario**, la prueba de una tendencia a delinquir es fundamental cuando se utiliza cuidadosamente y con responsabilidad, otorgando su exclusión una evidente ventaja a los delincuentes profesionales.

De lo expuesto, queda claro que "La prueba del mal carácter" en comparación a la del buen carácter (aquella que demuestra la buena reputación del imputado) es la que denota ciertas dificultades, pues se encuentra dirigida a demostrar la mala conducta del acusado más que a demostrar unos

*"La admisión de este tipo de pruebas en nuestro ordenamiento Procesal Penal encuentra sustento jurídico en el hecho de que en materia procesal penal no existe limitación probatoria pues puede incorporarse al proceso cualquier medio de prueba permitido por ley así como otros distintos (que sean pertinentes) siempre y cuando con éstos últimos no se vulnere los derechos y garantías de la persona, conforme así lo regula el artículo 156 inciso 1) y 157° inciso 1)"*



determinados hechos afirmados por las partes. Se trata de una prueba dirigida a demostrar que una persona ha cometido o puede cometer un delito, o que ha actuado o está dispuesta a actuar de forma reprochable, así como la prueba de la que se puede deducir esto.

En ese contexto, resulta necesario detenernos a efectuar un análisis de los preceptos normativos procesales contenidos en el Código Procesal Penal del 2004, con la única finalidad de verificar si, en nuestro nuevo ordenamiento, es posible la exclusión de este tipo de pruebas.

Para tales efectos, realizada una lectura exhaustiva de los preceptos normativos, advertimos que las reglas de la exclusión de la prueba se encuentra referida a tres supuestos: a) que no sea pertinente, b) que sea prohibida por ley y c) que sea obtenida con vulneración al contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, conforme se verificad en el artículo 155° inciso 2)² y el artículo 159°.<sup>3</sup>

En ese sentido, podemos colegir que en nuestro ordenamiento Procesal Penal puede aceptarse como medio probatorio la "prueba del mal carácter" del imputado sin poder invocar su exclusión, encontrándole una única restricción en que sólo podrá ser admitida si con aquella se acredita algún hecho que forma parte de la imputación, y, como es de conocimiento de todo operador del derecho la imputación no sólo se encuentra limitada al hecho fáctico a

demostrarse en juicio sino sobre la habitualidad, reincidencia y tendencia del imputado a cometerlo.

La admisión de este tipo de pruebas en nuestro ordenamiento Procesal Penal encuentra sustento jurídico en el hecho de que en materia procesal penal no existe limitación probatoria pues puede incorporarse al proceso cualquier medio de prueba permitido por ley así como otros distintos (que sean pertinentes) siempre y cuando con éstos últimos no se vulnere los derechos y garantías de la persona, conforme así lo regula el artículo 156 inciso 1)⁴ y 157° inciso 1).<sup>5</sup>

Siendo ello así, cabe preguntarse *es posible que al aportarse este tipo de pruebas se cause un perjuicio al imputado respecto a la valoración que pueda efectuar un tribunal sobre su culpabilidad y/o inocencia?*

Revisando doctrina Comparada, específicamente la Inglesa, se advierte que dentro de los supuestos de exclusión de prueba se encuentra "La prueba de mal carácter", fundamentado en el sentido que ningún objeto del proceso debe hacer referencia alguna a prueba de carácter u otra a la que pudiera equipararse ni regular los hechos desfavorables (susceptibles de determinar la condena) ni favorables.

Según Vogler⁶ el hecho de que la prueba del mal carácter se encuentre dentro de los supuestos de exclusión de la prueba permite que el juicio se centre verdaderamente sobre



*"En ese contexto, resulta necesario detenernos a efectuar un análisis de los preceptos normativos procesales contenidas en el Código Procesal Penal del 2004, con la única finalidad de verificar si, en nuestro nuevo ordenamiento, es posible la exclusión de este tipo de pruebas."*

los hechos controvertidos que son objeto de debate y en base a los que deberá decidir el Jurado o el Juez.

El argumento esgrimido contra la admisión de este medio de prueba, es el referido a la "inherente justicia" o efecto injusto para el acusado, ya que cuando el Tribunal conoce que el acusado tiene antecedentes penales o mal carácter, es mucho más probable que lo considere culpable.

Ante este argumento, también podríamos afirmar lo contrario; es decir, si tuviera que excluirse toda prueba que fuera injusta para el acusado, la acusación no podría llevar al proceso prueba alguna.

En ese sentido, el problema no es si provoca o no un efecto perjudicial en el sujeto, sino si es "injustamente perjudicial" lo que ocurre sólo si dicha prueba: a) puede influir en el

tribunal para condenar aunque no tuviera ninguna importancia lógica o influencia lógica para determinar su culpabilidad; o si b) tiene una relevancia tangencial en la culpabilidad del sujeto, pero su poder para persuadir al tribunal es desproporcionado.

Analizado todo lo citado en su conjunto, podemos llegar a la conclusión, concordada con la doctrina inglesa, que sólo debe admitirse la prueba del mal carácter en los siguientes supuestos:

- a) Cuando todas las partes estén de acuerdo con su admisión.
- b) Cuando la prueba sea aducida por el propio acusado o sea consecuencia de una respuesta a un pregunta planteada por el o por su abogado en un examen cruzado y pretende "sacarlo a relucir"
- c) Cuando sea una prueba de importancia aclaratoria
- d) Cuando sea importante respecto a un asunto discutido entre acusado y acusador.
- e) Cuando tenga un relevante valor probatorio en relación con un aspecto importante discutido por los coacusados.
- f) Cuando sea una prueba para corregir una falsa impresión dada por el acusado.
- g) Cuando el acusado haya atacado el carácter de otra persona.

Finalmente, con el presente artículo no se pretende crear una nueva regla de exclusión, empero si se trata de regular la admisión de una prueba que potencialmente puede desviar la atención del Tribunal sobre los hechos realmente acaecidos y que deben ser materia principal de probanza.

- 1 PLANCHADELL GARGALLO Andrea. La regla de exclusión de la prueba sobre el mal carácter en el proceso penal Ingles. En Prueba y Proceso Penal "análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado". Editorial Tirant LO Blanc. 2008. Valencia, paginas 233-261.
- 2 El artículo 155° inciso 2) del Código Procesal Penal señala "(...) El Juez (...) solo podrá excluir las (pruebas) que no sean pertinentes y prohibidas por ley. (...)".
- 3 El artículo 159° señala "El juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración al contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona".
- 4 El artículo 156° inciso 1) señala "son objeto de prueba los hechos que se refieren a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito. (...)".
- 5 El artículo 157° inciso 1) señala "los hechos objeto de prueba puede ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no se vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible.
- 6 VOGLER, R. Últimas tendencias probatorias en Inglaterra: En especial, las reglas de exclusión.

# La condena del absuelto

Victor Jimmy Arbulú Martínez



Docente en la Facultad de Derecho de la UNMSM.  
Juez Superior (p) de la Corte del Callao  
Integrante de la Sala de Apelaciones del NCPP

*“En la sentencia consultada en el caso Jorge Adcco Ccanahuire se aprecia del párrafo 4.1.1, que sólo apeló el Ministerio Público de la sentencia absolutoria. El criterio de la Suprema Sala radica en que la pluralidad de instancias se agota con el doble examen de la causa en instancias diferentes (doble grado de jurisdicción).”*

## Planteamiento

El problema que se plantea, es la si es viable sostener convencional y constitucionalmente la facultad de la Sala Penal Superior de condenar a un imputado que ha sido absuelto<sup>1</sup> en el Modelo Procesal Penal del 2004, sin la posibilidad real de revisión de la sentencia.

## Análisis

Esta regla tiene fuertes cuestionamientos, toda vez que se afirma que el Juez al condenar revocando una sentencia absolutoria rompe con la inmediación y deja desprotegido al absuelto quien no tendrá derecho a recurrir a la misma.

En la judicatura nacional hay posiciones contrapuestas. En la Corte de Huaura, Exp. N° 2008- 01403-87-1308-JR- PE-1 se condenó a un absuelto aplicando la normatividad procesal penal.

La Sala Penal de la Corte Superior de Arequipa en el Expediente 2008 - 12172-15<sup>2</sup> caso Jorge Adcco Ccanahuire del 22 de junio del 2011 no aplicó el inc. 03 del Art. 425 del NCPP por colisionar con el derecho a la instancia plural (revisión por otro órgano superior) que consagra la constitución (Art. 139.6) y las normas de protección internacional de los derechos humanos (Art. 10 y 11 DUDH; Art. 4, 14 y 15 PIDC, Art. 8.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos). Esta sentencia fue elevada en Consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema que absolvió el caso en septiembre de 2010 (notificando en Arequipa en abril de 2011), emitiendo decisión desaprobatoria (consulta 2491-2010 hecha por la indicada Sala Penal de Apelaciones de Arequipa). En el Fundamento Sexto de la Resolución de Consulta emitida por la Suprema Sala Constitucional y Social Permanente (Nro. 2491-2010 Arequipa) se dice textualmente: “Que, en efecto, la prohibición de la reformatio in peius no funciona en los supuestos que el contrario hubiera también apelado de la sentencia; situación jurídico procesal que es donde se





*encuadra el tema en análisis... en este caso el MP es quien apela..."*

En la sentencia consultada en el caso Jorge Adcco Ccanahuire se aprecia del párrafo 4.1.1, que sólo apeló el Ministerio Público de la sentencia absolutoria. El criterio de la Suprema Sala radica en que la pluralidad de instancias se agota con el doble examen de la causa en instancias diferentes (doble grado de jurisdicción).

La Sala Penal de Apelaciones de Trujillo en el EXP. N° 02850-2010-45-1601-JR-PE-06<sup>3</sup> del 20 de septiembre del año 2012 en un recurso de apelación de sentencia absolutoria cuestionó la posibilidad condenar a un absuelto bajo las siguientes premisas:

El Control difuso de convencionalidad instituido por la Corte Interamericana de DD HH, desde la Sentencia en el caso Almonacid Arellano c/ Chile (2006) hasta la sentencia en el caso Cabrera García y Montiel Flores c/México (2010), establece como obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados Partes, de efectuar no sólo control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de integrar en el sistema de sus decisiones corrientes, las normas contenidas en la Convención Americana. Este postura de la Sala de Trujillo es una proyección en el ámbito del derecho internacional público en el que los

tratados o convenciones son fuentes de derecho, y si bien puede existir legislación procesal que los jueces están obligados a aplicar como el caso peruano que permite la condena del absuelto, esta debe estar conforme a la Convención, lo que no ocurre en este tema problemático. Como referencia se tiene el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso N° 11.618 Oscar Alberto Mohamed Vs Argentina, del 13 de abril de 2011, el en un caso de condena de un absuelto afirma que es derecho de toda persona acusada de un delito a tener derecho a un recurso mediante el cual obtenga una revisión amplia de la sentencia condenatoria en cumplimiento del artículo 8.2.h de la Convención Americana. La Sala de Trujillo consideró que, se violaba este derecho cuando se condenaba en segunda instancia, al que fue absuelto en la primera, pues no se le permite, a través de un recurso extraordinario, a revisar la condena de forma amplia, es decir, revisar los hechos, las pruebas y el derecho. En el fundamento 107 del Informe, la Comisión sostiene que es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico; pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean debilitadas por la

aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. Allí radica el fundamento por la que el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" de las normas del sistema jurídico interno con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En la actualidad en el Oscar Alberto Mohamed Vs Argentina la Corte Interamericana ya emitió una sentencia de fondo en la que le da la razón a Oscar Alberto Mohamed que podemos extraerlo del resumen oficial del Tribunal Internacional:

**CASO MOHAMED VS. ARGENTINA**  
**RESUMEN OFICIAL EMITIDO POR LA CORTE**  
**INTERAMERICANA**  
**SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2012**  
**(Fondo, Reparaciones y Costas)**

**A) Síntesis de los hechos del caso**

El 16 de marzo de 1992 el señor Oscar Alberto Mohamed, trabajaba en la ciudad de Buenos Aires como conductor de una línea de colectivos, fue parte de un accidente de tránsito. El señor Mohamed atropelló a una señora, quien sufrió graves lesiones y falleció.

Ese mismo día se inició un proceso penal contra el señor Mohamed por el delito de homicidio culposo. Se le aplicó Código de Procedimientos en Materia Penal de 1888. Fue acusado pero en

1994 el Juzgado Nacional en lo Correccional emitió sentencia y lo absolvió. El Ministerio Público apeló y el 22 de febrero de 1995 la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional emitió sentencia, en la cual resolvió condenar al señor Mohamed "por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo a la pena de tres años de prisión, cuyo cumplimiento se deja en suspenso, y a ocho años de inhabilitación especial para conducir cualquier clase de automotor (arts. 26 y 84 del Código Penal)", e imponer las costas de ambas instancias al condenado.

El ordenamiento jurídico aplicado en el proceso contra el señor Mohamed no preveía ningún recurso penal ordinario para recurrir esa sentencia condenatoria de segunda instancia. El recurso disponible era el recurso extraordinario federal, previsto en el artículo 256 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

El 13 de marzo de 1995 el defensor del señor Mohamed interpuso un recurso extraordinario federal contra la sentencia condenatoria ante la misma Sala Primera. El 4 de julio de 1995 la referida Sala Primera resolvió "rechazar con costas, el recurso extraordinario", con base, inter alia, en que los argumentos presentados por la defensa "se refieren a cuestiones de hecho, prueba y derecho común, que habian sido valoradas y debatidas en oportunidad del fallo impugnado".

El 17 de julio de 1995 el señor Mohamed fue despedido de su empleo como chofer de colectivo, en razón de "su inhabilitación penal para conducir".

El 18 de julio de 1995 el defensor del señor Mohamed interpuso un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia que el 19 de septiembre de 1995 la desestimó indicando que "el recurso extraordinario, cuya denegación motivaba era inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" El 27 de septiembre de 1995 el defensor del señor Mohamed interpuso un escrito ante la Corte Suprema solicitándole que revocara la decisión que desestimó el recurso de queja, y el 19 de octubre de 1995 la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó el recurso interpuesto por el defensor del señor Mohamed en tanto "las sentencias del Tribunal no son susceptibles de reposición o revocatoria".

*"El ordenamiento jurídico aplicado en el proceso contra el señor Mohamed no preveía ningún recurso penal ordinario para recurrir esa sentencia condenatoria de segunda instancia. El recurso disponible era el recurso extraordinario federal, previsto en el artículo 256 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación."*





**B. Derecho a las garantías judiciales**  
**Derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior**

*En primer término, el Tribunal se pronunció sobre el alcance del artículo 8.2.h de la Convención con respecto a sentencias penales de condena emitidas al resolver un recurso contra la absolución, debido a que el Estado sostuvo que sería permitido establecer excepciones al derecho a recurrir condenas penales. La Corte estableció que el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, y que resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria. Interpretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena. La Corte concluyó que, en los términos de la protección que otorga el artículo 8.2.h de la Convención Americana, el señor Mohamed tenía derecho a recurrir del fallo proferido por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones el 22 de febrero de 1995, toda vez que en éste se le condenó como autor del delito de homicidio culposo.*

*Seguidamente, la Corte se refirió al contenido de la garantía que otorga el artículo 8.2.h de la Convención. La Corte resaltó que el derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, y reiteró que el artículo 8.2.h de la Convención se refiere a un recurso ordinario accesible y eficaz, lo cual supone, *inter alia*, que:*

*debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada; debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido; y las formalidades requeridas para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y resolver los agravios sustentados por el recurrente.*

*Asimismo, el Tribunal indicó que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria. Además el Tribunal consideró que, en la regulación que los Estados desarrollen en sus respectivos regímenes recursivos, deben asegurar que dicho recurso contra la sentencia condenatoria respete las garantías procesales mínimas que, bajo el artículo 8 de la Convención, resulten relevantes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, lo cual no implica que deba realizarse un nuevo juicio oral.*

*Posteriormente, la Corte analizó si al señor Mohamed se le garantizó el derecho a recurrir del*

fallo condenatorio. La Corte hizo notar que no fue controvertido que el ordenamiento jurídico aplicado al señor Mohamed no preveía ningún recurso penal ordinario para que aquel pudiera recurrir la sentencia condenatoria que le fue impuesta. La decisión condenatoria de segunda instancia era una sentencia definitiva recurrible solamente a través de un recurso extraordinario federal y un posterior recurso de queja.

La Corte consideró que el referido recurso extraordinario no constituye un medio de impugnación procesal penal sino que se trata de un recurso extraordinario regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el cual tiene sus propios fines en el ordenamiento argentino. Asimismo, resaltó que las causales que condicionan la procedencia de dicho recurso están limitadas a la revisión de cuestiones referidas a la validez de una ley, tratado, norma constitucional o a la arbitrariedad de una sentencia, y excluye las cuestiones fácticas y probatorias, así como de derecho de naturaleza jurídica no constitucional.

No obstante lo anterior y tomando en cuenta que el Estado sostuvo que el recurso extraordinario federal podría haber garantizado el derecho a recurrir del fallo condenatorio, la Corte efectuó consideraciones adicionales relativas a examinar el tratamiento que en el caso concreto dieron los órganos judiciales a los recursos interpuestos por el señor Mohamed. La Corte resaltó que, aun cuando se analice si materialmente dichos recursos habrían protegido el derecho a recurrir la sentencia condenatoria del señor Mohamed, las causales de procedencia del recurso extraordinario limitaban per se la posibilidad del señor Mohamed de plantear agravios que implicaran un examen amplio y eficaz del fallo condenatorio. Por consiguiente, tal limitación incide negativamente en la efectividad que en la práctica podría tener dicho recurso para impugnar la sentencia condenatoria.

La Corte constató que en el presente caso el alcance limitado del recurso extraordinario federal quedó manifiesto en la decisión proferida por la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones, la cual rechazó in limine el recurso interpuesto por el defensor del señor Mohamed con base en que los argumentos presentados se referían "a cuestiones de hecho, prueba y derecho común, que habían sido valoradas y debatidas en oportunidad del fallo impugnado".

*"...el Tribunal indicó que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea."*

**La Corte concluyó que el sistema procesal penal argentino que fue aplicado al señor Mohamed no garantizó normativamente un recurso ordinario accesible y eficaz que permitiera un examen de la sentencia condenatoria contra el señor Mohamed, en los términos del artículo 8.2.h de la Convención Americana, y también constató que el recurso extraordinario federal y el recurso de queja no constituyeron en el caso concreto recursos eficaces para garantizar dicho derecho.**

Adicionalmente, la Corte concluyó que la inexistencia de un recurso judicial que garantizara la revisión de la sentencia de condena del señor Mohamed y la aplicación de unos recursos judiciales que tampoco garantizaron tal derecho a recurrir del fallo implicaron un incumplimiento del Estado del deber general de adecuar su ordenamiento jurídico interno para asegurar la realización de la garantía judicial protegida por el artículo 8.2.h de la Convención.

Con base en las anteriores consideraciones, la Corte determinó que Argentina violó el derecho a recurrir del fallo protegido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio del señor Oscar Alberto Mohamed.

### **III. Reparaciones**

La Corte estableció que su Sentencia constituye per se una forma de reparación y,



adicionalmente, ordenó al Estado las siguientes reparaciones: (i) adoptar las medidas necesarias para garantizar al señor Oscar Alberto Mohamed el derecho a recurrir del fallo condenatorio, de conformidad con los parámetros convencionales establecidos en el artículo 8.2.h de la Convención Americana; (ii) adoptar las medidas necesarias para que los efectos jurídicos de referida sentencia condenatoria, y en especial su registro de antecedentes, queden en suspenso hasta que se emita una decisión de fondo garantizando el derecho del señor Oscar Alberto Mohamed a recurrir del fallo condenatorio.

La defensa del Estado Argentino fue que el sentenciado si tenía una vía para revisar su condena, sin embargo esta consistía en el Recurso Extraordinario que es un simil al de Casación, y que está limitada a cuestiones de derecho, y no sobre pruebas, y que fue confirmado por informes emitidos por procesalistas como Julio Maier. La Corte concluyó que se violó el derecho del señor Oscar Alberto Mohamed de recurrir a un fallo condenatorio.

Retomando la decisión de la Sala de Trujillo, esta razona que si bien legalmente se puede dictar una condena del que fue absuelto en primera instancia, ello no es posible, pues sería violatorio del derecho que tiene el imputado al doble conforme o doble instancia. Además que si bien hay el recurso de casación en el NCPP está solo se limita a revisar la correcta aplicación del derecho, y no tiene competencia para revisar los hechos y las pruebas.

Como premisa consideramos que el núcleo esencial del derecho fundamental universal de revisión se refiere a la existencia real de la posibilidad de doble examen de la condena (doble conformidad de la sanción). Cuando se trata de una condena debe maximizarse la posibilidad de control y la condena de un absuelto le quita la posibilidad que este en otra sede pueda revisar esta limitación a sus derechos fundamentales. Si vamos al Pacto Internacional de derechos civiles y políticos este en su Artículo 14. 5 dice que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. Esta tiene que interpretarse de acuerdo a la regla establecida en la Cuarta disposición final de la Constitución

Política del Perú que dice: Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Este tema fue discutido en el VI Pleno Jurisdiccional del año 2010 pero los Jueces Supremos no pudieron ponerse de acuerdo. El magistrado Salas Arenas en una postura con la que en su esencia coincidimos, propone que si se dictare una sentencia condenatoria a un absuelto, el afectado tenga la posibilidad que su caso sea revisado por una instancia de tal forma que se le garantice la pluralidad en compatibilidad con los tratados de derechos humanos. Para tal efecto propone que se habilite a otra Sala Penal Superior puesto que la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 41.5 establece competencias de *numerus apertus*.<sup>4</sup> Sin embargo no compartimos esta opinión pues desordenaría el sistema de recursos y afectaría la seguridad jurídica. Lo viable sería proponer una modificatoria que pueda generar una instancia de apelación o eliminar la figura de condena del absuelto.

### **La condena del absuelto en la doctrina de la Corte Suprema**

Sobre este tema la Corte Suprema ha dictado la Casación N° 195 – 2012 Moquegua del 5 de setiembre del 2013 y le han dado el carácter de doctrina jurisprudencial a los fundamentos jurídicos décimo tercero a décimo octavo. Con un voto en discordia del Juez Supremo Morales Parraguez.

La regla jurídica establece que como el sistema de apelaciones en el NCPP se ha decantado por la inmediatez y que no se puede variar lo valorado por el juez de la sentencia absolutoria por una condenatoria, la condena de absuelto se puede realizar bajo estos tres supuestos: 1 Si en la instancia superior se decide cambiar el valor probatorio de pericia, prueba documental, prueba pre constituida, pues estos medios de prueba no exigen imprescindiblemente inmediatez. 2. Si en segunda instancia se varía el valor de la prueba personal con actuación de prueba que la contradiga, y 3. Los errores de derecho que se admite están fuera de la inmediatez.

La Corte Suprema señala que en la prueba

pericial, documental y similares no hay inmediación, la misma que se materializa con la oralización o lectura de su contenido hacia el juez, lo ideal es que se refuerce por quien la emitió, pero no siempre es así, se hace a partir de la lectura y se practica la inmediación en tanto que el juez recibe la información que valorará oportunamente, por lo que no es cierto que no hay inmediación. El ideal de supuesto para la Corte Suprema es la modificación de la prueba valorada en primera instancia por pruebas en contrario en segunda instancia, porque se asume que es este el escenario ideal de inmediación; esto es si operara en un ejercicio de equidad tendrían que actuarse en segunda instancias las pruebas personales que el juez se sirvió para absolver. Sobre el tercer supuesto deja entrever que basta la presencia del abogado del imputado para debatir sobre errores jurídicos de la sentencia condenatoria.

Los jueces están obligados al control de constitucionalidad y convencionalidad de las leyes, y existen tratados y pronunciamientos de

instancias internacionales contra la condena del absuelto y la Corte Suprema nada contra la corriente. Ha tratado de darle un cariz de constitucionalidad a la condena del absuelto, pero no han podido justificar razonablemente por qué se incumple lo establecido por el Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, mencionado con singular nitidez por el discrepante Señor Juez Supremo Morales Parraguez, que nosotros suscribimos íntegramente, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el caso Oscar Alberto Mohamed vs Argentina.

### Conclusiones

1. La condena del absuelto va en contra de las Convenciones y Tratados de Derechos Humanos.
2. Esta figura debe ser inaplicada mediante control de constitucionalidad y convencionalidad
3. Si se mantiene debe generarse legalmente una instancia de apelación.



1 (Art. 419.2 NCPP)

2 Jurisprudencia Nacional CPP. Comisión especial de la Reforma Procesal Penal, Lima, 2012, p. 383.

3 Jurisprudencia Nacional CPP. Comisión especial de la Reforma Procesal Penal, Lima, 2012, p. 341.

4 SALAS ARENAS, Jorge Luis, en Revista Gaceta Procesal Penal. Gaceta Jurídica. Lima, Perú. Tomo 27 Oct. del 2011, p. 285.



# Los medios probatorios en la etapa intermedia



**Cerapio A. Roque Humancondor**

Juez de Investigación  
Preparatoria del Callao

El 01 de abril pasado la implementación del Nuevo Código Procesal Penal en el Callao (en adelante NCPP), para algunos delitos contra la Administración Pública, cumplió 4 años.

Durante ese tiempo -ya en la práctica- hemos podido corroborar que la etapa intermedia bajo la dirección del Juez de Investigación Preparatoria cumple un papel importantísimo en el decurso del proceso penal, por cuanto no solo verifica y resuelve si la investigación a cargo del fiscal<sup>1</sup> ha sido correctamente llevada sino también si el juicio oral debe celebrarse o no, es decir en esta etapa o espacio central del proceso se realiza una calificación de lo actuado durante la investigación, como es, el correcto emplazamiento de las partes, la subsanación de los defectos observados, la calificación jurídica del hecho materia de imputación, la admisibilidad de los medios probatorios ofrecidos, entre otros, para resolver la continuación del proceso, en palabras resumidas: una verdadera labor de saneamiento procesal.

Hemos podido comprobar también, por que el maestro Alberto Binder<sup>2</sup> señala que la fase intermedia se funda en la idea de que los juicios deben ser preparados convenientemente y se debe llegar a ellos luego de una actividad responsable. Para ello se exige que el control de la acusación fiscal debe ser exhaustivo desde el punto de vista formal y sustancial.

Etapa importante - y no por algo sabiamente lo ha señalado el referido maestro-, en donde el mayor peso o carga de trabajo de los sistemas procesales recae en ella.

Es que el objetivo de esta etapa, como refiere el profesor Ramiro Salinas Siccha<sup>3</sup>, es evitar que lleguen al juzgamiento casos insignificantes o lo que es peor, casos con acusaciones inconsistentes por no tener suficientes elementos de convicción que hacen inviable un juicio exitoso para el Ministerio Público. Su fundamento radica en el principio de economía procesal, buscando finalizar en sentido negativo, sin juicio oral, un caso que no merece ser sometido a debate contradictorio, evitando de esa manera, dicho sea de paso, molestias procesales inútiles al imputado, a la vez al Estado

*"La etapa intermedia conforme se desprende del artículo 343 del NCPP, se inicia desde el momento que se dispone la conclusión de la investigación preparatoria y concluye cuando se dicta el auto de enjuiciamiento o resolución judicial que declara el sobresimiento del proceso, sentido interpretativo que coincide con los señalado por los magistrados Pablo Sánchez Velarde y Ramiro Salinas Siccha, entre otros."*



evitar que distraiga sus escasos recursos económicos y humanos en procesos claramente sin futuro.

#### **ACTIVIDAD PROBATORIA EN LA ETAPA INTERMEDIA.**

La etapa intermedia conforme se desprende del artículo 343 del NCPP,<sup>4</sup> se inicia desde el momento que se dispone la conclusión de la investigación preparatoria y concluye cuando se dicta el auto de enjuiciamiento o resolución judicial que declara el sobreseimiento del proceso, sentido interpretativo que coincide con lo señalado por los magistrados Pablo Sánchez Velarde<sup>5</sup> y Ramiro Salinas Siccha<sup>6</sup>, entre otros.

Como hemos notado, la fase intermedia, dentro de ese periodo se convierte en un espacio de discusión bastante amplio e importante de la estructura general del proceso, siendo un aspecto importante vinculado a dicha actividad el tema de los medios probatorios, concretamente el ofrecimiento y admisión de los mismos.

En efecto en esta etapa tienen lugar 2 momentos

importantes de los 4 reconocidos mayoritariamente y que conforman la actividad probatoria que como sabemos son: la proposición u ofrecimiento probatorio, la admisión, práctica o recepción y valoración.

El presente artículo tiene como objetivo exponer algunos problemas detectados en estas dos actividades probatorias importantes en el proceso penal.

**PROPOSICION DEL MEDIO DE PRUEBA.-** El momento en que el fiscal, la defensa y las demás partes deben ofrecer su medios de prueba en virtud del principio de aportación de parte (Art.155.2 del NCPP) es en la fase intermedia (Arts. 349.1.h y 350.1.f del NCPP).<sup>7</sup> El fiscal debe ofrecer los medios de prueba en su acusación, mientras que los otros sujetos procesales podrán hacerlo en el plazo de diez días de notificados con la acusación, esta es la regla; sin embargo como es sabido el NCPP permite el ofrecimiento de prueba a nivel de juicio oral, conforme a los artículos 373.1.2, y 385.2.

Sobre la oportunidad de los actos procesales de



las partes, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, primero, mediante auto de calificación de casación N° 60-2009-La Libertad del 05 de marzo del 2010, luego más claramente en la casación N° 53-2010-Piura del 7 de junio del 2012, interpretó – entre otros- los alcances de los artículos 350 y 351 del Código Procesal Penal. Respecto al primer artículo precisa que los demás sujetos procesales a quienes se les pone en conocimiento el requerimiento acusatorio, tienen un plazo **perentorio** (negrita nuestra) de diez días a partir de la notificación para formular las observaciones previstas en los acápites del a) hasta el h) del numeral 1 del artículo 350<sup>o</sup>, dentro de los cuales se encuentran el ofrecimiento de pruebas para el juicio con las exigencias allí previstas. En cuanto al artículo 351 aclara que en la audiencia de control de acusación se debatirán sobre la procedencia o admisibilidad de cada una de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida, haciéndose énfasis en que dichas observaciones que darán lugar al debate deben ser las planteadas dentro del plazo de diez días, con lo que descartan que los demás sujetos procesales en la misma audiencia pretendan observar, objetar o cuestionar, por ejemplo, algún medio probatorio ofrecido por el fiscal tanto por su pertinencia, utilidad, conducencia o licitud, o sobre aspectos formales de su ofrecimiento. Obviamente, ello no exime al juez de investigación preparatoria de sus facultades de control probatorio de oficio en esta etapa, pudiendo declarar inadmisibles algún medio probatorio ofrecido aún cuando la contraparte no lo haya objetado, si es que observa que el sujeto procesal que lo ofrece, no cumple con hacerlo bajo los parámetros de pertinencia, conducencia o utilidad del mismo.

En la praxis judicial, inicialmente, se ha podido verificar que las partes procesales no solamente ofrecían pruebas impertinentes o faltos de utilidad para lo que es objeto de prueba vinculado a los hechos afirmados por las partes, sino deficiencias de carácter formal que no permiten ejercer el control probatorio de la contraparte y al mismo juez, como ha ocurrido por ejemplo cuando existiendo varios hechos constitutivos de delitos con varios acusados ( propio en la mayoría de los delitos contra la administración pública ), se han ofrecido por escrito un listado de numerosos medios probatorios tanto por la parte acusadora ( en algunos casos se han acercado a 400) como por la defensa al momento de ofrecer sus medios probatorios, sin discriminar o individualizar cual medio corresponde a cada

*“Hemos podido comprobar también, por que el maestro Alberto Binder señala que la fase intermedia se funda en la idea de que los juicios deben ser preparados convenientemente y se debe llegar a ellos luego de una actividad responsable. Para ello se exige que el control de la acusación fiscal debe ser exhaustivo desde el punto de vista formal y sustancial.”*

uno de los hechos que alega o a cada acusado, originando que por tal generalidad o ambigüedad del escrito que lo contiene, tenga que devolverse, aún cuando las partes no lo hayan observado ya que el juez no es un ente estático que deja pasar todo si es que las partes por desconocimiento o cuestión estratégica no hace las observaciones correspondientes.

Cierto es que el NCPP no contempla la individualización o discriminación de los medios probatorios y ello se explica por que la norma se ubica en el supuesto de un hecho, un solo imputado; sin embargo tratándose de varios hechos, varios imputados, distintos grados de participación, etc, resulta razonable y garantizadora del derecho de contradicción de la contraparte, la exigencia que los medios probatorios que se ofrezcan estén claramente definidos.

Ello originó que una vez reformulados o discriminados los medios probatorios del fiscal, se permita el debate sobre la admisibilidad de los mismos, aún cuando la defensa de la parte contraria primigeniamente no haya hecho valer objeción alguna dentro de los 10 días de notificado el requerimiento acusatorio, lo que resulta válido desde la óptica del derecho de defensa ya que como podría exigirsele que lo hagan antes si no tenían claro cual medio probatorio estaba dirigido a probar hechos contra su patrocinado.



### **LA ADMISION DE LOS MEDIOS DE PRUEBA.-**

Es también en la etapa intermedia donde se admiten los medios probatorios ofrecidos por las partes, concretamente luego del debate sobre el control probatorio producido dentro de la audiencia de control de acusación, siguiendo para tal efecto el principio de admisión que contiene el NCPP en sus artículos 155.2,3 y 4; 156; 157; 159; 350.1.f; 352.5; 373 y 385.

Solo se admitirán los medios probatorios que cumplan con los principios de pertinencia, utilidad, conducencia y licitud.

El Tribunal Constitucional ha desarrollado estos principios en la sentencia 6712-2005-HC/TC.

Respecto a la pertinencia, exige que el medio probatorio tenga relación directa o indirecta con el hecho que es objeto del proceso.

La conducencia o idoneidad, tiene que ver con que el legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos sean probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o vedado para verificar un determinado hecho. El profesora Pablo Talavera Elguera cita los siguientes ejemplos para ilustrar este principio<sup>9</sup>: a).- El caso de los miembros del Cuerpo Diplomático o Consular acreditados en el Perú, que no se puede citar que concurra al local del Juzgado a declarar, solo pueden presentar su informe escrito, conforme claramente lo estipula el artículo 168 del NCPP; como vemos la norma señala la forma como debe admitirse y llevarse a cabo este medio de prueba; b).- El caso del careo entre el imputado y la víctima menor de 14 años de edad, prohibido expresamente por el artículo 182º.3 del NCPP.

La utilidad, se presenta cuando contribuye a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza; solo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador; sin embargo ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles, notorios; cuando se ofrezcan medios probatorios superfluos; cuando se ofrezcan medios probatorios sobreabundantes, repetitivos; medios probatorios contrarios a una presunción de derecho absoluto; etc.

La licitud, guarda relación a la no admisión de medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico. Se proscriben actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o las transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba.

Sobre la oportunidad del debate en la audiencia de control de acusación respecto a la admisibilidad o no de los medios probatorios ofrecidos, como el Código Procesal Penal ni el Acuerdo Plenario 6-2009/CJ-116 lo han establecido, no existe consenso entre los jueces de la República si estos se debaten antes o después de verse el tema del pedido de sobreseimiento. Hay jueces que luego del control formal pasan a debatir y resolver las solicitudes de sobreseimiento para luego entrar al saneamiento probatorio, como también hay quienes consideran que luego del control formal de la acusación, debe pasarse a debatir sobre los medios probatorios ofrecidos y al final los pedidos de sobreseimiento.

En este último grupo de jueces nos ubicamos y lo venimos haciendo aproximadamente dos años atrás; al inicio también se pensaba y llevaba a cabo la audiencia de control de acusación como el primer grupo de jueces referido, ya la práctica nos ha enseñado que ello no podía sostenerse en el tiempo y que previamente a resolver un pedido de sobreseimiento se requería tener claro el tema vinculado al aspecto probatorio de las partes, ver con que medios probatorios cuenta el fiscal en su acusación, es decir si el fiscal sustenta su acusación en base fáctica o probatoria suficiente o adolece de ella, o si los medios probatorios que lo sustentaban han sido rechazados o inadmitidos en audiencia de control, haciendo aparecer los requisitos del sobreseimiento de manera patente o palmaria, e incluso luego del control probatorio, de los ofrecidos por la parte acusada, nos permitan ver con claridad que el hecho objeto de la causa no se realizó, no existió, no se produjo como realidad o que el hecho no puede atribuirse real, física o materialmente al investigado. Base fáctica o probatoria que permitirá también aclarar temas vinculados a la extinción de la acción penal que en algunos casos no es muy claro como parece.

Este orden de desarrollo de la audiencia de control de acusación, resulta de utilidad práctica, o como señaló el doctor Giammpol Taboada Pilco el año pasado en una conferencia en este





Distrito Judicial del Callao<sup>10</sup>: es un orden lógico necesario.

Otro tema que también tiene que ver con la admisión de los medios probatorios y sobre los cuales – al parecer - todavía no hay uniformidad en los jueces que aplican el NCPP, está referido a los medios de prueba documentales. Algunos jueces consideran que los documentos ofrecidos por el fiscal solo deben ser mencionados por el fiscal sin pasar el filtro del saneamiento probatorio pasando automáticamente a formar parte del expediente judicial y que en todo caso será en el juicio oral donde el Ministerio Público tendrá que acreditar su pertinencia y referir lo que se acredita con aquella<sup>11</sup>, otros están de acuerdo que luego de admitidos estos debían ser devueltos al fiscal con la carpeta fiscal quien los presentará al Juzgado Unipersonal o Colegiado a su pedido para formar el expediente judicial, y otro grupo que es del parecer que no solamente deben pasar el control probatorio con participación de las partes en el debate de admisibilidad en la audiencia de control de acusación fiscal sino que una vez admitidos deben quedar en poder del Juzgado de la Investigación Preparatoria quien los enviará conjuntamente con el cuaderno de etapa intermedia, el acta y el auto de enjuiciamiento al órgano de juzgamiento para la formación del expediente judicial que hace referencia el artículo 136.<sup>12</sup> Esta última práctica no solo resulta la mas adecuada al ventilarse en la audiencia de control de acusación la pertinencia, conducencia y utilidad de los documentos ofrecidos con participación del fiscal y las demás partes, al igual que los otros medios probatorios,

*“En ese contexto, resulta necesario detenernos a efectuar un análisis de los preceptos normativos procesales contenidos en el Código Procesal Penal del 2004, con la única finalidad de verificar si, en nuestro nuevo ordenamiento, es posible la exclusión de este tipo de pruebas.”*

sino por que al quedarse en poder del Juzgado que dirigió la audiencia, garantiza que lleguen al órgano de juzgamiento tal cual fueron admitidos y presentados, ya que se han dado casos que se ofrecen por escrito los documentos como originales o copias certificadas o fedateadas, sin embargo cuando los van presentando resulta que son fotocopias simples, siendo la oportunidad de la audiencia de control donde se deje constancia de tal situación o la parte proponente pueda aclarar su ofrecimiento. Además ello permitirá al Juez Unipersonal o Colegiado, según sea el caso, formar de inmediato el expediente judicial y cumplir con la exigencia del artículo 137 del NCPP,<sup>13</sup> respecto a que formado este se pondrá en Secretaria a



disposición del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales por el plazo de cinco días para su revisión, eventual solicitud de copias, simples o certificadas, - entre otros -, lo que no se lograría si es que los documentos obran todavía en la carpeta fiscal.

La práctica también ha demostrado que cuando se tratan de procesos complejos con abundante documentación ofrecida (como es el caso de la mayoría de procesos por Delitos Contra la Administración Pública), la audiencia de control de acusación (control probatorio) se hace muy engorrosa y extensa si se tiene que en dicho acto o hacerse un receso para verificar la coincidencia de cada uno de los ofrecidos en el requerimiento escrito con los que presenta en la audiencia al momento de sustentar su admisibilidad (tipo de documento, original copia certificada, copia simple, etc.), resultando conveniente que en la resolución que se cita a audiencia de control de acusación, se requiera al representante del Ministerio Público que haga llegar días previos a la misma, todos los documentos ofrecidos como prueba documental y que forman parte de la carpeta fiscal (no toda la carpeta fiscal), de esa manera se facilita que el Especialista de Audiencias designado previo a la audiencia pueda verificar la corrección de los documentos presentados, dando cuenta de ello en audiencia, donde solo centramos la atención en el debate respectivo de admisibilidad. También han surgido problemas cuando es la parte acusada, el actor civil o tercero civil, la que ofrece documentos que obran en la carpeta fiscal y no ha indicado en que tomo y folios de la misma aparecen, originando que recién en audiencia solicite un receso para ubicarlos; al respecto también se ha visto por conveniente notificarles (al momento que se corre traslado del requerimiento acusatorio) que en caso se ofrezcan algún documento de la carpeta fiscal, cumplan con precisar su ubicación dentro de ella, al igual que si ofrecen algún otro documento que no corre en la carpeta fiscal, deben cumplir con presentar también el juego de copias (del escrito y anexos) según el número de partes existan y si no lo hace en el plazo conferido se tendrá por no presentada.

La exigencia de copias para las demás tiene su fundamento legal en el artículo 127 inciso 6 del Código Procesal Penal, cuando respecto a las notificaciones, nos remite a lo dispuesto en el Código Procesal Civil, el que en su artículo

133<sup>o</sup>14 prescribe que tratándose de escritos y anexos sobre los que deba recaer alguna de las resoluciones citadas en el Artículo 157<sup>o</sup>15, quien los presente debe acompañar tantas copias simples de ambos como interesados deba notificarse.

## **LAS CONVENCIONES PROBATORIAS.**

Conforme señala el profesor Pablo Talavera Elguera<sup>16</sup> las Convenciones probatorias o estipulaciones probatorias son acuerdos celebrados entre el fiscal y la defensa para tener por probados alguno o algunos hechos o sus circunstancias, así como sobre los medios de pruebas que deban ser utilizados para probar determinados hechos.

Coincidiendo con el profesor Fernando Ugaz Zegarra<sup>17</sup> las convenciones probatorias evitan: 1).- Que, la actuación probatoria se deriven en hechos indiscutibles por las partes; 2).- Evita pérdida de tiempo y desgaste en el trabajo de juzgamiento; 3).- De entrada limita que el hecho discutido se pueda variar.

Sin embargo este mecanismo procesal que no solamente ahorraría tiempo en el juicio oral sino a nivel de etapa intermedia al momento del saneamiento probatorio, se usan muy pocos, tal es así que desde que se asumió el despacho del Juzgado de Investigación Preparatoria del Callao (31 de mayo del 2012) a la fecha, solo se arribó a convención probatoria en un solo caso y en otros casos aún exhortándose para que lo hagan haciendo el receso respectivo de la audiencia de control de acusación, el resultado fue negativo. Por ejemplo pueden arribarse convenciones probatorias sobre la condición de funcionario o servidor público del acusado, como de las funciones o labores que realiza de acuerdo a sus reglamentos (ROF y MOF) ya que la parte acusada no cuestiona los medios probatorios ofrecidos por el fiscal al respecto, quedando para la actuación probatoria solo los que tiene que ver con la comisión del delito en ejercicio de tales funciones.

Empero, esa resistencia no solo se da entre las partes de los procesos que tienen que ver con actos de corrupción de funcionarios que son casos delicados y en la mayoría complejos, sino también en los demás delitos (incluso más simples) y así lo hace saber el doctor Juan R. Hurtado Poma<sup>18</sup> cuando refiere que en el Distrito Judicial de Huaura (primer lugar donde se implementó el NCPP) las convenciones probatorias no son usadas en ese lugar o si se usan son muy escasas y pretende



explicarlo en el hecho que firmar una convención probatoria aparentemente perjudicaría a la defensa del imputado y favorecería a la fiscalía y motivados por una "cultura confrontacional".

Consideramos que todavía hay temor en los sujetos procesales de aplicar esta institución novedosa y ello se debe sobre todo al desconocimiento, por parte de los llamados a hacerlo, de sus bondades en pro de un proceso célere, eficaz y eficiente, en donde todos

## NOTAS

- 1 **Art. 61°. 2** del NCPP. Atribuciones y Obligaciones del Ministerio Público: "Conduce la Investigación Preparatoria...."
- 2 BINDER, Alberto; "La fase intermedia. Control de la Investigación", Selección de Lecturas del INCIPP; p. 215.
- 3 SALINAS SICCHA, Ramiro; "LA ETAPA INTERMEDIA EN EL CODIGO PROCESAL PENAL DEL 2004"; p.2. // <http://www.mpfh.gob.pe>.
- 4 **Artículo 343.** Control del Plazo.-
  1. El Fiscal dará por concluida la Investigación Preparatoria cuando considere que ha cumplido su objeto, aun cuando no hubiera vencido el plazo.
  2. Si vencidos los plazos previstos en el artículo anterior el Fiscal no dé por concluida la Investigación Preparatoria, las partes pueden solicitar su conclusión al Juez de la Investigación Preparatoria. Para estos efectos el Juez cilará al Fiscal y a las demás partes a una audiencia de control del plazo, quien luego de revisar las actuaciones y escuchar a las partes, dictará la resolución que corresponda.
  3. Si el Juez ordena la conclusión de la Investigación Preparatoria, el Fiscal en el plazo de diez días debe pronunciarse solicitando el sobreseimiento o formulando acusación, según corresponda. Su incumplimiento acarrea responsabilidad disciplinaria en el Fiscal.
- 5 SANCHEZ VELARDE, Pablo; "El Nuevo Proceso Penal"; IDEMSA; p. 158
- 6 SALINAS SICCHA, Ramiro; "La etapa Intermedia en el Código Procesal Penal del 2004". En <http://www.mpfh.gob.pe>
- 7 TALAVERA EL GUERA, Pablo; "LA PRUEBA en el Nuevo proceso Penal". Academia de la Magistratura, p. 53
- 8 **Artículo 350.** Notificación de la acusación y objeción de los demás sujetos procesales.-
  1. La acusación será notificada a los demás sujetos procesales. En el plazo de diez días éstas podrán:
    - a) Observar la acusación del Fiscal por defectos formales, requiriendo su corrección;
    - b) Deducir excepciones y otros medios de defensa, cuando no hayan sido planteadas con anterioridad o se funden en hechos nuevos;
    - c) Solicitar la imposición o revocación de una medida de coerción o la actuación de prueba anticipada conforme a los artículos 242 y 243, en lo pertinente;
    - d) Pedir el sobreseimiento;
    - e) Instar la aplicación, si fuere el caso, de un criterio de oportunidad;
    - f) Ofrecer pruebas para el juicio, adjuntando la lista de testigos y peritos que deben ser convocados al debate, con indicación de nombre, profesión y domicilio, precisando los hechos acerca de los cuales serán examinados en el curso del debate. Presentar los documentos que no fueron incorporados antes, o señalar el lugar donde se hallan los que deben ser requeridos;
    - g) Objetar la reparación civil o reclamar su incremento o extensión, para lo cual se ofrecerán los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral o,
    - h) Plantear cualquier otra cuestión que tienda a preparar mejor el juicio.
  2. En el Seminario sobre la Etapa Intermedia de fecha 30 de enero del 2014.
- 9 TALAVERA EL GUERA, Pablo; "LA PRUEBA EN EL Nuevo Código Procesal Penal" p.32.
- 10 En el Seminario sobre la Etapa Intermedia de fecha 30 de enero del 2014.
- 11 CABALLERO MIRANDA, Jose Emilio, "Defectos de las Audiencias de control de Acusación y de Juicio Oral en el Código Procesal Penal" en Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 37; p.259.
- 12 **Artículo 136.** Contenido del Expediente Judicial.-
  1. Una vez que se dicta el auto de citación a juicio, el Juez Penal ordenará formar el respectivo Expediente Judicial. En este Expediente se anexarán:
    - a) Los actuados relativos al ejercicio de la acción penal y de la acción civil derivada del delito;
    - b) Las actas en que consten las actuaciones objetivas e irreproducibles realizadas por la Policía o el Ministerio Público, así como las declaraciones del imputado;
    - c) Las actas referidas a la actuación de prueba anticipada;
    - d) Los informes periciales y los documentos;
    - e) Las resoluciones expedidas por el Juez de la Investigación Preparatoria y, de ser el caso, los elementos de convicción que las sustentan;
    - f) Las resoluciones emitidas durante la etapa intermedia y los documentos, informes y dictámenes periciales que hayan podido recabarse, así como -de ser el caso- las actuaciones complementarias realizadas por el Ministerio Público.
  2. El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial reglamentará todo lo relacionado con la formación, custodia, conservación, traslado, recomposición y archivo del expediente judicial. Podrá disponer la utilización de los sistemas tecnológicos que se consideren necesarios para el registro, archivo, copia, transcripción y seguridad del expediente.
- 13 **Artículo 137** Traslados, remisión y resolución sobre la formación del expediente judicial.-
  1. Formado el expediente judicial, se pondrá en Secretaría a disposición del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales por el plazo de cinco días para su revisión, eventual solicitud de copias, simples o certificadas, y, en su caso, para instar la incorporación de alguna pieza de las contempladas en el artículo anterior o la exclusión de una que no corresponda incorporar. De esta última solicitud se correrá traslado a las demás partes por igual plazo.
  2. El Juez resolverá, dentro del segundo día de culminado el plazo anterior, mediante auto inimpugnable, la solicitud de incorporación o exclusión de piezas procesales.
  3. Vencido este trámite, las actuaciones diversas de las previstas en el artículo 136 serán devueltas al Ministerio Público.
- 14 **Artículo 133° del Código Procesal Civil.** "Tratándose de escritos y anexos sobre los que deba recaer alguna de las resoluciones citadas en el Artículo 157, quien los presente debe acompañar tantas copias simples de ambos como interesados deba notificarse. El Auxiliar jurisdiccional correspondiente verificará la conformidad y legibilidad de las copias. Si no las encuentra conformes, ordenará su sustitución dentro de veinticuatro horas, bajo apercibimiento de tenerse por no presentado el escrito. Todo reclamo sobre la idoneidad de las copias será resuelto por el Juez en el día, por resolución inimpugnable.
- 15 **Artículo 157° del Código Procesal Civil.** Las notificaciones de todas las resoluciones judiciales, en todas las instancias, y aún en la Corte Suprema, se realiza por cédula.
- 16 Op.Cil. p.59
- 17 UGAZ ZEGARRA, Fernando; "LA PRUEBA EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL"; p.9. <http://abartoliperu.com/wp-content/uploads/2013/05/lapruueba>.
- 18 HURTADO POMA, Juan; "¿QUE SE DISCUTE EN LA AUDIENCIA DE CONTROL DE ACUSACION?" p. 30. Revista: Instituto de Ciencia Procesal Penal.

# Los rezagos del sistema inquisitivo en el Nuevo Código Procesal Penal Peruano

Ana Calderón Sumarriva



Magister con mención en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario – Argentina  
Directora de la Escuela de Altos Estudios Jurídicos – EGACAL  
Docente de Derecho Procesal Penal y Penal

*“Como señala Montero Aroca, la existencia del principio de contradicción se frustraría si en la propia ley se estableciera la desigualdad de las partes. Lo contradictorio tiene únicamente sentido cuando a las partes se les reconocen los mismos derechos, cargas, y deberes procesales.”*

## 1. Introducción

Nuestro Código de Procedimientos Penales aún vigente en la mayor parte de distritos judiciales está inspirado en un modelo Mixto<sup>1</sup> predominantemente inquisitivo que se caracterizó por el excesivo poder otorgado a los Jueces, quienes concentraban una serie de facultades tales como investigar y decidir, disponer medidas cautelares de oficio y ordenar la actuación de pruebas de oficio a fin de establecer la «verdad». Así, pues, no sólo estaban facultados sino obligados a procurar las pruebas necesarias, inclusive más allá de las que aportaran las partes.

En julio de 2004 se publicó el Decreto Legislativo N° 957, denominado «nuevo» Código Procesal Penal, que se afirma como acusatorio americano o adversarial<sup>2</sup>, y en el que el impulso procesal está en manos de las partes, existe un conocimiento completo y oportuno de la imputación, el juez es un tercero que va resolver el conflicto y no debe actuar para suplir las deficiencias de las partes, donde el proceso tiene la garantía de la publicidad. Dicha norma ingresa dentro de un modelo procesal acorde con las exigencias de Imparcialidad e Igualdad de armas contenidas dentro del derecho fundamental a un Debido Proceso.<sup>3</sup>

No es posible concebir el proceso sin un Juez que evite cualquier tipo de compromiso con las partes o el resultado del proceso (imparcialidad subjetiva) y que no esté blindado frente a la influencia negativa que pueda tener en él la estructura misma del sistema (imparcialidad objetiva).<sup>4</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que resultan siendo relevantes incluso las apariencias<sup>5</sup>, por lo que pueden tomarse en cuenta, aparte de la conducta de los propios jueces, hechos que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad.<sup>6</sup> Como señala nuestro maestro ALVARADO VELLOSO, el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter; para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (*imparcialidad*) ya que nadie puede ser actor y acusador al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del caso (imparcialidad) y debe poder actuar sin





subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia).<sup>7</sup>

La igualdad de armas presupone la idea de dos partes antagónicas enfrentadas que se encuentran dotadas de las mismas posibilidades de intervención; las normas que regulan las actividades de las partes no establecen situaciones de privilegio o de ventaja, con lo cual se garantizan el derecho de contradicción. Como señala MONTERO AROCA, la existencia del principio de contradicción se frustraría si en la propia ley se estableciera la desigualdad de las partes. Lo contradictorio tiene únicamente sentido cuando a las partes se les reconocen los mismos derechos, cargas, y deberes procesales.<sup>8</sup> Nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto señalando que éste es uno de los componentes del «debido proceso» y debe garantizar que, en todo proceso, judicial, administrativo o en sede privada, las partes detentan las mismas oportunidades de alegar, defenderse o probar, de modo que no se ocasione una desventaja en ninguna de ellas respecto de la otra; por tanto, de no ser así, no se lo podría reputar como «debido».<sup>9</sup>

*"No es posible concebir el proceso sin un juez que evite cualquier tipo de compromiso con las partes o el resultado del proceso (imparcialidad subjetiva) y que no esté blindado frente a la influencia negativa que pueda tener en él la estructura misma del sistema (imparcialidad objetiva). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que resultan siendo relevantes incluso las apariencias, por lo que pueden tomarse en cuenta, aparte de la conducta de los propios jueces, hechos que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad."*

Sin embargo, el nuevo Código Procesal Penal no se puede afirmar como acusatorio puro pues hallamos algunas disposiciones que ponen en cuestión los principios señalados, constituyendo un rezago del sistema inquisitivo predominante en el Código anterior y cuya tradición nos acompaña desde antes que el Perú sea República, al ser el Virreinato centro de la Inquisición Española.<sup>10</sup>

## 2. Lo más destacado

### 2.1. Exámenes corporales

Además de medidas de naturaleza preventiva que han sido incorporadas indebidamente en el Nuevo Código Procesal Penal como las retenciones, pesquisas y registro de personas, se incorporan en los artículos 211º y 212º los exámenes corporales, que pueden comprender pruebas de análisis sanguíneos, pruebas genético moleculares y exploraciones radiológicas a solicitud del Ministerio Público y por orden del Juez de la Investigación Preparatoria sobre quién es sujeto del proceso penal; pero también personas no inculpadas, aún sin su consentimiento.

Se sostiene que la averiguación de los hechos delictivos representa una actividad que encierra un interés público digno de protección por el Estado de Derecho porque es un elemento esencial para el castigo de los delitos; pero también es cierto que no se puede obtener la verdad de lo sucedido a cualquier precio y no son admisibles cualesquiera diligencias dirigidas al descubrimiento de los hechos, pues el funcionamiento del aparato represor se legitima a través del respeto y cumplimiento de la ley, y ésta tiene que amparar los derechos fundamentales, por lo que las intromisiones deberán efectuarse con la debidas garantías.<sup>11</sup> Garantías que estarían previstas en el nuevo Código Procesal Penal como las referidas a la necesidad de la diligencia, la proporcionalidad y la autorización judicial.

Sin embargo, el cuestionamiento va dirigido a la idea de considerar al imputado como objeto de prueba y, en general, a cualquier ser humano. El imputado debe ser considerado como un sujeto al que hay que rodear de garantías. La evolución que se dio desde la prohibición del tormento como medio para obtener la confesión hasta que las declaraciones del imputado se consideren como medio de defensa y no como medio de prueba, se ven afectadas por este tipo de

medidas que finalmente son atentatorias del principio-derecho de dignidad humana.

### 2.2. Investigación suplementaria

Una de las manifestación más claras del sistema inquisitivo es la confusión de roles. El juez no sólo es sentenciador sino también investigador o inquisidor. En consecuencia, la intervención del órgano judicial se produce desde el inicio del procedimiento, como sucede con el Código de Procedimientos Penales que establece la existencia de un Juez instructor, que se suma a la labor del Fiscal en la búsqueda del material probatorio incriminatorio.

En un sistema acusatorio como el que inspira el nuevo Código Procesal Penal, al dividir funciones, se entrega la tarea de indagar los hechos constitutivos de delitos al Ministerio Público, el cual, por medio de distintos mecanismos, desarrolla y ejerce las políticas públicas de persecución penal. El artículo IV del Título Preliminar del Código comentado establece que el Ministerio Público asume la conducción de su investigación desde su inicio; sin embargo, cuando se regulan las alternativas que tiene el Juez de la Investigación Preparatoria frente al requerimiento de sobreseimiento, en el artículo 346º parágrafo 5, además de considerar fundado el requerimiento de sobreseimiento y de elevar las actuaciones para que se pronuncie el Fiscal Superior, se prevé que este Juez disponga la realización de una investigación suplementaria, indicando el plazo y las diligencias que el Fiscal debe realizar.

Esta medida es atentatoria del ideal planteado en la reforma Procesal Penal respecto a la separación de funciones de investigación y acusación, pues si el Juez de la Investigación Preparatoria determina la realización de una investigación suplementaria, es absolutamente incomprensible que esto no implique una intromisión en la facultad exclusiva y excluyente de investigación de los hechos que recae en el Ministerio Público. Además, se considera como «suplementaria», lo que claramente indica que la actividad de investigación no ha sido óptima, a tal punto que el Juez termina indicando qué diligencia va actuar y el plazo correspondiente. Surge entonces la siguiente interrogante: ¿Para qué se requiere más pruebas? Pues para hacer posible la acusación que el propio representante del Ministerio Público ha negado al requerir el sobreseimiento.



### 2.3. Actuación oficiosa de material probatorio

El artículo 385º del nuevo Código Procesal Penal establece que el Juez Penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la «verdad». Como señala SUPERTI, las medidas de mejor proveer significa necesariamente que tiene dudas, entonces ¿para qué requiere más pruebas? Si tiene dudas, y con las pruebas incorporadas de oficio no las resuelve o adquiere certeza negativa sobre la responsabilidad del acusado, advertimos que respecto al imputado nada le ha significado, porque jurídicamente tanto vale una absolución por la duda como una absolución por certeza negativa. Por el contrario, con las pruebas incorporadas oficiosamente el juez supera su duda logrando certeza positiva y, en base a ellas, condena. Debemos tener presente que esta condena se debe a las pruebas que él incorporó y que dada la pretensión punitiva que está acogiendo las debió incorporar el actor.

En esta línea se encuentra MONTERO AROCA, quien señala que partiendo de que el objeto del proceso penal ha de ser determinado por los acusadores, lo concreto es que son éstos los que deben fijar los hechos de que se acusa a una persona determinada, de modo que el órgano judicial que ha de dictar sentencia no puede convertirse en investigador, en el sentido de que no podrá salir a buscar hechos distintos de los que son objeto de la acusación, pues ello comportaría su conversión en acusador.<sup>12</sup>

*“En un sistema acusatorio como el que inspira el nuevo Código Procesal Penal, al dividir funciones, se entrega la tarea de indagar los hechos constitutivos de delitos al Ministerio Público, el cual, por medio de distintos mecanismos, desarrolla y ejerce las políticas públicas de persecución penal.”*

La expresión normativa establecida en el artículo citado del nuevo Código Procesal Penal: «El Juez cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes», resulta innecesaria, pues al disponer pruebas oficiosas el Juez sabe a qué parte va favorecer. No se va a beneficiar al imputado que ya está amparado por el estado de inocencia: va a suplir la deficiente labor del Ministerio Público que es quien tiene la carga de la prueba.

### 3. Tesis de desvinculación

El artículo 374º del nuevo Código Procesal Penal establece que si el Juez Penal observa la posibilidad de una calificación jurídica de los





hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público, podrá proponer la tesis con el único límite de advertir a las partes de esa posibilidad que, como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no constituye suficiente garantía la comunicación de esta posibilidad, pues se debe dar una oportunidad real y eficaz para el ejercicio de la Defensa.<sup>19</sup>

Como señala LOPEZ BARRA: «Que el Tribunal pueda plantear una tesis implica que se quiebre el principio acusatorio, puesto que el Tribunal sale de su posición pasiva y toma una posición activa e introduce en el debate otra calificación jurídica».<sup>20</sup> Como señala ASENSIO MELLADO: «Si bien el iura novit curia posibilita que el Tribunal por vía de su apreciación jurídica rompa la identidad fáctica y normativa sustancial, y ello aun cuando se informe debidamente a las partes ofreciéndoles ampliamente el debate y la nueva prueba, involucra que se esté introduciendo de oficio un nuevo objeto procesal; en otras palabras, que se esté formulando una acusación jurisdiccional.»<sup>21</sup>

Finalmente, con esta alternativa se está garantizando que exista una condena a pesar de las deficiencias del Fiscal en la calificación jurídica de los hechos o en la consideración de las circunstancias modificatorias de responsabilidad, lo que pone en cuestión la imparcialidad.

#### **4. Además ...**

Podrían entrar dentro de nuestro análisis otros dispositivos.

La distinción del acusador y el Juez atiende a la esencia misma del proceso, siendo su primera consecuencia que no puede haber juicio si no hay acusación, debiendo ésta ser formulada por persona distinta de quien ha de juzgar.

Si el Fiscal, que es director de la investigación, decide requerir el sobreseimiento, efectuado el control judicial sobre este pedido, cabría únicamente tomar esta decisión, y no el que el órgano jurisdiccional eleve de oficio al Fiscal Superior para someter lo decidido a un examen, siendo esta la manera cómo se ha regulado en el artículo 346º del nuevo Código Procesal Penal. Se afirma que la etapa de juzgamiento es la etapa estelar del proceso penal bajo el nuevo sistema, siendo este el momento en el que surge la prueba bajo las reglas de la oralidad, publicidad, inmediación y contradictorio; sin embargo, cabe incorporar material probatorio que no es sometido al examen de las partes a través de lo previsto en el artículo 383º, que permite incorporar vía la lectura prueba documental o informes, certificaciones o constataciones, informes o dictámenes periciales, así como las actas de examen o debate pericial; los dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe; las actas conteniendo la declaración de testigos mediante exhorto, también las actas levantadas por la policía o el Fiscal o el Juez de la Investigación Preparatoria que contengan diligencias objetivas e irreproducibles, como las actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras.



## 5. Conclusión

Dentro del discurso que sustenta los dispositivos anteriormente analizados se encuentra la idea de compatibilizar el garantismo con la eficiencia, tratando de no establecer términos de prevalencia entre uno y otro, sino compatibilidad. El negar algunas de estas facultades para muchos implicaría restar eficacia al proceso; sin embargo, lo que cuestionamos tiene que ver con las reglas esenciales del proceso partiendo en términos actuales de las exigencias

constitucionales que permiten la definición de un Debido Proceso Penal, y siendo cierta aquella afirmación que un proceso inquisitivo no es un verdadero proceso, lo que resulta evidente si el acusador es al mismo tiempo el juez, quien asume todos los poderes materiales en la dirección de la actividad, decidiendo por ejemplo la prueba de oficio a actuarse, independientemente de quien sea beneficiado con ésta.

## NOTAS

- 1 «¿Por qué se ha llegado en la historia a un sistema mixto? A mi juicio, son varias las razones determinantes de la actual coexistencia de sistema antagónicos: la secular tradición del Santo Oficio y la abundante literatura jurídica que fundamentó y justificó su actuación, así como la fascinación que el sistema provoca en regímenes totalitarios (recuérdese que el máximo exponente del sistema mixto es el Código italiano de 1940 – llamado Código de Mussolini o Código Fascista, entre otras cosas por haber sancionado la dictadura del juez instructor ...), que al normar para el proceso, dejan de lado al hombre común para originar al propio Estado como centro y eje del sistema.» VELLOSO ALVARADO, Adolfo, Introducción al Estudio del Derecho Procesal. Buenos Aires, Primera Parte, Editorial Rubinzal Cuyani, Pág. 69-70.
- 2 Basados en postulados acusatorios se pretenden que los jueces no se involucren en la búsqueda de pruebas. (...) Ello se debe, como se verá luego, no sólo para preservar la igualdad de las partes y la imparcialidad del tribunal, sino también porque la deficiencia probatoria, que en lo civil tradicionalmente se resolvía con las cargas, en lo penal se soluciona respetando el indiscutible principio de *in dubio pro reo*. La corriente transformadora recorre el camino inverso al de los civilistas, pues de un juez investigador se avanza a un juez árbitro. SUPERTI, Héctor. Derecho Procesal Penal. Temas Conflictivos. Rosario. Editorial Lurs. 1998.
- 3 «El llamado proceso acusatorio sí es un verdadero proceso, por cuanto en él existen realmente un juez tercero, independiente e imparcial y dos partes enfrentadas entre sí en pie de igualdad y con plena contradicción.» MONTERO AROCA, Juan. Principio Acusatorio y Prueba en el Proceso Penal. La inutilidad jurídica de un eslogan político. En: Prueba y Proceso Penal. Valencia, 2008, Pág. 22.
- 4 Exp. N° 004-2006-PI/TC. Fund. 20.
- 5 TEDH: caso Pionsack. Párr. 30.
- 6 TEDH, caso Pabla Ky v Finlandia. Párr. 27.
- 7 ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Op. Cit. Pág. 261.
- 8 MONTERO AROCA, Juan. Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano. Lima, EMMARCE, 1999, Pág. 220.
- 9 Exp. N° 06135-2006-PA/TC. Fund. 5.
- 10 La historia política y jurídica latinoamericana actual es una continuación de los esquemas socio-políticos de Europa continental, introducidos por los pueblos hispano-lusos parlantes, conquistadores del territorio latinoamericano. España y Portugal fueron quienes introdujeron en América Latina el sistema penal dominante en sus territorios durante el periodo de colonización y conquista: La Inquisición.
- 11 MORENO CATENA, Víctor. Los elementos probatorios obtenidos con afectación de los derechos fundamentales. En: Prueba y Proceso Penal. Valencia, 2008, Pág. 79.
- 12 MONTERO AROCA, Juan. Op. Cit. Pág. 281.
- 13 Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 20 de junio del 2005.
- 14 LÓPEZ BARJADE QUIROGA, Jacobo. Tratado de Derecho Procesal Penal. Navarra, 2005, Pág. 338.
- 15 ASECIO MELLADO, José María. Principio Acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal. Trivium, 1991, Pág. 31.

# Pinceladas del proceso de implementación de la reforma procesal penal en la Provincia Constitucional del Callao

**Juan Roberto Romani Romani**

Administrador Coordinador del Módulo Penal para delitos cometidos por funcionarios públicos de la Corte Superior de Justicia del Callao



## 1. Previamente:

Para la realización del presente artículo se han revisado diversos documentos, revistas especializadas internacionales, agendas de trabajo de comisiones de implementación, y memorias institucionales de las muchas Cortes Superiores del Perú que han implementado el modelo acusatorio en su respectivo distrito judicial.

Sin embargo, la Secretaría Técnica de Implementación del Código Procesal

Penal del Ministerio de Justicia, elaboró un importante documento que plantea, a nivel macro, una sucinta revisión todo el paso de reforma del modelo inquisitivo a uno acusatorio adversarial que propone el Nuevo Código Procesal Penal a nivel nacional, sin dejar de lado la corriente de reforma procesal penal que se dio en los países de Latinoamérica.

Y es así que, de la revisión del "II Informe Estadístico Nacional 2006 – 2013" elaborado por el Ministerio de Justicia y





Derechos Humanos<sup>1</sup>, desde finales de los años ochenta, en Latinoamérica se ha venido experimentando una importante ola de reformas procesales de juzgamiento penal que han venido fortaleciendo a comienzos del siglo XXI, las cuales se han fundamentado principalmente por la consolidación de los Derechos Humanos en la década de los años setenta; la creciente preocupación sobre el increíble incremento de las tasas de criminalidad en los noventa; y la creciente percepción de corrupción y la falta de rendición de cuentas de la administración de justicia, en líneas generales.

La percepción del ciudadano de a pie sobre el modelo inquisitivo era crítico, pues, la cultura del modelo procesal inquisitivo había generado un sistema de Justicia Penal burocrático, rígido, secreto, lento, e ineficiente que, a pesar de todo, cuesta mucho abandonar.

A pesar de ello, el proceso de implementación fue progresivo, y se puede decir que dos décadas después, más de 10 países Latinoamericanos han incorporado todo un marco estructurado que implican un cambio

de sus modelos procesales penales.

Este proceso de implementación de nuevos pilotos o modelos procesales, se ha dado en diversos niveles, como por ejemplo, en la Argentina que se dio a nivel provincial, en la República de Chile a nivel nacional, y en México por estados federales.

En este sentido, vale decir, que dada esta diversidad cada nación ha realizado su proceso de implementación utilizando diversas metodologías, pero que han sabido construir este tránsito del sistema inquisitivo a uno acusatorio proveniente del *common law*.

A pesar de las diversas críticas que han planteado sus opositores, estas experiencias son el precedente más nítido de la transformación más profunda que los países de América Latina han experimentado en la reforma a un nuevo modelo procesal de juzgamiento penal.

## 2. EL CASO NACIONAL:

Respecto al caso nacional, luego de más de sesenta y cuatro años de vigencia del Código de Procedimientos



*"La percepción del ciudadano de a pie sobre el modelo inquisitivo era crítico, pues, la cultura del modelo procesal inquisitivo había generado un sistema de Justicia Penal burocrático, rígido, secreto, lento, e ineficiente que, a pesar de todo, cuesta mucho abandonar."*



*"A pesar de las diversas críticas que han planteado sus opositores, estas experiencias son el precedente más nitido de la transformación más profunda que los países de América Latina han experimentado en la reforma a un nuevo modelo procesal de juzgamiento penal."*

Penales de 1940, los resultados del Sistema de Justicia Penal demostraban la crisis del modelo procesal inquisitivo y la necesidad de reforma, a fin de experimentar un proceso intenso de transformación institucional procesal con la finalidad de alcanzar niveles de mayor eficiencia en el proceso penal.

La promulgación del Nuevo Código Procesal Penal (NCP) mediante Decreto Legislativo N° 957, publicado el 29 de julio de 2004, marca el inicio del nuevo modelo procesal penal de orientación acusatoria y con ello la transformación del sistema de justicia penal en el Perú.

La estructura del nuevo modelo de proceso penal apunta a constituir un tipo de proceso único para todos los delitos perseguibles por ejercicio público de la acción penal, que se inicie con la actividad preparatoria de investigación bajo la dirección del fiscal, continúe con la acusación, la audiencia preliminar y el juicio oral.<sup>2</sup>

En ese orden de ideas, y de manera sucinta, el modelo procesal acusatorio - adversarial - garantista, propone como característica: la separación de funciones de investigación y de juzgamiento; el juez no procede de oficio; el juez no puede condenar persona distinta a la acusada, ni por hechos distintos de los imputados; el proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad; se incorporan características del common law como la oralidad, la inmediación y la publicidad del juzgamiento y; la libertad del imputado es la regla durante todo el proceso.

### **3. Situación de la Provincia Constitucional del Callao.**

Han transcurrido cuatro años de la implementación del nuevo modelo de juzgamiento en materia penal para Delitos de Funcionarios Públicos en el Distrito Judicial de la Provincia Constitucional del Callao; y es justo afirmar que la Corte de Justicia del Callao, con plena convicción y comprometida con la finalidad de



mejorar el servicio de administración de justicia en el área penal, se ha venido preparando con la debida anticipación, de cara a implementación integral del Nuevo Modelo Procesal Penal.

Es necesario recordar que inicialmente se tenía proyectado implementar el nuevo modelo de juzgamiento como plan piloto en el distrito judicial del Callao, sin embargo, el Calendario de implementación progresiva se vio modificado en diferentes oportunidades por sendos Decretos Supremos que han determinado que la implementación finalmente se de el primero de abril del 2016.

#### **4. Implementación del Nuevo Modelo procesal penal en el Callao para delitos de Corrupción de funcionarios.**

El 01 abril del 2011, se concretó la implementación del nuevo sistema de juzgamiento penal para Delitos de corrupción de Funcionarios Públicos en el distrito judicial del Callao por disposición de la Ley Nro. 29648.

La implementación del NCPP para el Juzgamiento de Delitos cometidos por Funcionarios Públicos tipificados en las secciones II, III y IV, artículos 382° al 401°, del Capítulo II, del Título XVIII, del Libro II del Código Penal (Concusión, Peculado, Cohecho, Aprovechamiento indebido del Cargo ó Negociación Incompatible, entre otros) no supuso la creación de nuevos órganos jurisdiccionales que atiendan a exclusividad los delitos acotados, sino que se dispuso que 3 Juzgados y 1 Sala Superior de la especialidad, ya existentes, asuman el conocimiento de estos delitos en adición a las funciones que ya desempeñaban; lo cual significó, en buena cuenta, que estos órganos jurisdiccionales conociesen paralelamente los delitos que tramitados bajo los alcances del Código de Procedimientos Penales de 1940, dentro de un sistema mixto (escrituralidad) y los delitos que se tramitarían bajo la lógica de un sistema

acusatorio y de rasgos adversariales (oralidad), lo cual es una deficiencia que presenta este proceso de implementación, y esta experiencia se replica en cuantas Cortes se a optado por asignar en adición de funciones la atención de procesos bajo los lineamientos del Código Procesal Penal.

Los Órganos Jurisdiccionales que actualmente conforman el nuevo modelo son: Un (01) Juzgado de Investigación Preparatoria del Callao, que es el único juzgado de atención exclusiva; tres (03) Juzgados Unipersonales Penales, que adicionalmente conforman un (01) Juzgado Colegiado Penal; y una (01) Sala de Apelaciones<sup>1</sup>.

#### **5. Jurisdicción:**

La Jurisdicción de los órganos del nuevo modelo procesal penal se definieron geográficamente de la siguiente manera: el Juzgado de Investigación Preparatoria del Callao comprenden los distritos de La Perla, Bellavista, La Punta, Camen de la Legua y Reinoso, y Callao – Cercado.

Por su parte, la Sala Penal de Apelaciones, los Juzgados Penales Unipersonales, y el Juzgado Penal Colegiado tienen competencia similar, y en atención a lo establecido en el inciso H) del artículo 3° de la Resolución Administrativa Nro. 0279-2014-CE-PJ<sup>2</sup> tramitan los procesos provenientes del Juzgado de Investigación Preparatoria de Ventanilla.

*“La promulgación del Nuevo Código Procesal Penal (NCPP) mediante Decreto Legislativo N° 957, publicado el 29 de julio de 2004, marca el inicio del nuevo modelo procesal penal de orientación acusatoria y con ello la transformación del sistema de justicia penal en el Perú.”*

**GRÁFICO N° 01**  
**ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL MODULO PENAL**  
**PARA DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS**



**6. Organización:**

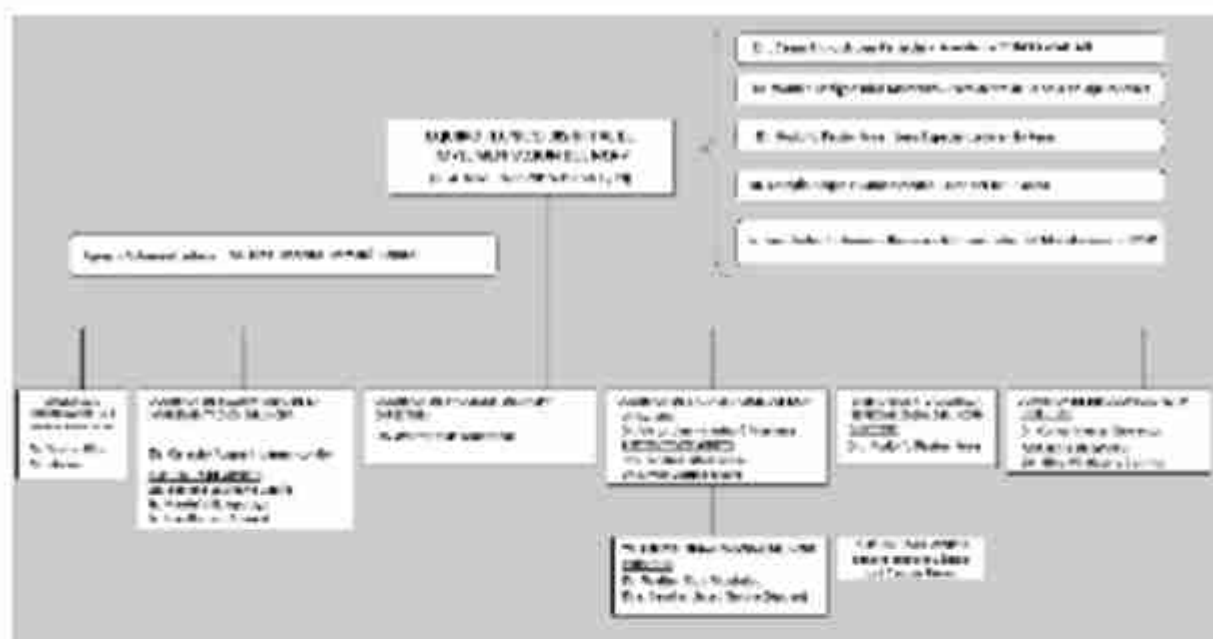
A lo largo de estos años y desde antes de la implementación, la Corte del Callao asumió con responsabilidad el reto que significaba la implementación de un cambio en el modelo de juzgamiento. En tal sentido, se preocupó por convocar la participación de Magistrados, personal de apoyo a la función jurisdiccional y administrativos para que se integren a las Comisiones que se fueron formando a lo largo del camino; es así que actualmente el Equipo

Técnico de Implementación Distrital (ETI) del Callao, reconfirmado por Resolución Administrativa N° 027-2015-P-CSJCL-PJ, cuenta con un organigrama al que se han integrado Comisiones como las de Capacitación, de Procesos, de Difusión, y de Seguimiento; así como la de Videoteca y Biblioteca digital especializada en el NCPP, la primera en su categoría a nivel nacional y ganadora de un galardón y reconocimiento a nivel nacional en la categoría de "Ideas Innovadoras 2014".





## GRAFICO N° 02 ESTRUCTURA ORGANICA DE ETI – NCPP – CALLAO



Respecto a las comisiones, se puede detallar lo siguiente:

- a) La Comisión de Seguimiento, establece sus bases en un Plan de Trabajo que se concretiza en los reportes estadísticos mensuales, los cuales permiten detectar diversas debilidades en el trayecto de la implementación; y, a su vez, proponer mecanismos de solución con miras a la implementación total del modelo de reforma.
- b) La Comisión de Difusión desarrolló un Plan de Trabajo en el cual se convocaba a los magistrados, personal administrativo y jurisdiccional a participar en los Programas de Proyección Social con la sociedad civil, uso del espacio radial vía Radio "Callao" "La Corte del Callao Informa" con la finalidad de sensibilizar el proceso de implementación, y ofrecer a la sociedad civil mayores alcances del nuevo modelo procesal penal.
- c) La Comisión de Procesos buscan que establecer propuestas interinstitucionales referentes a las

"El 01 abril del 2011, se concretó la implementación del nuevo sistema de juzgamiento penal para Delitos de corrupción de Funcionarios Públicos en el distrito judicial del Callao por disposición de la Ley Nro. 29648."

contingencias que se presentan en el proceso de implementación del nuevo modelo procesal.

- d) La Comisión de Capacitación durante estos años desarrolló un intenso y ambicioso programa de capacitación que consistieron en dictado de Cursos Especializados, Conferencias Internacionales, Diplomados Especializados, pasantías realizadas Cortes Superiores del Perú donde se ha implementado todo el modelo procesal acusatorio, y en la Corte de

Apelaciones de Arica en Chile, entre otras actividades.

- e) Finalmente, y con la finalidad de reforzar el procedimiento de inducción y capacitación el equipo técnico Distrital de Implementación tuvo a bien proponer la creación de una Biblioteca y Videoteca Digital Especializada en el Nuevo Modelo Procesal Penal de la Corte Superior de Justicia del Callao, la cual se inauguró el 16 de diciembre del 2011, iniciando su atención con más de 150 títulos en videos especializados, y más de 70 libros especializados en el nuevo modelo procesal penal; contando en la actualidad con 363 videos y 318 Libros en las especialidades Penal, Procesal Penal, penitenciario y constitucional.

#### **7. A manera de conclusión:**

La paulatina entrada en vigencia del Nuevo Modelo Procesal Penal en delitos Cometidos por Funcionarios Públicos en el Distrito Judicial del Callao, significa una importante experiencia que nos servirá al momento implementar definitivamente

todo el modelo procesal.

Asimismo, es indispensable que la Corte Superior de Justicia del Callao continúe con el carácter inclusivo, de convocatoria, y de liderazgo interinstitucional que coadyuvará al proceso de reforma penal en este Distrito Judicial.

El proceso de implementación implica un cambio de paradigmas a nivel institucional e interinstitucional; dado que el nuevo Modelo Procesal Penal requiere del compromiso tanto de los Magistrado y de las Áreas de Gestión Administrativa, con la finalidad de potenciar el adecuado proceso de implementación y, que en ese trayecto, no desfallezca por dotación de logística, obsolescencia de equipos informáticos y/o tecnológicos, y por aspectos presupuestales que afecten sensiblemente la reforma.

Finalmente, de acuerdo a lo establecido por el Decreto Supremo N° 003-2014-JUS, el primero de abril de 2016 se implementa la atención de todo el Código Sustantivo bajo el modelo acusatorio - adversarial - garantista que estructura el Código Procesal Penal, el reto es nuestro.

- 
- 1 MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. "Reforma procesal Penal Peruana. Justicia Rápida y Transparente" - II Informe Estadístico Nacional 2006-2013. Diciembre 2013. pp. 15.
  - 2 ORE GUARDIA, Arsenio. "Panorama del proceso penal peruano", Artículo publicado en el Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial El Peruano, Año 1, N° 4, Lunes 14 de junio de 2004.
  - 3 En cumplimiento al artículo 2° de la Ley Nro. 29574, se estableció adelantar la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal para que se atiendan los artículos relacionados a los delitos cometidos por funcionarios públicos en los distritos judiciales de Lima, Lima Norte, Lima Sur y Callao, motivo por el cual, el Concejo Ejecutivo del Poder Judicial emitió la Resolución Administrativa Nro. 065-2011-CE-PJ de fecha 23 de febrero del 2011, y se dispuso establecer las medidas pertinentes para conformar órganos jurisdiccionales para la implementación del nuevo modelo procesal penal dentro de la Ley Nro. 29574 modificada por la Ley Nro. 294648. En este sentido, la resolución administrativa referida dispuso crear órganos jurisdiccionales, y aprobar la modificación de sus ámbitos de competencia territorial para cada corte superior. En lo referente a la Corte Superior de Justicia del Callao, se estableció que, el primer, quinto y séptimo Juzgados Especializados en lo Penal del Callao, en adición de sus funciones actuarán como Primer, Segundo y Tercer Juzgados Penales Unipersonales, respectivamente; y como tales tendrán competencia territorial en todo el Distrito Judicial del Callao.
  - 4 Inciso h) artículo 3° de la Resolución Administrativa Nro. 0279-2014-CE-PJ, precisa que todas las demandadas que correspondan a la competencia territorial de la Corte Superior de Justicia de Lima Nor Oeste - Ventanilla que estén o ingresen antes del 30 de setiembre del 2014 a órganos jurisdiccionales del Callao y Lima Norte, continuarán su trámite hasta su culminación, según corresponda, en estas Cortes Superiores.





# El mito de la santidad de la cosa juzgada



**Guido Aguila Grados**

Magíster en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario (UNR) de Argentina.  
Cofundador de la Esc. de Altos Estudios Jurídicos EGACAL.  
Especialista en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante (España).  
Consejero electo del Consejo Nacional de la Magistratura

*«La cosa juzgada hace de lo blanco, negro. Origina y crea las cosas; transforma lo cuadrado en redondo; altera los lazos de sangre y cambia lo falso en verdadero. El aforismo tan estudiado por los doctores (...) hace hoy sonreír; sin embargo, pensándolo bien, debería hacer temblar. El juez tiene efectivamente como el mago de la fábula, el sobrehumano poder de producir en el mundo del derecho las más monstruosas metamorfosis, y de dar a las sombras apariencias eternas de verdades; y porque dentro de su mundo, sentencia y verdad deben en definitiva coincidir, puede, si la sentencia no se adapta a la verdad, reducir la verdad a la medida de su sentencia».*

PIERO CALAMANDREI, *Elogio de los jueces*

## 1. DESMITIFICACIÓN

Desde el amanecer del Derecho Procesal se han sedimentando tantos mitos en su largo devenir que hoy podemos afirmar que existe una mitología procesal. Entre lo más trascendente de su genealogía encontramos la buena fe procesal, la sentencia que busca el bien general, los medios alternativos de resolución de conflictos, la autonomía procesal de los tribunales constitucionales, el abuso procesal de las partes, la necesidad de prueba oficiosa, entre otras Harpías, Gorgonas, Minotauros y Caribdis procesales.

Estos mitos que desvirtúan la ciencia procesal encuentran marcadas diferencias con la mitología tradicional de la antigüedad. La grecorromana, egipcia o indígena se reconocen como un cuerpo de relatos y leyendas que forman parte de una determinada religión o cultura. Se tiene meridiana claridad que fue propio de esos tiempos relacionarlos con una fuerza natural o deidad. Algo muy diferente ocurre con los mitos procesales. No se asume que son simples historias y leyendas que se han ido transmitiendo de generación en generación, sino que se convierten en verdaderos dogmas. Y no toleran cuestionamientos. La intolerancia se viste a veces de jurista.

Sin embargo, lo más lamentable es que cuando nuestra realidad exige respuestas inmediatas ante nuevos desafíos, seguimos anclados en el mar de la nada. Cuando el derecho debe acercarse más a la realidad para entenderla y regularla, de pronto tropieza con espejismos que no se diluyen. Y entre los muchos que existen, el mito de la santidad de la cosa juzgada constituye uno de los más graves.

¿Por qué afirmamos que se trata de un mito? En realidad, son dos mitos en





uno. Primero, entender la cosa juzgada como **absoluta irrevisabilidad e inmutabilidad** de lo decidido a través de una sentencia firme. A esto se le denomina *santidad*. Y segundo, que en nombre de la justicia se busque romper esa *santidad*. Y es un mito porque *nunca* en la historia del proceso la decisión definitiva de una controversia ha sido siempre y en todo caso auténticamente «definitiva» y como tal «inmutable»<sup>2</sup>. Desde la *restitutio in integrum*<sup>3</sup>, pasando por el recurso de injusticia notoria<sup>4</sup> y el recurso de fuerza<sup>5</sup>, siempre se dio la posibilidad de la revisión.

No existe sistema jurídico alguno que admita con carácter absoluto la no revisión de las decisiones firmes que hayan adquirido la autoridad de cosa juzgada. Lo que puede admitir matices es que la posibilidad de revisión puede darse por circunstancias previstas o excepcionales respecto a una sentencia injusta.

## 2. UNA MIRADA A LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Soportamos lo dicho anteriormente en los sistemas jurídicos del *civil law*, *common law* y el derecho canónico. Todos ellos prevén la posibilidad de revisar o eliminar una sentencia que ha adquirido la calidad de cosa juzgada con un nuevo proceso de lo que ya fue juzgado.

La ZPO alemana (1877) prevé la

demanda de nulidad y la de restitución para revisar una sentencia definitiva firme<sup>6</sup>.

La ZPO austriaca (1895) conoce la *actio nullitatis* en dos formas:

- La *Nichtkeitsklage*, en la que se revisan *errores in procedendo* de particular gravedad.
  - La *Wideraufnahmsklage*, que procede cuando el fundamento de la sentencia se revele *a posteriori* falso o incompleto.
- En Francia, su CPC de 1975 contempla la posibilidad de impugnar una sentencia firme a través del recurso de revisión. Los motivos están señalados en el artículo 595<sup>o</sup>.
  - En Italia, en la misma línea de la legislación francesa existe la revocación (y para los terceros la oposición de terceros ordinaria y revocatoria), regulada en los arts. 395 a 403 del CPC de 1940. El plazo para pedir la revocación de una sentencia es de 30 días (art. 325). Una sentencia puede ser revocada (o sea eliminada): si es el efecto del dolo de una parte en perjuicio de la otra; si se ha juzgado en base a pruebas falsas así declaradas tras la sentencia o si la parte ignoraba que así lo habían sido; si tras la

sentencia se han obtenido documentos decisivos que la parte no había podido presentar al juicio por fuerza mayor o por el hecho del adversario; si la sentencia es producto de error de hecho resultante de los actos o documentos de la causa; si la sentencia es contraria a otra precedente que es cosa juzgada entre las partes, siempre que ello no se haya hecho valer en el proceso en que se emitió la sentencia y si la sentencia es producto del dolo del juez declarado por sentencia pasada en cosa juzgada. Declarada la revocación, el juez debe emitir una nueva sentencia, salvo que deban actuarse otras pruebas, en cuyo caso se remite el proceso al juez instructor (art. 402). Durante el desarrollo del juicio de revocación es posible disponer la suspensión de la ejecución de la sentencia (art. 401).

- En Portugal, según su CPC de 1961 contra la decisión pasada en cosa juzgada procede también la revisión<sup>8</sup>
- En España, se conoce la revisión civil (aparte de la audiencia al rebelde) con un régimen similar al portugués, pero de competencia del Tribunal Supremo.
- Colombia, Chile y Ecuador tienen el recurso de revisión bajo la impronta de

la Ley de Enjuiciamientos Española de 1881. La competencia es de la Corte Suprema y sus causales son muy similares.

- En Brasil, su Código de Proceso Civil regula en sus artículos 485º al 495º la «ação rescisória»<sup>9</sup>.
- En el *common law* existe un remedio «extraordinario» que el derecho norteamericano ha denominado *collateral attac*.
- Hasta el Código de Derecho Canónico de 1983 regula un «extraordinario remedio» bajo la milenaria nomenclatura de la *restitutio in integrum*.
- Los únicos ordenamientos que no regulan figuras similares en absoluto son los más importantes Códigos argentinos: el Código de la Nación, el la Provincia de Buenos Aires y el de Santa Fe.

### 3. EL CASO PERUANO FRENTE AL ESPEJO

En el caso peruano el Código Procesal Civil de 1993 no tomó nada de su antecesor, el Código de Procedimientos Civiles que regulaba el «juicio contradictorio para los procesos sumarios» en su artículo 1083º. Además, aparentemente ignoró la influencia que podía recibir de la legislación comparada y se optó por el Anteproyecto de Couture de 1945, esto es, la demanda de **nulidad de cosa juzgada fraudulenta** (NCJF) instalada en el artículo 178º<sup>10</sup>. Al respecto, exponemos algunos de nuestros cuestionamientos a esta institución. Parecen muchos para un solo artículo:

- Existe una antinomia respecto a que la NCJF sea el mecanismo para revisar la afectación al debido proceso. La Constitución Política del Perú regula el amparo como la vía indicada<sup>11</sup>.
- La redacción y la técnica legislativa ha sido poco feliz, por decir lo menos, respecto al plazo para interponer la demanda: «Hasta dentro de seis meses

*"No existe sistema jurídico alguno que admita con carácter absoluto la no revisión de las decisiones firmes que hayan adquirido la autoridad de cosa juzgada. Lo que puede admitir matices es que la posibilidad de revisión puede darse por circunstancias previstas o excepcionales respecto a una sentencia injusta."*



*de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada(...)*». Una precisión sobre las pretensiones declarativas, constitutivas y condenatorias ayudarían a comprender mucho mejor el cómputo temporal.

- La legitimación pasiva constituye un enigma. En las ciencias médicas, que tienen el lenguaje más técnico del mundo profesional, si se hace referencia por ejemplo a la apófisis superior del sacro, es un axioma que existe una apófisis inferior del mismo hueso. El derecho no transita estas avenidas de la deducción. Por lo que el omitir a los demandados, se puede inferir que estos son todos los protagonistas del proceso originario. Incluye peritos, auxiliares jurisdiccionales y demás. ¿Mueren Sansón y los filisteos? La omisión no parece ser un tema menor.
- Tampoco son claros los efectos de la sentencia. Una realidad tan delicada debiera tratarse con pinzas de cirujano para no crear escaleras de inferencias que finalmente se reprocha a las partes como abuso procesal. El legislador nunca se equivoca en el Perú. Y cuando

lo hace critica en tercera persona, como si otro hubiera sido el padre de la criatura.

#### 4. CONCLUSIÓN

Hemos pretendido demostrar que las santidades corresponden a la hagiografía. Aquella disquisición sobre la seguridad jurídica y la justicia no colisionan ni se oponen, a nuestro criterio, no está en discusión. La cosa juzgada siempre ha sido un valor relativo desde el más temprano amanecer del proceso. No existe una metamorfosis propia de estos tiempos de cambios vertiginosos.

La seguridad jurídica es consustancial a la cosa juzgada. No se discute. Empero, desde siempre se ha caracterizado por su relatividad. Todos los ordenamientos diligentes y serios lo regulan. Los sistemas han estado abiertos permanentemente a que lo decidido sea revisable o eliminable. Y esto no lesiona seguridad jurídica alguna. En todo el mapamundi las legislaciones lo contemplan sin mayores traumas y bajo infinitos nombres. Todas buscan un mismo destino: Que la impugnación extraordinaria fortalezca a la justicia sustancial por encima



de la patología que encierra la apariencia.

No sabemos si a todos los aficionados a la mitología les pasa lo mismo. Pero a poco de sentirnos seducidos por tanto derroche de imaginación e inventiva tropezamos con un muro casi infranqueable. Es muy fascinante y fácil acceder a tal o cual leyenda pero, a menudo, nos encontramos con relatos que parecen tener un mundo

propio y que aparentemente no tienen relación con nada. Eso mismo sentimos que ocurre con los mitos jurídicos en general y procesales en particular. Nos distancian del mundo cotidiano que es donde debe estar omnipresente el Derecho. Son estupefacientes intelectuales que anulan la capacidad lógica y racional de los operadores jurídicos.

2 ARIANO DEHO, Eugenia. *Instituciones procesales*. Obra de próxima publicación.

3 Institución que tiene su origen probado en el derecho romano arcaico pero que alcanza su desarrollo en el periodo clásico y que originariamente fue un remedio extraordinario que el magistrado otorgaba a ciertas personas que habían realizado un acto jurídico conforme a Derecho pero contrario a la equidad. Los requisitos para la concesión de este recurso eran: que se haya ocasionado un daño, que no exista otro recurso para la reparación del daño, que se solicite dentro de un plazo determinado y que exista una causa que justifique la concesión de la impugnación.

4 Era un recurso procesal que conocía el Consejo de Indias en su sala de gobierno (no en la de justicia) por ser considerado una merced del soberano. Procedía en causas civiles y luego se extendió al fuero militar.

5 Este recurso procesal era la facultad que tenía el clero de recurrir a los tribunales ordinarios de justicia para reclamar sobre los fallos definitivos del fuero religioso. Su fundamento radicaba en que el rey debía proteger a sus súbditos, incluso a los miembros del clero.

6 «(...)La ZPO prevé en su § 578 dos «remedios» a fin de provocar la «revisión» de una «sentencia definitiva firme»: la demanda de nulidad y la de restitución.

La primera puede plantearse cuando ha sido irregular la constitución del juez, haya participado un juez impedido por ley o recusado con éxito; cuando la parte no estuvo representada por quien debía por ley representarla (§ 578 ZPO).

La demanda de restitución, en cambio, puede fundarse (§ 580 ZPO) «en errores sustanciales de la sentencia impugnada, como la violación de los deberes del testigo, el fraude procesal, la violencia ejercitada en el procedimiento, la dolosa violación del derecho y descubrimiento de un documento relevante o una precedente sentencia en materia pasada en autoridad de cosa juzgada».

Ambas demandas (que podrían plantearse conjuntamente, pero la de nulidad tiene prioridad sobre la de restitución), deben ser planteadas dentro del mes de conocida la causa, pero ya no tras cinco años desde que la sentencia quedó firme (§586). Competente para conocer de tales demandas es el juez que emitió la sentencia (sea de primera instancia, de apelación o emitida en revisión, §584 ZPO).

Las demandas dan lugar a un proceso que se concluye por sentencia, contra la cual se pueden interponer los medios de impugnación ordinarios (§ 591 ZPO) (...). ARIANO DEHO, Eugenia. Op. cit.

7 Las causales son:

1. Si resultare, después de la sentencia, que ésta se pronunció mediando fraude de la parte en cuyo beneficio se dictó;
2. Si, después de pronunciada la sentencia, se recobraron documentos decisivos que hubieran sido retenidos por obra de alguna otra de las partes;
3. Si la sentencia hubiere recaído en virtud de documentos reconocidos como falsos o cuya falsedad se hubiera declarado judicialmente después de haberse dictado.
4. Si la sentencia hubiere recaído en virtud de informes, testimonios o juramentos judiciales que se hubieran declarado falsos después de haberse dictado.

8 Las causales son:

1. Outra sentença transitada em julgado tenha dado como provado que a decisão resulta de crime praticado pelo juiz no exercício das suas funções;
2. Se verifique a falsidade de documento ou acto judicial, de depoimento ou das declarações de peritos ou árbitros, que possam, em qualquer dos casos, ter determinado a decisão a rever, não tendo a matéria sido objecto de discussão no processo em que foi proferida;
3. Se apresente documento de que aparte não tivesse conhecimento, ou de que não tivesse podido fazer uso, no processo em que foi proferida a decisão a rever e que, por si só, seja suficiente para modificar a decisão em sentido mais favorável à parte vencida;
4. Se verifique nulidade ou anulabilidade de confissão, desistência ou transacção em que a decisão se fundou;
5. Tendo corrido a acção e a execução à revolta, por falta absoluta de intervenção do réu, se mostre que faltou a citação ou que é nula a citação feita;
6. Seja inconciliável com decisão definitiva de uma instância internacional de recurso vinculativa para o Estado Português;
7. O litígio assente sobre acto simulado das partes o tribunal não tenha feito uso do poder que lhe confere o artigo 665.º, por se não ter apercebido da fraude.

La revisión se plantea ante el propio juez que emitió la sentencia. No puede plantearse tras haber transcurrido cinco años de que la sentencia pasó en cosa juzgada y dentro de los 60 días de conocida la causal (art. Art. 772). En este sentido, es similar a lo que prescribe el ordenamiento alemán.

De considerarse precedente la revisión, se emite una nueva sentencia, se prosigue con el proceso o simplemente se le declara nula (art. 776).

9 Art. 485º A sentença do mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

- I- se verificar que foi dada por provariação, concussão ou corrupção do juiz;
- II- proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;
- III- resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
- IV- ofender a coisa julgada;



- V- violar literal disposição de lei;
- VI- se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;
- VII- depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
- VIII- houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;
- IX- fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;
- X- a indenização fixada em ação de desapropriação direta ou indireta for manifestamente superior inferior ao preço do mercado objeto da ação judicial.

**10 Código Procesal Civil del Perú: Artículo 178º.**

«Hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada, si no fuere ejecutable puede demandarse, a través de un proceso de conocimiento la nulidad de una sentencia o la del acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso, alegando que el proceso que se origina ha sido seguido con fraude, o colusión, afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el Juez o por ésta y aquellas.

Puede demandar la nulidad la parte o el tercero ajeno al proceso que se considere directamente agraviado por la sentencia, de acuerdo a los principios exigidos en este Título.

En este proceso sólo se pueden conceder medidas cautelares inscribibles.

Si la decisión fuese anulada, se repondrán las cosas al estado que correspondía. Sin embargo la nulidad no afectará a terceros de buena fe y a título oneroso.

Si la demanda no fuera amparada, el demandante pagará las costas y costos doblados y una multa no menor de veinte unidades de referencia procesal».

**11 Constitución Política del Perú: Artículo 200º Inciso 2.**

«La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales *ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular*». (El resaltado es nuestro)

Por lo que se colige que sí procede contra resoluciones emanadas de un proceso irregular. El Perú, a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, luego de adscribirse a la teoría permisiva moderada con la sentencia Apolonia Colica Choque, mutó hacia la teoría permisiva amplia, esto es, no sólo procede la demanda de amparo contra una sentencia firme cuando se haya vulnerado el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, sino cuando se haya vulnerado cualquier derecho fundamental.







# Violencia Familiar - Otra mirada a la conclusión del proceso por inasistencia de las partes a la audiencia única



**Madeleine Ildelfonso Vargas**

Juez Superior Titular de la  
Corte Superior de Justicia del Callao

A propósito de la aplicación supletoria del Artículo 203 del Código Procesal Civil al proceso sobre violencia familiar, vale decir, su conclusión por inasistencia de las partes a la audiencia única, reciente jurisprudencia emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia ha establecido: **Casación N° 28-2014-Callao**, (15-12-14): "...es pertinente señalar que el artículo primero de las Disposiciones Complementarias y Finales del Código Procesal Civil establece: "Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza" (...); es decir, la supletoriedad de las normas opera cuando existiendo una figura jurídica en un ordenamiento legal, ésta no se encuentra regulada en forma clara y precisa, sino que es necesario acudir a otro cuerpo de leyes para determinar sus particularidades, siempre y cuando no contrarie de algún modo las bases esenciales del sistema legal y principios que regula la institución suplida. **SEXO.**- En el presente caso las instancias de mérito no han tomado en cuenta lo establecido en el artículo 20 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 26260, Ley de Protección frente a la Violencia Familiar que establece "...es improcedente el abandono en los procesos de violencia familiar"; ello en razón a la función tuitiva que rige en los procesos sobre violencia familiar cuya discusión es un asunto público y no privado; de allí que se señala que es un tema de salud pública (...). Siendo ello así, la aplicación del artículo 203 del Código Procesal Civil no solo vulnera la naturaleza de la función tuitiva de los procesos sobre violencia familiar sino que contraviene lo expresamente señalado en la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar".

En fecha previa, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, en la Casación N° 4819-2013-Callao (22-07-14), analizando la debida motivación, ya puso en relieve que constituye un grave error declarar concluido el proceso

*"...no hay dejación del proceso o desinterés que pueda valorarse como consecuencia de determinadas conductas de quien es víctima de violencia, si ésta no inició el proceso, sobre todo en los casos en los que conforme al artículo 16 del TUO de la Ley N° 26260, el Ministerio Público actúa como parte del proceso. Como señala la doctrina en relación a la actuación de parte del Ministerio Público "...es aquí donde cabe referirse propiamente a la publicización de los derechos, por cuanto el Ministerio Fiscal asume con plenitud la condición de parte, si bien se trata de una parte especial, dado que su interés no es privado, actuando en defensa del interés general (...) en todo caso, defiende los intereses de la sociedad, atendido al hecho de que ésta ha reflejado cuál es su interés en la ley..."*



cuando se soslaya la presencia del representante del Ministerio Público, demandante en el proceso sobre violencia familiar, quien asistió oportunamente a la audiencia única convocada en dicho proceso.

Lo que ha puesto en evidencia la primera casación citada es que el proceso de violencia familiar tiene una naturaleza distinta a cualquier otro tipo de proceso, es esencialmente tuitivo de los derechos que protege, vale decir la integridad personal como expresión de los derechos humanos.

Desde esa óptica resulta relevante tener en cuenta que las reglas procesales si bien tienen la pretensión de ser generales, no son –ni deben ser– aplicables a todo tipo de procesos, sino que se distinguen y son particulares atendiendo al conflicto que se pretende resolver, pues uno de los rasgos distintivos del proceso civil, es su función instrumental, ya que el proceso civil no tiene un fin en sí mismo, sino le corresponde hacer efectivo el Derecho Civil.<sup>1</sup>

En este contexto, resulta explicable la opción del legislador al prever

expresamente que en los procesos sobre violencia familiar según el artículo 20 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 26260, Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar, no resulta procedente el abandono, vale decir, desde la óptica del legislador, en este tipo de procesos no hay posibilidades de terminación anormal del proceso, ya que la nula o poca actividad procesal e interés de las partes procesales en el desarrollo del mismo no resulta relevante y no da lugar a sanción alguna, en razón de los derechos subjetivos que se protegen.<sup>2</sup>

Cerrar las posibilidades de terminación anormal del proceso tiene justificación, en primer lugar, en el Principio e Dirección e Impulso del Proceso, expresión del sistema procesal publicístico, recogido en el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que atribuye al juez el deber de impulsar el proceso por sí mismo, y actúa como limitante de los excesos del Principio Dispositivo, donde el juez tiene un rol pasivo, destinado solo a protocolizar y legitimar la actividad de las partes.

En segundo lugar, se justifica en el reconocimiento de las particulares aristas



que se presenta en los conflictos sobre violencia familiar, lo cual exige un abordaje distinto, teniendo en cuenta otros aspectos que la doctrina pone a nuestro alcance para explicar dicho fenómeno, como es la postura procesal que asume quien es víctima de violencia familiar, mayoritariamente, de violencia de género,<sup>3</sup> cuando al no asistir a una audiencia a declarar en contra de su cónyuge, conviviente o ex conviviente, o al retractarse de su denuncia, dicha postura o conducta tiene una explicación en el hecho que la misma (víctima) ha vivido y –puede permanecer– en el círculo de la violencia. Es decir, hay una exigencia de entender la especificidad de esta problemática, la dependencia emocional, la dependencia económica, el miedo a su agresor, el no querer perjudicar a los hijos,<sup>4</sup> la unión familiar, etc., constituyen elementos disuasivos para que la víctima continúe con el proceso.

*“Lo que ha puesto en evidencia la primera casación citada es que el proceso de violencia familiar tiene una naturaleza distinta a cualquier otro tipo de proceso, es esencialmente tuitiva de los derechos que protege, vale decir la integridad personal como expresión de los derechos humanos.”*

En tercer lugar, no hay dejación del proceso o desinterés que pueda valorarse como consecuencia de determinadas conductas de quien es víctima de violencia, si ésta no inició el proceso, sobre todo en los casos en los que conforme al artículo 16 del TUO de la Ley N° 26260, el Ministerio Público actúa como parte del proceso. Como señala la doctrina en relación a la actuación de parte del Ministerio Público *“...es aquí donde cabe referirse propiamente a la publicización de los derechos, por cuanto el Ministerio Fiscal asume con plenitud la condición de parte, si bien se trata de una parte especial, dado que su interés no es privado, actuando en defensa del interés general (...) en todo caso, defiende los intereses de la sociedad, atendido al hecho de que ésta ha reflejado cuál es su interés en la ley...”*<sup>5</sup>

Entonces, cuando en la aplicación de la ley se recurre a una institución como la conclusión del proceso de violencia familiar por inasistencia de las partes a la audiencia única, según el Artículo 203 del CPC, esencialmente se está valorando

la conducta de la presunta víctima de no concurrir a la audiencia única como si fuera una de desinterés, y se favorece por la vía formal aquello que la norma legal expresamente no permite en este tipo de procesos, vale decir, el abandono como forma de sanción a la postura procesal asumida por la presunta víctima, concretamente de no concurrir a la audiencia única.

La declaración de la conclusión del proceso por inasistencia de las partes a la audiencia única es uno de los nudos críticos en la tramitación de las causas originadas en actos de violencia contra mujeres en el marco de las relaciones de pareja que debe superarse; por ello, la primera de las ejecutorias supremas citadas devela que su aplicación como forma de término de las causas de violencia familiar no se encuentra autorizada por ley, en consecuencia, dicha interpretación debería ser la única a ser aplicada en los distintos niveles de la judicatura, en atención a la exigencia de previsibilidad que se reclama al sistema de justicia en general.

1 Monroy Gálvez, Juan. La formación del proceso civil peruano. Escritos Reunidos. Edit. Comunidad, Lima 2003. P. 37

2 Ya la propia Ley de Protección frente a la Violencia Familiar, en su artículo 3°, inciso d) establece que estos procesos deben ser eficaces para las víctimas de violencia familiar, caracterizados por un mínimo de formalismos.

3 Violencia inferidas por hombres contra mujeres por el mero hecho de ser mujeres, y constituye manifestaciones de relaciones de poder históricamente desiguales, vale decir, manifestación paradigmática de la discriminación de las mujeres y supone una vulneración de sus derechos humanos, según la definición contenida en la Guía de Criterios de Actuación Judicial frente a la Violencia de Género, publicada en la web del Consejo General del Poder Judicial de España.

4 Guía de Criterios de Actuación Judicial frente a la Violencia de Género, disponible en la web del Consejo General del Poder Judicial de España. P. 122.

Montero Aroca, El Nuevo Proceso Civil (Ley 1/2000). Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000. Juan. P. 118

# Solidaridad Alimentaria, una propuesta eficaz

Graciela T. Bustamante Huapaya

Asistente de Vocal de la Sala Civil  
Permanente de la Corte Superior  
de Justicia del Callao



En los últimos tiempos se ha desarrollado en el Perú, avances considerables en la legislación sobre materia alimentaria en protección al Niño y Adolescente. Es así que, se ha realizado una serie de modificaciones como por ejemplo en el proceso de Filiación Extramatrimonial Ley N° 28457 modificado por la Ley N° 29821, señala que, a petición de parte se acumula en forma accesoria a la pretensión de filiación extramatrimonial la pretensión de alimentos y de comprobarse el vínculo filial entre padre e hijo, se fijara una pensión de alimentos el cual podrá ser en porcentaje o en monto fijo, de acuerdo a las necesidades del menor y a la capacidad económica del obligado.

Otro avance importante fue el que desarrollo el Tribunal Constitucional en la sentencia 2132-2008 PA/TC, que atendiendo al principio del interés superior del niño realizo control difuso e inaplicó el artículo 2001 inciso 4, del Código Civil, que establecía que el plazo de prescripción de las pensiones alimenticias devengadas era a los dos años, (Cabe resaltar que actualmente dicha norma legal ha sido modificada, mediante Ley N° 30179 y actualmente la prescripción de las pensiones alimenticias devengadas prescribe a los quince años). Asimismo dicha sentencia precisó que, "es de obligación del despacho informar a las partes,

representante legal del menor las obligaciones, derechos y consecuencia que va a producir la sentencia de alimentos, los modos de acreditar el pago de la pensión, los plazos de prescripción, los supuestos en los que se pueda interrumpir o suspender la prescripción, entre otros asuntos que se estime pertinente según el caso concreto".

Otra sentencia interesante del Tribunal Constitucional en materia alimentaria lo vemos en el EXP. N° 00750-2011-PA/TC, en el que prescribe claramente que, "la finalidad del otorgamiento de la pensión alimentaria se sustenta en el deber constitucional de asistencia familiar, debido a ello lo esencial para su otorgamiento no radica en la naturaleza de los ingresos de la persona obligada, sino en brindar adecuada alimentación (vestido, educación, salud, transporte, distracción, etc.) para quienes disfrutan de un derecho de alimentación por razones de vínculo familia.

En este punto quisiera puntualizar, desde mi experiencia profesional he podido observar la impotencia de ciertas madres de familia y, por decir lo menos de la suscrita, puesto que no puedo ser indiferente ante el dolor ajeno que, ante el desconocimiento del domicilio del padre de familia las representantes legales de los menores demandan al





abuelo (a) en aplicación del artículo 93° del Código de los Niños y Adolescentes, es allí donde el progenitor que, en la mayoría de los casos se encuentra en el extranjero se apersona al proceso mediante apoderado o en otras ocasiones viene al Perú, ofreciendo y consignado judicialmente una pensión irrisoria, negando tener un trabajo fijo y contar con buenos recursos económicos, que inclusive en algunas oportunidades en contubernio con los abuelos buscan ocultar sus ingresos con la finalidad de no dar una pensión digna a la menor: El artículo 93° del Código del Niño y Adolescente señala el orden de prelación para demandar alimentos en caso de ausencia o desconocimiento del paradero de los padres, se inicia la acción contra los hermanos mayores de edad, o abuelos, los parientes colaterales hasta el tercer grado, y otros responsables del niño o del adolescente. Mi propuesta es que se regule la solidaridad alimentaria, es decir que, en aplicación del principio de economía procesal y vía acumulación subjetiva de pretensiones, se pueda demandar solidariamente al padre y, a los abuelos, a efecto que, en ejecución

*"la Ley N° 29821, señala que, a petición de parte se acumula en forma accesoria a la pretensión de filiación extramatrimonial la pretensión de alimentos y de comprobarse el vínculo filial entre padre e hijo, se fijara una pensión de alimentos el cual podrá ser en porcentaje o en monto fijo, de acuerdo a las necesidades del menor y a la capacidad económica del obligado."*

de sentencia o asignación anticipada de alimentos quien cuente con ingresos suficientes pueda otorgar una pensión digna y oportuna al menor, claro está siempre aplicando el principio de razonabilidad y proporcionalidad. Un ejemplo: Si se fija una pensión alimenticia para el niño de quinientos nuevos soles mensuales que pague cualquiera de los demandados solidarios, y así se evitaría inclusive que se acumule las pensiones alimenticias devengadas y, el niño contaría con una pensión alimenticia oportuna. Sin perjuicio de que en el aspecto subjetivo de los ciudadanos habría un llamado de atención y una mayor concientización de los padres de familia para formar hombres y mujeres de bien responsables de sus actos, puesto que de no ser así, afectaría su patrimonio.

Mi propuesta se sustenta en: a) el principio de protección especial del niño como lo señala La Declaración de los Derechos del Niño, La Declaración Universal de Derechos Humanos, La Convención sobre los Derechos del Niño, La Convención Americana sobre los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, b) en el Principio del Interés Superior del Niño, como lo reconoce La Convención sobre los Derechos del Niño, el Código de los Niños y Adolescentes y c) en el Principio de Solidaridad Familiar sustentado en el Tercer Pleno Casatorio Civil.

En la práctica judicial las demandas sobre alimentos se dirigen contra los padres o los abuelos, en forma autónoma, no he visto procesos que se demanden a los hermanos mayores de edad; Esto se debe a que en la mayoría de los casos los hermanos son menores de edad o no tienen hermano mayor, por esa razón mi propuesta de solidaridad alimentaria va dirigida contra los padres y abuelos. Lógicamente aquí el juzgador tendrá que admitir y actuar las pruebas pertinentes y de existir fuente de prueba ordenar pruebas de oficio con la finalidad de tomar convicción sobre las necesidades del menor teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 92º del Código de los Niños y Adolescentes, recientemente modificado por la Ley N° 30292 y las posibilidades económicas de ambos demandados, pues tendrá que ser muy cuidadoso para fijar el monto de la pensión alimenticia ya que, también puede ocurrir que el abuelo no cuente con ingresos económicos o se encuentre delicado de salud con una enfermedad crónica. Ante esta circunstancia tendrá que responder por la pensión alimenticia el progenitor de acuerdo a sus posibilidades económicas, y el menor no quedaría desprotegido. Es así que, la solidaridad alimentaria sería el instrumento eficaz para que el niño cuente con una pensión digna y oportuna.







# La Inseminación Post Mortem en el Derecho



**Carmen Rosa Matute Carrillo**

Asistente Jurisdiccional de la Nueva Ley Procesal de Trabajo de la Corte Superior de Justicia del Callao

La trascendencia social del hombre es su descendencia, a través de ella prolonga su estirpe personal viendo regenerar su sangre y subsistir su nombre. Es con la procreación que se logra esta finalidad humana. Los patrones de reproducción de los seres humanos varían entre sociedades, de acuerdo con los cambios culturales, biológicos y sociales. Esos patrones de reproducción tienen profundos efectos sobre las condiciones de salud de las poblaciones y reciben a su vez, el impacto de las nuevas tendencias en la formación de la familia y en la actitud hacia la reproducción.

En la actualidad, es posible concebir un hijo mediante técnicas de reproducción artificial, donde no es necesario que se unan los elementos masculinos y femeninos por medios naturales, puesto que son los procedimientos ideados por el hombre los que hacen que se logre la inseminación artificial.

Estas técnicas tenían como primordial propósito ayudar a las parejas estériles; sin embargo, en estos tiempos, la reproducción humana se ha tomado en un asunto complejo y controversial desde que la ciencia permite nuevas modalidades de concepción humana, puesto que las técnicas de fecundación asistida permiten que nazca una criatura sin necesidad de amor conyugal, y tampoco es imprescindible la presencia de los padres, ni la realización del acto sexual; es así, que existen diferentes técnicas de reproducción asistida tales como: inseminación artificial, fecundación in vitro, gestación subrogada (también conocida como gestación en "vientre de alquiler"), inseminación post mortem, entre otras técnicas de procreación; siendo uno de los planteamientos más polémicos de los últimos años, la "inseminación post mortem", no sólo por lo reciente que es su legislación en la mayoría de los países, sino también por las implicaciones religiosas, sociales, morales y éticas que conlleva. Por cuanto, dicha técnica se lleva a cabo después del fallecimiento del

*"El fallo pronunciado por el Tribunal francés abrió la vereda en relación a la fecundación post mortem, por lo que años después, se conoció el caso de Deborah Hecht quien solicitaba la restitución del esperma de su pareja sentimental, William Kane, hombre de negocios declarado culpable de un asesinato, y quien antes de suicidarse había depositado 15 probetas con su esperma, formalizó varios contratos y escribió letras que demostraran su intención de tener un hijo con su novia de varios años."*





hombre del cual provienen los gametos, y con los cuales se puede concebir al hijo, es decir, se crea un niño programado de antemano huérfano de padre.

Ante esa perspectiva, la moderna biología, en suma, logra que los seres – u otros seres vivos – puedan transmitir la vida después de su propia muerte física y en tanto esa individualidad siga en potencia mediante la conservación de su semen fecundante, el ser a quien pertenece no ha muerto definitivamente, dado que el avance tecnológico permite congelar el líquido seminal, de tal suerte que puede ser utilizado tiempo después de haberse obtenido la muestra. Cabe la posibilidad de que una viuda pueda ser inseminada artificialmente con el semen precedentemente congelado, como fue el caso de la primera inseminación post mortem conocida por la opinión pública, de Kim Casali que en 1977 dio a luz a un hijo, ya huérfano antes de ser concebido, dieciséis meses después de la muerte del marido, o también, el caso de Corinne Parpalaix, en Francia de 1984, donde un Tribunal resolvió que una viuda podía ser

inseminada con el componente genético de su marido muerto, sin pronunciarse sobre las consecuencias legales de una inseminación exitosa.

El fallo pronunciado por el Tribunal francés abrió la vereda en relación a la fecundación post mortem, por lo que años después, se conoció el caso de Deborah Hecht quien solicitaba la restitución del esperma de su pareja sentimental, William Kane, hombre de negocios declarado culpable de un asesinato, y quien antes de suicidarse había depositado 15 probetas con su esperma, formalizó varios contratos y escribió letras que demostraran su intención de tener un hijo con su novia de varios años. Asimismo, también escribió una carta a sus hijos mayores, nacidos en su primer matrimonio, y a su hijo póstumo explicándoles su deseo de tener un hijo con Deborah a su muerte. Sin embargo, los hijos mayores de Kane impugnaron la voluntad de su padre fallecido y llevaron a juicio el caso, alegando que las últimas voluntades eran inválidas, y puesto que su padre y Deborah no estaban casados, ellos eran los únicos herederos

legales del depósito de espermatozoides de quien fuera su padre. Deborah por su parte alegó que los hijos de Kane no tenían ningún tipo de derecho sobre el espermatozoides que había sido depositado exclusivamente para ella.

En primera instancia la Corte resolvió a favor de los hijos mayores de Kane y ordenó que su espermatozoides fuera destruido. Sin embargo Hecht apeló al Tribunal Superior de California que finalmente el 17 de junio de 1993 dictaminó que "ninguna persona o entidad tiene el suficiente interés que le permita interferir en la voluntad del fallecido".

También, surgió el caso de Edward Hart de Louisiana que en marzo de 1990, fue diagnosticado de un linfoma, sin embargo, antes de su muerte, depositó muestras de espermatozoides en un banco y designó a su mujer, Nancy, con la que se había casado cuatro años antes de su enfermedad, heredera del depósito de espermatozoides indicando que ella podría utilizarlo a su libre juicio en caso de invalidez o fallecimiento. Edward falleció en junio de 1994 y tres meses después Nancy fue sometida a un tratamiento de inseminación artificial, dando a luz nueve meses después a Judith.

Nancy acudió a la Seguridad Social americana para solicitar la prestación por orfandad, pero su solicitud fue negada por el Consejo de Apelaciones de la Seguridad

Social argumentando que Judith no se encontraba dentro de ninguna de las categorías establecidas para beneficiarse de las prestaciones, puesto que conforme a la ley del estado de Louisiana, no sería considerada como heredera legítima al ser concebida después de su muerte de Edward.

En 1996, Nancy decidió llevar el caso ante la justicia, sin embargo, en pleno proceso judicial, un miembro de la Comisión de los Seguros Sociales confirmó que Judith recibiría la prestación correspondiente a pesar de haber nacido 13 meses después de la muerte de su padre. La postura del comisionario fue que la concepción post mortem no había sido contemplada cuando se aprobó el Decreto de la Seguridad Social y por tanto, en ausencia de determinación, no podría perjudicarse al menor.

Así como los casos mencionados, existen otros similares y polémicos llevados a los tribunales en países como Francia, Estados Unidos, Alemania, Reino Unido, España entre otros; con lo cual se advierte que tendremos una paternidad genética demostrable frente a la concepción de la vida humana, como tal, donde décadas pasadas únicamente era posible mediante relaciones sexuales y por lo tanto, la procreación de una vida humana a la muerte de uno de los cónyuges era inconcebible;

Sin embargo, en los últimos años, los avances tecnológicos y descubrimientos científicos en los campos de Biomedicina y Biotecnología han suscitado importantes vacíos legales antes los cuales, en muchas ocasiones, la ley no siempre ha sido capaz de dar respuestas eficaces a las situaciones presentadas.

Pero los problemas originados con la fecundación post mortem, van mucho más allá de lo que a priori parece, puesto que se plantean consecuencias jurídicas que se originaría con la aplicación de dicha técnica tras la muerte del marido, porque pone fin a la persona, disuelve el vínculo matrimonial, el cónyuge superviviente puede volver a casarse, se extingue el régimen de sociedad de gananciales y se abre la vocación hereditaria del cónyuge superviviente y sus herederos. También, entraría en debate los derechos sucesorios, pues el concebido nace ya huérfano y al ser niño nuestra legislación no le reconoce los derechos sucesorios entre otros por ser un hijo póstumo.

*"Además, si el hijo es concebido utilizando los elementos fecundantes del matrimonio antes del fallecimiento de los progenitores, el hijo será matrimonial. Por el contrario, si el hijo es concebido cuando el dador del semen ya había dejado de existir, de ser, el hijo será extramatrimonial, porque el vínculo matrimonial preexistente ha quedado disuelto por la muerte;"*



Además, si el hijo es concebido utilizando los elementos fecundantes del matrimonio antes del fallecimiento de los progenitores, el hijo será matrimonial. Por el contrario, si el hijo es concebido cuando el dador del semen ya había dejado de existir, de ser; el hijo será extramatrimonial, porque el vínculo matrimonial preexistente ha quedado disuelto por la muerte; quien ha muerto ha perdido los atributos de la personalidad y quien no es persona no puede ser padre; podría afirmarse entonces desde esa perspectiva que el hijo fue engendrado con semen de su padre, pero no por su padre, y en consecuencia ese hijo no tiene padre.

En caso de darse en nuestro país ¿cómo lo tomarían las personas ajenas a estas técnicas? ¿estamos preparados jurídicamente para afrontar estos y otros hechos que se dan con regulación en países más flexibles como el Reino Unido, España, Bélgica y Polonia que la admiten dentro de un plazo de caducidad, siempre que el fallecido haya dejado un consentimiento expreso; como Israel que la consideran como un derecho de las viudas sin necesidad de consentimiento previo; o países que prohíben taxativamente la fecundación post mortem, como Francia y le siguen legislaciones como Alemania, Portugal, Canadá, Suecia, Italia, Australia, Dinamarca, entre otros.

En Uruguay y Argentina ya han debatido proyectos de ley sobre fertilización asistida argumentando que se tienen como finalidad la actuación médica ante la esterilidad o infertilidad y para facilitar la procreación cuando otros medios hayan sido descartados. Además, prohíbe que se practique la

inseminación con el semen del marido o concubino fallecido.

En el Perú, se llevó a cabo, en la Universidad de Lima, las Primeras Jornadas de Derecho Civil, organizada por el Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, bajo la dirección del Doctor Carlos Fernández Sessarego, que en septiembre de 1991, junto a destacados juristas argentinos, redactaron por primera vez en Latinoamérica, catorce bases para una legislación sobre "Técnicas de Reproducción humana asistida", en donde para la inseminación post mortem acotaron que: "No se permite que el semen congelado del marido pueda ser utilizado tras su fallecimiento, ni para la inseminación de su mujer, ni para la inseminación de otra mujer, salvo, en este último caso, que hubiese cedido el semen subsidiariamente para un banco".

En mi opinión, la solución menos restrictiva es prohibir la práctica de la inseminación post mortem, pues creo que por principio natural ya no podría realizarse dicha técnica, por más que exista material genético; con esta solución no se está violando el derecho de un individuo a inseminarse; no se está privando de la oportunidad de tener un hijo, pues podría engendrar por otros medios de reproducción asistida, protegiendo el interés del hijo como ser humano, como un fin y un valor en sí mismo.

El derecho se adapta a las demandas sociales, y por tanto, debe ofrecer la respuesta más idónea para solucionar lo que sucede y sucederá igual, con regulación o sin ella.





PODER JUDICIAL  
DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Callao