

Comentarios al Código de Procedimientos Penales*

Por DOMINGO GARCIA RADA

Catedrático de Derecho Penal, Vocal
de la Corte Suprema de la República.

II. — RECUSACION

Art. 30º— Los jueces deberán inhibirse de oficio cuando ocurra cualquiera de las causas anteriores.

Esta disposición consagra el principio de que la abstención es deber para el juez en los casos en que su recusación procede legalmente. La ley quiere que el propio juez —haciendo honor a la dignidad de la magistratura— se adelante a esa solicitud y absteniéndose de conocer la denuncia, la remita al juez llamado por la ley, quien deberá avocarse su conocimiento, legitimando así la abstención.

Así como la recusación es el derecho que la ley concede a las partes para evitar que un juez inapto conozca del asunto, también la excusa —consagrada en este artículo— es el deber que tienen los magistrados comprendidos en alguna causa de recusación, para apartarse del proceso, evitando que aquel se produzca.

Como el hecho de recusar a un magistrado siempre maltrata su dignidad, es natural que la ley le permita a éste separarse voluntariamente de la instrucción. Pero tanto en uno

(*) Véase la primera parte de este Título en la Revista, Año XXV — Nº III — 1961.

como en otro caso, es indispensable que exista causa que lo justifique. Lo contrario sería aceptar que las partes puedan separar al juez que no les satisface o que éste se inhiba de un proceso que considera delicado por su carácter político. Al respecto la Corte Suprema ha resuelto que: "En materia penal, es fundada la excusa, si la causa en que se funda puede dar lugar a la recusación" (R.T. 1932 p. 359).

Si no existiera la disposición legal que comentamos, podría darse el caso del juez con impedimento grave para conocer una denuncia, que sin embargo, por no ser recusado, tendría que seguir tramitando un proceso afectado de nulidad.

Debemos distinguir el caso del juez que, en razón de la competencia que establece la ley no debe conocer de un asunto, de la situación del juez competente que, por alguna causal de recusación, no puede actuar en determinado proceso penal. El primero es incompetente como regla general para ese y para todos los escritos iguales; el segundo tiene competencia pero por una circunstancia especial, que sólo afecta a un caso determinado, no puede actuar en esa instrucción. Aclaremos más mediante ejemplos: un homicidio cometido en Tacna es denunciado en Lima. Conforme al inc. 1º del art. 19 el juez ante quien debe formularse la denuncia es el del lugar del hecho, pero el juez de Lima que recibe la denuncia no puede inhibirse de oficio y debe abrir instrucción (R.J.P. 1947 pg. 221). La urgencia de actuar un atestado no admite demora y la competencia territorial no tiene la rigidez de las otras v.g. la de la materia, como ya hemos visto en Comentarios anteriores. En cambio si el juez de turno resulta agraviado en un accidente, no puede abrir instrucción por ese motivo, debiendo obligadamente remitir el atestado al llamado por la ley. Dicho funcionario por razón del accidente, no ha perdido la competencia, sino que sólo en este caso, por ser parte interesada, está impedido de intervenir. En todos los demás casos, podrá y deberá actuar.

La razón de esta diferencia es que "las causas de recusación en materia penal afectan al interés público y el juez impedido está, por eso, obligado a inhibirse de oficio" (ejecutoria citada por el Dr. GUZMÁN FERRER pg. 90, III, C.P.P. 5ª edición). No queda librada a la voluntad del juez el excusarse, sino que de oficio, es decir obligadamente, deberá hacerlo. El incumplimiento de este mandato le puede acarrear la consiguiente responsabilidad.

Una ejecutoria suprema de 1950 confirma este punto de vista, que creemos exacto: "Los jueces pueden inhibirse por motivos de orden personal, o cuando existan motivos que permitan dudar de su imparcialidad, pero no por razones de competencia que está regida por otras normas" (R. J. P. 1950 pg. 1288). Estas otras normas están expuestas en el Comentario que hemos hecho al tratar del título de la Competencia (10).

Tanto la excusa como la recusación, comprende todos los cuadernos derivados de la instrucción principal en la cual recayó: "El juez que está impedido en lo principal, también está impedido de conocer en los incidentes" (ejecutoria citada por el Dr. GUZMÁN FERRER pg. 90. II). También abarcará —si las hubiere— las demás instrucciones que tengan relación con el motivo de la recusación v.g. si la recusación se basa en parentesco del juez con el inculpado, en todas las causas en que éste intervenga, existirá la misma causal y, por consiguiente, el juez tendrá el mismo impedimento de actuar. El cambio de situación en el proceso —de inculpado a agraviado o a tercero civilmente responsable —no altera esta regla.

Por su texto y ubicación en el Código, después del art. 29, podría pensarse que la intención del legislador ha sido la de aceptar la excusa del juez solamente cuando existan los motivos legales contemplados en el indicado art. 29, mas no en los casos de que habla el art. 31. Pero como veremos al examinar esta disposición e interpretándola de acuerdo con el autor del Ante-Proyecto y con la jurisprudencia reiterada y uniforme de la Corte Suprema, llegamos a la conclusión que el deber de abstención del juez, rige en todos los casos en que se presentan causas de recusación.

Art. 31º— También podrá ser recusado un juez, aunque no concurren las causales indicadas en el art. 29º, siempre que exista un motivo fundado para que pueda dudarse de su imparcialidad. Este motivo deberá ser explicado con la mayor claridad posible en el escrito de recusación o al prestar el inculpado la primera declaración instructiva. En este último caso deberán escribirse textual-

(10) Revista de Derecho y Ciencias Políticas. Año XXIII, 1959. págs. 196 y sgts.

mente las circunstancias alegadas por el declarante. Por igual motivo puede el Ministerio Público pedir al juez que se inhíba.

Este artículo consagra el principio de la recusación por "graves razones de conveniencia" de que habla MANZINI. En forma imprecisa y de incalculables alcances, se amplían las causales de recusación. El peligro que implica el uso de un término tan vago como "motivo fundado para que pueda dudarse de su imparcialidad" está limitado con la obligación de exponerlo "con mayor claridad posible" lo que significa que deberán expresarse las circunstancias que lo han determinado para formularla, para de ello deducir si existe o no tal causal de recusación. La ley quiere apartar del proceso al juez cuando, fuera de los casos legales, existe un motivo grave que produzca duda acerca de su imparcialidad. La administración de justicia no sólo debe ser recta y objetiva, sino también carecer de todo motivo que directa o indirectamente pueda ocasionar duda acerca de su proceder.

¿Cuáles son estos motivos? La ley no los señala concretamente. Los indicados en el art. 29 aparecen claramente expuestos y fácilmente pueden acreditarse —v.g. parentesco, deuda, etc. En cambio existen otros que carecen de aquella objetivación tan connatural en los legales, pero no por eso dejan de ser verdaderos motivos de parcialidad. Una estrechísima amistad, un parentesco espiritual, un interés real y efectivo en el resultado del juicio que no deriva de un hecho concreto sino que proviene de alguno de esos imponderables que nunca faltan, la ilícita convivencia del juez con la agraviada o acusada o con un familiar muy cercano, la enemistad de un incidente nimio que ha aumentado con el tiempo, una antigua y estrecha amistad de familia, el antagonismo proveniente de un antiguo litigio cuyos rencores no han desaparecido, la circunstancia de que el juez sea pensionista de mesa del inculpado o agraviado, etc. Nadie puede negar que cualquiera de estas circunstancias puede influir en el resultado del juicio. Aunque carecen de aquellas pruebas tangibles tan fáciles de presentar en las hipótesis del art. 29, sin embargo no son menos poderosas que aquellas y afectan al buen resultado del juicio. Grave omisión sería que la ley olvidara estas posibilidades que, en determinadas circuns-

tancias, podrían influir en el resultado del proceso con desmedro de la magistratura.

MANZINI insiste mucho en que estas causas deben ser graves; que las simples razones de conveniencia, que con frecuencia se presentan en las relaciones humanas, no las justifican; que por graves se entienden aquellas circunstancias que menoscaban la libre determinación del juez o afectan su insospechabilidad, por existir motivo que permita dudar de su imparcialidad (11). Y como la ley no quiere que ninguna de las partes tenga motivos para creer que no se va a administrar justicia rectamente, prefiere separar al juez y remitir el proceso a otro magistrado a quien no afecte impedimento.

La gratitud o la amistad no están comprendidas como causal de abstención o de recusación. Una ejecutoria suprema de 1908 establece que "El interés indirecto, por razón de gratitud o de amistad con una de las partes, no constituye ni fundamenta un impedimento" (A.J. 1908. pg. 102). Nos llevaría muy lejos el aceptar que la amistad pudiera justificar un apartamiento de la instrucción. Los seres humanos viven en sociedad y tienen amigos de afecto variable. Son vinculaciones que la ley califica de secundarias, que pueden ser vencidas por el juez y proceder imparcialmente.

Así por ejemplo, la enemistad requiere no solamente revestir cierta gravedad, sino también ser anterior al proceso. Es insuficiente afirmarla para darla por probada. La amistad como la enemistad requieren la intervención de dos o más personas y que sean intensas y profundas llegando a desearse el bien o el mal ajeno. No puede haber odio u afecto unilateral para este caso. Los sentimientos afectivos u hostiles no correspondidos no constituyen amor u odio en el sentido de la ley. Para que se impute al juez odio, debe probarse materialmente que existe y que también el inculpado lo siente, es decir que haya reciprocidad. Faltando ésta, no hay causal. Para probar la enemistad es necesario acreditar manifestaciones de ambas partes y con la expresa finalidad de causar daño. Los actos judiciales cumplidos en el ejercicio de la función, aun cuando fueran extremadamente dañosos para la parte, nunca pueden constituir expresiones de enemistad, ni aun en el caso de que el juez hubiere escogido la vía que más perjudique a la parte, pues todo lo que ocurre en

(11) Ob. cit. II pg. 218.

el proceso está bajo la autoridad del tribunal y no pueden considerarse expresiones de sola voluntad. El desempeño de la función judicial crea siempre gente que se cree perjudicada y ocasiona resentimientos que a veces alcanza grandes proporciones pero que nunca son expresiones de odio de parte del juez.

Tampoco los términos injuriosos vertidos en un escrito contra el propio juez, configuran esta causal de enemistad. Aceptar lo contrario sería establecer que mediante unas frases injuriosas, se puede apartar al juez del proceso. Fácil sería usar de este procedimiento a todo inculpado o parte civil descontenta con la actitud del magistrado y, en última instancia determinaría aceptar que el reo pudiera escoger su juez. La regla general es que el encausado no puede escoger juez ni tampoco cambiarlo. La recusación por ser excepción al principio general de la competencia de los jueces, sólo puede aceptarse cuando existen los motivos graves que reconoce la ley. Una ejecutoria suprema ha establecido que: "Las ofensas del acusado al juez no prueban enemistad capital y no puede éste excusarse sino usar de sus facultades legales ante los escritos irrespetuosos que le presente" (R. del F. 1917 pg. 322).

Según el texto literal de este artículo, las causales que menciona sólo amparan la recusación, o ¿el juez puede excusarse fundándose en la presencia de estos motivos?

De su redacción aparece que el art. 31 reconoce motivos que justifican la recusación, pero no trata de la excusa. Aplicando un criterio estrictamente legal limitado únicamente al texto de la ley, tendríamos que decir que frente a un caso de enemistad comprobada y franca, el juez no podría excusarse y sólo le cabría esperar la recusación para apartarse del proceso. Existe una ejecutoria que dice: "El juez instructor sólo puede excusarse por alguna de las causas fijadas en el art. 29 del C. P.P." (R. del F. 1953 pg. 398). Preguntamos: ¿es ésta la interpretación correcta que responde al sentido de la ley y al pensamiento del autor del Código? Nos parece que no.

Para MANZINI "las graves razones de conveniencia" no pueden dar lugar a la recusación". Considera que solamente el propio juez puede apreciarlas y establecer si existen o no, para, en presencia de estos motivos de duda, apartarse del proceso. Por el contrario, nuestra ley procesal penal otorga esa facultad nada más que al inculpado y a la parte civil. Al Ministerio Público sólo concede el derecho de pedir la inhibición, mas no el

de recusar. Interpretando la extensión que debe dársele a este artículo que no habla de la excusa, creemos que si por indicación del Ministerio Fiscal, el juez puede inhibirse, es lógico pensar que si esta indicación proviene de su propia conciencia, deberá prestarle igual atención. Nadie mejor que el propio juez sabe si existe o no la causa y si es magistrado de conciencia, estará llano a hacerlo y remitirá el proceso a otro juez. Pensemos en nuestros jueces de la sierra que al hacerse cargo del juzgado, van primero solos para buscar casa para la familia y mientras ésta llega toman pensión en el único restaurante del pueblo. Es indudable que si el dueño de esta posada resulta inculgado o agraviado en un delito, el juez —su comensal obligado y permanente— tendrá situación incómoda para juzgar con imparcialidad.

La respetabilidad de que debe estar rodeada la magistratura se afectaría gravemente si existiendo estos motivos, el juez no pudiera inhibirse voluntariamente, sin esperar a que lo recusen y antes de que se formen juicios adversos a su conducta.

Existe —a nuestro parecer— una razón legal que ampara esta interpretación extensiva. El art. 32 —que examinaremos a continuación— se refiere al juez que se inhibe voluntariamente disponiendo las notificaciones que debe ordenar y el oficio que debe pasar al superior. Bien sabemos que la inhibición voluntaria constituye una excusa de conocer de la causa y ello sólo puede prosperar si existe un impedimento, en este caso un motivo fundado para dudar de su imparcialidad.

La Corte Suprema de la República en sucesivas ejecutorias, ha establecido que el juez ante la presencia de estas causas puede y debe inhibirse, lo mismo que ante las del art. 29. Citaremos las principales resoluciones que constituyen doctrina uniforme sobre este punto:

“La enemistad capital del enjuiciado con el cuñado del juez, constituye causa legítima de excusa” A.J. 1871 pg. 109.

“Los jueces pueden inhibirse por motivos de orden personal o cuando existan motivos que permitan dudar de su imparcialidad” R. J. P. 1950 p. 1288.

“En materia penal es fundada la excusa, si la causa en que se funda puede dar lugar a la recusación” R. de los T. 1932 p. 359.

“Los magistrados deben abstenerse de cualquier acto que pueda producir alguna duda sobre su imparcialidad” A. J. 1933 p 331.

“Aun cuando no concurren concretamente ninguno de los impedimentos a que se contrae el art. 29 del C.P.P. procede la excusa de un miembro del tribunal, siempre que exista motivo fundado para que pueda dudarse de su imparcialidad” (ejecutoria citada en la obra del Dr. CORSO MASÍAS pg. 100).

De esta doctrina jurisprudencial resulta que al interpretar el art. 31 se ha establecido que los motivos que permitan dudar sobre la imparcialidad del juez no solamente pueden justificar la recusación, conforme lo dice expresamente este texto legal, sino también amparar la excusa del magistrado que se cree afectado por estas causales. Nuestra Corte Suprema en múltiples ejecutorias —hemos citado las anteriores como muestra de la misma orientación en diversas épocas— ha sentado un principio importante en esta materia: donde existe motivo para recusar a un juez, también lo hay para que éste se excuse.

Dentro de las causales enumeradas taxativamente por la ley, debemos considerar otra que puede presentarse: el ofrecimiento de ventajas económicas para lograr resolución favorable. El cohecho —o su tentativa— pueden constituir delito y, además justificar que el magistrado que lo ha sufrido, se aparte del conocimiento de la causa y ello debido a que este acto, rechazado por el juez, puede alterar su equilibrio síquico y contemplar la causa con prejuicios sobre el derecho que patrocina quien ha intentado sobornarlo y también —es lo humano— con cierto resentimiento por considerarlo accesible a ese acto. De presentarse es procedente la excusa, según la siguiente ejecutoria: “Es fundada la inhibición del Vocal, si la agraviada le hizo ofertas que importan cohecho y puede dudarse de su imparcialidad” (R.J.P. 1950 pg. 968).

El fundamento de esta interpretación judicial es muy clara, pues coincide plenamente con la “*ratio legis*”: apartar del conocimiento de la instrucción al juez cuya imparcialidad puede ser puesta en duda. Ello redundará en beneficio de la administración de justicia, del propio juez y del interesado. La sentencia final podrá ser discutida en muchos aspectos pero no en lo referente a la imparcialidad del funcionario que instruyó o que la dictó.

En cuanto a la oportunidad de la recusación, la ley dice que puede formularse en dos momentos: mediante escrito o al rendir su instructiva. Preguntamos: ¿en qué momento debe presentarse este escrito? Forzosamente antes de rendir su instructiva, de manera que si en ese momento se ignora ¿desaparece el derecho de recusar?, o ¿deberá hacerlo en el instante en que conozca el impedimento? Nos inclinamos por esta segunda solución. Creemos que si rendida la instructiva y cuando se están actuando las pruebas se entera de la existencia de la causal, hasta ese momento ignorada por la parte que la esgrime, es entonces la oportunidad de formular la recusación. Es regla general en Derecho que toda acción tiene plazo para ejercitarla, pero que éste empieza a correr desde el momento en que se conoce su existencia. Aplicando este principio de tan arraigada vigencia en materia civil, creemos que la oportunidad para recusar a un juez será el momento en que tenga conocimiento de la causal respectiva.

Si se conoce el impedimento, —v.g. que es pariente o pensionista de una de las partes— el momento para que el inculpado formule la recusación basada en esta causal, será al rendir su declaración instructiva. Como esta diligencia puede ser objeto de ampliaciones, y la ley dice la “primera” es indudable que ha querido referirse a la que rinda recién iniciada la instrucción. Deberá expresar con minuciosidad en qué consiste la causal, indicando circunstancias y pormenores para su exacta apreciación por el juez y luego por el superior.

Conforme a los arts. 29 y 31 —únicos que contienen causas de recusación— el Ministerio Público no puede formularla, pero en el caso de las consideradas en el art. 31, está autorizado para solicitarle al juez que se inhiba de seguir conociendo de la instrucción. Esta petición puede o no ser aceptada, pues no obliga al juez.

Siendo parte en el proceso penal, el Ministerio Fiscal debe tener los mismos derechos que el inculpado porque representa a la sociedad agraviada y —en cierto sentido— al propio perjudicado. Puede darse el caso de existir una causal de recusación —v.g. la convivencia del juez con una hermana del inculpado— pero como esta situación irregular bonifica al imputado, éste no lo recusará; es posible que el juez por la misma razón y atendiendo exigencias familiares, tampoco se excuse y si el agraviado no se ha constituido en parte civil, carece del derecho de

recusar. La ley sólo autoriza al representante del Ministerio Público a pedir la inhibición pero el juez puede desestimar este pedido y continuar instruyendo. Es cierto que de la resolución denegatoria, procede apelación al Tribunal. Como resultado tendríamos una instrucción, procesalmente válida y que no tiene motivos de nulidad pero llevada a cabo en condiciones poco favorables para una imparcial apreciación de los hechos, habiéndose actuado las pruebas con criterio carente de objetividad, si es que no con manifiesta parcialidad exculpatoria.

Esta posibilidad —que puede realizarse y que seguramente se ha realizado— demuestra la necesidad de que, como en otras legislaciones, nuestra ley procesal penal ampare el derecho de todas las partes y les otorgue la misma potestad de recusar al juez cuando se presentan las causales señaladas por la ley. En el caso del Ministerio Público es tanto más necesario por cuanto ejerce la representación de la sociedad agraviada con la comisión de hecho delictuoso y cuando no hay parte civil él tiene también la representación de la víctima o de sus herederos.

Existen otras causales que el maestro MANZINI las denomina "graves motivos de orden público" (12) que no están consideradas en la ley, no afectan a la persona del juez sino al ejercicio del órgano jurisdiccional y que su presencia puede justificar la remisión del expediente a otro juez o tribunal juzgador. Dice el profesor italiano que tales motivos —que en realidad deben constituir causales de excusa— se presentan cuando se puede "prever perturbaciones del orden público o del orden procesal (que también es público) y que, aun sin orientarse a presionar a los jueces podrían sin embargo, alterar las condiciones ambientales en forma que obstaculizaran la seguridad, la libertad, la serenidad, la prueba y, por tanto, la ponderación, la imparcialidad o los elementos de juicio del órgano jurisdiccional" (12a). Es decir cuando la inseguridad del ambiente puede amenazar el buen éxito del juicio oral, bien sea por intimidación de los testigos, manifestaciones populares en favor de los acusados, dificultad en encontrar defensores, etc., circunstancias todas que atentan contra el normal desarrollo de la audiencia.

También entre nosotros se han presentado estas situaciones inestables, como vemos en estos dos casos:

(12) Ob. cit. II pgs. 233 y 235.

(12a) MANZINI. Ob. cit. II.

En una manifestación popular en el Cerro de Pasco contra la Primera Autoridad del Departamento se asaltó el local de la Prefectura y después de sacar de allí a la persona del Prefecto, la multitud lo condujo a la plaza principal en donde lo vejaron y dieron muerte. Abierta instrucción contra los principales responsables del hecho, a su término fué elevada al Tribunal Correccional de Huánuco, en donde no pudo llevarse a cabo la audiencia por la estrechez del local, el gran número de acusados, que pasaba del medio ciento y la falta de suficiente número de letrados, necesarios para el acto oral. En vista de estas dificultades, la Corte Suprema transfirió la jurisdicción a Lima, viéndose la causa en el Primer Tribunal Correccional.

Una situación parecida ocurrió en Cajatambo en que el pueblo alentado por líderes políticos, asaltó la Sub-Prefectura y sacando en vilo a la persona del Sub-Prefecto lo colocaron en un caballo y acompañado de dos personas, lo dejaron en un pueblo cercano, después de horas de cabalgar. El juez no había recibido agravio con el hecho, pero si se habían proferido insultos y denuestos en su contra, que demostraban que el ambiente no era propicio para que el referido funcionario actuara la instrucción. En vista de esta situación irregular, la Corte Superior de Lima dispuso que el Tercer Juzgado de Instrucción de la capital conociera del proceso y así se realizaron todas las diligencias pertinentes.

Nuestro Código no contempla estas situaciones como causas de excusa o de recusación. Pero como se han presentado, la Corte Suprema en forma uniforme las ha resuelto considerándolas como "transferencias de jurisdicción" que el art. 28 permite, dándole así solución adecuada a cada caso.

A estas situaciones MANZINI las denomina "Procedimiento por Remisión del proceso" determinado por graves motivos de orden público. Tiene objeto distinto al proceso penal al que se refiere y constituye un procedimiento intermedio, incidental y con carácter propiamente administrativo y no jurisdiccional. El derecho a pedir la remisión corresponde al Ministerio Público que es quien apreciará la existencia de estos "graves motivos de orden público", estándole prohibido hacerlo a las otras partes del proceso.

La transferencia de jurisdicción es un instituto nacido para resolver los casos de que habla el maestro MANZINI. Por extensión se aplica a situaciones de fuerza mayor de los encausa-

dos cuya única solución es remitir el conocimiento de la causa de una Corte a otra. De acuerdo a nuestra jurisprudencia suprema se le conoce con el nombre de Transferir. Ante la situación de un procesado que no puede cambiar de domicilio por motivos de salud o está prohibido de subir a lugar de altura, la Corte Suprema puede autorizar que el conocimiento de la instrucción pase al juzgado o tribunal donde reside el imputado a fin de que éste sea juzgado en la forma de ley y sin peligro para su salud. Esta autorización —que se llama transferencia de jurisdicción— es facultad exclusiva de la Corte Suprema.

Art. 32º.— Si el juez instructor se inhibe, ya sea voluntariamente o a solicitud del Ministerio Público, o aceptando la recusación, dará conocimiento de ello al Ministerio Público, al inculpado y a la parte civil, y pasará los actuados al llamado por la ley, dando cuenta del hecho al Tribunal Correccional.

Ante la presencia de una causal de excusa o planteada la recusación, el juez puede seguir dos caminos: aceptarla o rechazarla. Los arts. 32 y 33 dan la norma que regula cada caso.

Cuando el juez acepta la recusación o el pedido de inhibición o se excusa voluntariamente —que es el artículo que comentamos— sólo notifica a las partes —Ministerio Público, inculpado y parte civil— y luego lo comunica al Tribunal Correccional del cual depende. Remitirá los autos al juez instructor que corresponda. Existiendo varios instructores —como es el caso de Lima, Arequipa, Trujillo, Cuzco, etc.— el llamado por la ley será el del turno más próximo, es decir aquel que va a entrar de servicio el mes siguiente.

Las notificaciones a las partes tienen por objeto que éstas tomen conocimiento de la causal alegada y de la resolución del juzgado. Pueden conformarse o nó con lo resuelto y en este último caso la ley les autoriza a interponer apelación ante el mismo juez, de la que conocerá el Tribunal Correccional ordinario.

El oficio que el juzgado debe remitir al tribunal no tiene otra finalidad que la de enterarlo que ese proceso girará ante

otro instructor y que en lo sucesivo éste responderá de su tramitación. La excusa o recusación aceptada por el juez y por las partes, no puede ser objetada por el tribunal, quien intervendrá para modificarla o confirmarla sólo en el caso de apelación.

El art. 32 tiene importancia porque reconoce que el juez puede inhibirse voluntariamente, sin precisar si es sólo por las causales del art. 29 o también en los casos del art. 31. Como la ley no lo dice, debe entenderse que es principio general que el juez puede inhibirse ante la presencia de alguna causal, de la naturaleza que sea. En el Comentario anterior hemos desarrollado este punto con amplitud y demostrado que por interpretación uniforme y constante de la Corte Suprema, ha quedado establecido que: *donde hay motivo legal para recusar a un juez, también lo hay para que éste se excuse.*

En el Ante-Proyecto del Dr. ZAVALA LOAYZA, el art. 38 constaba de dos partes o párrafos: la primera ha pasado a constituir el art. 31; y la segunda forma este art. 32. A pesar de que la idea ha sido trasladada íntegramente al Código vigente, sin embargo el hecho de haberla separado en dos disposiciones diferentes, le ha restado vigor y, en cierta forma, ha cambiado el sentido de la institución.

En su primera parte, el art. 38 del Ante-Proyecto reconocía la recusación por motivos graves, exigiendo que éstos pudieran originar duda sobre la imparcialidad del juez, tal como ahora lo dispone el art. 31. Completando esta idea, en su segunda parte, el mismo art. 38 aceptaba la inhibición voluntaria, reconociendo implícitamente que frente a causas graves, el juez podía ser recusado o también excusarse. Así la segunda parte era el complemento indispensable de la primera y aunque no lo decía, era indudable que al hablar de la recusación y de la inhibición voluntaria, tenía que referirse a los nuevos motivos que añadía a los primeramente indicados como "causas legales de recusación", y que hoy constituyen los del art. 29.

Separados en artículos diferentes, la disposición ha perdido su unidad. Ha desaparecido la dependencia lógica de los párrafos de un mismo artículo y con ello ha perdido la clara estructuración que presentaba la obra del Dr. ZAVALA LOAYZA (13).

Por estas razones creemos que la jurisprudencia suprema ha interpretado con acierto el pensamiento del legislador y el

(13) ZAVALA LOAYZA, Anteproyecto.

del autor del Código, al establecer que mediando causas graves, de la naturaleza que sean, que pongan en duda la imparcialidad del juez, éste puede inhibirse de seguir conociendo del proceso, que lo remitirá a otro juez que carezca de impedimento para conocer. El principio general de que donde hay la misma razón, existe el mismo derecho encuentra aquí una aplicación práctica que no puede discutirse.

Art. 33.— Si el Ministerio Público, el inculcado o el agraviado no se conforma con la inhibición del juez, o si éste no acepta la recusación, se elevará inmediatamente al Tribunal Correccional el cuaderno separado que deberá formarse, contentiendo todo lo concerniente al incidente de recusación o inhibición así como el informe que sobre lo alegado emitirá el juez instructor y el Ministerio Público, cuando no sea éste quien hubiere solicitado la inhibición. El juez en su informe indicará el nombre de las personas que pueden hacerse cargo de la instrucción. El juez inhibido o recusado sólo podrá actuar, mientras esté pendiente el incidente de recusación, las diligencias enumeradas en el artículo siguiente.

Como ya hemos dicho, ante la presencia de una causal de recusación, el juez puede tomar dos caminos: aceptarla y excusarse o no aceptarla y entonces viene el rechazo. Si acepta la causal, se excusa de seguir conociendo del expediente y remite lo actuado al llamado por la ley, comunicándolo al superior para que tome nota del cambio de juez. Estando las partes de acuerdo con la resolución del juzgado, el tribunal no puede objetarla.

El art. 33 se refiere a la segunda posibilidad es decir al del rechazo de la recusación. Puede pensarse que por delicadeza, el juez debe excusarse en el momento en que se plantea o simplemente se insinúa la recusación. Sería una solución muy fácil y cómoda para el magistrado, pero no es conveniente ni legal. Aceptar ese principio importaría otorgar al litigante de mala fe, la elección del juez que debe juzgarlo, puesto que con presentar el escrito de recusación, sin ninguna prueba que lo ame-

rite, quedaría apartado del proceso el juez que por su rectitud e imparcialidad resultaba inconveniente para los intereses del recurrente. Pero, además, ofrece otro peligro consistente en que el juez para evitar conocer de una causa que presente aspectos delicados —v.g. políticos— podría hacer que uno de los inculcados insinuara la recusación y mediante esta maniobra apartarse de la instrucción. El juez tiene la obligación legal, ineludible, de conocer todo proceso que se inicie ante su juzgado durante su turno. Como excepción a este principio —y por ello requiere probanza que lo justifique— existe la recusación. Si no existiera alguna de las causales que contempla la ley, el juez debe mantener su jurisdicción, estando obligado a rechazar la petición que considere infundada, correspondiendo al tribunal resolver si existe o no la causal invocada.

El ejercicio del derecho de recusación se lleva a cabo en incidente que se tramita por cuerda separada, que se inicia con el pedido de la parte para que el juez se excuse, explicando el motivo con toda claridad, al que se agrega copia de las piezas que contengan las pruebas que lo justifiquen y termina con el informe del juez recusado; el Ministerio Público también deberá informar sobre la causal alegada, salvo que sea este funcionario quien pida la inhibición en cuyo caso está demás, puesto que su opinión se ha producido al pedir la inhibición.

El art. 33 agrega que el juez en su informe “indicará el nombre de las personas que pueden hacerse cargo de la instrucción”. Esta indicación es superflua e inconveniente. En la práctica diaria vemos que los informes no la contienen. La razón es clara: dígallo o no lo diga el juez, la ley señala al magistrado que debe encargarse del proceso, en el caso de declararse fundada la recusación o la excusa. Nadie tiene que indicárselo al Tribunal. No hay personas a escoger para que se hagan cargo del proceso, sino solamente el juez designado por la ley.

Veamos ahora cual es el carácter procesal del incidente de recusación. Para MANZINI la negativa del juez a aceptar el pedido de excusa, determina la existencia de “un procedimiento incidental cuyo objeto es esencialmente diferente del propio proceso penal a que se refiere. En efecto, el derecho de que se trata es una potestad que la ley confiere excepcionalmente al Ministerio Público y a las partes privadas sobre la elección y constitución del magistrado inquiriente o juzgador; o sea sobre una materia del ordenamiento judicial, sustraído por lo común a to-

do poder dispositivo del Ministerio Público y de los particulares. Por tanto el procedimiento en cuestión no tiene carácter jurisdiccional penal en sentido material, sino carácter administrativo-judicial. La sujeción de los actos que lo constituyen al rito procesal penal, sólo le da carácter jurisdiccional penal en sentido formal" (13a).

Los sujetos de la declaración de recusación son los titulares de este derecho: inculpado, parte civil y, negativamente, el Ministerio Público. La recusación puede ser formulada: personalmente por los titulares, o por medio de apoderado o el defensor especialmente capacitado para este objeto.

El escrito con que se inicia el incidente debe expresar las causales de la recusación. Es requisito sustancial para la admisibilidad de la instancia; de no indicarla, el pedido es inadmisibile.

En cuanto a la oportunidad, nos remitimos a lo antes expuesto al comentar el art. 31. Solamente es necesario recordar que el momento de plantear la recusación es al tener conocimiento de la existencia de esta causal.

La recusación por su mismo carácter y finalidad, tiene consecuencias propias y diferentes de otras acciones. El mero hecho de plantearlas, indicando las pruebas que la sustentan, tiene un importante efecto procesal: recorta las facultades del instructor, limitándolas a las diligencias señaladas en el art. 34.

Si el juez tiene funciones tan limitadas ¿por qué razón se tramita la recusación por cuerda separada? ¿No sería mejor elevar toda la instrucción al Tribunal para que allí la resuelva en vista a todo lo actuado? Existe el principio general de que el Juez Instructor no debe desprenderse del proceso, sino solamente en aquellos casos —muy contados— en que debe elevar al Superior todo el proceso. Por eso se dispone que, salvo esas excepciones, en todos los demás casos debe formarse incidente y tramitarlo por cuerda separada, sin detener la marcha de la instrucción. Por eso el juez tiene el plazo legal de seis meses para concluir el proceso, lo que sería ilusorio si en cada incidencia, tuviera que elevar toda la instrucción al Superior, suspendiéndose, entre tanto su tramitación. En el presente caso se explica que el incidente se tramite por cuerda separada por cuanto el juez siempre tiene situaciones que resolver y son, precisamente, aquellas

(13a) MANZINI. II pg. 221.

que por su urgencia, no puede esperar la resolución del tribunal. La interposición de la recusación recorta las facultades del juez pero no suspende su competencia, pues siempre tendrá la capacidad procesal necesaria para actuar aquellas diligencias que contempla la ley y que no admiten demora.

¿Puede desistirse el recusante de la recusación? Creemos que no lo puede hacer por cuanto no se trata de un interés privado, libremente disponible. Cuando se ha formulado una recusación, su resolución se convierte en asunto de interés público porque atañe a la organización de los tribunales de justicia, que es de orden público. Una ejecutoria de 1906 así lo establece: "El derecho para levantar el impedimento a los jueces, no es de aplicación en materia penal" (A.J. 1906 pg. 329). En cambio en materia civil ocurre lo contrario, pues conforme al art. 88 del C.P.C. "Las partes pueden convenir en que el juez que se cree impedido, conozca del asunto; y en tal caso el juez está obligado a conocer". Con todo es importante levantar este impedimento en los casos de parentesco, etc.

En cuanto a la recusación declarada infundada o de la que se ha desistido por el recusante comparemos previamente ambos códigos procesales: En materia civil los arts. 82 y 83 del código respectivo, establecen que el recusante que pierde la recusación o se desiste de ella, está obligado al pago de las costas del incidente y una multa, que es el doble en el caso de segunda recusación. En cambio el C.P.P. vigente —ni tampoco el derogado— contiene ninguna disposición referente al desistimiento del recusante o a la declaración de infundada de la recusación. Creemos que la ligereza en recusar a un magistrado debe ser sancionada, lo que desgraciadamente no ocurre entre nosotros por no preverlo la ley del procedimiento penal. La recusación siempre maltrata la dignidad del magistrado y no debe quedar sin sanción el haber formulado cargo que quizás afecte su honor. Ajustándose al criterio que norma la ley procesal penal, una ejecutoria ha declarado que: "En los juicios criminales la recusación de un magistrado declarada infundada, no da lugar a la imposición de la multa prescrita en el art. 82 del C.P.C." (A. J. 1917 pg. 204 y de 1918 pg. 71).

Pero si bien el desistimiento no tiene efecto procesal pleno, en cambio puede ser considerado como confesión de la parte, la que el juez debe apreciar con arreglo a las reglas de la crítica y que ejercerá indudable influencia sobre la resolución final.

La resolución del incidente de recusación corresponde al Tribunal Correccional del cual depende el juez recusado y, como veremos luego, no procede recurso impugnatorio alguno contra esta resolución la que adquiere, así, la categoría de cosa juzgada.

Si el juez recusado actúa alguna diligencia no contemplada en el art. 34, ¿es ésta nula? Conviene examinar este problema porque pueden presentarse dos situaciones: Si la recusación se declara fundada, entonces aplicando el art. 33 que a la letra dice: "El juez inhibido o recusado sólo podrá actuar... etc." Como el adverbio sólo indica exclusión, quedan reducidas a las enumeradas, las únicas diligencias que puede actuar. Además el art. 298 en su inciso segundo, señala como causal de nulidad "si el juez que instruyó o el tribunal que juzgó no era competente". Como el juez recusado tiene una competencia disminuída, sólo hábil para actuar determinadas diligencias, es lógico pensar que fuera de ellas carece de competencia. Por eso creemos que las diligencias no señaladas en el art. 34, llevadas a cabo por el juez recusado, cuya recusación se declara fundada, son nulas. ¿Pero, si la recusación se declara infundada? En este caso quedan convalidadas automáticamente las realizadas por el juez recusado que se ha excedido a las puntualizadas por la ley. Nos parece que el rechazo de la recusación lleva implícito la convalidación de todas las diligencias realizadas, aun aquellas que no autorizaba el art. 34.

La resolución del Tribunal Correccional puede ser de dos clases: de rechazo o de admisión de la recusación. La primera tiene como consecuencia procesal que el juez recupera la competencia en su integridad y que, en lo sucesivo, no puede interponerse otra recusación por la misma causal. Es decir, precluye la posibilidad de recusar nuevamente al mismo juez por los mismos motivos o por motivos que se vinculan con el ya considerado, y si se presentara, sería inadmisibile.

Si el Superior acepta la recusación, la resolución obliga al juez de abstenerse por completo de instruir. Los actos procesales ya cumplidos, siempre que estén dentro de los permitidos por la ley, conservan su validez; si el juez se hubiere excedido, quedarán nulos en esta parte. La misma resolución debe proveer la sustitución del juez, remitiendo el proceso al designado por la ley.

Art. 34.— Dichas diligencias son las siguientes:

La inspección por sí mismo y con asistencia obligatoria de la persona que desempeña el Ministerio Público y de peritos, si fuere necesario, del lugar en que se cometió el delito; el reconocimiento e identificación de los efectos de éste; el recojo de las armas, instrumentos y objetos de cualquiera clase que tengan relación con el hecho que se investiga; la declaración instructiva antes de que se cumpla 24 horas de la detención de la persona sindicada como responsable, con asistencia necesaria del defensor; la declaración de testigos que deberá actuarse obligatoriamente en presencia de la persona que desempeña el M.P. siendo facultativa en estos casos, la asistencia de la parte civil, a la que se citará con anticipación, y estando facultado el inculpado o su defensor para hacer a los testigos ofrecidos por la parte civil y por intermedio del juez las preguntas o pedir las aclaraciones cuya pertinencia calificará el juez, sentándose constancia en la misma acta de lo resuelto, en caso de formularse observaciones; y la presentación de los informes periciales, reservándose su ratificación y examen hasta que se resuelva el incidente de recusación.

El juez podrá, así mismo, dictar la orden de detención definitiva o provisional, según el caso, y decretar la medida de embargo sobre los bienes propios del inculpado que basten para asegurar prudencialmente el pago de la reparación civil a que haya lugar, mientras esté pendiente el incidente de recusación. El juez no podrá conceder libertad al inculpado sino después de estar resuelto dicho incidente.

En todo proceso penal existen diligencias que deben actuar-se inmediatamente después de producido el evento y otras que carecen de esta urgencia. Dentro de las primeras señalaremos a la inspección ocular que debe practicarse antes de que desaparezcan las huellas del delito; la actuación de una pericia en iguales condiciones y aprovechando del poco tiempo transcurrido desde su comisión; la autopsia del cadáver que deberá practicarse en el más breve término a fin de que pueda establecerse con toda claridad la causa determinante de la muerte; la declaración de testigos presenciales que, bajo la influencia inmediata de los hechos, ofrecerán versiones verídicas y más completas, tanto más exactas cuanto que aún no han sufrido la influencia de parte interesada o de sus abogados; la instructiva del inculpado que deberá ser tomada por el juez dentro de las 24 horas de su ingreso a la cárcel, debiendo decretar, a su término, la medida que sea de ley; decretar el inmediato aseguramiento de la reparación civil mediante el embargo y antes que el inculpado pueda hacer desaparecer sus bienes.

Todas estas y otras muchas más son situaciones que requieren solución inmediata. No cabe postergar un peritaje, porque los elementos que van a ser examinados pueden desaparecer o descomponerse y el peritaje devenir inútil. La autopsia no puede esperar porque se destruyen las vísceras y desaparecen los elementos capaces de explicar la causa de la muerte. Y así sucesivamente, si examinamos cada una de las situaciones que contempla este artículo, encontramos que todas ellas requieren atención inmediata por su carácter urgente, de inaplazable resolución.

En cuanto a las pericias y declaraciones, debe entenderse que el nombramiento de peritos y el recibir testimoniales, debe ser sólo en los casos en que tales medidas sean de urgente realización. Carece de justificación que para apreciar el valor de especies sustraídas, el juez recusado nombre peritos, pues para ello no existe apuro alguno. Igual criterio debe funcionar en el caso de testigos, que sólo debe actuarse si existe algún motivo que la justifique.

Existe una razón que justifica la actuación de estas diligencias: su urgencia. Si no se concediera al juez recusado esta potestad de actuarlas, muchas pruebas se perderían por postergar su verificación. La tramitación del incidente puede demorar días y quizás semanas, tiempo suficiente para que las huellas

desaparezcan, la putrefacción del cadáver avance e impida recoger las pruebas necesarias, los testigos cambien de parecer o abandonen el lugar de su domicilio, etc. sin contar con que el detenido permanecería en la cárcel sin rendir su instructiva por más del tiempo que la ley permite.

El Dr. ZAVALA LOAYZA al redactar su Ante-Proyecto de Código no consignó ninguna disposición como la que es materia de este Comentario, la que tampoco existía en el anterior C.P. en M.C. de 1920. Publicado el Código vigente, comentando esta disposición, se sorprende de la "inusitada extensión del artículo... Breve como debe ser el incidente de recusación, no cabe dar múltiples facultades a los jueces, que al ser sustituidos en el proceso por las causales alegadas, dejarían el sello de su parcialidad, haciéndose imprescindible la reorganización de lo actuado" (14).

Sólo puede aceptarse que el juez recusado, dentro de la investigación, practique los actos urgentes de la instrucción, mientras esté pendiente la recusación, pues ello obedece a la necesidad de orden público de que la represión penal se ejerza debidamente para lo cual es necesario que se practiquen aquellas pruebas que pueden perderse, desnaturalizarse o demeritarse, al no ser realizadas inmediatamente. Al hacer el comentario del art. 34 el Dr. ZAVALA implícitamente aceptó que el juez recusado tuviera ciertas facultades, lamentándose únicamente de la extensión de las mismas.

Para evitar posibles arbitrariedades del juez recusado — que tan justificadamente temía el autor del ante-proyecto — la ley establece determinados requisitos para garantizar la libertad y exactitud de lo actuado. Así por ejemplo, exige que al presentar su instructiva, el inculcado esté acompañado de defensor, cuya asistencia es "necesaria", lo que constituye excepción al principio general que todo procesado mayor de edad y alfabeto, puede renunciar a la presencia de abogado si se encuentra apto para defenderse. Otra excepción la constituye la presencia obligatoria del representante del Ministerio Público en toda declaración de testigos, disposición que no existe en los demás casos. La razón de estas exigencias se encuentra en la intención del legislador de rodear de las máximas garantías a las diligencias actuadas por juez cuya imparcialidad ofrece dudas. Así se

(14) El proceso penal y sus problemas pg. 343,

evita que tales diligencias se actúen en perjuicio de los procesados.

Este artículo faculta —como no podía dejar de hacerlo— que después de recibir la instructiva, decrete detención provisional o definitiva, según los casos. Pero no autoriza a conceder la libertad incondicional que procede cuando el juez encuentra que el imputado no es responsable de delito alguno. De donde resulta que el juez recusado debe recibir la instructiva y después sólo puede decretar detención, aun cuando lo considere irresponsable del cargo que se le imputa. Expresamente le prohíbe conceder libertad mientras esté en trámite el incidente de recusación. Resuelto el incidente, sólo entonces podrá tramitarse la libertad provisional y concederla, si fuere procedente. La demora para que el imputado obtenga su libertad depende enteramente de esta disposición legal.

Art. 359— Como prueba de la causa de la recusación, el inculcado o agravado puede presentar la certificación escrita de una o más personas con la firma legalizada ante escribano o juez de paz. El juez instructor y el Ministerio Público, en el informe que eleven al Tribunal, deberán emitir su opinión sobre la veracidad y condición de los firmantes.

Este artículo crea una arma muy peligrosa que litigantes de mala fé pueden esgrimir contra los jueces. Establece una prueba de carácter sui-géneris, sin formalidad alguna, actuada fuera del control de las partes y ajena a toda garantía y seriedad. La certificación escrita de una o más personas, con firma legalizada ante escribano o juez de paz, no puede constituir prueba de ninguna clase y menos puede servir para tachar la integridad de un juez. Ni siquiera exige la declaración jurada. Es una simple afirmación escrita, sin declaración de veracidad, con firma legalizada ante funcionarios que muchas veces son sujetos semi-analfabetos o de dudosa moralidad. La ley al admitir esta prueba como medio de recusar a un juez, ha puesto en manos de los litigantes inescrupulosos —y también de los tinte-

rillos que se encargan de su defensa— una peligrosa arma que puede tener como consecuencia la inestabilidad de la función judicial y la falta de respeto hacia las personas que la integran. Según esta disposición, basta una sola persona que, sin juramento alguno, declare que existe la causal de recusabilidad, para que pueda constituir prueba suficiente para apartar a un magistrado del conocimiento de la instrucción. La exigencia de la legalización de la firma sólo acreditará que la persona que suscribe la declaración, vuelve a firmar en su presencia, pero no prueba su veracidad ni tampoco haberla vertido en especiales condiciones de seriedad que ofrezcan garantía sobre su idoneidad.

El comentario que hagan juez y agente fiscal sobre “la veracidad y condición de los firmantes” no agrega ni quita nada a la calidad personal del o de los firmantes ni a su contenido.

La disposición legal que comentamos es reproducción exacta del art. 40 del código derogado, recogido íntegramente por el Ante-Proyecto de donde ha pasado al vigente.

Una prueba actuada fuera del control del juez y de las partes, es de eficacia procesal muy dudosa. Darle pleno valor probatorio sería de gravísimas consecuencias. Colocar la dignidad del juez y su posición en el proceso a merced de tal certificación, sería otorgarle a ésta un valor análogo al de la escritura pública, siendo así que carece de todos los requisitos y garantías de los documentos notariales. No puede aceptarse que la referida certificación sea suficiente por sí sola para apartar a un juez de la tramitación de un proceso penal, desde que en realidad no es una verdadera prueba. En manos de litigantes deshonestos o de tinterillos, es una carta blanca que podrían esgrimir en cualquier momento contra los jueces que no se inclinaran ante sus intereses.

La existencia de este documento privado como prueba de la recusación plantea varias cuestiones que es necesario esclarecer. Así tenemos: ¿Puede llamarse al o a los otorgantes para que amplíen los datos allí contenidos, informando sobre otros aspectos de la causal invocada? Esta ampliación sería de suma importancia porque mediante ella podría descubrirse la sinceridad de los otorgantes y la veracidad de su contenido. Pero ¿puede actuarse esta diligencia? La ley no establece estación probatoria en este incidente y omite toda referencia a la misma. Ante este silencio de la ley, debe considerarse que su inten-

ción ha sido negativa, es decir que no exista, pues de lo contrario lo hubiera dicho expresamente —como es el caso de la recusación de vocales—. Consideramos que es muy grave la omisión que contiene el código en este punto, pues otras diligencias aportarían grandes luces sobre la existencia de la causal de recusación y establecería si ella le afecta o no al magistrado recusado.

En cuanto a la prueba de la recusación ¿este artículo es enunciativo o limitativo? En otras palabras, ¿la única prueba que puede presentarse en el cuaderno de recusación consiste en esta certificación escrita o pueden actuarse otras más v.g. documentos, testigos, etc.? Examinando la redacción del artículo e interpretándolo a la luz de los principios que regulan la prueba en materia penal, nos parece que el art. 35 es enunciativo, no limitando las pruebas a la certificación escrita. Si la intención del legislador y del Dr. ZAVALA LOAYZA hubiera sido lo contrario, es lógico pensar que a la redacción conocida, hubiera agregado la frase "como única prueba" o alguna similar. Al no haberlo hecho así, debemos pensar con toda razón, que por su contenido este artículo es meramente enunciativo de una de las tantas pruebas que pueden acompañarse como prueba de que existe la causa que inhabilita al juez para actuar.

Existe una razón más: una prueba actuada en tan deficientes condiciones, sin ningún control judicial y sin que el juez recusado conozca de su existencia, menos puede ser la única que justifique separar a un magistrado del conocimiento de una instrucción. Siendo excepción al principio general que determina la competencia de los jueces, la recusación requiere plena probanza y sólo cuando la causal se encuentre debidamente acreditada, es que, declarándose fundada procede separar al juez y remitir la instrucción a otro que no tenga impedimento alguno. Es decir la prueba debe ser de tal naturaleza que justifique resolución de tanta importancia para las partes y que siempre afecta el prestigio del magistrado.

Aceptando que esta certificación, no sea la única prueba idónea, ¿cuáles más se pueden presentar? Creemos que todas aquellas que por su naturaleza no requieren estación probatoria para actuarlas. Es indudable que no puede ofrecerse el testimonio humano de las partes ni de terceros, porque ello exigiría abrir el incidente a prueba, trámite que la ley no contempla. Pero documentos con firma legalizada, copias certificadas, escrituras, peritajes, etc. todo ello puede ser ofrecido y el juez

recusado debe aceptarlos, incorporándolos al cuaderno que ha formado. Su valor probatorio será apreciado por el tribunal, juntamente con la certificación. También el juez y el agente fiscal deberán opinar acerca de estas pruebas, sobre su veracidad y contenido, así como sobre las personas que las emiten.

Art. 36º.— El Tribunal Correccional resolverá la cuestión sin más trámite que la audiencia del Ministerio Público, dentro de tercero día. Con la resolución del Tribunal queda terminado el incidente y no hay recurso de nulidad. No podrá renovarse la recusación por la misma causa; pero en cualquier estado de la instrucción puede proponerse por una causa nueva.

Planteada recusación o formulada inhibición, se forma cuaderno con las piezas pertinentes que es elevado al tribunal, donde la tramitación es breve: vista fiscal y resolución dentro de tercero día. Esta resolución causa ejecutoria, pues contra ella no procede recurso alguno. Todo incidente de recusación termina en el tribunal superior. El recurso de nulidad está expresamente prohibido.

En esta tramitación sumarísima, ¿procede citar a las partes? ¿A cuáles? ¿Con qué objeto se les cita? ¿Pueden presentar recursos o es solamente para que puedan informar oralmente?

Ingresado al tribunal, el cuaderno pasa a vista fiscal y una vez devuelto con su informe, el incidente queda expedito para ser resuelto por el tribunal, quien puede hacerlo el mismo día en que ingresa a la sala, pues la ley señala el plazo máximo de tres días, pero no indica el mínimo ni tampoco tramitación previa a su resolución, como sería poner el dictamen en conocimiento de las partes. No existe la obligación legal de notificar al inculcado ni a la parte civil. En este incidente no hay ninguna notificación que hacer, ni antes de la resolución ni después.

Pero si bien lo anterior es cierto, también lo será que durante esta brevísima tramitación, las partes —inculcado y parte civil— pueden, si lo desean, apersonarse ante el tribunal y presentar escritos, fundamentando la recusación —si ellos la

formularon— o apoyándola. También pueden pedir la palabra para informar oralmente a la vista de la causa y el tribunal deberá citarlos. La resolución reviste suma importancia porque contra ella no procede recurso alguno y causa ejecutoria. Una vez pronunciada, el derecho de recusar o de inhibirse por esta causal, queda extinguido.

Expresamente la ley deja a salvo el derecho de las partes de proponer otra recusación "por una causa nueva" contra el mismo juez. Nos preguntamos: qué significa este término: nuevo equivale a inexistente o a desconocido en el momento de formular la anteriormente resuelta. O ¿causa nueva significa causa no esgrimida antes?

¿Puede, al rendir su instructiva, el encausado conociendo las varias causas de recusación que inhabilitan al juez, recusarlo basándose únicamente en una sola de ellas, sin mencionar las otras? Resuelta negativamente esta recusación, puede, a continuación formular otras fundándose en las causas antes conocidas pero no esgrimidas, y así sucesivamente.

Conforme al Diccionario de la Real Academia, *nuevo* es aquello que se ve u oye por primera vez, distinto o diferente de lo que antes había o se tenía aprendido. Causa nueva será, pues, una no conocida antes o inexistente cuando se formuló la ya resuelta. Si en el momento de plantear la anterior existía esta causa y era conocida del recurrente, no la puede esgrimir por no estar comprendida dentro de la excepción de la ley.

Si se conocen varias causas que inhabilitan al juez, deben proponerse todas ellas al mismo tiempo y el superior amparará aquella o aquellas que encuentre fundadas. Si conociéndolas, sólo menciona una, —la que cree más importante— ya más tarde no podrá formular nueva recusación fundada en otras causales. Para esa parte ha precluído la posibilidad de recusar al juez por causales conocidas.

Lo contrario sería aceptar que en el curso de la instrucción, se pueden formular varias recusaciones unas después de otras, formándose incidente tras incidente. Como el planteamiento de una recusación tiene consecuencias procesales —ya hemos dicho que limita las facultades instructoras del Juez— el proceso estaría semi paralizado, en espera de que el tribunal superior resolviera las recusaciones. Estando recortadas las facultades del juez, éste sólo podría actuar aquellas diligencias urgentes que puntualiza el art. 34 y el proceso no avanzaría.

Muchas pruebas no podrían actuarse y el inculpado no podría pedir su libertad provisional. Se vencería el plazo legal y la instrucción seguiría en el juzgado, distando mucho de su conclusión. Todo ello importaría una situación irregular que la justicia no puede admitir.

Por eso creemos que al rendir su instructiva o al momento de conocerlas, es la oportunidad de plantear la recusación invocando todas las causales conocidas. Si con posterioridad, se presenta nueva causal —ignorada o inexistente— entonces la ley acepta que se plantee nueva recusación. Creemos que ese es el sentido que debe darse a la frase “por una causa nueva”.

Art. 37º.— La recusación contra los jueces de paz se interpondrá verbalmente ante el mismo y en presencia de dos testigos, extendiéndose en el acta los motivos que la fundamentan. Previo el procedimiento señalado en los artículos anteriores, el juez instructor, sin audiencia del Ministerio Público, resolverá la recusación dentro de tercero día. Contra esta resolución no procede recurso de nulidad.

También procede la recusación contra quienes administran la “justicia de los pobres”. Los jueces de paz pueden tener los mismos impedimentos que los de primera instancia, y para los litigantes, el juicio por faltas reviste la misma importancia que una instrucción. Existiendo la causal, ella puede generar desconfianza en las partes, restándole autoridad moral al juez, quien pierde imparcialidad si no en sí mismo por lo menos ante ellos. Por estas razones, la ley procesal penal en términos generales, dispone la separación de los funcionarios judiciales en todas sus jerarquías, siempre que exista alguna de las causales contempladas en los arts. 29 y 31.

Recordemos que el juicio por faltas se lleva a cabo ante el juzgado de paz —letrado o no letrado— sin intervención del Ministerio Público; que el juez de paz actúa como instructor y, eleva lo actuado al Juez Instructor que actúa como juzgador, existiendo recurso de nulidad ante el Tribunal Correccional res-

pectivo. Es un procedimiento sumarísimo, de carácter verbal, asentándose todo en un libro y elevándose lo actuado en copias.

Según esta orientación, de presentarse alguna causal de recusación también se expondrá verbalmente ante el propio juez de paz, explicando con claridad los motivos que la fundamentan. Solamente podrán formularla el inculpado y la parte civil, lo mismo que en la instrucción. La única exigencia legal, es que el propio interesado la formule "ante dos testigos". La ley no habla de otras pruebas pero según nuestra opinión —vertida en Comentario anterior— creemos que pueden presentarse documentos que no requieran estación probatoria y que sean pertinentes. El juez los mandará agregar a los autos. También deberá formarse incidente aparte que contenga la recusación y demás piezas pertinentes.

La resolución corresponde al Juez Instructor. La tramitación en el juzgado será análoga a la que se sigue ante el tribunal, debiéndose expedir resolución dentro de tercero día. La única modificación consiste en que no interviene el Ministerio Público, lo que se explica porque como regla general éste no interviene en los juicios por faltas, excepto en determinados casos en que lo hacen como parte interesada (art. 280 L.O.P.J.). La resolución que dicta el juez instructor causa ejecutoria, porque contra ella no procede el recurso de nulidad ante el Tribunal Correccional. Esta resolución del Instructor equivale a la del tribunal superior en los casos de recusación al juez instructor; y siguiendo la misma orientación procesal, es definitiva e impugnabile. Por ese carácter definitivo, produce cosa juzgada con los efectos inherentes a esta situación procesal.

Considerando que esta resolución tiene los mismos efectos procesales que la que dicta el Tribunal Correccional, tratándose de los jueces instructores, creemos que también con ella precluye el derecho de la parte de recusar al juez por la misma causal. También nos parece que por causal nueva —desconocida o inexistente en el momento de formular la anterior— puede plantearse nueva recusación, la misma que será tramitada en la forma de ley.

Aceptada la excusa o declarada fundada la recusación, la causa por falta pasará a conocimiento de los accesitarios, por su orden. (Ley N° 6528, art. 9°), que son los llamados por la ley.

Salvo la diferencia de jerarquía —juzgado de primera instancia y juzgado de paz— a este Comentario son aplicables las

mismas observaciones que hemos formulado en los artículos anteriores. Con pequeñas diferencias, ya anotadas, las causales son las mismas y el procedimiento para resolver la recusación es esencialmente uno solo.

Art. 38º— Cuando a juicio del Tribunal Correccional no haya en el lugar en que debe abrirse o se sigue la instrucción, juez expedito, ya sea por motivo de recusación o inhibición, por duda sobre su imparcialidad o por la gravedad o complicación del delito, podrá nombrar un Juez Instructor ad-hoc pudiendo recaer este nombramiento en su Secretario o Relator o en cualquier abogado. En estos casos, el Tribunal Correccional fijará el honorario que debe pagársele.

Nuestra ley procesal penal (art. 13) crea la institución de los Jueces ad-hoc con la expresa y única finalidad de instruir determinado proceso, el que por su complicación, gravedad del hecho, número de encausados etc. exija una atención exclusiva que el Instructor no puede concederle sin descuidar las demás instrucciones que corren a su cargo. El juez ad-hoc tiene una jurisdicción delegada por el tribunal; careciendo del nombramiento de la autoridad respectiva, la recibe por expreso mandato del Tribunal. Puede no ser funcionario judicial de carrera, sino abogado con activo ejercicio profesional que no va a cerrar su estudio al ser designado, pero que se compromete a dedicar su actividad a la pronta tramitación del expediente. Por lo general estas designaciones recaen en quienes recién comienzan la carrera —secretarios y relatores— quienes de este modo se inician en la actividad jurisdiccional en especiales circunstancias que los capacitan para el cargo de discernir justicia y que, a la vez, adquieren prestigio en su misma carrera.

En cuanto a requisitos, es indudable que los abogados deberán reunir los mismos que la L.O.P.J. exige para los jueces: edad, antigüedad en la profesión y nacionalidad y que carezcan de los impedimentos que señala el art. 14 de la misma. En

cambio los Secretarios y Relatores están exentos de esos requisitos, pues la misma ley expresamente los autoriza para ser designados jueces ad-hoc. Un abogado recién recibido no puede ser designado juez por el Tribunal, en cambio un Secretario o Relator nombrado apenas se graduó de abogado, puede ser escogido por el Tribunal para esta comisión. Como los Secretarios y Relatores no tienen por qué reunir los requisitos para ser juez, al autorizar este artículo su designación implícitamente los exime de tener tales requisitos, que sí los deberán reunir los abogados en quienes recaiga el nombramiento.

Designado el juez ad-hoc por el Tribunal respectivo, mediante la resolución que corresponda, ante el mismo deberá prestar el juramento de ley, sin el cual no podrá ejercer el cargo. La designación y el juramento transmiten —por delegación— la jurisdicción.

El art. 38 se pone en el caso —muy frecuente en nuestro país— de que en la provincia en la cual sirve el juez recusado, no exista expedito otro funcionario de carrera, de igual categoría. Como no es conveniente remitir el proceso a otra provincia, pues las huellas, objetos, elementos, testigos, inculcados, etc. dificultarían el traslado, la ley autoriza al Tribunal Superior para designar un profesional que se encargue de la tramitación de la instrucción nombrándolo juez ad-hoc.

Así se consigue que la instrucción continúe en el lugar donde se había iniciado y se encuentran los elementos necesarios al mejor esclarecimiento de los hechos; y que quien realiza la investigación no sea persona cuya imparcialidad ofrecía dudas, sino otro funcionario o letrado considerado apto y preparado para el cargo por el Tribunal.

En cuanto a los motivos que originan los jueces ad-hoc, son muchos. Muchas circunstancias pueden determinar su designación: la falta de juez expedito, la duda sobre la imparcialidad del titular, la complicación del delito sujeto a investigación, el excesivo número de procesados, la acumulación de procesos, etc. En todos estos casos la ley procesal considera que es procedente designar un funcionario especial, con el título de Juez ad-hoc cuya única función sea la de tramitar esa instrucción y que tiene jurisdicción delegada en ese proceso, no en otros. No pueden designarse jueces para descargar un juzgado de los expedientes en trámite. La ley sólo lo permite para determinado proceso.

Los jueces ad-hoc no tienen sueldo fijo mensual. El Tribunal deberá señalarles un emolumento en calidad de honorario por el trabajo a realizar. La cuantía estará sujeta al prudente arbitrio del tribunal que lo nombra y su pago correrá a cargo del Ministerio de Justicia.

Aunque la ley no lo diga, es indudable que el honorario se fija por una sola vez. Pero creemos que si por motivos no vislumbrados al señalarse el honorario, —v.g. mayor complicación o número de imputados— la instrucción adquiere un volumen no previsto, el Tribunal puede hacer una segunda designación de honorarios, considerando que el trabajo a realizar es delicado, de responsabilidad y sólo puede ser realizado con dedicación absoluta y por un técnico en derecho, especializado en esa rama. La misma circunstancia que la ley no diga “por una sola vez” autoriza pensar que en especiales circunstancias, cabe señalar otro honorario.

Art. 39º— El abogado que siga una instrucción en los casos del art. anterior, tendrá un año de abono en su antigüedad como profesional, y el tiempo empleado en la instrucción se le considerará en su hoja de servicios, cuando hubiere lugar.

Esta norma de carácter administrativo-judicial excede a los límites de un código de procedimientos, pero se explica por no existir análoga disposición en la Ley Orgánica.

El abogado designado juez ad-hoc, además del honorario que deberá percibir, tiene ventajas no pecuniarias semejantes a las que obtienen los suplentes. De dos maneras aumenta su antigüedad: una como abogado y otra como posible funcionario público, magistrado o no.

Por el hecho de ser designado juez ad-hoc y ejercido el cargo, se le computa un año más como letrado. La duración del proceso confiado a su cargo nada tiene que hacer con este aumento en su antigüedad profesional. Si el trámite de la instrucción dura más de un año o, al revés, dura menos, siempre la antigüedad de abogado le será aumentada en un año. Esto puede revestir importancia porque a los cargos judiciales sólo se

llega con determinado número de años de ejercicio profesional, requisito indispensable para postular.

Tal situación se presentó en el distrito judicial de Ayacucho en que figuró en terna un abogado que sólo tenía 2 años y 3 meses de ejercicio profesional pero como había sido juez ad-hoc, la Corte consideró que agregando el año que ordena el art. 39, tenía más del tiempo exigido por la ley. Nombrado Juez Instructor, un abogado creyó que existía irregularidad en la confección de la terna y dió cuenta a la Corte Suprema, la que la desestimó. Por aplicación estricta de la ley, no existía ninguna irregularidad en la terna referida.

Pero además del año de antigüedad en la profesión de abogado existe el tiempo de servicios prestados como juez ad-hoc, que la ley le reconoce. Este reconocimiento puede ser inútil si no se llega a ingresar al servicio público, entonces los pierde. Pero si lo hiciere —bien sea a la magistratura o a cualquier otra rama del servicio del Estado—, le serán agregados a su foja de servicios, la que aumentará en la proporción debida, con los derechos inherentes a las bonificaciones y otras ventajas económicas.

Al Secretario o Relator no le alcanzan las ventajas del aumento del tiempo de servicios; sólo percibirá los honorarios que se le señalen.

Art. 40º— La recusación de uno de los miembros del Tribunal Correccional, se interpondrá ante el mismo tribunal de que forma parte, subrogándosele conforme a ley. En el incidente respectivo, el Vocal recusado emitirá informe dentro de 24 horas. Si conviene en la causal alegada, el Tribunal Correccional resolverá lo que estime legal. Si la contradice se abrirá a prueba por 48 horas y previa vista fiscal, se dictará resolución. Contra la resolución que se expida, en ambos casos, procede el recurso de nulidad.

En caso de inhibición de un miembro del Tribunal Correccional, previa audiencia del Ministerio Público, el Tribunal formado con arreglo a lo

establecido en este artículo, resolverá lo conveniente. De esa resolución, procede, también recurso de nulidad.

Los miembros del Tribunal Correccional también están sujetos a los mismos impedimentos que los jueces y, por consiguiente, tienen igual obligación de excusarse o pueden ser recusados. Las causales son las que señalan los arts. 29 y 31.

Como regla general puede decirse que todo aquel que administra justicia y tiene impedimento, debe excusarse o, de lo contrario, la parte interesada puede recusarlo. El integrar un tribunal superior no lo exime de esta obligación, pues de allí también debe separarse a quien ofrezca motivos justificados acerca de su imparcialidad.

Pero la tramitación varía cuando se trata de un miembro del Tribunal Correccional. En este caso, si el Vocal en su informe admite la causal, la resolución deberá ser dictada sin ninguna otra prueba. En cambio si la rechaza por considerar que no existe tal impedimento, el incidente deberá abrirse a prueba. Esta última etapa no existe cuando se trata de la recusación del juez. El período probatorio es muy breve —48 horas—. La vista fiscal es previa a la resolución final. Procede el recurso de nulidad contra esta resolución, diferenciándose así también de la recusación al juez, que no lo admite. Igual trámite se seguirá para el caso de la inhibición.

Como el mismo tribunal de que forma parte el recusado, es el que va a resolver, la ley manda que previamente se complete con otro vocal expedito. De lo que se deduce que presentada la recusación, el magistrado recusado ya no formará parte de la sala, la que se integrará con el vocal llamado por la ley. Una vez completada la sala, se dará el trámite a la recusación: informe, prueba, vista fiscal y resolución. Una ejecutoria de 1948 así lo establece: "Es nula la resolución de inhibición, si el Vocal que se inhibe interviene, antes debe completarse la sala" (R.J.P. 1948 pg. 568).

En cuanto a la prueba, creemos que además de la certificación escrita de que habla el art. 35, el Tribunal puede admitir cualquier otra, tanto más que el incidente se abre a prueba, estación ésta en la cual pueden admitirse sin discriminación alguna, todas las pruebas que nuestra ley procesal contempla. "La recusación de un miembro del Tribunal Correccional debe

resolverse recibiendo el incidente a prueba y previa vista fiscal". (El Peruano, 25 agosto 1943). La omisión de estos trámites, acarrea la nulidad de la resolución.

Siendo los trámites perentorios y fijados en la misma ley, si la prueba no se ha actuado dentro de este plazo —48 horas— el Tribunal deberá resolver la recusación. Así lo establece una ejecutoria suprema: "El Tribunal puede resolver sobre una recusación, estando pendiente la actuación de prueba ofrecida y admitida" (R.J.P. 1944 pg. 391). Aceptar lo contrario sería admitir que la demora en la tramitación paralizaría la resolución contra expresa disposición legal. No debe olvidarse que mientras la recusación no es resuelta, la instrucción se encuentra paralizada en el tribunal, sin poderse llevar a cabo la audiencia, lo que acarrea graves perjuicios a las partes.

El artículo que comentamos no dice cuáles son las causales que determinan la separación de los vocales, pero es indudable que son las mismas que las que afectan a los jueces y que están señaladas en los arts. 29 y 31. Tienen la misma finalidad: separar al magistrado que por determinadas circunstancias personales, existe duda sobre su imparcialidad. Es posible que a pesar del impedimento el magistrado se sobreponga al mismo y juzgue rectamente, pero como ella ha generado duda en la parte interesada y la ley quiere que el fallo judicial no la ofrezca en ningún grado, prefiere separar al vocal en referencia.

A continuación citaremos las ejecutorias más importantes que se refieren a las causales contenidas en los arts. 29 y 31.

"El magistrado que ha intervenido como juez instructor, debe inhibirse de formar parte del Tribunal Correccional que debe juzgar al delito a que se refiere la instrucción, actuada con su intervención" (A.J. 1939 pg. 327).

"El vocal que ha sido ofrecido como testigo, está impedido de conocer en el juicio; es fundada su excusa" (A.J. 1913 pg. 164).

"La excusa de un vocal fundada en parentesco espiritual, es fundada" (R. de los T. 1944 pg. 458).

"Los vocales del Tribunal Correccional deben excusarse en las causas en que intervienen sus hijos como defensores de los acusados" (A.J. 1915 pg. 338 y R. de los T. 1943 pg. 417).

"Está impedido para conocer en juicio criminal, el magistrado cuyo hijo ha intervenido como Fiscal" (A.J. 1906 pg. 506).

"El vocal no puede conocer en causa en que hubiere sido juez su hijo político" (A.J. 1906 pg. 248).

"Está impedido para formar parte del Tribunal Correccional, el Vocal que es hermano del perito que interviene en la instrucción" (El Peruano, 11 setiembre 1943).

"Es fundada la excusa de un miembro del Tribunal Correccional basada en que su yerno ha sido perito en la instrucción" (R.J.P. 1949 pg. 575).

"La enemistad de un Vocal con el acusado es causa suficiente para la excusa de aquel" (R. de los T. 1945 pg. 292).

"Es fundada la excusa de un Vocal apoyada en que la agraviada le hizo ofrecimientos que importaban un cohecho" (R. J.P. 1950 pg. 968).

En cuanto a la oportunidad procesal para recusar a un Vocal o para que éste se inhiba, diremos que sólo procede hasta antes del inicio del juicio oral, aun cuando en el expediente se haya formulado acusación y señalado día y hora para la audiencia. Iniciada ésta, ya el tribunal asumió jurisdicción sin objeción de parte y pasó la oportunidad de plantear la recusación. Existe una ejecutoria suprema que así lo establece: "La inhibición de un miembro del Tribunal Correccional, sólo procede al examinar la instrucción pero no en el juicio oral, porque abierto éste, debe terminar en la forma legal correspondiente". (A.J. 1922 pg. 158).

Una ejecutoria suprema de 1944 plantea un problema interesante. Dice así: "No es potestativo de los Tribunales Correccionales inhibirse del conocimiento de una causa porque los acusados invocan dolencias que los imposibilita para concurrir a la audiencia" (A.J. 1944 pg. 34). Entonces en el caso de que el inculpado por razón de enfermedad —v.g. corazón— no pueda concurrir a la audiencia que va a realizarse en una Corte situada en la sierra ¿qué hará? El Tribunal ¿deberá insistir en la comparecencia, cuando el certificado del médico legista indica peligro para la salud, o ante esta imposibilidad deberá inhibirse de oficio y remitir el proceso a otro tribunal en el cual pueda verificarse el juicio oral sin peligro para el acusado? La Corte Suprema ha establecido que tal hecho no determina que el tribunal en pleno se inhiba pues no es ninguna de las situaciones que, como excepciones al principio general, justifique la inhibición. No olvidemos que la inhibición facilita que se separe del proceso al magistrado que como persona tiene impedimento pa-

ra juzgar a determinado reo, pero no es posible que todo el tribunal esté impedido por la misma causa y con respecto al mismo acusado. Es muy difícil que tal situación pueda presentarse.

En el comentario al art. 31 hemos desarrollado el punto relativo a la transferencia de jurisdicción y a él nos remitimos.

Cuando se presentare el caso de dolencia grave que imposibilita al imputado asistir a la audiencia, éste deberá dirigirse a la Corte Suprema pidiendo ser juzgado —o también instruido ante otro juez— en lugar al cual puede concurrir sin peligro para su salud. Acreditada la dolencia y su situación procesal, la Corte Suprema puede transferir la jurisdicción y disponer que todo el proceso pase a conocimiento de otro Tribunal —o juez— con sede en la ciudad o región en donde reside el inculcado, en donde se llevará a cabo el juzgamiento. Si la transferencia es de una instrucción que recién se inicia, se entiende que el Tribunal Superior que posteriormente conocerá de la instrucción, será el del distrito judicial que corresponda al nuevo juez designado por la Suprema.

Art. 419— Los miembros del Ministerio Público no pueden ser recusados; pero sí deben excusarse en los casos en que proceda la inhabilitación, ante los jueces instructores o los tribunales de que forman parte. Cuando el juez instructor acepte la excusa, designará al llamado por la ley para llenar las funciones del Ministerio Público, dando aviso al Tribunal Correccional.

Si el juez instructor estimara improcedente la excusa del Agente Fiscal, la resolverá el Tribunal Correccional.

El Ministerio Público es una magistratura especial que labora al lado de los jueces, contribuyendo al mejor esclarecimiento de los hechos y teniendo la representación de la sociedad agraviada con el delito y actúa exista o no parte civil y su labor debe ser realizada con criterio independiente. No ejercen jurisdicción —y por eso no pueden ser recusados— pero cuando les afecta alguna causal, entonces pueden y deben excusar-

se de intervenir o de continuar interviniendo en una instrucción. La ley no permite que se les recuse ni en el procedimiento penal ni tampoco en el civil. Son representantes de la sociedad agraviada con la comisión del delito. Tampoco tienen la dirección del proceso, pero la ley considera conveniente que se aparten del conocimiento de una instrucción si es que tuvieren impedimento: "Los miembros del Ministerio Público no pueden ser recusados, pero deben excusarse en las causas en que aparezcan con impedimento notorio" (A.J. 1919 pg. 103).

Las causales de inhibición no son tan estrictas como en el caso de los jueces. La razón es obvia: no tienen a su cargo la dirección del proceso y por eso su parcialidad —en el caso de que la tuvieran— tienen menos oportunidad de manifestarse y también es difícil que puedan encausar la instrucción en la forma que desearan. Solamente en el caso de que el juez fuere un dócil instrumento, es que la presencia de un Agente Fiscal parcial resultaría peligrosa. No correspondiéndole dirigir la instrucción y ordenar las diligencias que considere necesarias, la participación interesada de un representante del Ministerio Público en poco puede influir.

Existen varias ejecutorias supremas que así lo establecen y de su examen vemos que la Corte Suprema no es tan severa en apartar del proceso al Ministerio Fiscal cuando puede dudarse de su imparcialidad, como en el caso de jueces y vocales, como hemos visto antes.

Así tenemos: "La enemistad grave no inhabilita a los Fiscales para intervenir en causas criminales" (A.J. 1908 pg. 16). En ejecutoria anterior hemos visto que la enemistad grave es causal de recusación de los jueces.

"Si el Tribunal Correccional no aceptó la designación de abogado, que era pariente del Fiscal, éste no puede excusarse" (R.J.P. 1950 pg. 903).

"Los Fiscales no pueden intervenir en las causas en que son parte sus parientes espirituales" (A.J. 1877 pg. 156).

En cuanto a su tramitación, solamente resta decir que cuando se acepta la excusa, el juez o tribunal llamará al designado por la ley. Siendo varios los funcionarios —caso de existir más de dos agentes fiscales o tribunales— el designado es el otro miembro titular del Ministerio Público, no el suplente, quien solamente intervendrá si no hay otro titular expedito (Art. 271 L.O.P. J).

La excusa aceptada no requiere formar cuaderno aparte ni tampoco consultarla; bastará con dar aviso al tribunal superior para que tome nota de ella. "La excusa de un miembro del Ministerio Público, no es consultable". (A.J. 1927 pg. 510).

Pero cuando la inhibición no es aceptada por el juez, entonces sí procede formar cuaderno separado, y en vía incidental remitirlo al superior para que resuelva lo conveniente. Aunque la ley no lo diga, al declararla improcedente, el juez emitirá informe expresando las razones que lo han determinado. "La excusa de los funcionarios del Ministerio Público se sustancia como incidente" (A.J. 1920 pg. 276).

En cuanto al impedimento de haber actuado en primera instancia, en el caso de los fiscales no es tan rígida como en el de los vocales. Solamente deberán excusarse en aquellas instrucciones en las cuales hayan emitido opinión o intervenido en tal forma que su participación implique definición sobre los hechos o sobre el inculpado. La mera citación con el auto operatorio o cualquiera otra citación que no lleve implícita expresión alguna, son insuficientes para inhabilitar al representante del Ministerio Público y, en consecuencia, podrá actuar en el tribunal.

Surge una interrogante: ¿si actuó como juez en determinado proceso penal, más tarde podrá actuar como Fiscal en la misma causa para emitir dictamen sobre resolución en la cual no ha intervenido? Una ejecutoria suprema lo acepta al establecer que: "Puede intervenir como Fiscal en un juicio criminal, quien conoció como instructor si no se trata de revisar la resolución que expidió" (A.J. 1892 pg. 249).

Esta solución puede aceptarse siempre y cuando se trate de un incidente, pero no de la sentencia que pone fin al proceso. Creemos que el funcionario de Primera Instancia que interviene activa y decisivamente en la tramitación de un proceso penal —especialmente el juez— está impedido de, más tarde, conocer de la misma causa como miembro del Tribunal Correccional.

Aun suponiendo que como juez no haya emitido el informe final, pero habiendo actuado y seguido toda la instrucción, ya tiene criterio formado sobre el evento criminal y sobre la responsabilidad del agente y no podría juzgar con imparcialidad. En realidad juzgaría su propia obra, se juzgaría a sí mismo como dice CARNELUTTI. Ahora si sólo se tratare de un incidente

—v.g. el de embargo— cuyo auto no ha sido dictado por el juez que se encuentra en el tribunal, es posible pensar que al dictaminar como Fiscal lo haga sin prejuicio alguno. Es medida no decretada por él y puede pensarse que su opinión estará despojada de todo prejuicio. Pero salvo casos como el supuesto, en los demás, creemos que existirá impedimento decisivo que le prohibirá actuar en el tribunal superior.

Separado el representante del Ministerio Público y no existiendo otro de igual categoría, lo reemplaza el suplente, según lo dispone el art. 271 de la L.O.P.J.

Pero si este suplente también tiene impedimento, ¿puede ser recusado o solamente es dable que se excuse? El Código no tiene disposición alguna al respecto. En cambio el C.P.C. en su art. 111 dispone que “Los fiscales, agentes fiscales y los *funcionarios que los reemplacen*, no son recusables, pero deben excusarse de intervenir en el asunto por alguna de las causas consignadas en el art. 89”, que es el que contiene las de recusación.

Interpretando el sentido de la ley al establecer que los fiscales sólo pueden excusarse mas no ser recusados y teniendo en cuenta las disposiciones del procedimiento civil, creemos que el suplente del Ministerio Público no puede ser recusado, solamente deberá excusarse.

Si el representante del Ministerio Público que tiene causa de impedimento, a quien se pide que se excuse, se niega a hacerlo, ¿qué debe hacerse? La ley no contempla este caso. Seguramente considera que la misión vigilante e ilustrativa del Fiscal no puede alterar el sentido de la investigación y que el dictamen no es sentencia. Pero en el caso de producirse la situación planteada, creemos que a la parte perjudicada le queda la vía administrativa, de la queja al superior jerárquico.

S I G L A S

C.C.	Código Civil.
C.P.	Código Penal.
C.P. en M.C.	Código Penal en Materia Criminal.
L.O. del P.J.	Ley Orgánica del Poder Judicial.
A.J.	Anales Judiciales de la Corte Suprema de la República.
R. del F.	Revista del Foro.
R. de J.P.	Revista de Jurisprudencia Peruana.
R. de los T.	Revista de los Tribunales.