

Comentarios al Código de Procedimientos Penales

TÍTULO PRELIMINAR

Por DOMINGO GARCIA RADA

Catedrático Interino de Derecho Penal.
Vocal de la Corte Superior de Lima.

El Código de Procedimientos Penales, vigente desde el 18 de Marzo de 1940, se divide en un título preliminar y cuatro libros, con un total de 369 artículos.

El C. P. en M. C., que rigió de 1920 a 1940 y cuyos preceptos son reproducidos en gran parte por el actual Código, tenía tres libros: Instrucción, Juicio y Procedimientos Especiales. En el primero, comenzaba el título con varios artículos dedicados a principios generales del procedimiento, reglas de Derecho Internacional y algunas declaraciones que, indudablemente, pertenecen al Derecho Penal Sustantivo como es la referente a la prescripción, que hoy integra el vigente Código Penal, posterior en cuatro años al de Procedimientos en Materia Criminal.

El actual Código quiso seguir, dentro de lo posible, la distribución del anterior, a fin de evitar dificultades en el estudio y en la aplicación de la ley procesal. Su autor expresa: "ha sido indispensable agregar un Libro a los tres actuales, intitulado "De la Justicia y de las Partes", que venga a contener instituciones y organismos que no era posible incluirlos en los otros porque se proyectan o repercuten sobre todos ellos". (1)

Con mejor técnica e impecable castellano, el actual Código, además del Título Preliminar, tiene cuatro Libros: el primero dedicado a la Justicia y las Partes, en el cual se ocupa de lo que Carnelutti llamaría la Estática Procesal; el segundo de

la Instrucción; el tercero del Juicio Oral, que se lleva a cabo en instancia única ante el Tribunal Correccional; finalmente, el cuarto Libro trata de los Procedimientos Especiales que regula, no solamente aquellos procedimientos que tienen tramitación distinta de la instrucción y que son los menos, sino que contiene otras disposiciones que no constituyen propiamente un proceso, pero que requieren tramitación judicial, como es la rehabilitación de los condenados, el recurso de revisión, el de habeas corpus, etc.

El Título Preliminar tiene ocho artículos "en que se concretan los propósitos y tendencias fundamentales del procedimiento" (2). Los dos primeros contienen declaraciones doctrinarias relativas a la acción penal y a las etapas del proceso. Los artículos cuarto y quinto tratan de las excepciones y cuestiones prejudiciales que, en vía de defensa, pueden oponerse a la denuncia criminal; existe abundante jurisprudencia relativa a estos artículos, la que comentaremos brevemente.

El artículo tercero prevé el caso de que en una acción civil aparezcan indicios razonables de la existencia de un hecho delictuoso, en cuyo caso ésta se suspende para dar lugar a la respectiva denuncia criminal; se establece que prevalece la acción penal sobre la civil, dado el carácter público que reviste. Finalmente los tres últimos artículos contienen reglas de Derecho Penal Internacional aplicables a los peruanos que delinquen en el extranjero y a los extranjeros que cometan delito en el territorio nacional.

Comentando el Ante-proyecto Zavala, el Profesor Alcalá Zamora dice que se ha omitido "artículos de tanta envergadura como los actos procesales que ahora pasan en silencio y que no es posible abandonar ni a la ley de organización judicial ni aun al Código de Procedimientos Civiles tomado como supletorio" (3) agregando luego que otro vacío es el relativo a las costas procesales.

Además de lo anterior, considera que este título es de "contenido demasiado heterogéneo para asociarse para un solo epígrafe" (3). Cree que en el Libro Primero, debería existir el capítulo Presupuestos Procesales, nombre más apropiado que el de Título Preliminar.

Al convertirse en Código, del Ante-Proyecto quedaron únicamente aquellas disposiciones que por abarcar a toda la legislación procesal penal, se colocaban al comienzo.

Art. 1º—El proceso penal se desarrolla en dos etapas: la instrucción o período investigatorio y el juicio oral que se realiza en instancia única.

Dos grandes reformas introdujo el C. P. en M. C.: la primera, estableciendo la separación entre el antiguo sumario y el plenario, para transformar este último en juicio oral. La segunda, instituyendo el criterio de conciencia en el juzgamiento. Hasta 1920, el llamado juez del crimen realizaba doble labor: reunía los elementos que acreditaban la culpabilidad del agente, y, luego —al igual que el juez civil— dictaba sentencia, de la cual cabía apelación ante la Sala del Crimen de la Corte Superior.

En la Exposición de Motivos del referido Código, se afirmaba, que el juez del crimen, por ser el autor de la instrucción, era el menos llamado a juzgar; que, como consecuencia inevitable de la labor investigatoria, adquiriría prejuicios contra el reo, de los que no podía desprenderse, y que influían en la sentencia, con desmedro de la justicia. Quiso rodear de absoluta imparcialidad al juzgamiento, entregándolo a quienes no habían intervenido en la instrucción. Esta entidad era el Tribunal Correccional que, libre de ideas preconcebidas y colocado en la posibilidad de objetivar la prueba recogida por el inferior, realizaría el juzgamiento, con garantía de imparcialidad; además, por ser tribunal colegiado, ofrecía mayores posibilidades de acierto en sus fallos.

El proceso penal es el conjunto de actividades mediante las cuales los órganos competentes, observando ciertos requisitos, juzgan a los infractores de la ley penal y les aplican las sanciones previamente establecidas. Por eso Florian dice que el objeto del proceso es la relación de derecho penal entre el Estado y el delincuente. Ello determina su calificación de Derecho Público. Como concatenación de actos sucesivos, su ejecución obedece a un criterio determinado: el criterio del fin: "Los actos están ligados entre sí por el vínculo del destino común; los actos están orientados hacia la misma meta por una fuerza immanente que domina en el proceso, que conduce a la conclusión representada por la sentencia". (4)

El momento procesal más importante es la audiencia, culminación de diversos actos preparatorios. El proceso no

puede comenzar por la vista oral; es necesario que le preceda un período de instrucción, en el cual se recojan las pruebas que más tarde sirven de fundamento a la sentencia. La instrucción se caracteriza por la acumulación de pruebas y por el análisis crítico de la misma. Es conveniente y de justicia que sólo se llegue al acto oral cuando existan pruebas suficientes para establecer la responsabilidad. Durante la investigación hay la imputación que contiene la denuncia, pero no la acusación escrita que formula el Ministerio Público; cuando ésta se produce, aquella está concluida y sólo falta la audiencia que establezca la situación legal de quienes se encuentran procesados.

El acto oral o audiencia es la síntesis del proceso; es el crisol en el cual entran en contacto todos los elementos acumulados en el proceso para fundirse en un documento llamado sentencia. Aunque también pueden actuarse pruebas en esta etapa, es lo menos corriente; por lo general éstas se actúan en la instrucción.

El proceso, entendido como sinónimo de juicio, se desenvuelve animado por la unidad del fin representado por la obtención de una sentencia que más tarde adquiera la categoría de cosa juzgada y finalice en la ejecución. Esta unidad no obsta para que el proceso se fraccione en períodos o fases, que, sin destruirlo, relieves las etapas que atraviesa.

Los tratadistas discrepan en cuanto a su número. El artículo que comentamos, divide el proceso en dos etapas: instrucción y juicio oral. Sin destruir esta afirmación, en nuestra realidad legal existen las siguientes etapas: 1) *La investigación policial previa*, consistente en el atestado o parte policial. Se realiza por la policía de investigaciones, fuera de todo control judicial y de las partes, lo que puede ser motivo de abusos, pero dada su inmediación al delito y los especiales medios probatorios que posee esta institución, puede constituir elemento probatorio de indudable valor procesal. Conforme a nuestra ley procesal penal, el atestado sólo tiene valor de denuncia, sin constituir prueba privilegiada o única, porque siempre requiere que sus conclusiones sean comprobadas judicialmente. 2) *La instrucción* a cargo del juez instructor, llevada a cabo con todas las garantías de la ley; es la etapa investigatoria y las pruebas acumuladas durante su curso tienen pleno valor procesal, por haberse actuado bajo el control de las partes. 3) *El juicio oral*, que se realiza ante el Tribunal Correccional.

Por regla general no se actúa pruebas durante esta etapa, limitándose a reproducirse las ya actuadas en la etapa anterior. Pero en ciertos casos pueden actuarse nuevas pruebas ante el Tribunal o el mismo Tribunal llevarlas a cabo. 4) *La impugnación de la sentencia*, ante la Corte Suprema, que constituye nueva instancia, puesto que ésta puede conocer el fondo del asunto o limitarse a declarar la nulidad por inobservancia de las formas procesales. En esta fase se comprende el recurso de Revisión, realizado con posterioridad a la sentencia. 5) *La ejecución de la sentencia*, comprende varios casos: la únicamente administrativa cuando se dispone la remisión del reo a una penitenciaría o colonia penal, lo que corre a cargo de la Dirección de Establecimientos Penales y de Tutela del Ministerio de Justicia; la condena condicional en el cual el reo queda sometido al cumplimiento de diversas condiciones; el pago de la reparación civil a cargo del reo y que debe hacerse efectivo en el Juzgado de origen; la rehabilitación posterior a cargo del Tribunal sentenciador; la liberación condicional, independiente de la sentencia, pero su vinculación está demostrada por el hecho de que los reos sentenciados en Lima, deben solicitarla ante el mismo Tribunal que los condenó; en los delitos de imprenta, la ejecución de la sentencia consiste en una publicación periodística ordenada por el juzgador. Estos son los casos que pueden englobarse dentro del capítulo de la Ejecución de Sentencia. El artículo que comentamos sólo se refiere a las etapas dos y tres, pero la primera la reconoce al tratar de la Policía Judicial y las dos últimas están comprendidas en los diversos capítulos del mismo Código.

En la instrucción, el juez realiza una labor semejante a la histórica: debe reconstruir el hecho delictuoso, descubriendo la verdad total desde sus antecedentes hasta sus consecuencias. El autor procurará mantenerlo en la obscuridad o hacer desaparecer las huellas para lograr la impunidad. El instructor deberá procurar las pruebas mediante plan trazado de antemano, rectificándolo cuando las circunstancias lo requieran. Por eso la ley lo denomina "Director de la Instrucción" (art. 49).

La instrucción es reservada, pero no secreta, pues cae bajo el conocimiento de los que intervienen en ella. En esta etapa la publicidad perturbaría el curso de la investigación, permitiría que los cómplices y encubridores, aun no procesados urdieran tramas preparando su defensa; que los vestigios del

delito, documentos y huellas, desaparecieran por la acción de estos terceros interesados en ocultar el hecho criminal. Todo ello obstaculizaría la marcha de la justicia. Por estas razones la instrucción es reservada (art. 73), sin tener el carácter hermético de los antiguos procesados inquisitoriales.

La audiencia es la fase pública del proceso. En concordancia con el mandato constitucional (art. 227 de la Constitución Nacional) la ley procesal en su art. 215 ordena que la audiencia sea pública, bajo pena de nulidad; excepcionalmente se realiza en privado cuando se trata de cierta clase de delitos por naturaleza reservados, o con concurrencia limitada cuando median razones poderosas y el Tribunal así lo ordene.

La publicidad permite conocer la razón de la condena o de la absolución: Realza la majestad de los jueces, quienes ganan en respeto y consideración al difundirse sus fallos mediante la prensa. Contribuye, en los jueces, a aumentar su sentido de responsabilidad al saber que sus sentencias serán leídas y comentadas por el público. Es un excelente control que la sociedad, en especial los profesionales, ejercen hacia sus jueces, al mismo tiempo que éstos si ganan en aprecio, será en la medida que dicten fallos justos y bien fundamentados. La audiencia pública crea un ambiente de respeto hacia el Juez, cuyo interrogatorio es oído y apreciado por el público, comprendiéndose así la silenciosa y trascendental labor que desarrolla la magistratura.

Concluida la investigación, desaparece la razón de ser del secreto. Solo resta la apreciación personal de los jueces, la calificación del hecho y el fallo, que es materia de la sentencia.

La oralidad en la audiencia constituye eficazmente para que la atención de los magistrados sea atraída hacia aquellas circunstancias que favorecen al acusado, las que deben ser destacadas por el defensor. La audiencia no es exclusivamente oral, porque siempre hay lectura de piezas; existe prueba material que no puede reproducirse oralmente y requiere ser examinada. Pero la oralidad predomina. Chiovenda, tan partidario de la oralidad, reconoce que la lectura de los documentos es necesaria e irremplazable. Couture, afirma, "que no hay proceso oral puro, pues siempre existen piezas escritas, a las cuales debe darse lectura" (6).

La etapa más importante del proceso, es la instrucción. El juicio oral no se puede salir de los límites de la instrucción.

Lo que no recoge el juez, posiblemente queda perdido para la Justicia. Los peritos y testigos que pueden concurrir a la audiencia, refuerzan las pruebas actuadas ante el instructor, pero, por lo general, no las cambia fundamentalmente.

La primera de las etapas que señala la ley, reviste la forma inquisitoria y la segunda, el juicio oral, la acusatoria. En el Segundo Congreso Latino Americano de Criminología reunido en Santiago de Chile en 1951, se recomendó la "División del proceso penal en una etapa de instrucción y otra de juzgamiento, sobre la base de la acusación del Ministerio Público, debiendo encomendarse ambas etapas a Tribunales diferentes". (7) Esta dualidad de formas y diferenciación de Tribunales es lo que existe en nuestra ley procesal penal.

Al estudiar el Ante-Proyecto Zavala, el Profesor Alcalá-Zamora observó lo siguiente: "que el proceso penal abarca mayor número de etapas; que un crecido número de causas no llegan al juzgamiento, y, en cambio, muchísimas alcanzan una tercera, que es la Corte Suprema, mediante el recurso de nulidad".

Consideraba más conveniente que en vez de tan determinante declaración, se consignara una de carácter teórico establecido que sólo se puede ser juzgado conforme a las disposiciones del Código. (8) Indudablemente que esta observación es exacta y técnicamente era preferible suprimir la enumeración de las etapas del proceso y consignar una declaración amplia, como la propuesta, de carácter teórico.

Desapareciendo el carácter de "extraordinario" que el recurso de nulidad tenía en la antigua legislación, éste se ha vuelto común y frecuente en los procesos penales, tanto más que no tiene exigencia económica ni procesal de ninguna clase, excepto la del plazo, y no estar sujeto al pago de costas. Lo corriente en la sentencia penal es la impugnación ante la Corte Suprema.

Pero el Tribunal Supremo no repite el juicio oral realizado ante el Tribunal Correccional. Previa vista fiscal y con el informe oral del defensor y de la parte civil, —siempre que fuera solicitado— resuelve en última instancia.

Existe contradicción entre lo que declara este artículo 2º, la instancia única, y las facultades que los arts. 299 y 300 conceden a la Corte Suprema. ¿Cuál prevalece: la declaración de que el proceso penal tiene una sola instancia o las facultades

que el mismo Código concede a la Corte Suprema y que están acordes con el contexto restante? Creemos que lo último. Conforme a la estructura del Código, la Corte Suprema es segunda instancia en lo criminal, con las facultades amplísimas que se le conceden, con la única limitación de no condenar a quien ha sido absuelto.

También requiere explicación el hecho de que una sentencia dictada con criterio de conciencia, sea apreciada por otro Tribunal Superior y enmendada, si lo creyere necesario. Las pruebas pueden compulsarse, pero no en el criterio personal e íntimo de quienes juzgaron.

Explicando estos puntos, el ponente doctor Zavala Loayza expresa: "que siendo indispensable garantizar a las partes contra posibles errores judiciales, era necesario conceder algún recurso contra las resoluciones de los Tribunales; que el de casación no permitía la enmienda directa del error y traía consigo los prejuicios y gastos, inherentes a la apelación. En cambio manteniendo el orden vigente, además de contar con la tradición existente en el Perú de que la Suprema revisara las sentencias criminales y modificara las penas sin necesidad de nuevo juicio, concedía oportunidad al Tribunal Supremo para que considerando las pruebas actuadas en la instrucción y en la audiencia, mediante las actas, adquiriera pleno conocimiento de los motivos que fundamentaron la sentencia, pudiendo saber si el fallo había sido dictado conforme a derecho y a lo probado en autos". Finalmente agrega: "que el régimen vigente hasta 1940 ha dado los mejores resultados y nada induce a proceder de contrario, sino, antes bien, a dar mayor amplitud al recurso de nulidad" (7). Al conceder a las partes la posibilidad de recurrir a otro juez, se contribuía a dar mayor seguridad a la sentencia del Tribunal Correccional.

A estas fundadas razones, debe agregarse otra que no ha podido escapar a los autores de los sucesivos códigos que han regido en el Perú: es el de orden geográfico. La configuración de nuestro territorio, las dificultades que presentan las vías de comunicación, muchas de ellas intransitables durante algunos meses del año, el correo terrestre usado en la remisión de los expedientes, es lento y demora semanas y meses para transportar los envíos entre las regiones de nuestro territorio. Ello impone la necesidad de que tengamos un Tribunal con amplias facultades que al mismo tiempo que examina la exacta aplicación

de la ley, pueda conceder y resolver sobre el fondo del asunto, sin necesidad de verificar nueva audiencia, evitándose así dilaciones en el juzgamiento que acarrearía graves perjuicios a la pronta administración de la justicia.

Art. 2º—La acción penal es pública o privada. La primera se ejercita por el Ministerio Público, de oficio o a instancia de parte agraviada o por acción popular. La segunda directamente por el ofendido, conforme al procedimiento especial por querrela que este Código establece.

El concepto de *acción* ha nacido en el campo civil, pero dado el estado de los estudios procesales, también se aplica en el penal. La noción misma está en pleno desenvolvimiento y según Carnelutti (9) aún no ha sido construido el concepto de acción penal y "cada uno debe ingeniarse para hacer su parte lo mejor que pueda, aportando su contribución a la obra común".

En términos generales, la doctrina establece que la acción penal es el ejercicio del derecho que tiene toda persona, para promover la actividad jurisdiccional del Estado; en lugar de castigar personalmente a quien lo ofende, acude al Poder Judicial para que sancione el agravio inferido. En vista de este requerimiento, el juez inicia la instrucción para establecer si existe o no delito y quién es el culpable para, en caso afirmativo, dictar la sanción respectiva.

Si el derecho tiene carácter social y se ejercita por quien representa a la sociedad, la acción penal es pública; si la ejercita el titular del derecho particular, la acción es privada. Cuando la acción privada se realiza sin la intervención del representante de la sociedad, mediante el procedimiento especial de querrela, la acción también es privada, pero el proceso no es común sino especial. La acción popular regulada en el art. 76 es una forma de la acción pública, en la que el ejercicio de la denuncia se concede a cualquier persona, pero el de la acción radica siempre en el personero de la sociedad.

Alcalá-Zamora critica la consagración de la acción privada establecida en este artículo, diciendo: "la afirmación es inaceptable; la acción penal hoy día, o sea en el régimen del Estado de Derecho y no de venganza privada, es siempre pública, por lo mismo que su objeto es la realización de una potestad tan esencialmente pública como es el "ius puniendi" (10). Muchos tratadistas opinan de igual manera y puede decirse que es el criterio predominante. El Primer Congreso de Ciencias Procesales de Córdoba (Base 17) acordó recomendar que la acción penal sólo fuera ejercida por el Ministerio Público, salvo los casos de acción privada. El grado de participación que debe darse a las personas privadas en el procedimiento es un antiguo problema doctrinario que escapa a la índole de estos comentarios.

En el Perú la acción privada es necesaria, porque existen delitos cuya denuncia o persecución está reservada al agraviado. Tal es el caso del art. 212 del C. P. que dice: "El cónyuge ofendido es el único que puede acusar por el delito de adulterio".

Debe distinguirse la acción pública de la privada, porque sustancialmente el ejercicio de la primera se encomienda al Ministerio Público y el de la segunda al titular del derecho.

Como notas esenciales de la acción penal, Florian (pág. 178) da las siguientes: 1º pública, por cuanto va dirigida a hacer valer un derecho público del Estado, como es la aplicación de la ley penal a aquel que ha cometido un delito; 2º indivisible, por cuanto alcanza a todos los que han participado en la comisión del delito; 3º irrevocable, porque una vez iniciada sólo puede concluir por sentencia, es decir el actor, salvo casos excepcionales, no puede desistirse de ella y si lo hace, es inválido tal desistimiento.

Cuando el proceso se actúa con intervención del Ministerio Público, aunque la acción sea privada, el titular no es aquel sino la parte que tiene la facultad de ponerle término cuando lo desee. Cuando quien ejercita la acción es un particular —parte civil o agraviado— aunque intervenga el Ministerio Público, se dice que la acción es privada. Lo que varía es el órgano o persona que la ejercita y según eso puede ser privada o pública, pero la acción penal, en general, siempre es pública.

El delito, fenómeno social de consecuencias diversas, es complejo en su constitución y en sus derivados. Normalmente

produce dos resultados fundamentales: uno de carácter penal y otro de carácter civil. Cada uno corresponde a los distintos aspectos que presenta. Lo primero es la trasgresión de la ley penal; la perturbación del orden social establecido agravia a la sociedad entera. Lo segundo es el daño económico que produce en el patrimonio de alguno de sus miembros, que así resulta especialmente afectado. Con relación a lo primero, el delito es mal público; con relación a lo segundo es mal privado. Como consecuencia del delito nacen dos acciones: una destinada a restablecer el orden social alterado; otra destinada a resarcir el daño —patrimonial o físico— causado a la persona o al patrimonio de un miembro de la sociedad.

Entre la acción penal y la acción civil existen diferencias fundamentales. Castro (pág. 89, tomo II) señala las siguientes: a) la acción penal tiene por objeto aplicar una norma represiva; la civil obtener una indemnización económica. b) la acción penal forma parte del Derecho Público porque interesa a la colectividad; la civil pertenece al ofendido y forma parte de su derecho privado, porque se refiere a su patrimonio. c) la acción penal se extingue con la muerte del ofensor; la acción civil puede pasar a los herederos del ofensor y del ofendido. d) la acción penal debe entablarse contra la persona física; la civil puede entablarse contra persona física y jurídica.

No todos los delitos revisten igual gravedad. Existen algunos que tienen esfera restringida de extensión delictual. Son los denominados delitos de acción privada.

Para el castigo de los delitos, la ley reconoce dos clases de acciones: la pública y la privada.

La acción pública tiene tres caracteres esenciales: 1) es la consecuencia necesaria del delito. 2) es autónoma, no está subordinada al carácter dañoso del hecho ni a la acción civil, es decir, el daño puede desaparecer, v. g. por recuperación de lo robado, abono de su importe, etc., pero siempre existe delito que requiere sanción penal. 3) es acción ejercida en nombre de la sociedad afectada por el delito cometido en agravio de uno de sus miembros; puede darse el caso de que el perjudicado renuncie a la sanción y sin embargo la acción penal continúa hasta llegar a la sentencia, no admite transacciones ni convenios.

A propósito de la acción penal pública surgen varias interrogantes.

El Ministerio Público ¿tiene la libre disposición de la acción penal? No. Por el carácter público que reviste la acción penal, el Ministerio Público sólo tiene su ejercicio. Cuando denuncia un delito lo hace a nombre de la sociedad que representa. No ejerce un derecho propio, sino cumple un deber.

¿A quién corresponde el ejercicio de la acción pública? En la doctrina encontramos diversos sistemas: unos la conceden en forma absoluta al Ministerio Público o al agraviado o a cualquiera del pueblo; otros son eclécticos, la conceden a diversas personas. Nuestro Código combinándolos en forma atinada, concede mayor amplitud al ejercicio de la acción otorgándola al Ministerio Público, en primer término, al juez instructor, que puede proceder de oficio, al propio agraviado y, para determinados casos, reconoce la acción popular. Así mutuamente se controlan, evitándose que los delitos queden sin sanción por silencio del Ministerio Fiscal o del juez.

La función específica del Ministerio Público es perseguir el delito hasta conseguir que los autores sean identificados y debidamente sancionados. No tiene la exclusiva de denunciar hechos delictuosos, pero forzosamente debe formular acusación para que el Tribunal pueda pasar a juicio oral.

La ley concede al juez instructor el derecho de instaurar la acción penal. Procede de oficio en ejercicio de su función. Cuando el juez tiene conocimiento de la comisión de un delito, debe abrir instrucción, aunque no medie denuncia formal de la policía o del agraviado.

La denuncia consiste en notificar a la autoridad judicial de la existencia de un delito de acción pública. Nuestra ley no requiere ninguna formalidad especial, previamente determinada. Basta que el escrito contenga el relato sustancial del hecho considerado delito y, de ser posible, el nombre del autor o autores. Conocida la existencia del delito por la autoridad, ella debe actuar conforme a lo que le compete.

Si el conocimiento del hecho delictuoso proviene de un expediente civil, solamente el juez de Primera Instancia puede enviar la denuncia respectiva al Agente Fiscal. En este caso, es facultad exclusiva del juez el formular la denuncia. Ni el presunto agraviado con el delito ni el representante del Ministerio Público pueden hacerlo, conforme veremos al comentar el art. 3°.

También la parte agraviada tiene la atribución de denunciar el hecho considerado delito, quedando siempre al arbi-

trio del juez abrir instrucción si fuera de igual parecer. En algunos casos especiales, v. g. el adulterio, la ley concede al agraviado la exclusiva de denunciar el delito. Se concede este derecho al agraviado porque su ejercicio puede contribuir al esclarecimiento del hecho. Existe el peligro de que la actividad del agraviado sea determinada por su deseo de venganza y en tal caso más es obstáculo que ayuda. Esta eventualidad puede ser atenuada por la acción moderadora del juez y por el control que el Agente Fiscal debe realizar en el curso del proceso. En cambio existen ventajas indudables: el agraviado puede aportar pruebas decisivas que contribuyen al descubrimiento del delito y al mejor conocimiento de la personalidad del delincuente; también puede impedir la prescripción, gestionando la verificación del acto oral. No debe olvidarse que el juicio criminal puede tener y tiene influencia sobre las acciones civiles que nacen del delito. Todo ello justifica la intervención del agraviado como parte en el proceso penal.

Característica propia de esta intervención es su calidad de facultativa. El agraviado no está obligado a denunciar el delito ni a perseguirlo. Por lo general tiene interés en que se sancione al culpable y en el resarcimiento económico del daño que le ha sido inferido; puede, sin embargo, darse el caso de que, por motivos especiales, prefiera silenciar el hecho, en cuyo caso no falta a ningún deber.

La situación del agraviado-denunciante, es distinta de la del Ministerio Fiscal. Puede denunciar el delito cometido en su agravio, ofrecer pruebas y asistir a las diligencias que la ley permita, pero no es acusador. Denunciante y Fiscal responden a distintos estímulos: el primero obedece a la aspiración de que se haga justicia; el deseo del segundo es contribuir a hacer justicia. Sin la concurrencia del agraviado el proceso puede llevarse a cabo hasta la sentencia, no es necesario que persiga la acción para que ésta continúe; en cambio el Fiscal debe participar en el proceso y en algunas diligencias, v. g. la audiencia, su presencia es obligatoria. La acción del Ministerio Público debe sentirse desde el inicio de la instrucción; el agraviado puede ser denunciante o solamente apersonarse en el curso del proceso. En cambio es obligatoria la denuncia para quienes, conociendo la existencia del delito, deben hacerlo por razón de su profesión o empleo, no solamente cuando agravian el patrimonio de la entidad a la cual prestan servicios; v. g. contador de

un ministerio, sino también cuando se enteran del hecho delictuoso por el puesto que desempeña, v. g. director de un establecimiento hospitalario.

La omisión de este deber configura el delito contra la administración de justicia, previsto y penado por el art. 333 del C. P. Además de la sanción allí establecida, —prisión o multa—, sufrirán la “pena administrativa de destitución” conforme lo dispone el decreto supremo de 9 de Agosto de 1937.

Preguntamos: ¿el funcionario público que en cumplimiento de esta disposición, formula denuncia ante el Agente Fiscal, está obligado a constituirse en parte civil? ¿Su obligación termina con la denuncia? Creemos que forma parte de su obligación aportar todos los datos que comprueben la veracidad de la denuncia, ratificarse en la misma, concurrir a las diligencias a las cuales fuere citado, etc. El omitir dar los datos a la justicia no solamente frustraría el propósito que persigue la ley, impidiendo que prosperara la acción penal, sino que, además, permitiría que en represalia, se le iniciara la acción de calumnia por el denunciado que se ha librado del castigo, por falta de prueba. Con lo anterior concluye su obligación. No tiene porque constituirse en parte civil como actor del proceso. Al Ministerio Público corresponde continuar la acción instaurada y perseguir conjuntamente la sanción penal y la civil.

Se presenta un problema: ¿las personas jurídicas pueden ejercitar acciones criminales? Creemos que sí. Se les ha negado tal potestad aduciendo que en el caso de denuncia falsa, no existiría la acción reversible de calumnia, que puede ejercitarse en caso de las personas físicas. A esta objeción se ha contestado que las personas jurídicas son instrumentos de sus personeros, quienes hablan por ellas y que pueden llevarlas al error; en caso de una denuncia falsa, la acción de calumnia puede dirigirse contra los personeros que autorizaron la acción penal. Negarles la acción penal sería dejar impunes delitos que agraven su patrimonio o que vulneren el honor de sus componentes como tales.

Enneccerus (11) las define así: “Las personas jurídicas de derecho civil son organizaciones (esto es uniones o instituciones para determinados fines) reconocidas como sujetos de derecho y de voluntad”. Son organizaciones jurídicas para el logro de fines comunes a un grupo numeroso de personas; como carácter propio tienen la permanencia que trasciende la du-

ración de la vida humana; son ficciones legales que tienen existencia jurídica por mandato de la ley, careciendo de presencia física. Nuestro C. C. en su art. 43 dice: "Las personas jurídicas pueden, para los fines de su instituto, adquirir los derechos y contraer las obligaciones que son inherentes a la condición natural del hombre". Siendo la persona jurídica agraviada en su patrimonio, puede denunciar el delito y perseguir la sanción del culpable dentro de los límites legales. La limitación que existe es en cuanto a su propia naturaleza. Una Ejecutoria Suprema (R. J. P. Setiembre 1952, pág. 2730) establece que el personero de una compañía tiene capacidad para denunciar delitos y el juez abrirá instrucción, si lo cree procedente.

Igual interrogante cabe formularse respecto de los sindicatos y asociaciones. Las corporaciones profesionales, al igual que las personas jurídicas y naturales, en defensa de su patrimonio pueden poner en novimiento el mecanismo judicial, pidiendo la represión de los delitos que se cometan en agravio suyo, v. g. el robo de caudales. Pero irrogándose la representación del gremio, ¿pueden pedir sanción contra quienes infrinjan los deberes profesionales? En la doctrina política, existe la tendencia de conceder a los sindicatos la personería de la profesión, constituyéndose en sus representantes legítimos. Pero esta tendencia no ha trascendido al campo de las relaciones de derecho privado. Como excepción tenemos el caso de los colegios de abogados que, a tenor de lo dispuesto en la Ley 11,363 están autorizados para denunciar el delito de ejercicio ilegal de la abogacía. Esta concesión tiene como razón el hecho de que siendo obligatoria la agremiación, el Colegio debe velar por el decoro y la honestidad profesionales, para lo cual ha dictado el Código de Ética y está encargado de la represión del tinterillaje. Las otras asociaciones de profesionales no tienen análoga facultad.

En consecuencia los sindicatos y asociaciones no representan oficialmente a las agrupaciones profesionales y no les compete denunciar las infracciones cometidas por sus miembros en el ejercicio de su profesión. La única excepción, lo repetimos, es el Colegio de Abogados. Pero si bien es cierto que carecen de este deber específico, en cambio pueden ampararse en el último párrafo de este artículo 2º y hacer uso de la acción popular, si ella fuera procedente.

Una Ejecutoria Suprema (R. J. P. Mayo-Junio 1949, pág. 393) ha establecido que los administradores y depositarios judiciales no pueden ejercer la acción penal, porque ello escapa a sus atribuciones.

La acción popular es la que la ley concede a cualquier individuo en asuntos que interesan al bien común, para denunciar la infracción a la autoridad judicial competente, aunque el denunciante no le concierne en forma directa o inmediata la sanción del delito. Todas las acciones penales, excepto las que expresamente se reservan a la acción privada, son públicas, pero no todas pueden iniciarse mediante la acción popular, v. g. el matrimonio ilegal. Nuestro Código limita la concesión de esta acción a los delitos de comisión inmediata; Ejecutorias Supremas insertas en la R. J. P. (Mayo-Junio 1949, pág. 395, Diciembre 1943, pág. 40 y Noviembre de 1950, pág. 1,402) establecen que la acción popular sólo procede en los delitos de comisión inmediata y debe ser ejercida conforme al art. 76.

La Constitución Nacional en sus arts. 133 y 231 concede acción popular para denunciar ante el Poder Judicial la infracción de la Carta Magna por reglamentos y resoluciones gubernativas y para denunciar los delitos contra los deberes de función que cometen los miembros del Poder Judicial. Supedita el ejercicio de la primera, o sea, la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una ley, reglamento o resolución, a la norma que reglamente el procedimiento judicial a seguirse, la que hasta ahora no se ha dictado. Tres resoluciones de sala plena de la Corte Suprema (A. J. 1948, págs. 348, 364, 367) han establecido que mientras esta ley normativa no se dicte, el Poder Judicial de la República está impedido de ejercer la función de declarar la inconstitucionalidad de la ley.

¿Contra quién se dirige la acción popular?. Solamente puede dirigirse contra el individuo responsable de la infracción penal. La individualización de las penas es consecuencia de la acción. La acción pública solamente puede ser dirigida contra persona natural, cierta y determinada, a quien se responsabiliza de un delito, como autor o como cómplice. Al hacerlo debe sujetarse a lo dispuesto en los arts. 76 y 78 (R. J. P. Julio 1946, Set.-Oct. 1946, pág. 518).

Ahora bien, ¿existiendo el hecho delictuoso pero ignorándose el autor, la acción puede ser dirigida contra desconocido?. Es evidente, pues mediante la acción se identifica al

autor; el proceso tiene como finalidad identificar al presunto responsable.

Hay que distinguir: la instrucción puede ser abierta y seguida contra desconocidos, pero llegada la etapa del juicio oral sin establecerse quien es el responsable, entonces debe archivar provisionalmente el proceso hasta que se acredite la identidad del autor. En el auto apertorio debe decirse que se abre instrucción contra quienes resulten responsables. La Suprema ha declarado que no puede seguirse instrucción contra desconocidos. En esta etapa del juicio, va a determinarse el grado de responsabilidad del inculpado y si éste no ha comparecido y más aún si se ignora su nombre, es imposible determinarla. Si en el curso de la instrucción fallece el autor, deberá cortarse el procedimiento, pues con la muerte termina la acción penal y ésta por ser personalísima no continúa contra sus herederos.

Nuestro Código establece que la acción penal privada se lleva a cabo directamente por el ofendido, mediante querella; ni aún la esposa o el esposo pueden ejercerla válidamente (R. J. P. Enero 1955, pág. 1625). Se denomina querella a la acción o instancia de la parte agraviada; es el recurso en el cual se denuncia el delito, pidiéndose la sanción correspondiente. A los delitos que requieren querella de parte, también se les denomina "delitos exceptuados".

Los actos humanos ilícitos calificados como delitos en el C. P. son merecedores de sanción; unos, por afectar el interés social, en que se estima que la sociedad es la agraviada, son considerados como delitos de acción pública; en ellos la acción se sigue de oficio, corriendo a cargo del Ministerio Público su prosecución hasta alcanzar el castigo. Pero otros delitos tienen ámbito delictual más restringido y su realización afecta, principalmente, al propio ofendido. En ellos se deja al interesado que persiga el castigo del ofensor, recurriendo a la autoridad judicial. Es el caso de la acción privada, que pueden ejercerla el propio interesado o sus herederos: el agraviado es el titular de la acción penal y puede ejercerla o no, así como también hacerla cesar cuando quiera, pues de su voluntad depende la prosecución del proceso. Por regla general en estas acciones no interviene el Ministerio Público. Los delitos de injuria, difamación y calumnia constituyen ejemplos de esta clase de infracciones.

Existen excepciones: hay ciertos casos que requieren querrela de parte agraviada para iniciar la acción, pero abierto el proceso, el Ministerio Público toma conocimiento e interviene hasta su conclusión. En estos casos de excepción, la parte agraviada no es dueña exclusiva de la acción penal, es decir, le es facultativo iniciarla o no, pero abierta la instrucción su desistimiento puede ser admitido por el juez, siempre que no medie oposición del Ministerio Público. Sólo entonces cesa la acción. Como ejemplos de esta clase de delitos, tenemos los cometidos contra el honor sexual en agravio de mayores de 16 años de edad y menores de 21.

Conviene distinguir entre querellante y denunciante. El denunciante se limita a comunicar la existencia de un delito a la autoridad competente, desentendiéndose luego por completo de la acción penal, porque no es parte en el proceso, quedando sí sujeto a responsabilidad, si a sabiendas denunciare un hecho falso.

En cambio el querellante exterioriza una manifestación de voluntad, interviniendo en el proceso como parte y afectándole el resultado del juicio.

En el antiguo Código de Enjuiciamientos Penales se concedía al acusado la facultad de denunciar a su denunciante, siguiéndose paralelamente ambas denuncias. Era lo que se llamaba contra-querella. Hacía el juicio doble, porque entonces cada uno de los litigantes era acusador y acusado. Se interponía dentro de tercero día; después de notificada la querella (art. 128 del C. E. P.) se seguía en el mismo juicio y estaba sujeta al mismo procedimiento de la querella.

Tal institución desapareció en el Código de Procedimientos en Materia Criminal. Tampoco existe en el actual C. P. P. Una ejecutoria inserta en la R. J. P. (Mayo-Junio 1948, pág. 342) establece que: "No es procesal admitir denuncia del inculpado; es la antigua contra-querella no permitido por la ley". Una Ejecutoria anterior es más explícita: "El instituto de la contra-querella existente el C. E. P. del 63; no existió en el C. P. en M. C. del 20, ni existe en el actual C. P. P." (A. J. P. Marzo-Abril 1946, pág. 213).

Abierta la instrucción por un delito, es inadmisibles la contra-denuncia formulada por el inculpado. El procesado tiene, como medio de defensa las excepciones y cuestiones pre-

judiciales, pero no puede denunciar a quien lo ha denunciado. (A. J. 1948, pág. 301).

Finalmente debe reiterarse la idea de que para denunciar un delito es necesario tener capacidad procesal, exceptuando aquellos de comisión inmediata. La expectativa de derechos, por seguros que sean éstos, mientras no constituyen realidades, no dan facultad para denunciar, porque aun no es agraviado (R. J. P. Mayo-Jun. 1951, pág. 342).

Art. 3º.—Cuando en la sustanciación de un procedimiento civil aparezcan indicios razonables de la comisión de un delito perseguible de oficio, el juez dará conocimiento al representante del Ministerio Público para que entable la acción penal correspondiente. En este caso, el juez suspenderá la tramitación civil siempre que juzgue que la sentencia penal puede influir en la que debe dictarse sobre el pleito civil. El auto que suspende el juicio civil es susceptible de apelación en ambos efectos y de recurso de nulidad.

Existe estrecha vinculación entre el derecho civil y el derecho penal; así el robo es posible porque el Código Civil reconoce la propiedad privada; el adulterio puede darse porque existe el matrimonio amparado por la ley. Son dos campos distintos: el derecho civil regula las relaciones pacíficas de los ciudadanos; el penal las no pacíficas. El primero vigila la armónica convivencia de los hombres; el segundo castiga a quien dolosamente altere esa convivencia indispensable en la vida de sociedad. Cuando se sigue un proceso civil es para devolver la armonía social alterada por el incumplimiento de una obligación. Puede ocurrir y es frecuente que ocurra que al tratar de restablecer judicialmente la armonía entre las partes, se descubra algo más grave que el incumplimiento del obligado; se vislumbra la comisión de un hecho que la ley considera delito y cuyo juzgamiento puede influir en la sentencia a dictarse. En este caso se suspende la acción civil comunicándose la situación

al Ministerio Público para que proceda a denunciarlo ante el juez instructor.

En cuanto al concepto de indicios, al comentar el art. 127 trataremos de este punto con más extensión, por ser el lugar que le corresponde como medio probatorio. En esta oportunidad diremos solamente que el indicio es una prueba crítica natural, que apreciada en concordancia con otras, puede llegar a producir certeza en el ánimo del juzgador.

El Código agrega la palabra "razonable" para significar que tales indicios sean de calidad y con fundamento se presume la existencia de delito.

El juez civil debe proceder con suma prudencia. Es frecuente que el litigante de mala fe o el que va camino de perder, a fin de frustrar la acción, afirme la existencia de delito que destruiría por su base la pretensión del actor. El aceptar con ligereza esta afirmación, equivaldría a postergar indefinidamente la resolución de esta pretensión. A eso lleva la suspensión del procedimiento civil mientras se esclarece el presunto hecho delictuoso en la vía penal. El adjetivo "razonable" significa precisamente que la existencia del delito no sea mera afirmación, sino que de las pruebas actuadas aparezcan indicios vehementes de la comisión de un acaecer que la ley penal califica de delito.

Como condición esencial la ley exige que este delito sea perseguible de oficio, exceptuando así los casos que requieren querrela de parte. Se aplica esta disposición porque los llamados "delitos exceptuados" carecen de trascendencia social y el perjuicio que causan recae, principalmente, sobre la persona más que sobre la sociedad. Además se dispone que el juez civil comunique el hecho al representante del Ministerio Público, que es el Agente Fiscal, para que a su vez, éste lo denuncie ante el juez instructor. En los delitos exceptuados no interviene el Ministerio Público como denunciante; su propia naturaleza exige querrela de parte para iniciar el proceso.

La suspensión del procedimiento civil sólo puede decretarse cuando el aspecto penal puede influir decisivamente en la sentencia a dictarse. Se presentan tales situaciones, principalmente, cuando se tachan documentos cuya falsedad es visible a simple vista, los mismos que sirven de base para la acción civil.

El Ante-Proyecto Zavala no tenía un artículo redactado en los términos del que comentamos, pero las ideas están contenidas en otras disposiciones.

Este contacto entre las acciones civiles y penales, en las que prevalecen estas últimas por su carácter, presentan problemas interesantes. Así habiendo aceptado las partes debatir la nulidad y falsedad de un testamento, ¿es posible que iniciada la acción civil, se denuncie la falsedad de tal instrumento? La Ejecutoria Suprema de 24 de Mayo de 1946 (A. J. 1946, pág. 241) ha establecido que si los mismos interesados se presentaron al juez civil, fué porque creyeron con fundamento cierto, que el problema a debatir era civil y no penal; que pedir pasaran los autos al instructor era un ardid de la defensa, pues hallándose la causa en trámite, solamente el juez civil competía remitir la denuncia al Agente Fiscal, si encontraba aquellos "indicios razonables" de que habla la ley.

El documento notoriamente falso presentado en un juicio civil, constituye el "indicio razonable". En cambio ¿una testimonial vertida en el proceso, que a juicio de la otra parte constituye delito contra la administración de justicia, puede calificarse de indicio razonable y servir para postergar la acción civil? Ejecutorias Supremas (A. J. 1943, pág. 378. R.J.P. 1950, pág. 197 y Enero 1954, pág. 103) establecen que el Tribunal Correccional, al sentenciar, es el llamado a calificar la testimonial vertida en el curso del proceso o en la audiencia y de establecer su falsedad, —lo que constituiría delito perseguible de oficio— debe ordenar se remitan copias certificadas suficientes para que el juez instructor de turno abra la correspondiente instrucción. Estas ejecutorias están de acuerdo con el art. 257 del C.P.P. que dispone la detención del testigo que se presume falso, hasta que concluya el juicio oral para resolver lo conveniente en la sentencia. Una testimonial aparentemente falsa no constituye "indicio razonable" y es insuficiente para paralizar un procedimiento civil.

De acuerdo con su naturaleza, la ubicación de este artículo debe ser en la ley procesal civil, porque regula situaciones que sólo pueden presentarse al juez civil y en procesos de esta clase.

La suspensión que autoriza el artículo no se puede calificar de excepción: es una prejudicialidad penal planteada en un juicio civil a fin de determinar previamente la naturaleza

delictuosa de un acto que puede influir en la resolución a dictarse en la causa civil. No es excepción, porque la finalidad de la denuncia penal es aclaratoria y no pone fin a la acción civil, solamente la paraliza hasta el término de la acción penal. Es una disposición peculiar admitida por la ley para un proceso en el cual los interesados tienen la libre disposición de la acción.

En materia penal no hay ni puede haber disposición semejante, porque en ningún caso se suspende la acción para, de oficio, deducir una cuestión prejudicial. La única excepción que puede ser deducida de oficio es la de prescripción. (R.J.P. Mayo 1954, pág. 617).

La imputación de existir una falsificación de firmas, es insuficiente para abrir instrucción. Es necesario que en el mismo proceso civil se esclarezca la falsificación y sólo si los indicios lo justifican, el juez remitirá lo actuado al instructor en uso de la facultad que lo concede el art. 3°. (R.J.P. Noviembre 1954, pág. 1370).

Art. 4º—Cuando contra la acción penal se promuevan cuestiones que necesiten ser resueltas previamente para establecer si el hecho imputado tiene carácter de delictuoso, el juez instructor las elevará al Tribunal Correccional, con citación del agraviado.

El Tribunal resolverá, sin otro trámite que la citación al interesado y la vista fiscal, si debe continuar el procedimiento penal o no.

Es frecuente que al investigar la comisión de un hecho delictuoso, surjan cuestiones de carácter extra-penal de cuya apreciación depende establecer el carácter delictuoso del acto incriminado.

Se objeta que conceder importancia a tales cuestiones, dándoles tramitación separada, atenta contra la economía procesal y contra la rapidez que debe primar en el procedimiento penal. Pero a esto se contesta: que la acción penal debe armonizar con la justicia. Si es necesario que previamente se de-

termine un hecho como requisito para la existencia del delito, silenciarlo sería grave atentado. El procedimiento judicial debe de ser rápido, pero principalmente justo. Si se dá el dilema entre justicia y rapidez, debe sacrificarse la rapidez y que prevalezca la justicia.

Sucede a menudo que un hecho no es considerado delito sino en tanto se relaciona con la existencia de otro hecho anterior: así, para que exista delito de matrimonio ilegal, es necesario que esté vigente el vínculo matrimonial contraído con anterioridad; será necesario acreditar previamente que el primer matrimonio subsiste, para que el posterior constituya delito. Surgen así las llamadas cuestiones prejudiciales, denominación debida a que la decisión que en ellas recaiga resuelve la situación de las que de ella dependen.

Florián las llama "obstáculos al ejercicio de la acción penal" (12).

La cuestión prejudicial siempre es punto jurídico cuya resolución se presenta como antecedente lógico a la de derecho penal, objeto del proceso. Este autor considera que para que tales cuestiones existan deben: a) estar controvertidas; b) estar en relación con el delito en el sentido de determinarlo en uno o en todos sus elementos constitutivos.

En esta materia compleja e intrincada existen tantas definiciones como autores. Por ello es difícil definir lo que es una cuestión prejudicial, además es inconveniente enumerarlas porque son tan variadas como que provienen de la misma vida de relación.

*El efecto natural de la cuestión prejudicial es suspender el procedimiento penal, remitiendo el asunto al juez extra penal correspondiente. Lo que persigue la ley es que la cuestión vaya a resolución del juez que mejor conozca la rama del Derecho a la cual pertenece. El fallo que dicte el juez de la cuestión prejudicial obliga al juez penal en el sentido de que si no existe el antecedente, el instructor se verá obligado a declarar que no procede la apertura de instrucción y si ésta estuviere iniciada, al Tribunal compete resolver en dicho sentido, cortando el procedimiento. Este es el sentido de la ejecutoria suprema de 2 de Abril de 1943. (A. J. 1943, pág. 7).

La mayoría de las legislaciones reconocen estas cuestiones y las reglamentan. Sólo volviendo espaldas a la realidad, puede negarse su existencia. En el anterior Código no se re-

conocían pero se aceptaban ciertas cuestiones que anulaban la acción penal con mayor amplitud. Por esa razón la Exposición de Motivos creyó conveniente "legalizar esa situación, encausándolas dentro de las disposiciones" (13) y estableció el artículo que comentamos.

Se discute acerca de la jurisdicción que debe sustanciar las cuestiones prejudiciales. Se ha dicho que el juez que conoce del delito debe resolver las incidencias relacionadas con el hecho: es quien está en mejor situación para apreciarlas, evitándose suspensiones en el procedimiento y logrando que la sentencia contemple todos los aspectos del hecho. Se objeta esta tendencia diciendo que el juez instructor carece de competencia para resolver asuntos no penales y su fallo no puede obligar a terceros no comprendidos en la instrucción; además resolviéndose este punto en la instrucción, más tarde podía estar en contradicción con un fallo civil sobre el mismo asunto.

¶ Nuestra ley establece en este artículo que es el Tribunal Correccional, instancia única en materia penal, quien califica la cuestión propuesta y si la declara fundada, ordenará suspender el procedimiento. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema al establecer que "La resolución de las cuestiones prejudiciales y de las excepciones corresponde, en todo caso, al Tribunal Correccional. Existiendo instancia única y careciendo el juez del *judicium*, es el Tribunal quien debe resolver estas incidencias". (R. J. P. Enero-Febrero 1948, pág. 68).

El principio general de que la acción penal puesta en marcha sólo puede terminar con la sentencia, tiene excepciones, una de las cuales es la institución de las cuestiones previas. Son aquellas que afectando el fondo mismo del punto en que incide la acción penal, deben ser resueltas previamente para determinar el carácter delictuoso del acto sujeto a incriminación. Doctrinariamente estas cuestiones son previas a la acción penal, es decir, que ésta se paraliza mientras aquellas actúan.

¶ Es necesario distinguir las cuestiones prejudiciales, de las excepciones y de las cuestiones previas.

La cuestión prejudicial tiene como finalidad suspender el procedimiento y se relaciona con un elemento previo al delito, un antecedente del delito.

La cuestión previa se dirige a extinguir la acción penal y atañe a un elemento fundamental del delito mismo; si no existe, no hay delito.

La excepción puede o no extinguir la acción; se refiere a un elemento procesal, no afecta a los elementos constitutivos del delito mismo, sino a los procesales.

La cuestión prejudicial surge cuando para proceder al enjuiciamiento, es necesario establecer previamente la existencia de un hecho anterior al delito, y sólo si se llega a conclusión afirmativa, procede la acción penal. (R. J. P. Mayo 1955, pág. 2125) Como ejemplo de las cuestiones prejudiciales, existen ejecutorias supremas referentes a la necesidad de establecer previamente la existencia del matrimonio antes de abrir instrucción por delito de matrimonio ilegal. (A. J. 1945, pág. 343. R. J. P. Marzo-Abril 1946, pág. 209 y 1950, pág. 624); de acreditar el estado civil de la persona en la instrucción en que se investiga la alteración del estado. (A. J. 1943, pág. 7); de que exista resolución declarando el divorcio por causal de adulterio para que proceda abrir instrucción por este delito (A. J. 1942, pág. 303 y 1941, pág. 28); que se acredite la propiedad en la vía civil para que exista usurpación (A. J. 1943, pág. 10); y de conseguir previamente en la vía civil la nulidad del documento para que proceda la acción penal por falsificación (A. J. 1947, pág. 363).

La excepción es el medio de defensa mediante el cual el inculpado pretende excluir la acción criminal incoada. No es la simple negación del hecho afirmado como cierto por el denunciante, sino es la contraposición de un hecho impeditivo o extintivo que excluya los efectos jurídicos de la acción, la que no sería justiciable ante ningún fuero. Es derecho de defensa otorgado al inculpado y dirigido a anular la acción.

Las cuestiones previas son meros incidentes del asunto principal; no tienen existencia independiente ni requieren procedimiento especial. Puede decirse que van anexas a la investigación del delito y son resueltas por el mismo fuero que conoce del hecho. Pero tienen como resultado que, de declararse fundadas, dejan al inculpado exento de pena. Ejemplo de cuestión previa es acreditar el protesto notarial por falta de pago de un cheque, a fin de abrir instrucción por el delito de estafa.

Nuestro Código es parco al tratar de estos puntos, quizá por estimar que tiene más carácter doctrinario que prácti-

co. En el Código existen pocas disposiciones referentes a su tramitación, resolución y clasificación. No hay pauta que regule esta materia, de suyo complicada y difícil. Deja al criterio de los jueces la calificación de estas cuestiones, la personería de quienes las pueden interponer, la oportunidad y aún la misma tramitación. Ha omitido conceder al juez la facultad de rechazar las cuestiones manifiestamente maliciosas y como forzosamente tienen que ser resueltas por el Tribunal, en realidad son articulaciones, que a pesar de tramitarse en cuaderno aparte, siempre dilatan el proceso penal y favorecen la prescripción de la acción, con grave desmedro de la justicia. Si los jueces tienen potestad para rechazar denuncias y negarse a abrir instrucción, con mayor razón debieran estar facultados para rechazar de plano aquellas cuestiones que a simple vista, son infundadas. El auto que dictaran estaría sujeto a la aprobación del Superior Tribunal.

Por sus características las cuestiones previas están íntimamente vinculadas a las prejudiciales y muchos tratadistas sostienen que ambas instituciones pertenecen a la misma categoría, diferenciándose en la finalidad y por sus efectos, pues mientras unas remiten el juzgamiento a fuero distinto, las otras son resueltas en la misma vía.

En cuanto a la tramitación: la excepción se tramita en cuaderno aparte y de declararse fundada se extingue la acción y consecuentemente se termina el procedimiento.

La cuestión prejudicial también se sustancia en cuaderno aparte, se resuelve en la misma vía penal, pero de declararse fundada, solamente suspende el procedimiento.

La cuestión previa es inseparable del hecho delictuoso, no requiere tramitación separada y es resuelta por el juez instructor y al declararse fundada extingue la acción.

También existe diferencia sustancial en los alcances de la resolución: la que recaiga en la excepción tiene resultado general, impide que se reabra la instrucción por el hecho incoado y produce cosa juzgada; la que recaiga en la prejudicial también tiene efectos generales, pero suspende el procedimiento penal mientras se establece el carácter delictuoso y, en consecuencia, puede reiniciarse el proceso penal. Finalmente, la que recaiga en la previa está limitada a los fines penales del proceso.

Establecidos los linderos de la cuestión prejudicial, de las excepciones y de las previas, es del caso formular algunas interrogantes;

¿Es posible plantear conjuntamente una excepción y una cuestión prejudicial? No. Tienen origen distinto y dan lugar a consecuencias diversas. La cuestión tiende a establecer la inexistencia del hecho por ausencia de un requisito que lo convierte en delictuoso; la excepción pretende establecer que el hecho existe, pero que procesalmente no es sancionable. Si bien es cierto que no se deben ejercitar estos medios de defensa al mismo tiempo, pues no pueden ser declaradas ambas fundadas; en cambio el Tribunal debe tramitarlas y resolverlas.

La tramitación —dado el carácter público de la acción— es obligatoria para el Tribunal. (A. J. 1949, págs. 251 y 257). Más aún, si se promueven una excepción y una cuestión y el Tribunal resuelve sólo la excepción que era de prescripción; es nulo ese auto. (R. J. P. Setiembre 1952, pág. 2732).

¿La irresponsabilidad puede plantearse como excepción y/o cuestión prejudicial? Formulamos esta pregunta porque es frecuentísimo que inculpadados y defensores la planteen para cortar la acción penal. En toda denuncia criminal se imputa a determinada persona la comisión de un delito; la instrucción tiene por objeto comprobar la veracidad o falsedad del cargo. Entonces la finalidad del proceso es establecer si existe o no responsabilidad en los denunciados. Es decir la irresponsabilidad no cabe resolverla en vía incidental, sino como cuestión de fondo en la sentencia, por ser el objeto de la acción penal. Es la doctrina sentada en las ejecutorias supremas insertas en la R. J. P. (Febrero 1953, pág. 197), y en los A. J. (1946, pág. 182), que establecen que no puede prosperar como cuestión previa, la excepción de improcedencia de la acción, basada en que los hechos son falsos, puesto que eso es materia de la instrucción. El fundamento de la incidencia no está constituido por la negación del carácter delictuoso de los hechos denunciados, sino en la afirmación de su no ejecución. No hay pues, cuestión prejudicial ni excepción que requiera resolución anticipada; se trata de establecer la responsabilidad o irresponsabilidad del inculpadado, lo que constituye uno de los fines del proceso penal.

Las mismas razones valen para afirmar que la alegación de la inexistencia de delito no es excepción. (R. J. P. Marzo

1953, pág. 341). Es la finalidad de la instrucción que no puede ser resuelta como incidente sino con el proceso.

¿Quiénes pueden formular excepciones y cuestiones prejudiciales? Siendo la excepción y la cuestión prejudicial, medios de defensa que la ley brinda al inculpado, sólo puede ser esgrimida por éste o por sus legítimos personeros. Quien no es parte en el proceso penal no puede interponerlas. Una ejecutoria suprema establece que los defensores no pueden interponer excepciones, pues su labor se reduce a los actos de mera defensa. Otras ejecutorias disponen que quien no ha sido comprendido como encausado no puede deducir excepciones. A. J. 1951, pág. 193 y R. de los T. 1942, pág. 95).

¿En qué momento procede deducir excepciones y cuestiones prejudiciales? Como todo acto procesal, estos medios de defensa que la ley concede al inculpado, están sujetos a términos y para plantearlos con éxito, debe hacerlo en su oportunidad. La ley no contiene ninguna disposición al respecto pero la jurisprudencia suprema, de manera uniforme ha establecido que las cuestiones prejudiciales solamente pueden plantearse durante el período investigatorio: así se ha resuelto que antes de rendir la instructiva el inculpado no puede deducirlas, porque ignora el contenido de la denuncia. (R. J. P. Noviembre 1951, pág. 1335); que declarada la procedencia del juicio oral, son inadmisibles las articulaciones que promueva el acusado y aun el mismo Fiscal. (A. J. 1941, pág. 109. R. T. 1941, págs. 117 y 206. R. J. P. Enero 1950, pág. 84). Las excepciones y cuestiones que se promuevan en el juicio oral se considerarán argumentos de defensa que se apreciarán por el Tribunal. Sobre este punto nos extenderemos al tratar del artículo siguiente.

Es muy frecuente que al iniciarse la audiencia, la defensa deduzca excepciones amparándose en lo dispuesto en el art. 271. En su oportunidad veremos el alcance que tiene esta disposición legal. Adelantando opinión diremos que el término "cuestiones incidentales que surjan en las audiencias" no puede referirse a excepciones y cuestiones prejudiciales. Estas se fundamentan en hechos y circunstancias que existían antes de iniciarse el proceso penal y no constituyen cosa nueva al acto oral. Legalmente existe el delito, que es objeto de la instrucción y debe ser materia de la sentencia. (A. J. 1946, pág. 182). El caso de la prescripción es distinto y lo veremos al comentar dicho art. 271.

Ahora nos preguntamos: ¿quiénes están procesalmente aptos para interponer estas cuestiones? Se ha discutido mucho sobre la capacidad procesal del juez o del Tribunal Correccional para interponerlas de oficio. Se sostiene que en virtud del principio de la economía procesal, es conveniente concederles esta facultad, evitándose así posibles nulidades. Pero ello sería desfigurar la institución del juez de instrucción, pues al otorgarle tales facultades se excedería de sus funciones propias. Es uniforme la jurisprudencia nacional en el sentido que solamente a las partes procesales corresponde deducir estas articulaciones.

¿Puede el denunciado antes de comparecer ante el juez y para evitarse las complicaciones derivadas del proceso, presentarse por escrito y deducir las cuestiones y excepciones que le favorecen? Indudablemente que aunque el estar procesado no sea deshonor y no significa culpabilidad, sin embargo ello trae complicaciones y dificultades. Aunque la ley no lo diga, la Corte Suprema ha establecido que mientras el inculpado no rinda su instructiva, no puede deducir ninguna articulación que le favorezca, porque ignora los términos de la denuncia. (A. J. 1951, pág. 197 y R. J. P. Mayo-Junio 1949, pág. 401).

A pesar de lo anterior, no debe olvidarse que el emplazamiento contiene el motivo de la denuncia y la persona que la plantea, de manera que el denunciado sabe porque se le cita y al comparecer ante el juez va preparado para defenderse de los cargos que se le imputan.

En cuanto a la forma de su tramitación, varias ejecutorias han establecido (R. J. P. Mayo-Junio 1949, págs. 340 y 343) que conforme lo dispone el art. 90, debe formarse cuadernos con copias completas, sin pedir la instrucción, evitándose así las paralizaciones del proceso. Es tan terminante este mandato que otra resolución (R. J. P. Marzo 1950, pág. 338) ha establecido que es nulo el auto que resuelve la excepción, si previamente no se ha formado el cuaderno con las copias pertinentes. Es diligencia esencial en estos incidentes citar al interesado y su omisión acarrea la nulidad de la resolución. (R. J. P. Diciembre 1951, pág. 1450 y Revista Jurídica 1956, pág. 135). Igualmente es trámite obligado la vista fiscal.

¿Procede interponer una cuestión prejudicial respecto de una prueba o como consecuencia directa de la misma?. No. La redacción es clara y una ejecutoria suprema (R. J. P. No-

viembre 1953, pág. 1380) ha establecido que siendo el juez el director de la instrucción, a él compete ordenar las pruebas y contra ellas ni como consecuencia de las mismas, es procedente deducir articulaciones. La única forma de destruir procesalmente una prueba es mediante la tacha.

La cuestión declarada fundada en una instrucción : ¿ampara a otras cuyo origen es la misma clase de actividad del procesado?. No. Cada instrucción es independiente. Aunque todas provengan de la actividad desarrollada por el actor, sin embargo el lograr que se declare fundada una excepción o cuestión, no beneficia a los demás; en cada instrucción deberá deducirse la misma excepción o cuestión y solo entonces lo resuelto obliga. (R. J. P. Abril 1950, pág. 462). Lo anterior no rige en el caso de acumulación de procesos.

Art. 5º—Contra la acción penal pueden promoverse las excepciones de personería, naturaleza de juicio, cosa juzgada, amnistía y prescripción. Si se declara fundada alguna de ellas, se anulará la instrucción que se está llevando a cabo.

Comentando este punto el Profesor Alcalá-Zamora cree que debe formarse “un título o sección a denominarse “De la conclusión del proceso penal sin juicio oral”, que estaría integrado por los arts. 5, 77, 191 y 221.

Existiendo vinculación estrecha entre cuestiones prejudiciales y excepciones, conforme lo acabamos de ver, recomendamos la lectura del comentario anterior, pues aunque muchas ideas y citas se repiten, siempre integrará lo referente a este punto.

El campo de las excepciones es exclusivamente procesal y abarca tanto el procedimiento civil como el penal, con las diferencias propias de cada acción.

Hemos dicho que las excepciones son los medios de defensa que la ley concede a los inculpados con el fin de excluir la acción penal contra ellos incoada. Chiovenda la llama “contra-derecho” frente a la acción y Couture las califica de “un

verdadero derecho de impugnación". (14) No consiste en la simple negación del hecho aducido como delito sino en la contraposición de un hecho impeditivo o extintivo que excluya los efectos jurídicos de la acción penal.

La clasificación más frecuente en Derecho, es la que distingue las excepciones en dilatorias, perentorias y mixtas. Esta distinción proviene de considerar su finalidad procesal: según tiendan a postergar la iniciación de la acción o provocando una defensa del fondo del asunto que mate la acción o mediante una cuestión incidental se procura la liquidación del juicio.

Se llaman excepciones dilatorias aquellas que suspenden o enervan la acción penal, impidiendo temporalmente la decisión judicial. Es decir, dilatan la acción postergándola para más tarde. Por medio de estas excepciones se niega o contradice un elemento de tal naturaleza que si prosperara la acción perdería su eficacia actual, pero más tarde puede volver a reproducirse con posibilidades de éxito. Como dice Guasp, la excepción dilatoria hiere la acción pero no la mata. Se refieren a la persona del juez o del demandante, al negocio o materia de la demanda o al modo de pedir ésta por estimarla defectuosa. No va contra el derecho mismo, sino al modo de ejercerlo. Se justifican diciendo que tienen como finalidad velar por la economía procesal evitándose procesos nulos por inobservancia de las reglas del procedimiento.

Por su nombre de dilatorias puede creerse que su fin es dilatar los juicios y en realidad es el empleo que los abogados inescrupulosos hacen de las mismas; pero esto puede ser una consecuencia, nunca constituye su verdadero contenido. La excepción dilatoria es el medio de dilucidar una cuestión que tiene carácter previo, que no va al fondo del asunto pero que compromete la eficacia y validez de todo el proceso. Por esa razón se plantean antes de contestarse la demanda y requieren resolución previa favorable al actor para que éste pueda iniciar la acción válidamente.

El art. 312 del Código de Procedimientos Civiles, señala taxativamente cuáles son las únicas excepciones admitidas en un proceso civil con el carácter de dilatorias. Ellas son: incompetencia; pleito pendiente; falta de personería; inoficiosidad de la demanda; naturaleza de juicio; transacción y cosa juzgada.

Las excepciones perentorias no constituyen defensa del proceso sino del derecho mismo. No tienden a depurar el procedimiento de elementos ajenos al mismo ni procuran la economía procesal como las anteriores, sino que constituyen la defensa de fondo sobre el derecho cuestionado.

Su nombre deriva del verbo "perimere", que significa destruir, extinguir y su finalidad es acabar con la pretensión del actor, terminando definitivamente con el pleito. Es una resistencia a la acción basada en elementos de derecho procesal o sustantivo y de triunfar, determina su ineficacia posterior absoluta. Según Guasp, esta pretensión va directamente contra el derecho esgrimido en la acción y lo destruye por completo.

A diferencia de las dilatorias, su enumeración no es taxativa; por lo general no aparecen enunciadas en los códigos y toman el nombre de los hechos extintivos de las obligaciones. es decir, son tantas las excepciones perentorias cuantas son las causas por las cuales se extinguen las obligaciones y las acciones. Nuestro C. P. C., no las enumera.

En cuanto a su tramitación, también, a diferencia de las anteriores, pueden interponerse en cualquier estado de la causa y se resuelven en la sentencia. No suspenden el procedimiento investigador ni impiden que éste continúe por sus cauces normales, pero sí suspenden la expedición de la sentencia. Mientras la excepción no sea resuelta definitivamente, no es procesal realizar la audiencia ni expedir fallo.

Algunos autores como Couture, reconocen una tercera clase de excepciones: las mixtas. Son aquellas que teniendo carácter previo, sin embargo plantean una cuestión de fondo que de ser amparada, mata la acción. Se dice que las mixtas tienen la forma de las dilatorias y el contenido de las perentorias. Se cita como ejemplo la cosa juzgada y la transacción. Como hemos visto, nuestra ley procesal civil no reconoce esta clase de excepciones, involucrándolas dentro de las dilatorias.

Tal es la teoría de las excepciones en el campo procesal, especialmente en el civil. Nuestro C. P. P., reconoce cinco excepciones deducibles contra la acción penal. Ellas son: personería, cosa juzgada, naturaleza de juicio, amnistía y prescripción. Solamente se admiten las excepciones enumeradas en este art. y una ejecutoria suprema (R. J. P., Julio-Agosto 1949,

pág. 571) declara que "es infundada la excepción de improcedencia de la acción penal que no esté contemplada en el C.P.P".

Se critica esta limitación considerando que de esa manera se desconoce el derecho de defensa, sagrado e irrestricto, se ataca los derechos del acusado que son irrenunciables y se constriñe el procedimiento penal. Esta crítica tiene cierto fundamento, pero es conveniente que el encausado conozca los medios de defensa que la ley le franquea, de los cuales puede hacer uso para destruir la acusación que se le formula. Además, la no limitación de las excepciones traería como consecuencia la proliferación de éstas y los abogados inescrupulosos serían incansables deduciendo excepciones de toda clase, con sólo cambiarle el nombre, aunque no el contenido. En aras de la correcta y oportuna sanción penal, es necesario que el Código declare previamente cuáles son las excepciones que pueden usarse por el inculgado como medios de defensa.

Pero indudablemente esta enumeración es incompleta. Se ha omitido considerar la excepción de naturaleza de la acción, distinta de la de juicio, por lo que generalmente se plantea con este nombre para salvar el vacío de la ley; otras veces se deduce como cuestión pre-judicial. Si el Código establece los casos en que el hecho delictuoso requiere denuncia de parte agraviada, es necesaria la determinación de la competencia y la excepción consiguiente cuando la denuncia se presenta ante juez incompetente o por quien no tiene capacidad para hacerla. Otro vacío aparece cuando el art. 27 califica de excepción —nombre que verdaderamente le corresponde— a la contienda o declinatoria de jurisdicción, la que sin embargo no aparece enumerada en este artículo. Una ejecutoria suprema la reconoce expresamente. (A. J. 1945, pág. 320).

Salvo la de prescripción, las demás excepciones deben ser deducidas por la parte interesada. También ha merecido críticas esta disposición por considerar que siendo el procedimiento penal de orden público, el juez es el llamado a subsanar las deficiencias procesales que presenta la defensa del encausado, y así como ordena la actuación de pruebas que pueden constituir descargo para el imputado, también debería estar autorizado para plantear excepciones que benefician al reo. Tendría dos consecuencias importantes: evitaría la actuación de un proceso inútil e impediría que continuara la detención —o por lo menos las molestias inherentes a estar procesado—

de quien no resulta responsable de delito. Además, conforme a nuestra ley procesal penal, el encausado —salvo que sea menor de edad o analfabeto— puede renunciar a la asistencia de letrado, en cuyo caso no está en aptitud de deducir las excepciones que le puedan favorecer por ignorancia de la materia. Como solamente en la audiencia es obligatoria la presencia de defensor, puede darse el caso de que llegue a esta última etapa del proceso después de haber sufrido detención y molestias, quien sólo es culpable de un ilícito civil pero no de delito, o ni siquiera de lo primero.

En cuanto a la tramitación, el Código en el art. 90 establece que se sustanciarán en cuaderno aparte con las copias de las piezas pertinentes, se elevarán al Tribunal y éste, previa vista fiscal y citación al interesado, resolverá; y contra esta resolución puede interponerse recurso de nulidad. Las ejecutorias citadas en el artículo anterior, también se refieren a excepciones y por consiguiente, valen para este comentario.

La excepción de prescripción es la única que puede ser deducida de oficio en cualquier estado del juicio, aún en audiencia y de declararse fundada, impide que se dicte sentencia, limitándose a la expedición de un auto. En este punto existe cierta incongruencia: si conforme al art. 77 el juez instructor puede denegar la apertura de instrucción cuando considera que la acción ha prescrito, no se concibe que cuando esté en trámite la instrucción y se produce la prescripción, el juez carezca de la facultad que tenía el día de la apertura del proceso y con mayor razón debería tener cuando está conociendo de la denuncia y sabe si ésta ha prescrito o nó.

El Código ordena que al Tribunal Correccional compete la resolución de las excepciones y cuestiones que surjan dentro del proceso. Esta disposición constituye una inexplicable limitación a los poderes del juez que por lo demás, son amplios como director de la instrucción. En el curso del proceso, el Instructor puede dictar resoluciones que afectan a la instrucción misma, a la persona y bienes del inculcado, a un tercero civilmente responsable; puede ordenar inscribir una partida de defunción en los Registros de Estado Civil, dando término a la personalidad, puede conceder o negar la personería del agraviado para constituirse como parte civil, ordenar el internamiento del encausado en un asilo de insanos, o también mandar trabar embargo en bienes determinados, etc. Estas resolucio-

nes tienen efectos importantes y no requieren consulta al Superior, pudiendo quedar consentidos con la sola resolución del juez. Además —conforme al art. 77—, le corresponde la calificación del delito y según ello abrir o no instrucción.

Si el juez instructor tiene potestad suficiente para dictar estas resoluciones, que en determinado momento pueden tener trascendencia, es inexplicable que carezcan de la facultad de resolver excepciones y cuestiones que puedan llegar a la Corte Suprema, lo que no ocurre con los autos relativos a la libertad o al embargo que forzosamente concluyen en el Tribunal Correccional.

¿En qué momento procesal se deducen excepciones? El Código omite señalar punto tan importante, lo que permite la proliferación de excepciones con grave desmedro de la justicia. Por la redacción se infiere que es durante el período investigatorio, pues finaliza diciendo “se anulará la investigación que se esté llevando a cabo”. Repetidas y uniformes ejecutorias supremas establecen que sólo pueden deducirse excepciones durante la instrucción y en el plazo ampliatorio, si lo hubiere. Mientras el Tribunal no dicta el auto que declara la procedencia del juicio oral —como es costumbre— o simplemente señala día y hora para la audiencia —conforme lo ordena la ley— es oportuno deducir excepciones, pero dictado este auto, queda clausurado el período investigatorio y ya no es procedente deducir excepciones, salvo aquellas que surjan durante el juicio como la prescripción. (R. J. P., Julio-Agosto 1947, pág. 490; id. Junio 1945, pág. 237; id. Julio-Agosto 1949, pág. 573; id. Diciembre 1951, pág. 1451. A. J. 1945, págs. 62 y 155).

Antes de rendir su instructiva, el encausado tampoco puede interponer excepciones, porque oficialmente ignora los términos de la denuncia. (R. J. P. Noviembre 1951, pág. 1335).

Si en la audiencia se dedujeren excepciones —lo que es muy frecuente— se considerarán como argumentos de la defensa y serán apreciadas como tales en la sentencia. Ya no es la oportunidad para deducirlas, porque el delito ha quedado comprobado y únicamente falta juzgarlo. Es inoperante considerar excepciones que tienen como finalidad evitar el fallo. Como dicen las ejecutorias “sería desnaturalizar el procedimiento”. (A. J. 1941, pág. 109; R. J. P. Marzo-Abril 1946, pág. 183). Iniciada la audiencia sólo termina por sentencia o por auto que declara fundada la prescripción, pero nunca puede suspender-

se el acto oral para tramitar "una alegación de irresponsabilidad con el nombre de excepción". (A. J. 1947, pág. 416).

En los delitos exceptuados, la oportunidad para deducir excepciones será el comparendo, única diligencia a realizar. (R. J. P. Agosto 1945, pág. 365).

Comentando este artículo el Profesor Alcalá Zamora (15) consideraba necesario establecer una disposición que ordenara la notificación a los interesados haciéndoles saber que la oportunidad para interponer excepciones se encontraba abierta, la que duraba mientras el proceso penal se encontrara en estado de investigación.

¿Quién puede deducir excepciones? Solamente quien es parte en el proceso como encausado. El defensor no puede plantear excepciones, porque ello escapa a sus atribuciones. (A. J. 1940, pág. 243). El Tribunal Supremo, en ausencia de declaración expresa de la ley y considerando que la institución de la excepción tiene como finalidad la defensa de quien está acusado de delito, la concede única y exclusivamente al procesado y a sus legítimos personeros. (R. de los T. 1942, pág. 95).

Finalmente queda una situación: si la resolución planteada, se encuentra pendiente de revisión ante la Corte Suprema, ¿puede el Tribunal Correccional realizar la audiencia, si éste fuere el estado del proceso? No. La Corte Suprema ha establecido (R. J. P. Mayo-Junio 1949, pág. 398) que como la resolución que expida en la excepción o cuestión prejudicial, puede afectar al proceso entero, mientras ésta no quede definitivamente resuelta, es prematuro realizar la audiencia; es decir, debe esperarse la resolución de la excepción antes de realizar la audiencia con la cual se daría fin al proceso penal.

Examinemos ahora separadamente, las excepciones que contempla nuestro Código:

Personería. — Desviándose del significado histórico-jurídico de "personería", esta excepción tiene como finalidad la legitimación procesal de las partes en el proceso.

Pueden darse tres situaciones que la justifiquen: del acusador privado no siendo agraviado ni representante legal y caso de acción popular; del Ministerio Público cuando se trate de delitos de acción privada; y de la parte civil cuando no acredite su condición de tal.

En el procedimiento civil, esta excepción se opone a aquel que interviene en juicio a nombre de otro, sin poder bastante.

Dos ejecutorias supremas (A. J. 1946, págs. 110 y 281) establecen que el art. 314 del C. P. C., es el que rige los requisitos a exigirse para que prospere la excepción de falta de personería en la vía penal.

En los casos en que el hecho delictuoso puede ser denunciado por persona que no sea precisamente el agraviado y la instrucción se siga de oficio, esta excepción no paraliza la acción penal, pero si neutraliza a quien sin tener personería como parte civil, pretende intervenir en el proceso.

Puede deducirse cuando el denunciante procede a nombre de determinada entidad en calidad de gerente, apoderado, etc. Se tramitará en incidente aparte y durante la prueba deberá acreditar legalmente que tiene poder suficiente para representarla en el proceso penal y eventualmente, constituirse en parte civil.

De declararse fundada la excepción, ¿se anulará la instrucción? Creemos que no. Se anulará en lo relativo a considerar como agraviada a la entidad en cuyo nombre se hizo la demanda, pero la instrucción seguirá su curso por ser el procedimiento de oficio si ésta fuera su naturaleza. La diferencia radica en que se investiga un hecho delictuoso sin parte civil. Por consiguiente, el denunciante no puede hacer valer los recursos que la ley franquea a la parte civil. Hay entidad que ha sufrido agravio en su patrimonio económico pero no está determinada la personería de quien la representa, quedando ésta encomendada al Ministerio Público. La reparación civil se mandará pagar a quien acredite representar legalmente al agraviado.

Naturaleza de juicio. — Según el art. 316 del C. P. C., esta excepción puede ser deducida “cuando se dé a la demanda una sustanciación distinta de la que le corresponde”. Aplicando este criterio procesal civil al campo penal, será procedente cuando a la denuncia criminal se le dé tramitación distinta de la que por su naturaleza le corresponda: v. gr., cuando a una acción privada, que requiere querrela de parte, se le dé tramitación de instrucción como si fuera hecho perseguible de oficio, o haciendo intervenir al Ministerio Público tratándose de acción que requiere pedido de parte. Esta acción siempre se refiere al elemento procesal del delito.

Sin embargo se ha desvirtuado este concepto. Se emplea cuando se quiere destruir una acción penal, aduciendo que

es asunto civil. Es muy frecuente en los delitos patrimoniales, dada la estrecha vinculación que en el campo económico existe entre lo civil y lo penal; a veces no están delimitados ambos campos y tiene que establecerse cual es el que prevalece, es decir, si hay delito o si la ilicitud es simplemente civil.

Ha sido y es muy común deducir esta excepción para enervar la acción penal, cuando se afirma que el hecho denunciado como delito es asunto civil y no penal. Existen innumerables ejecutorias que resuelven estos casos, muchas de ellas amparando la excepción. Proviene esta interpretación de una ejecutoria suprema de 1928 (A. J. 1928, pág. 137) que establece que: "la excepción sobre naturaleza de juicio no puede referirse al caso único de haberse dado a la acción penal una sustanciación distinta de la que le corresponde, sino más bien, a que los hechos denunciados deben ser objeto de una calificación previa en la vía civil; pues sólo a esa condición su subsistencia podría excluir el delito, lo que significa que esta excepción importa una verdadera cuestión prejudicial". Esta ejecutoria dió una amplitud equivocada al concepto procesal de naturaleza de juicio, confundiéndola con la cuestión prejudicial o con la excepción de naturaleza de acción que no admite la ley.

Como ya hemos visto, son conceptos distintos la excepción y la cuestión, pero como nuestro Código no contempla la excepción de naturaleza de la acción, siendo infundada la que se deduzca con este nombre (R. J. P. Julio-Agosto 1949, pág. 571), lo precedente es deducir una cuestión prejudicial en forma directa. Una ejecutoria suprema de 1950, rectificando el criterio fijado en la de 1928, que se explica por ser anterior al Código vigente, establece que la excepción de naturaleza de juicio sólo procede cuando se da a la acción una tramitación distinta de la que la ley señala; en cambio, cuando el carácter delictuoso de un hecho debe determinarse en otra vía, procede la cuestión prejudicial. (R. J. P. Diciembre 1950, pág. 1540).

Con esta resolución judicial queda bien determinado que esta excepción es procedente cuando a la acción penal se le da tramitación que no le corresponde. Tal es el caso de una instrucción abierta por desacato: el procesado dedujo esta excepción aduciendo que la ofensa al juez no se había producido en ejercicio de sus funciones y era contra el honor, que exigía tramitación distinta, pues no era de oficio sino mediante querrela de parte. La Corte Suprema declaró fundada la excepción y

anulo la instrucción. (R. J. P. Febrero 1955, pág. 1736 y Junio 1955, pág. 2261). Cuando se pide deslindar si la materia es de carácter civil o penal, lo procesal es deducir una cuestión prejudicial.

En el caso de perseguirse como delito algún ilícito cuya resolución compete a las autoridades administrativas, no es procedente deducir esta excepción, porque no es tramitación distinta sino acción distinta. No existiendo en nuestra legislación la excepción de naturaleza de la acción, lo procedente es deducir cuestión prejudicial para evitar juzgar como delito lo que no lo es. Tal es el caso del contrabando sancionado por ley de 7 de Enero de 1896 y en el Código de Procedimientos Aduaneros que establece que la vía administrativa es previa a la penal. La Resolución Suprema de 26 de Julio de 1943 establece las pautas para la tramitación de los juicios de comiso. Existe una ejecutoria suprema en este sentido. (A. J. 1950, pág. 133).

Cuando equivocadamente se interpusiere cuestión prejudicial por lo que es excepción de naturaleza de juicio, la Corte Suprema ha declarado que el juzgador puede rectificar el error considerando la acción como la que debió ser y ampararla, si fuere el caso. (R. del F. Set.-Dic. 1954, pág. 616).

Esta ejecutoria plantea un problema interesante: ¿hasta qué punto la Corte Suprema puede enmendar las deficiencias de la defensa en el planteamiento de los problemas doctrinarios? ¿Ejerciendo esta atribución, el Tribunal Supremo puede llegar al extremo de variar las instituciones contenidas en el recurso del procesado? Creemos que no. Es cierto que la justicia debe ser buscada en los fallos judiciales, especialmente en materia penal en que la libertad humana está de por medio. Pero existe un límite: el respeto a las normas procesales que son de orden público y obligan por igual a litigantes y jueces. Quien fundamenta su defensa en forma procesal equivocada, no puede esperar éxito. Debe quedarle abierto el camino para que haga uso de su derecho más tarde. No es aceptable que el juez interpretando lo que quiso decir y no dijo, cambie sustancialmente la institución amparando un recurso no deducido en debida forma. Esto se prestaría a la arbitrariedad judicial y abriría un camino muy ancho de peligros incalculables.

Cosa Juzgada. — Para alcanzar mayor certeza en los fallos, existen las instancias a las cuales se recurre en vía de ape-

lación y de recurso de nulidad. Cuando estas vías se agotan, la sentencia queda firme, inalterable. Entonces adquiere la sentencia categoría de cosa juzgada, es decir el asunto ha sido resuelto en forma definitiva.

Pero puede darse el caso de que nueva denuncia pretenda revivir la investigación acerca de un delito que ya ha sido materia de una sentencia. Entonces es procedente deducir la excepción de cosa juzgada que impide debatir el delito denunciado. Quien la deduce no discute el delito ni la responsabilidad que pudiera caberle. Solamente exhibe una situación de hecho —la sentencia anterior que se encuentra ejecutoriada— y en virtud de ella pide que no prospere la nueva denuncia. La sentencia anterior le ahorra toda nueva discusión. Es una manera de resolver la denuncia por razones ajenas al conflicto, pero procesalmente válidas.

Para que funcione esta excepción, es necesario que el nuevo delito que se denuncia sea el mismo que el que fué objeto de la sentencia anterior; que la persona a quien se imputa el hecho sea la misma; y que exista una sentencia anterior que lo juzgue y se encuentre ejecutoriada.

En cuanto a la naturaleza de la cosa juzgada, fijaremos los caracteres de esta institución.

La paz y el orden social exigen imperativamente estabilidad en las relaciones sociales y ésta no podría darse si los juicios pudieran renovarse indefinidamente. La seguridad social es exigencia de la sociedad civil. Dada la imperfectibilidad humana, el fallo de la Corte Suprema puede estar equivocado pero debe presumirse lo contrario. Frente a esta posibilidad, existe la exigencia de que los litigios terminen en forma definitiva; que exista algún tribunal que los resuelva de una vez por todas; se garantiza acierto mediante las instancias revisoras, pero agotadas, la resolución debe ser definitiva e inalterable.

La posibilidad de iniciar una acción penal o de pronunciar sentencia cesa entre otras causas, por autoridad de la cosa juzgada. (Art. 118 inc. 3º C. P.).

Después de tratar este punto, Couture concluye así: "La cosa juzgada es en resumen, una exigencia política y no propiamente jurídica; no es de razón natural sino de exigencia práctica". (16) No siendo de ley natural, la ley positiva es la que

le da contenido y fija su eficacia. Por consiguiente también en determinados casos, puede quitarla como es en la revisión.

Esta materia está regida por el art. 127 del C. P., que dice: "Nadie podrá ser perseguido por segunda vez, por razón de un hecho punible fallado respecto de él difinitivamente".

El planteamiento de esta excepción puede presentar situaciones diversas:

Si la sentencia condena por robo y la denuncia se refiere a la violación de domicilio, necesaria para consumar el robo ¿procede la excepción, mejor dicho, hay cosa juzgada? Este caso puede darse si la sentencia fué absolutoria o condenatoria con pena mínima y el agraviado insatisfecho pretende castigo mayor, aunque sea por delito distinto. Creemos que en este caso existe cosa juzgada. La penetración al domicilio ajeno era el medio necesario para que el autor consumara su delito. No puede considerarse como delito autónomo, merecedor de sanción penal, al hecho que ha servido de medio para cometer otro más grave, que ya ha sido materia de sentencia y en la cual se ha contemplado todos los aspectos del delito.

Lo mismo puede decirse de otras situaciones análogas: v. gr., sustraer cartas, sellos, etc., para falsificar documentos; proferir amenazas en el calor de una riña; abandonar a una persona después de haberla atropellado, etc.

El auto que declara sin lugar la apertura de instrucción, ¿constituye cosa juzgada? La Ejecutoria Suprema de 30 de Marzo de 1943, (A. J. 1943, pág. 110) establece que si los datos posteriores desvirtúan los fundamentos que sirvieron para dictar este auto, no existe cosa juzgada. Considera que esta resolución tiene finalidad transitoria; califica los elementos presentados y según ellos ordena o no abrir instrucción. Si los nuevos documentos cambian sustancialmente el hecho y configuran delito, es procedente abrir instrucción. No puede impedírsele una resolución dictada con datos diminutos y sin oír al Ministerio Público ni a la parte agraviada. Al comentar el art. 77, trataremos nuevamente este punto.

La sentencia expedida por un tribunal privativo, ¿puede servir de fundamento para deducir esta excepción, ante denuncia presentada al juez instructor? Hay cosa juzgada siempre que exista sentencia consentida que resuelva definitivamente el mismo evento criminal y que el fuero haya sido establecido por ley especial. (R. T. 1933, pág. 253). Es necesario

que el hecho que fundamenta la sentencia del tribunal privativo constituya delito, es decir, esté considerado como tal por el Código Penal. Si no lo estuviera, no es delito y no hay cosa juzgada, pudiendo prosperar la denuncia si el juez la ampara y tramita con arreglo a ley.

Amnistía. — Es excepción propia del procedimiento penal. Es el acto de la autoridad que cubre con el olvido cierta clase de delitos, perdonando a los autores y remitiendo las penas. La amnistía se dicta en aquellos delitos que se refieren al orden político o social, a la seguridad del Estado y que atacan sus instituciones fundamentales aunque su apariencia externa los caracterice como delitos comunes.

Nuestro Código Penal se ocupa de la amnistía al tratar de la extinción de la acción penal y de la pena, en el Título XV del Libro Primero.

El procedimiento que deberá seguirse es el que corresponde a toda excepción. Decretada la amnistía, el juez o tribunal a pedido de parte o de oficio, deberá dictar auto que establezca esa situación ordenando la inmediata libertad del procesado. No es necesario esperar la sentencia para hacerlo. Este es el sentido de las ejecutorias supremas citadas en la obra "Código Penal. Concordancias", del Dr. Espino Pérez, 2ª edición pág. 117.

Por expresa disposición de la ley (art. 126 C. P.), la amnistía deja subsistente las acciones de reparación. La sociedad perdona la comisión del delito pero no exime del resarcimiento económico por el daño causado, porque aquello corresponde a la víctima o a sus herederos.

Prescripción. — El tiempo influye en los fenómenos jurídicos como en todos los actos de la vida de relación. Especialmente en el procedimiento civil, los actos procesales requieren realizarse en determinado lapso para que tengan validez. En el procedimiento penal existe mayor amplitud en cuanto a la oportunidad en que deban verificarse las etapas del proceso, pero siempre existen términos como veremos en su oportunidad.

El mero transcurrir del tiempo tiene como consecuencia el nacimiento de un derecho, como cuando la posesión continuada y pacífica se convierte en propiedad. También puede trans-

formar derechos, como en el caso de la falta de protesto de una letra de cambio vencida, que determina la pérdida del mérito ejecutivo. Finalmente, el silencio o inacción del acreedor durante determinado lapso libera al deudor de la acreencia.

Este último transcurso de tiempo generador de situaciones jurídicas se denomina prescripción. De dos maneras influye el tiempo en el Derecho: liberando de obligaciones o adquiriendo derechos. Es decir, puede darse la prescripción adquisitiva, que es modo civil de adquirir derechos y la prescripción extintiva, que es la manera de liberarse de una obligación o carga.

En Derecho Penal existe solamente esta última, bajo dos formas: la prescripción de la acción penal regulada en el art. 119 de Código de la materia; y la prescripción de la pena considerada en el art. 123 del mismo cuerpo de leyes.

Tratándose de un Código en que se establecen los principios relativos a la instrucción, el artículo que comentamos se refiere a la acción penal; su consecuencia es anular "la instrucción que se está llevando a cabo".

La excepción perentoria de prescripción es defensa que la ley concede al procesado con el objeto de atacar directamente la acción penal instaurada en su contra. Se funda exclusivamente en el transcurso del tiempo entre el acto incriminado y la fecha de la denuncia. Su finalidad es destruir la denuncia criminal aduciendo como única defensa el transcurso del tiempo que, en este caso, lo libera del castigo.

Como nota característica, esta excepción procede en cualquier etapa del proceso, desde el momento en que se denuncia un hecho considerado como delito, en cuyo caso el juez no abrirá instrucción, rechazando la denuncia, hasta la audiencia en que comprobado el transcurso del tiempo, se declara fundada la excepción y, de ese modo, concluye la causa. En este último caso la excepción se plantea al abrirse la audiencia y sin haberse realizado formalmente el acto oral, el Tribunal al declararla fundada, da por terminado el proceso penal, sin dictar sentencia. El mero transcurso del tiempo libera al autor de un delito, de la sanción que debería sufrir por este hecho.

La prescripción ha sido atacada por considerar que el solo transcurso del tiempo no debe ser factor suficiente para eximir de pena a quien se ha hecho acreedor a ella por la comisión de un delito. Pero se considera que transcurrido cierto tiempo

desde el hecho delictuoso, sin haberse sancionado al autor, se ha dado cierto perdón de la sociedad; sino se le ha castigado a pesar de hallarse en la condición de presente, es que la justicia ha considerado que su delito no es tan grave como para imponerle una sanción inmediata y se ha dado preferencia a otros, dejándolo a él para más tarde. Si el acusado ha estado ausente —oculto— ya ha sufrido. El inc. 1º del art. 51 del C. P. ordena que al sentenciar el juez tome en cuenta el tiempo transcurrido desde que ocurrió el hecho, sin que el reo haya delinquido nuevamente. En realidad este olvido viene a ser una amnistía que la sociedad concede cuando considera que se ha logrado uno de los fines de la pena, cual es la readaptación del delincuente.

Análogamente a la cosa juzgada, el fundamento de la prescripción reside en el Derecho Positivo. No tiene su origen en el derecho natural. Es la legislación de cada país, la que ha creado esta ficción jurídica estableciendo que el transcurso del tiempo libera al autor de un delito, del castigo que le correspondería. Es necesidad social que alguna vez termine la situación de incertidumbre que sigue ante la no sanción de un evento criminal.

Aunque los principios relativos a la prescripción, se encuentran en el Código Penal, sin embargo nos referiremos brevemente a ellos para completar las ideas relacionadas con esta excepción.

La prescripción comienza a contarse “desde el día en que se cometió el delito, o, si fuere continuo, desde el día que concluyó” dice el art. 120. La realización del delito marca el inicio de la prescripción. Se interrumpe por cualquier acto de la instrucción o de la audiencia. (Art. 121). Cada interrupción determina que el plazo empieza a correr nuevamente.

La última parte de este mismo art. 121 contiene una excepción: “la acción penal prescribe, *en todo caso*, cuando la duración del término ordinario de prescripción sobrepasa en una mitad”. Es decir, existan o no interrupciones, siempre opera la prescripción cuando el término ordinario ha sido sobrepasado en una mitad. Es caso frecuente que cuando se ha pedido pena de prisión, cuyo plazo de extinción es de cinco años, en aplicación de esa regla, la prescripción se dará a los siete años y medio desde que se cometió el delito. La única exigencia es que, desde el hecho que motiva la instrucción, el procesa-

do no haya cometido ningún nuevo delito, porque interrumpiría el plazo.

Las articulaciones promovidas en la instrucción, que requieran resolución en proceso aparte y que forzosamente interrumpen el curso de la instrucción, se consideran que suspenden el plazo de la prescripción. (art. 122). Resuelta la incidencia, el plazo sigue corriendo. Naturalmente en estos casos también funciona la última parte del art. 121 antes citado.

El art. 119 establece los plazos para la prescripción de la acción penal: 20 años para los delitos que merezcan pena de internamiento; 10 para los de penitenciaría o relegación; 5 para los de prisión o expatriación y un año para los delitos que merezcan otra clase de pena. v. gr.: pecuniarias, inhabilitación, etc. Esta excepción tiene varias notas distintivas.

Conforme al art. 129 del Código Penal es irrenunciable. La prescripción se establece en interés general; es un derecho futuro que no puede ser renunciado. Es inadmisibile la renuncia previa a un derecho. Se pueden renunciar los derechos presentes, cuyo uso tenemos, pero no los futuros, los cuales aún no disponemos. Una vez adquirida la prescripción, tampoco es renunciable, porque opera de puro derecho, la declaratoria es formalidad.

Habiendo transcurrido el plazo de ley, debe ser declarada de oficio por el Tribunal. Es de orden público. El carácter de la institución que tiene efecto liberatorio ipso-jure impone esta obligación al juzgador. Aunque el reo no la haga valer, es obligación del Tribunal declararla. Existe una ejecutoria suprema de 28 de Noviembre de 1940 (R. de los T. 1941 p. 48), que declara la nulidad de una sentencia consentida por el reo: porque había transcurrido el término de la prescripción la que se declaró de oficio. Es costumbre que los Tribunales Correccionales envíen al fiscal las instrucciones cuyo plazo esté vencido, recabando previamente los antecedentes penales y judiciales; con la vista fiscal favorable declaran la prescripción de la acción penal. Puede ser que los propios interesados ignoren esta situación, a pesar de lo cual está válidamente concluido el proceso y archivada la instrucción.

Para declararla no se requiere la presencia del procesado. En otras excepciones, mientras el imputado no comparezca ante el juez, no puede deducir excepciones referentes a denuncia cuyo tenor desconoce. Pero en ésta, por ser de ofi-

cio, se declara aún cuando el inculpado no haya rendido su instructiva. No es necesario que medie requerimiento de parte interesada.

Como el término de la prescripción varía según la pena, pueden darse situaciones diversas: si en la instrucción hay dictamen, el Tribunal deberá guiarse por la pena pedida por el Fiscal en su acusación escrita; aunque el delito merezca penas alternativas, la Corte Suprema ordena que el Tribunal se oriente por ese documento. (R. J. P. Mayo 1950, pág. 617). Cuando en el proceso no hay dictamen escrito y por lo tanto, no hay pena pedida para el autor, el Tribunal tiene que orientarse por la que merece el delito investigado. Si éste es sancionado con pena determinada, aunque varíe su monto, el Tribunal se guiará por el Código y mediante auto, declarará la prescripción de la acción penal. Pero si —como es frecuente— el Código señala penas alternativas, penitenciaría o prisión, solamente en la audiencia el Tribunal, al decidirse por determinada pena, declarará la prescripción de la acción, omitiendo dictar sentencia. (R. J. P. 1945, pág. 614. R. del F. Set-Dic. 1954, pág. 615; R. P. J. Enero 1955, pág. 1628; Febrero 1955, pág. 1740 y 1741; y Mayo 1955, pág. 2128).

Cuando no hay acusación fiscal, ¿el proceso quedará abierto hasta que se verifique el acto oral? La Corte Suprema (R. J. P., Enero-Febrero 1949, págs. 93 y 95), ha establecido que si con los elementos acumulados en la instrucción, puede establecerse con certeza la pena que correspondería al acusado, entonces haciendo uso de esas pruebas, puede dictar auto que declarando la prescripción, ponga término al proceso, como por ej. en delitos que merecen penitenciaría, pero al ser cometidos por menores, son sancionados con prisión.

La prescripción siempre se declara por auto del Tribunal; aunque la audiencia esté realizándose, si la prescripción fuere procedente, deberá dictarse auto que dé término al juicio oral. (R. J. P. Diciembre 1943, pág. 46; R. T. 1943, pág. 376).

¿Desde qué momento empieza a correr la prescripción? A pesar de lo dispuesto en el art. 120 del Código Penal, a menudo se presentan situaciones complicadas.

En los delitos en que existe un momento cierto de consumación, v. gr.: robo, lesiones, homicidio, etc. no hay problema para computar la prescripción. Pero cuando por razón de la modalidad del delito, no existe esta certidumbre, entonces se

presentan las situaciones que requieren interpretación. Veamos algunos casos:

En la falsificación de documentos, la consumación se realiza al hacerse uso de los documentos apócrifos; en este instante se configura el delito. (R. J. P., Enero 1951, pág. 69).

En el matrimonio ilegal se consuma al celebrarse la ceremonia. Aunque no se dé la vida en común, mejor dicho, la cohabitación, siempre existe delito.

La injuria mediante carta se perfecciona cuando ésta llega a su destino; o si fuere mediante impreso periodístico, cuando se publica. Si la primera se extravía o el segundo queda en la imprenta, no hay delito.

La violación no es, por naturaleza, delito continuado; aunque las relaciones entre acusado y agraviada hayan proseguido durante lapso apreciable, la prescripción comienza a correr desde la fecha en que tuvo lugar el último contacto. (R. J. P., Agosto 1946, pág. 514; R. del F., 1952, pág. 610).

Existe el aspecto extensivo de la prescripción. Declara ésta en un proceso, favorece a todos los comprendidos en ella, siempre que se encuentren en idéntica situación procesal.

A este principio general se oponen excepciones: así, hay casos en que la prescripción puede favorecer a unos —v. gr.: menor de edad— pero no a otros, que carecen de este atenuante. También a veces puede amparar al cómplice— contra quien se pide pena de prisión— pero no al autor, cuyo delito se sanciona con mayor pena. Estas excepciones derivan de la distinta situación procesal de los encausados en un proceso.

Art. 6º—El peruano que fuera del territorio de la República haya cometido un delito penado por la ley nacional y por la del país en que se perpetró, puede ser juzgado a su regreso al Perú.

Los tres últimos artículos del Título Preliminar tienen íntima relación con la aplicación de la ley penal en el espacio, lo que obliga a incursionar en el campo del derecho sustantivo. Los comentarios de estos artículos se completan y para no re-

petir las ideas aquí expuestas, deberá consultarse esta parte al estudiar los dos restantes.

Dice Soler (17) "La determinación del ámbito espacial de aplicación de la ley penal es el resultado de un conjunto de principios jurídicos que fijan el alcance de validez de las leyes penales del Estado en relación al espacio".

La ley penal tiene un ámbito de aplicación mayor que el territorio. El conocido concepto de que la ley alcanza hasta donde llega la soberanía aunque cierto, hoy por diversas circunstancias, deja de ser del todo exacto. La ley como manifestación de la voluntad del Estado, rige en todo su territorio y por cierta ficción jurídica, se acepta sea aplicada en lugares que no constituyen su ámbito geográfico.

Escapa a la naturaleza de este estudio procesal, examinar los principios que justifican la validez de la ley penal en relación al espacio.

En el Perú la ley penal se aplica a todo aquel que someta un delito en el territorio de la República. (art. 4º del C. P.), sin hacer distinción entre nacionales y extranjeros. (art. 23 de la Constitución Nacional).

Conviene examinar el concepto de territorio, campo de aplicación de la ley. Territorio es el espacio del globo terráqueo dentro del cual un Estado ejerce su soberanía. No debe entenderse en estricto sentido material; debe considerarse no tanto los límites físicos como los jurídicos. El art. 4º del Código Penal, cuando somete a la ley peruana los delitos cometidos dentro del territorio, agrega: "buques nacionales etc." ampliando así el concepto.

Para los efectos de la ley penal, el territorio peruano comprende:

1º—La extensión del suelo nacional, es decir, el espacio comprendido dentro de las fronteras peruanas, donde el Estado ejerce su soberanía en forma amplia e irrestricta.

2º—La extensión del mar territorial. Ramos lo define así: "Es una prolongación del territorio, mejor dicho, una integración jurídica del concepto de territorio". (18) Por razones de defensa los Estados se reservan una línea ideal, paralela a la playa. El inc. 2º del art. 822 del Código Civil considera como bien del Estado "el mar territorial y sus playas". El

art. 37 de la Constitución, dentro de las riquezas de la Nación, señala "las minas, bosques y aguas". El Reglamento sobre visitas y permanencia de naves extranjeras (de 14 de Noviembre de 1934) fija las aguas territoriales en tres millas de las costas e islas. El Decreto Supremo de 1º de Agosto de 1947, declara la soberanía y jurisdicción nacionales y en su art. 3º, establece que el territorio peruano abarca "una zona comprendida entre esas costas y una línea imaginaria paralela a ellas y trazada sobre el mar a una distancia de 200 millas marinas". (19)

3º—El llamado territorio flotante constituido por las naves de bandera nacional cuando se hallan fuera de mar territorial y en zona denominada mar libre. Los delitos que ocurran en naves que se hallen en estas condiciones, deben ser juzgados conforme a las leyes del país cuya bandera enarbola la nave. Este es un principio de Derecho Internacional Privado reconocido sin excepción por todos los pueblos civilizados del mundo. (art. 8º del Tratado de Derecho Penal de Montevideo de 1940, concordando con el Código de Bustamante). Existe una diferencia: en los buques de guerra —que constituye territorio del país cuya bandera llevan— aunque se encuentren surtos en puerto, casi sin excepción se juzgan conforme a las leyes del país a que pertenece el buque (art. 3º del referido Tratado y art. 300 del indicado Código). En los mercantes se aplica la ley del país en que se encuentren, salvo que no tenga relación con el país ni perturben su tranquilidad. (art. 10º del Tratado y art. 301 del Código).

4º—El espacio aéreo cubre el suelo nacional y las aguas jurisdiccionales. Existen diversas teorías sobre el dominio aéreo; sin embargo el ejercicio de los derechos de soberanía es indiscutible y ha sido reconocido en forma constante y uniforme. Desde el Convenio Internacional de Navegación Aérea de 1919, revisado en 1929 y en 1933 hasta el Reglamento de la Aviación Comercial y Civil, aprobado por Decreto Supremo de Diciembre de 1933, se reconoce el espacio aéreo y este último en su art. 1º dice: "La República del Perú ejerce soberanía absoluta sobre el espacio aéreo comprendido dentro de los límites de su territorio y sus aguas territoriales". (20)

5º—El territorio volante constituido por los aviones de bandera nacional. Cada día es mayor la tendencia a igualar

naves con aeronaves, lográndose apreciable progreso en sanidad y aduanas. Debe distinguirse entre aviones militares y los que no poseen este carácter, bien sean de comercio o particulares. Para los delitos cometidos a bordo de aeronaves militares, rige lo dispuesto para iguales casos en los buques: si se halla en tierra o en aires territoriales, se aplica la ley del Estado a que pertenezca la aeronave, exceptuando el caso de que el delito afecte especialmente al país donde se cometa. Para las no militares, los delitos cometidos en el aeropuerto o durante el vuelo, se sancionan por la ley del país a que pertenece la tierra o el aire. Como excepción para facilitar la investigación y sanción del hecho punible, se acepta que se aplique la ley del país donde corresponde hacer la próxima escala al momento de la comisión del delito. (arts. 10º y 15º del Tratado y art. 301 del Código) .

6º—Las inmunidades de las Embajadas y Legaciones.
(21) Las representaciones diplomáticas están dotadas de ciertas inmunidades y privilegios. Hugo Grocio creó la ficción de la "extra-territorialidad", fundándola en que el diplomático se encontraba idealmente fuera del territorio en que ejercía sus funciones y se le reputaba como domiciliado en su propio país. En tales circunstancias, el agente diplomático, no tenía por qué someterse a las exigencias que imponía el Estado ante el cual estaba acreditado, pues hipotéticamente estaba radicado en su país de origen y sometido a su propio régimen legal.

Este concepto ha evolucionado y hoy no se acepta. Pero la necesidad de que los representantes diplomáticos disfruten de ciertos derechos indispensables para que puedan llevar su misión con éxito y la respetabilidad de la representación que invisten, exige que estén eximidos de registros policiales, del examen de sus archivos y de todo lo que pueda convertirse en insulto y vejamen a la persona del Jefe de Misión. Los fines de la representación diplomática son los que justifican la inviolabilidad del local en la cual tiene su sede.

Las inmunidades y privilegios son los estrictamente indispensables para el buen desempeño de sus deberes oficiales. Una de las consecuencias de la inmunidad diplomática es la exención de la jurisdicción civil y penal, rigiendo para ello la del país que representan.

Otra de las consecuencias es el asilo diplomático, que se concede en casos de delitos políticos y siempre que se encuentre en peligro la seguridad del asilado. La inmunidad diplomática hace posible el asilo. Al eximirlo de la jurisdicción local, la misión diplomática constituye un país enclavado en otro, donde la autoridad local está impedida de ingresar. Mientras el local de la legación o embajada constituya —aunque sea ficticiamente— territorio nacional, no se admitirá que potencia extranjera (el país donde está acreditada la misión), ejerza actos de jurisdicción en territorio que no le es propio, sino que como local de la misión, pertenece a otro país.

Del asilo derivan dos problemas interesantes: el caso de los delitos conexos; y el de las diligencias judiciales con los asilados.

El primero se refiere a los delitos conexos íntimamente vinculados al móvil político. El que fué Ministro de Relaciones Exteriores de la Argentina don Carlos Saavedra Lamas, con motivo de los sucesos ocurridos en Madrid durante la guerra civil española, estimaba que era necesario tomar en cuenta el móvil que el hecho exteriorizaba porque “si la ejecución del acto político implica la comisión de un delito común, es evidente que este último sigue a aquél”. Esta tesis fué incorporado al Tratado de Asilo Diplomático de Montevideo de 1939, pero entraña graves peligros como principio general. Puede aceptarse, siempre que sean de ámbito delictual restringido los actos cometidos con ocasión de la actividad política v. gr.: violación de un domicilio particular para ingresar al local de la embajada o legación, lesiones leves a los custodios del orden público que quisieron detenerlo, etc. Pero si el hecho reviste gravedad v. gr.: homicidio, entonces deberá prevalecer el delito común sobre el político, privándolo del asilo diplomático y sometiéndolo a la justicia ordinaria. El móvil es importante, pero está vinculado a la gravedad del delito cometido con ocasión directa del acto político.

El segundo problema a dilucidar es el relativo a las diligencias judiciales a realizarse con intervención del asilado. Puede ocurrir que la justicia necesite que éste reconozca documentos, preste declaraciones, sea confrontado, etc. La finalidad del asilo es —por motivos humanitarios— evitar que se ejerzan venganzas y se apliquen medidas punitivas motivadas por su actuación política, pero nunca sustraer al asilado a los

actos de jurisdicción ordinaria que no atentan contra su vida y que son necesarios para el esclarecimiento de hechos delictuosos. En tales casos el jefe de la misión, no puede oponerse a que tales diligencias se practiquen. Podrá impedir el ingreso del funcionario judicial, pero no la práctica de la diligencia la que en tal caso, deberá realizarse fuera del local lo que, por otra parte, significaría el fin del asilo. La misión debe dar facilidades para que la justicia llene sus fines, sin que se afecte la calidad del asilo concedido conforme a normas internacionales vigentes.

La norma procesal está limitada en el tiempo y en el espacio. A diferencia de la sustantiva, la procesal se aplica a todos los procesos, tanto a los nuevos como a los pendientes. Mientras en Derecho Penal rige el principio de la irretroactividad de la ley (art. 3º C. P.), en el procedimiento se aplica la retroactividad, porque se considera que si se ha dictado nueva norma es porque responde mejor a los fines de la justicia. Los mandatos que regulan la competencia de los jueces, la organización de los tribunales, las formas del procedimiento, etc. son de interés público y no constituyen derechos adquiridos, de manera que su vigencia es inmediata con algunas excepciones.

En cuanto a la limitación espacial, la ley procesal se aplica en todo el territorio de la República, sin que pueda regir otra. Es exclusiva, por ser norma de orden público. El poder jurisdiccional es emanación de la soberanía y alcanza hasta donde llega ésta, es decir, está limitada por el territorio nacional, que es donde se ejerce la soberanía del Estado. Excepcionalmente la norma procesal rige fuera del país, en los mismos casos de vigencia de la ley penal, antes reseñados.

El delito agravia a la sociedad, ataca a la moral imperante en el país en que se comete; pero también injuria a la de todos los pueblos. Quien vulnera los principios morales aceptados por el mundo civilizado, en realidad ataca los fundamentos de las sociedades contemporáneas. Cualquier atentado repercute en todos los países, quienes se sienten solidarios para perseguir al criminal. En ese momento el Estado que castiga al delincuente, representa al mundo civilizado que sanciona la infracción de una norma por todos respetada. La fuga —hoy tan fácil por los rápidos medios de transportes— no puede ser premiada con la impunidad y todos están acordes en detener al delincuente y entregarlo al Estado víctima para su juzgamiento

Es la lucha contra el crimen en que está empeñada la sociedad civilizada.

Por eso este art. 6º establece el juzgamiento del peruano que en el extranjero haya cometido un delito. Los Tribunales peruanos pueden conocer de un hecho delictuoso cometido fuera del país, si el autor es ciudadano peruano y se encuentra detenido en el Perú. La única exigencia es que el hecho sea considerado delito en el lugar donde se cometió y en el Perú. Si no fuera delito en alguno de estos países no hay nada que juzgar. Este artículo no funciona si el reo fué sentenciado en el país donde delinquiró. (art. 8º).

Pero surge una cuestión : si el país donde cometió el delito, lo solicita mediante extradición, ¿los Tribunales peruanos podrán conocer del hecho? Creemos que no. Esta autorización funciona subsidiariamente, es decir, para los casos en que el delincuente no sea pedido. Si el país en que cometió el hecho criminal se dirige a las autoridades peruanas solicitando su extradición y si ésta fuere procedente, deberá ser entregado para su juzgamiento por los Tribunales del Estado en que delinquiró. Solamente si no fuere pedido —por olvido u otra causa no excusable— es que puede ser sometido a juicio por la justicia peruana.

Esta facultad de juzgamiento tiene como limitación natural la prescripción. Aunque esta disposición procesal no lo diga expresamente, lo dice el inc. 1º del art. 6º del Código Penal. Además la prescripción es irrenunciable y se aplicará de oficio.

Art. 7º—El extranjero que fuera del territorio del Perú sea culpable, como autor o cómplice, de un delito contra la seguridad del Estado o de falsificación de moneda, billetes o documentos nacionales, será juzgado conforme a las leyes peruanas si es detenido en el Perú, o si el Gobierno obtiene su extradición.

El delito agravia a la sociedad y la sanción viene como exigencia indispensable para restablecer la paz social alterada

y evitar la repetición de tales actos. Es la finalidad preventiva de la pena.

Pero existen otros delitos que, además de ofender a la sociedad, de manera especial atentan contra la soberanía nacional y el respeto que al Estado se debe. Es regla común en Derecho Penal Internacional que estos delitos estén sometidos expresamente a los Tribunales de Justicia del país ofendido.

Tales son los denominados delitos "contra el Estado y la Defensa Nacional", que nuestro Código Penal considera en el Libro 2º Sección IX.

La moneda, los billetes y documentos públicos, merecen igualmente ser protegidos porque en su ámbito de acción, cada uno representa al País y cualquier adulteración, afecta su decoro y respetabilidad.

Estos documentos contienen la palabra del Estado. Ellos garantizan que constituyen un valor cierto que sirve para determinados usos. En la sociedad es necesario que exista un estado general de salud mental llamado buena fe en virtud del cual, cada uno cree que aquello que ve es lo que realmente representa; que la moneda es verdadera, que el timbre es auténtico, que el billete no ha sido adulterado, etc. La falsificación de cualquier signo o documento estatal, destruye este estado de salud colectivo y entonces los individuos dudan de la autenticidad de esos valores y la duda engendra la desconfianza general y el rechazo de tales valores, billetes o monedas. Es pues indispensable que el Estado garantice la fidelidad y exactitud de los documentos que pone en circulación y castigue severamente a quien, con su delito atenta contra esta buena fe, la misma que debe ser mantenida incólume. En estos delitos existe no sólo engaño a la propia víctima sino lo que es más grave, procura el descrédito de los valores y documentos estatales. Cumpliendo su función de guardián del orden público, el Estado debe reprimir severamente tales delitos. De allí deriva la exigencia de que sean los Tribunales nacionales quienes juzguen y castiguen a los infractores nacionales o extranjeros que cometan el delito en el país o fuera de él. Solamente los jueces nacionales pueden apreciar en su verdadero valor la gravedad del delito sometido a juzgamiento. Para estos casos, el Código autoriza la extradición conforme a las normas vigentes.

El único problema que surge en este artículo es cuando el Gobierno se entera tarde del paradero del acusado y en el

intervalo, éste ha sido juzgado por Tribunal extranjero, por el mismo delito, suponiendo que éste haya sido cometido fuera. En este caso, aplicando el principio contenido en el artículo siguiente, no procede nuevo juzgamiento, ni tampoco solicitar la extradición.

Concordando con esta disposición procesal, el art. 5º del Código Penal, establece qué infracciones cometidas fuera del territorio nacional, serán castigadas por los Tribunales peruanos. Los delitos que señala son: piratería, traición y atentados contra la seguridad militar; falsificación de moneda, sellos, timbres y marcas oficiales; luego dice que también lo serán todos los delitos susceptibles de extradición, bien fueren cometidos por nacionales o extranjeros nacionalizados después de la comisión del hecho, siempre que éste fuere punible en el Estado en que se perpetró y cuando el culpable entrare al Perú. También coloca en esta situación especial, cuando la infracción la comete un extranjero en agravio de peruano y siempre que el autor entrare al Perú, no habiendo sido juzgado antes por el hecho. Finalmente comprende en este caso especial a todas las infracciones cometidas por funcionarios y empleados del Estado en el desempeño de su cargo.

Esta extensión de la jurisdicción penal se explica por las razones ya expuestas. Se amplía la esfera de aplicación de la ley penal a hechos cometidos fuera del país. Pero se fundamenta en principios universales, aceptados por todas las legislaciones del mundo civilizado y responden a una exigencia de seguridad colectiva frente al delito.

Art. 8º—No procede la persecución contra el peruano que haya delinuido fuera del país o el extranjero que cometiera un delito en el Perú, si uno u otro acredita que ha sido anteriormente juzgado por el mismo hecho y absuelto, o que ha cumplido la pena, obtenido su remisión o que ella ha prescrito.

La sentencia es el medio ordinario de dar término a un proceso. Sea absolutoria o condenatoria, ella establece que el

procesado ha sido juzgado y, por consiguiente, no puede estar sometido a nuevo proceso por el mismo hecho. Queda libre de toda persecución.

Conforme al art. 6º, el peruano que fuera de territorio nacional comete un delito, a su regreso al Perú puede ser juzgado. Este juzgamiento es improcedente cuando el delincuente ha sido sentenciado y cumplido la pena, si es que hubo condena. Igual disposición contiene el art. 6º inc. 3 del Código Penal.

También el art. 7º establece castigo para el extranjero que fuera del país, cometiera determinados delitos que afectan a la soberanía nacional. También está exento de pena si acredita haber sido juzgado en el país en que cometió su delito. Concuere con lo dispuesto en el art. 6º inc. 3 del Código Penal.

Esta disposición de dar por válida una sentencia expedida por Tribunal extranjero, se fundamenta en un principio de Derecho universal. Todo individuo tiene derecho a ser juzgado una sola vez y que la sentencia que sanciona el delito sea reconocida en el mundo civilizado. Así como existe una virtual asociación de los Estados civilizados para luchar contra el crimen, también existe el consenso universal basado en el respeto a la persona humana, de que por un delito sólo puede juzgarse una vez. Si la sentencia es expedida en un país, que se rige por normas de Derecho, se presume que está dictada conforme a ciertas reglas jurídicas y aunque no se ciñe estrictamente a nuestro ordenamiento procesal, siempre realiza los fines superiores de la Justicia.

Ahora preguntamos: ¿la sentencia penal a que se refiere este artículo, requiere exequátur, como las civiles? Es principio general de Derecho que toda sentencia extranjera para que surta sus efectos legales en el Perú, requiere exequatur. En este caso la sentencia penal dictada por Tribunal extranjero, bien sea contra peruano que haya delinquido en el exterior o contra extranjero que cometa algún delito que vulnere la soberanía nacional, se esgrimiría para liberar al peruano o extranjero, según sea el caso, de la persecución de la justicia. Tendría un efecto liberatorio, puesto que impediría nuevo juzgamiento. En consecuencia, creemos que requiere exequátur. Lo contrario sería facilitar la presentación de documento falso que, con el nombre de sentencia, procuraría la impunidad del delincuente. El exequátur es un tamiz que purifica las

sentencias extranjeras y evita que se filtren documentos falsos con ese nombre.

La diferencia con el campo civil, sería que en este caso se seguiría de oficio el procedimiento del exequátur para establecer si ha habido sentencia o no y en consecuencia, si procede o no el enjuiciamiento.

Tampoco puede ser juzgado si la causa ha prescrito. La prescripción libera al reo de la sanción merecedora por su delito. Si ésta se ha producido, no puede ser sometido a nuevo juzgamiento.

El único problema a dilucidar es si la prescripción tiene plazos diferentes en el país donde ocurrieron los hechos, del que fija la ley penal peruana. Ante esta divergencia de términos, conforme al principio de que en caso de duda debe estarse a lo favorable al reo, creemos que se aplicará el plazo más beneficioso —sea el del lugar donde se realizó el evento criminal o el del Perú— y se le eximirá del juzgamiento, aunque conforme a la otra legislación, no se haya producido el perdón que implica esta institución.

El Código Bustamante (arts. 312 y 313) establece que la prescripción se rige por la ley del Estado a quien corresponde conocer del delito.

NOTAS

- (1) Carlos Zavala Loaiza.— El proceso penal y sus problemas. Exposición de motivos. pág. 137. Lima, 1947.
- (2) Idem. pág. 138.
- (3) Niceto Alcalá Zamora y Castillo.— La reforma procesal penal en el Perú. El Anteproyecto Zavala. Revista del Foro. Año XXVI, 1939. pág. 329. Lima.
- (4) Eugenio Florian.— Elemento de Derecho procesal penal. págs. 136-338. Barcelona, 1934.
- (5) Carlos Zavala Loaiza.— Ob. cit. pág. 50.
- (6) Carlos Zavala Loaiza.— Ob. cit. pág. 51.
- (7) Niceto Alcalá Zamora y Castillo.— Art. cit. pág. 346.
- (8) Niceto Alcalá Zamora y Castillo.— Art. cit. pág. 205.
- (9) Francesco Carnelutti.— Lecciones sobre el proceso penal. Tomo II. pág. 12. Buenos Aires.
- (10) Niceto Alcalá Zamora.— Art. cit. pág. 346.
- (11) Enneccerus.— Derecho civil. Parte general. Tomo I, vol. I. pág. 439. Barcelona, 1934.
- (12) Eugenio Florian.— Ob. cit. pág. 200.

- (13) Carlos Zavala Loaiza.— Ob. cit. pág. 42.
- (14) Eduardo J. Couture.— Fundamentos de Derecho procesal civil. pág. 41. Buenos Aires, 1942.
- (15) Niceto Alcalá Zamora.— Art. cit. pág. 349.
- (16) Eduardo J. Couture.— Ob. cit. pág. 247.
- (17) Sebastián Soler.— Derecho Penal Argentino. Tomo I. pág. 160. Buenos Aires, 1940-1945.
- (18) Juan P. Ramos.— Curso de derecho Penal. Tomo IV. pág. 160. Buenos Aires, 1935.
- (19) Luis A. Bramont Arias.— La ley penal. pág. 152. Lima, 1950.
- (20) Las citas legales aparecen en la obra del Dr. Bramont Arias. Capítulo V.
- (21) Alejandro Deustua A.— Derecho de Asilo. Revista Peruana de Derecho Internacional. Tomo VII. Lima, 1947.

Clave : R. J. P. (Revista de Jurisprudencia Peruana).
 A. J. (Anales Judiciales).
 R. del F. (Revista del Foro).
 R. T. (Revista de los Tribunales).