

Comentarios al Código de Procedimientos Penales^(*)

Por DOMINGO GARCIA RADA

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

TITULO II. — RECUSACION

Recusación es el acto procesal mediante el cual se tacha al Juez que conoce de la causa, cuando su imparcialidad ofrece dudas. Puede recusarse no sólo a los magistrados judiciales sino también al Escribano, testigo y perito que intervienen en la causa. El Ministerio Público no puede ser recusado, pero si existen causales de recusación, debe excusarse.

Recusante es la persona que solicita al Juez que se separe del conocimiento de un asunto por no ofrecer garantías de imparcialidad. Pueden ser recusantes todas las partes del proceso.

Cuando el Juez o el Ministerio Público tiene causales de recusación, de motu proprio, se aparta del proceso entonces se produce la figura jurídica de la Abstención o Inhibición. Es decir, que si existe algún causal que impida al magistrado intervenir en el conocimiento de un proceso, pueden darse dos situaciones: Si el funcionario voluntariamente se aparta, se llama Abstención. Pero si el apartamiento es debido a la petición de la parte, entonces se llama Recusación. Ambas tienen su fundamento en la ley, pero su aplicación varía; en un caso es a petición del propio funcionario judicial y en el otro es a pedido de una de las partes.

(*) Véase Año XXIV — N° III - 1960, de esta misma Revista.

Los institutos procesales de la Recusación y de la Abstención tienen doble finalidad: evitar decisiones injustas y eliminar situaciones delicadas al Juez. Para mantener la respetabilidad de la justicia es necesario que desaparezcan todas las posibilidades que puedan generar duda sobre la imparcialidad del Juez. Estas instituciones procesales protegen el buen nombre de la magistratura y su honorabilidad. A la sociedad conviene que el pueblo tenga confianza en sus jueces para que no se pierda la fé en la Justicia. "Hasta las apariencias se deben cuidar cuando se trata de la Justicia" dice MANZINI (1) y ANDREI VISHINSKI afirma lo mismo cuando dice: "Es absolutamente indiscutible que los tribunales pierden todo prestigio desde el momento en que sus fallos y sentencias pierden su carácter convincente ante los ojos de la sociedad o de la población" (2).

Tanto la Recusación como la Abstención se fundan en la existencia de uno o más elementos en el juez que lo hacen sospechoso de parcialidad. Son reglas de aplicación general para toda la magistratura, que no pueden tener en cuenta el grado particular de fortaleza moral que posea determinado juez. Es cierto que los magistrados constituyen una de las categorías más elevadas de los funcionarios del Estado y de indudable solvencia moral, pero sin embargo son hombres como los demás y como tales se encuentran propensos a todas las debilidades humanas. No pueden considerarse menoscabados por la existencia de dudas sobre su imparcialidad, porque ellas no son personales sino de orden general y amplio. Al contrario deben considerarse que el excluirlos de conocer en determinados casos, es en consideración a lo elevado de su función y no constituye ofensa sino que, por existir un motivo justo o injusto, evita se dude de su imparcialidad.

El juez frente a las partes es esencialmente un tercero y como tal ajeno al litigio. Esto no significa decir que se desinterese del conflicto, sino que su interés es netamente funcional, diríamos indirecto. Su participación está limitada a dar una solución justa al conflicto. Se le califica de extraño a la controversia porque no tiene interés propio en el proceso ni tampoco está directa y personalmente comprometido en su resultado.

No puede esperarse que todos los litigios sean confiados a jueces de la más absoluta imparcialidad. En la Colonia, los Oi-

(1) Obra citada. II pág. 206.

(2) La Teoría de la prueba en el Derecho Soviético pág. 27.

dores tenían prohibiciones —como la de apadrinar criaturas o casarse con criollas— con la finalidad de que no adquirieran vínculos espirituales ni de sangre dentro de la sociedad cuyos juicios deberían resolver. Tales prohibiciones hoy no son posibles ni aceptables puesto que limitan la libertad humana. Sólo pueden establecerse reglas que resguarden mejor la conciencia del juez para que, a los ojos de la sociedad, aparezca libre de situaciones embarazosas.

El juez —como todo ser humano— tiene simpatías, antipatías y prejuicios; a veces estará más vinculado a una de las partes que a la otra; será más amigo de un abogado que de otro; tendrá afectos derivados del terruño, del barrio, del colegio, de la clase social, etc. Son situaciones inevitables que derivan de la propia naturaleza. Tampoco conviene desconocerlas. Pero mientras estos intereses sean menores, de orden secundario, puede y debe esperarse que la honestidad del juez prevalezca, que su honradez venza a la tentación de ceder ante motivos extraños a la justicia. La ley considera, con fundamento que el juez puede superar estas inclinaciones y actuar con justicia. Por eso no las estima causales de recusación ni de inhibición.

Mas existen otras situaciones de mayor gravedad y que pueden dominar la voluntad del juez o vencer su afán de legalidad. Cuando el funcionario judicial tiene estrechos vínculos de familia con el imputado o agraviado, o interés personal, económico o moral con alguna de las partes o es agraviado, etc. entonces puede vacilar su conciencia y llegar a favorecer a uno de los litigantes. No puede pedirse heroísmos y que en tales casos, actuara como si las partes le fueran extrañas. Cuando se presentan esas situaciones, la ley exime al juez de conocer el proceso y lo entrega a otro de igual categoría.

Por eso se sostiene que la competencia del juez está vinculada a la ausencia de determinadas relaciones con las partes. Ante la existencia de estas circunstancias —ya hemos esbozado las principales— deviene la incapacidad en el juez. Con razón se puede afirmar que la presencia de estas situaciones determina la competencia.

La ley habla de incompatibilidades y establece cuando el juez es incompetente. La existencia de relaciones de parentesco o de interés personal entre el juez y las partes puede determinarla y originar lo que se llama Recusación o la Abstención. Pero conviene insistir en que éstas aluden no tanto a la causa de la

incompetencia, sino que más bien se refieren a la duda sobre que se produzca una exacta declaración de certeza.

Según que la iniciativa de la comprobación de la existencia de esta causa en el magistrado provenga de éste o de las partes toma distinto nombre. Cuando es el propio juez quien se exime de juzgar, se llama *Abstención* y si lo hace a pedido de las partes, toma el nombre de *Recusación*. Aclarando más estas ideas diremos que:

a) La abstención supone que el propio juez se da cuenta de la existencia de un motivo de incompatibilidad con el juzgamiento objetivo del asunto. Entonces es él mismo quien pide ser eximido del conocimiento de la causa. Cualesquiera de los motivos legales señalados en el Código puede ser esgrimido por el juez y por su mérito desprenderse del expediente.

Tal exoneración constituye una obligación en el juez o una facultad en el Ministerio Público. Existe una diferencia notable: para el juez es un motivo legal el que lo obliga a abstenerse; para el Ministerio Público es un motivo moral, puesto que no puede ser recusado por las partes.

b) La denuncia de la incompatibilidad se denomina *Recusación*. Es un derecho de las partes: ministerio público, imputado, agraviado y parte civil. La recusación sólo puede fundarse en la ley, es decir, en alguno de los casos taxativamente señalados en el código. No procede mediante interpretación analógica o extensiva de las causales existentes.

La incompatibilidad que proviene de relaciones del juez con las partes, está sujeta a una declaración constitutiva. En los demás casos, cuando se comprueba la dependencia del hecho que la determina con el juez, no se requiere tal declaración.

Las causales de recusación y de abstención tienen un valor contingente; se refieren a situaciones de hecho que no afectan los fundamentos del proceso y sólo producen efecto desde que se formulan.

Cuando se hacen valer por las partes se llaman *causas de recusación* y cuando son denunciadas por el juez *causas de abstención*. Existe una diferencia fundamental que conviene destacar: mientras las primeras están taxativamente señaladas por la ley —art. 29 y 31— de suerte que las partes no pueden excluir al juez por cualquier razón sino solamente por un motivo legal,

las segundas —las de abstención— además de los motivos establecidos en el código, dado lo delicado de la función de administrar justicia, se acepta tácitamente que el juez pueda excusarse por las llamadas por MANZINI *razones graves de conveniencia* no contempladas específicamente en la ley pero aceptadas por los tribunales de justicia quienes consideran que en determinados casos, conviene permitir que el juez se excuse cuando existen motivos personales que afecten su independencia y permitan dudar de su imparcialidad.

Este es un punto de suma importancia que es necesario profundizar. Tanto el juez como las partes se encuentran sometidas a la ley y sólo pueden moverse dentro del ámbito que señala el código. Cuando se trata de la abstención y de la recusación sólo pueden esgrimir las causales que la ley señala y nada más. No cabe interpretación analógica o extensiva de las mismas. Si no existieran causales previstas en el código con facilidad se llegaría a graves abusos: así podría darse el caso del juez que para librarse de las fatigas de un proceso engorroso o para evadir responsabilidades de una causa difícil o con cariz político, se inhibiera. A su vez las partes para librarse de un juez severo o poco sensible a las recomendaciones, podrían recusarlo para que el proceso pasara a conocimiento de magistrado más dócil. Por eso los códigos modernos —a diferencia de las leyes de otras épocas— establecen que tanto la recusación como la abstención deben basarse en motivos de incompatibilidad previamente señalados en la ley y exigen su rigurosa comprobación. Las denominadas “razones graves de conveniencia” que no son legales, en cada caso, queda al arbitrio judicial, aceptarlas o no.

El derecho de proponer la recusación corresponde a las partes del proceso penal: imputado, ministerio público, agraviado o parte civil y tercero civilmente responsable. Son los sujetos titulares de esta facultad. Para nuestro C.P.P. sólo pueden recusar el inculpado y la parte civil. El Ministerio Público puede pedir al juez que se inhiba pero no recusarlo.

Se puede recusar tanto al juez de la instrucción como a los miembros del Tribunal Correccional y vocales de la Suprema. Cualquier juez es recusable, pero sólo por los motivos previstos en la ley, no por otros ni tampoco por analogía a los legales. Cuando existen motivos de recusación, que no han sido hechos valer oportunamente y en los modos que la ley establece, todo el procedimiento actuado por éste juez recusable es válido.

do. La existencia de motivos de recusación no es causal de nulidad; el consentimiento de las partes convalida lo actuado.

El ejercicio del derecho de recusación origina un procedimiento incidental cuyo objeto es diferente del propio proceso penal. En efecto, el derecho de recusar es una potestad que la ley confiere excepcionalmente a las partes sobre la elección y constitución del juez instructor y del juzgador; o sea sobre materia propia del ordenamiento judicial, sustraído, por lo común, a todo poder dispositivo del Ministerio Público y de los particulares.

Por eso MANZINI afirma que el procedimiento en cuestión no tiene carácter jurisdiccional penal en sentido material, sino carácter administrativo-judicial. La sujeción de los actos constitutivos al rito procesal sólo le da carácter jurisdiccional-penal en sentido formal (3).

La iniciativa en este procedimiento pertenece al juez mismo y a las partes: al primero le es impuesto como obligación (la de abstenerse); a los segundos les es conferido como derecho (el de recusar). La obligación de abstenerse siempre y en todo caso debe ser cumplida; el ejercicio del derecho de recusar queda a discreción de las partes el ejercerlo o no.

Toda recusación debe mencionar las causas legales en que se fundamenta, acompañando eventualmente la prueba instrumental pertinente.

El plazo para formularla varía según la persona del recusado: así para recusar al juez instructor vence con el término de la instrucción, es decir, una vez concluída esta primera fase del proceso penal, no cabe formular recusación alguna, aunque la causa recién sea conocida del recusante. Estando terminada la etapa investigatoria que es la que corre a cargo del juez, es extemporáneo discutir sobre la competencia del magistrado que la realizó.

La recusación de Vocales sólo procede antes del juicio oral; iniciada la audiencia ya no cabe formularla. Aclaremos este punto: si las partes han sido notificadas con el auto que declarando la procedencia del juicio oral, ha señalado día y hora para audiencia, entonces esa es la oportunidad para recusar a uno o varios de los magistrados que integran el tribunal. En el caso de que varíe el personal de la Sala y sean distintos los vocales

(3) Ob. cit. II pág. 207.

que realicen la audiencia, —lo que es posible sobre todo cuando transcurre mucho tiempo entre uno y otro acto— entonces la oportunidad es al iniciarse el acto oral, al preguntarse a las partes si tienen nuevas pruebas que ofrecer. Iniciada la lectura del proceso penal, queda cerrada la oportunidad de recusar a los magistrados que van a juzgar.

Los escribanos pueden ser recusados en cualquier momento, mientras actúen; concluída su intervención, termina la oportunidad para recusarlos. Los testigos y peritos pueden serlo en el momento de designar a los últimos o de ofrecer la testimonial de los primeros; una vez presentado el dictamen o actuada la prueba, es inadmisibles la recusación. Lo contrario sería aceptar que el resultado desfavorable de la pericia o del testimonio humano pueda fundamentar el ejercicio de este derecho, lo que no es la intención de la ley.

La recusación se tramita como incidente, en cuerda separada. La del juez la resuelve la Corte y la del Vocal, la misma Sala, pero integrada por otro miembro del tribunal, en la forma que la ley determina. La de escribanos, el juez y la de testigos y peritos el juez o tribunal ante el que se actúa esta prueba.

Para establecer la admisibilidad de la recusación, debe examinarse si se formula en su oportunidad, es decir en la estación pertinente y si se fundamenta en alguna de las causales de ley, debiéndose acompañar o por lo menos mencionar las pruebas respectivas. Si carece de alguno de estos requisitos, debe ser rechazada de plano.

La recusación sigue el trámite de todo incidente, y actuadas las pruebas ofrecidas, concluye con el auto que la declara fundada o infundada.

Si se declara infundada, ya el juez no puede ser recusado por los mismos motivos o por otros que se vinculen directamente con ellos. El juez contra quien se formuló la recusación —si fuere el caso— tendría en teoría expedito su derecho para perseguir la indemnización por el daño moral irrogado con la denuncia.

De declararse fundada, resultan varias consecuencias: ante todo debe proveerse a la sustitución del juez recusado por otro competente del mismo grado y que carezca de impedimento para instruir el proceso, es decir que no tenga motivo de recusación.

El juez recusado deberá abstenerse de instruir la causa o de juzgar, si fuere Vocal. Ya el proceso ha salido de sus manos y no puede ni resolver ni actuar diligencia alguna. Mientras esté pendiente de resolución, la ley señala cuáles son las diligencias que pueden realizar, todas ellas de carácter urgente (art. 34). Una vez resuelta la recusación y declarada fundada, carece de facultad para actuar diligencias, por urgentes que éstas sean.

En cuanto a la validez de los actos procesales, la resolución debe expresar cuáles conservan su validez y cuáles no, conforme al prudente arbitrio del juez, según MANZINI (4). Para FLORIÁN la situación no es tan clara, pues dice: "Una vez que se ha comprobado la incompatibilidad o se ha declarado el motivo de abstención o de recusación, la nulidad debe actuar alcanzando a los actos ya realizados; no obstante cuando se trata de abstención o de recusación, el poder del juez es absoluto para subsanar, pues, al adoptarse el principio que domina en el campo de la nulidad, se establece taxativamente que el decreto que accede a la recusación o abstención, determinará si y en qué medida, conservan validez los actos anteriores realizados por el magistrado que se ha abstenido o en los cuales ha intervenido el recusado" (5).

Confrontando estas dos opiniones y la ley peruana, resulta que: los actos procesales actuados por el juez recusado antes de la resolución que declara fundada la recusación o abstención, como regla general son válidos quedando siempre a la decisión del tribunal declarar cuáles lo son y cuáles no lo son. O sea decidir hasta donde alcanza la nulidad de los actos realizados por el juez recusado.

En lo que respecta a los actos procesales realizados después de resuelta la recusación o abstención, son nulos evidentemente, de nulidad insanable. Han sido dictados por quien no era juez competente y, por consiguiente, todo lo actuado por este funcionario, también es nulo.

Deslindando el campo de la recusación, creemos necesario plantear algunos problemas que ofrece la vida profesional cuya solución contribuirá a fijar los caracteres de la institución.

(4) Ob. cit. II pág. 232.

(5) Ob. cit. pág. 160.

1.— Las causales de recusación del C.P.C., ¿comprenden al juez instructor, ejecutor de la sentencia penal en su aspecto patrimonial? Siguiendo la opinión de MANZINI, creemos que el juez penal que actuando como tal, ejecuta la acción civil derivada del delito, pasa a ser juez que actúa en el campo civil. Por consiguiente en este caso, dicho juez debe abstenerse y puede ser recusado por los mismos motivos que la ley procesal civil consigna para el juez de primera instancia, aunque éstos no se encuentren dentro de los señalados en la enumeración del C.P.P.

2.— ¿El defensor puede recusar al juez? Creemos que sí. El abogado no es personero del imputado, pero ejerce su patrocinio. Por el hecho de ser defensor designado por el inculcado, por el juez o tribunal, o por la ley, tiene todas las facultades necesarias para el mejor ejercicio de su cometido. Actuando dentro de la ley, deberá emplear los recursos que ésta le franquea, estándole permitido presentar todos los que sirvan a este fin. En el Comentario de los arts. 4º y 5º (*) hemos dicho que el defensor no puede deducir excepciones porque éstas son acciones del imputado y a él sólo corresponden su ejercicio. Pero el pedir que el juez se excuse o el recusarlo no constituye ejercicio de ninguna acción, sino forma parte de la defensa el solicitar se aparte del proceso cuando existe alguna causal que lo justifique. Integrando este recurso el instituto de la defensa, es natural que competa al defensor el ejercitarlo.

3.— ¿Puede el imputado dar poder a tercera persona para que ésta recuse al juez? Sí podrá hacerlo pero debería otorgar un poder en el cual de modo terminante, se autorice al apoderado para recusar al juez. El poder deberá ser para la recusación de determinado juez, no puede ser un poder abstracto para formular la recusación cuando ésta sea necesaria. También en el mismo documento deberán constar los motivos concretos en que se funda la recusación, así como las pruebas pertinentes.

El apoderado deberá actuar dentro de los límites del poder conferido, pudiendo sólo esgrimir los motivos de recusación señalados por el poderdante. Las causales agregadas por el apoderado no se tomarán en cuenta. Si una causal es conocida con posterioridad al otorgamiento del poder, se requerirá nuevo mandato para fundamentar la recusación.

(*) Véase págs. 110 y ss. de esta Revista, Año XX - 1956.

Si el poder carece de alguno de estos requisitos —v.g. omite indicar los motivos de la recusación o no dice cuáles son las pruebas en que se apoya la recusación a interponer— no puede sustentar válidamente una recusación. La sanción que se establece para cualquiera de estas omisiones, es la de la inadmisibilidad de la instancia.

4.— Si después de presentada la recusación, el juez se abstiene, pueden presentarse dos situaciones diferentes:

a) Si la abstención se funda en los mismos motivos de la recusación, entonces se considera a ésta última como no interpuesta y se tramita únicamente la abstención.

b) Si la abstención se fundamenta en motivos diferentes a los de la recusación, aquélla tiene preferencia en el trámite y sólo cuando no se ha admitido, es decir se ha declarado infundada, entonces se da curso a la recusación (6).

5.— ¿El recusante puede desistirse de la recusación? Dice MANZINI que no. Es natural, porque en la recusación no se discute un interés privado de libre disposición de las partes, sino un interés público, al establecer si el juez tiene o no competencia, si se encuentra o no apto para juzgar. Dentro del ordenamiento judicial sólo por excepción se acepta que intervengan las partes en la recusación. Por ser de derecho público y como regla general, todo lo relacionado con la composición e integración de los tribunales de justicia, es de incumbencia del Estado, y las partes no pueden intervenir.

Si una de las partes recusa a un juez y luego se desiste, tal desistimiento sólo puede tomarse como confesión del propio error del recusante y el juez puede aceptarlo o no.

El desistimiento no decide la recusación, si ésta es o no fundada. El Tribunal Superior apreciará todas las pruebas actuadas —entre ellas el desistimiento, que como hemos dicho equivale a una confesión— y según su apreciación, resolverá declarándola fundada o infundada. El desistimiento de la recusación puede tener muchas causas, no siendo la única de su falta de sustentación. Por eso el juez lo tomará en cuenta como una prueba más reunida en el cuaderno, pero no la única ni tampoco la decisiva.

(6) Ob. cit. pág. 228.

6.— El juez cuya recusación ha sido declarada infundada, ¿tiene alguna acción contra el recusante? A diferencia de los códigos de otros países, nuestra ley procesal penal no contempla ninguna sanción para quien recusa sin fundamento.

El C.P.C. en su art. 82 contempla la imposición de una multa variable para el caso de que se declare infundada la recusación y también para el caso de que el recusante se desista. El fundamento de esta sanción pecuniaria radica en que la duda sobre su imparcialidad, puede acarrearle daño al juez ante el superior y perjudicar su futuro en la carrera judicial. Pero ejecutorias supremas han establecido que “en los juicios criminales, la recusación de un magistrado declarada infundada, no dá lugar a la imposición de la multa prescrita en el art. 82 del C.P.C.” (A.J. 1917 pg. 204 y de 1918 pg. 71).

Como el daño moral es evidente, creemos que el magistrado perjudicado con una recusación declarada infundada o desistida, puede ejercitar la acción indemnizatoria que la ley concede. La procedencia de esta acción indemnizatoria estará condicionada a la causal invocada y al perjuicio causado.

7.— ¿Las partes pueden levantar el impedimento del juez, como, en cierta forma, ocurre en el procedimiento civil? Siendo de orden público todo lo relacionado con el procedimiento penal, a las partes no les corresponde levantar impedimentos. (A. J. 1906 pg. 329). De presentarse éste —vg. que el juez resultare agraviado— el inculpado por más confianza que tenga en el recto proceder del juez, no puede impedir que el Instructor se inhiba de conocer de la instrucción. Existe una causa grave que lo obliga a excusarse de instruir el proceso. Aunque no sea recusado y aun expresamente lo acepte el inculpado, el juez deberá abstenerse de actuar, remitiéndolo al que corresponda.

8.— En cuanto a quienes pueden formular recusación, nuestra ley sólo otorga este derecho al inculpado y a la parte civil. De manera que si el agraviado no se constituye expresamente en parte civil —como ocurre en la mayoría de los casos— no puede ejercitar este derecho (art. 58). Para el caso de estas omisiones, es que la ley prevé que el Ministerio Público reemplaza la acción del agraviado y en representación de la sociedad, ejerce su defensa y vela por los derechos de la víctima. Por esto es que encontramos inconveniente que el derecho de recusar no pueda ser ejercido por el representante del Ministerio Público. En el ca-

so de que la causal beneficie al inculpado y no haya parte civil constituída en forma, nadie podrá recusar al juez quien podrá conducir la instrucción en la forma que estime más ventajosa para los intereses del encausado. La facultad que tiene el Fiscal de pedir la inhibición, *no obliga al juez a aceptar* este pedido.

Art. 29º— Los jueces en el procedimiento penal pueden ser recusados por el inculpado o por la parte civil, en los casos siguientes:

- 1º Si resultan agraviados por el hecho punible;
- 2º Si han presenciado el acto delictuoso y les corresponde declarar como testigos;
- 3º Si son o han sido cónyuges, tutores o curadores del inculpado o agraviado;
- 4º Si son parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, afines hasta el segundo, o adoptivos o espirituales con el inculpado o con el agraviado;
- 5º Si han sido parientes afines hasta el segundo grado, aunque se haya disuelto la sociedad conyugal que causó la afinidad;
- 6º Si son acreedores o deudores del inculpado o agraviado;
- 7º Cuando hayan intervenido en la instrucción como jueces inferiores o desempeñado el Ministerio Público, o intervenido como peritos o testigos o por haber sido defensores del inculpado o agraviado.

Conforme a esta disposición legal, sólo son titulares del derecho de recusación, el imputado y la parte civil. Es decir que sólo pueden interponerla quien se encuentra enjuiciado por la comisión de un delito y el agraviado que previamente se haya constituído como parte civil, requisito necesario para ejercitar tal facultad.

Esta disposición constituye una limitación de nuestra ley procesal penal. La doctrina de manera uniforme (7) declara que son titulares de este derecho, todas las partes del proceso penal, a saber: el imputado, el Ministerio Público, la parte civil y el tercero civilmente responsable. Ni la Exposición de Motivos ni el autor del Ante-Proyecto, explican el por qué de esta restricción. El Código se limita a reproducir el art. 35 del anterior C.P. en M.C. que contenía igual principio.

En forma restrictiva y sólo para los efectos del art. 31, se otorga al Ministerio Público la facultad de pedir al juez que se inhiba de conocer de una instrucción cuando existen motivos que justifiquen la abstención.

Es sensible que nuestro Código contenga esta omisión, carente de toda razón procesal y mantenida seguramente por una injustificada inercia a variar disposiciones de la antigua ley. Si conforme al inc. 3º del art. 275 de la L.O.P.J., al Ministerio Público corresponde velar por el cumplimiento de leyes, decretos y reglamentos, no se justifica esa limitación de sus facultades, porque cuando existe razón legal de incompetencia en el juez, no observada por las partes, siendo esta de orden público, al Ministerio Público corresponderá denunciarla para evitar posibles nulidades procesales. Conforme a nuestra ley procesal, esta denuncia deberá limitarse a pedir la inhibición, sin poder exigirle el apartamiento del proceso.

Además, como representante de la sociedad y conforme al art. 65 del C.P., perseguirá conjuntamente con la represión personal, la efectividad de la reparación civil, cuidando así el resarcimiento económico del daño causado con el delito. Esta obligación resulta de difícil cumplimiento, si carece del derecho de recusar al juez incompetente.

Por otra parte, si el imputado —que es la parte del proceso que ha causado el agravio— tiene la facultad de pedir al juez que se desprenda del conocimiento de la causa, creemos que con igual razón el Ministerio Público —que representa a la parte que ha sufrido el daño— debe tener igual atribución. De este modo ambas partes se encontrarían en igualdad de derechos y obligaciones y el principio contradictorio funcionaría plenamente.

(7) MANZINI. II pág. 220.— CARNELUTTI. II pág. 339.— CASTRO. I pág. 394.— FLO-
RIAN. pág. 159.

Es cierto que el agraviado constituido en parte civil puede ejercitar el derecho de recusación evitando que se presenten situaciones procesales que determinen la incompetencia del Instructor. Pero como la mayoría de los agraviados, bien sea por ignorancia, por falta de recursos económicos o por descuido, no se constituyen en parte civil, es indudable que este derecho de tanta trascendencia queda librado únicamente al imputado y obviamente éste no lo ejercerá si la causal lo beneficia, v.g. la existencia de vinculación familiar.

Reviste menor gravedad la omisión que contiene el Código de no conceder este derecho al tercero civilmente responsable. Esta parte tiene interés económico en el resultado del proceso y por ello también debe concedérsele el derecho de velar porque lo actuado se desarrolle dentro de los cauces legales. La presencia de determinada causal de incompetencia —v.g. parentesco del juez con el agraviado— puede traducirse en una mayor cantidad por concepto de indemnización civil, cuyo pago corresponde al tercero solidariamente con el encausado y si éste es insolvente, recae íntegramente en el primero. La actuación de un proceso nulo por incompetencia del juez tiene consecuencias económicas que pueden afectar al tercero civilmente responsable.

Inc. 1º— Si resultan agraviados con el hecho punible. Esta causal determina una incapacidad absoluta. Al cometerse un delito, si la persona que resulta agraviada es el juez a quien legalmente correspondería conocer de la instrucción, esta circunstancia acarrea incompetencia en el magistrado. De lo contrario se daría el caso de ser juez y parte al mismo tiempo, lo que es absurdo. Es requisito que el magistrado resulte agraviado directa y personalmente con la realización del evento criminal. Si la víctima del delito es un familiar cercano v.g. cónyuge, hijos, etc. entonces la causal que lo comprende es la contemplada en el inciso cuarto.

El resultar agraviada con un delito, convierte a la persona en parte interesada, tanto en la sanción penal como en el resarcimiento económico. Carecería de toda objetividad y de la más elemental imparcialidad quien pretendiera actuar como juez en un hecho que le perjudica. Es una incompatibilidad evidente, que requiere mínima probanza: acreditar el acto criminal y la persona de la víctima. Establecido esto, el juez deberá abstenerse inmediatamente de abrir instrucción, remitiendo el ates-

tado, denuncia o si hubiere algún actuado a otro juez de igual categoría y a quien conforme a ley le corresponde actuar.

Del examen de este inciso surgen varias interrogantes que conviene dilucidar:

1ª— Si en el curso del proceso penal se descubre que el encausado es responsable de otro delito en agravio del propio Juez Instructor, éste, ¿qué deberá hacer? ¿Seguirá actuando hasta acreditar el hecho y sólo en ese momento abstenerse? o ¿deberá hacerlo en el mismo momento en que el imputado se reconoce autor del nuevo delito? Creemos que la segunda pregunta contempla la solución exacta. Existe el peligro de que para lograr apartar del proceso a determinado juez, el inculpado se confiese autor de hecho inexistente —situación que puede presentarse pero de la que no tenemos noticia que haya ocurrido— pero frente a esa remota posibilidad, hay una realidad tangible: el juez no puede actuar ninguna diligencia en instrucción en la cual tenga la condición de agraviado. La probanza plena se adquiere cuando concluye la instrucción y aceptar que sólo en ese momento es que debe abstenerse, es reconocer como válidas las pruebas acumuladas por quien siendo parte en el proceso, no puede actuar como juez.

2ª— ¿Si el juez no resultara agraviado, sino tercero civilmente responsable, también se encuentra impedido de instruir? Creemos que sí, porque la posición imparcial del juez es incompatible con la de parte en el proceso. Quien responde de la indemnización del delito, tiene evidente interés en el resultado del juzgamiento. El éxito de la acción indemnizatoria en la vía civil quedaría afectado con la sentencia absolutoria expedida en la vía penal.

Creemos que en el caso de que por ejemplo, el juez fuera el propietario del vehículo causante del atropello, deberá excusarse. De lo contrario podría pensarse —y con cierto fundamento— de que va a encausar la investigación penal con la finalidad de exculpar al chofer, puesto que su absolución lo beneficiaría.

La situación del tercero civilmente responsable es incompatible con la de juez. De presentarse el caso, prevalecería la primera y el segundo deberá abstenerse de instruir. En otros términos, si se dan en la misma persona las situaciones de tercero responsable y de juez, ésta última excluye a la primera.

Es cierto que el Código no contempla específicamente esta posibilidad que puede presentarse y como requiere solución, creemos que el tercero civilmente responsable por ser parte en el proceso penal está impedido de actuar como juez instructor en el mismo proceso.

3^a— Siendo las leyes procesales de orden público y si dicho artículo en ninguno de sus incisos, lo establece, ¿en virtud de qué disposición legal puede recusarse al juez? ¿En virtud de qué razón legal, el juez puede abstenerse? Indudablemente que no será basándose en el inc. 1º del art. 29 pues, como hemos dicho, no hay recusaciones por motivos análogos a los existentes ni tampoco cabe aplicarlos por extensión. El fundamento se encuentra en el art. 31 que contempla la posibilidad de que funcione la recusación o la abstención, cuando se presenta alguna circunstancia en virtud de la cual se duda de la imparcialidad del juez. En el caso que comentamos la duda proviene de que el juez tiene interés económico en el resultado de la instrucción y en tales condiciones no puede actuar con imparcialidad.

Inc. 2º— *Si han presenciado el acto delictuoso y les corresponde declarar como testigos.* Esta es una causal de recusación, no contemplada en el anterior código. La posición de juez es incompatible con la de testigo y desde MITTERMAIER la doctrina reconoce que cuando se presenta este evento, prevalece la obligación social de declarar. La declaración de quien presenció el delito es prueba importante en el esclarecimiento de la verdad. Este aporte será de mayor valor si es la única persona que espectó la comisión del hecho delictuoso y por ello, su declaración puede ser definitiva en la investigación judicial. Si es un magistrado quien reúne la calidad de testigo presencial, existe mayor razón en exigírsele que declare, pues debe suponerse que por su condición, dirá estrictamente la verdad. Además, por razón de función está acostumbrado a la objetividad y a percibir los detalles importantes. Su dicho no sólo será imparcial sino, además, ofrecerá datos más valiosos que los testigos comunes. Muchos testimonios son inexactos no porque intencionadamente se pretenda engañar, sino porque se recogen datos equivocados o se tergiversan los verdaderos; es conocido el papel que desempeña la imaginación en las declaraciones. Por eso decimos

que la versión de un juez es importante no sólo porque dirá la verdad, sino que además, ofrece pocas posibilidades de incurrir en errores o exageraciones.

La ausencia de una testimonial de calidad por ser presencial y por la calidad de la persona que la vierte, puede revestir trascendencia para el esclarecimiento de los hechos. Teóricamente todos los jueces de instrucción son iguales en cuanto a sus poderes de investigación. La mayor diligencia de determinado magistrado no es suficiente razón para privar al proceso penal de la declaración de un testigo presencial que puede aportar datos decisivos en el esclarecimiento de los hechos. Si por ser testigo, un juez diligente es reemplazado con otro que no lo es, indudablemente que la investigación sufre, pero en tal situación la acuciosidad del abogado impedirá los defectos de la investigación, provenientes de la incuria. Sabemos que la defensa puede pedir la práctica de diligencias que considere importantes. Si el nuevo juez demostrare parcialidad el Tribunal puede separarlo del proceso. Es decir, cualquier omisión del juez a quien se entrega la instrucción para que el originario pueda declarar como testigo, tiene enmienda. En cambio no la tiene si se priva al proceso del aporte de verdad de un testigo presencial.

Es frecuente —sin ser caso de recusación— que en materia de composición de tribunales correccionales, la ley conceda prevalencia a la voluntad del imputado, para variarlo en parte. Tal el caso de la designación de un familiar cercano, como defensor que obliga al magistrado a excusarse de conocer la causa.

Con mayor razón se produce este desplazamiento si por un azar, quien debía instruir como juez, resulta espectador del evento criminal. La ley le impide que actúe como juez pero le obliga a que declare como testigo y contribuya eficazmente al esclarecimiento de los hechos y a que en el proceso se alcance la verdad legal.

Puede presentarse otra situación: el juez agraviado en un proceso contra determinado inculpado, recibe posteriormente otra denuncia contra la misma persona por otro delito. Preguntamos: ¿puede instruir este nuevo hecho, en el cual no ha tenido ninguna relación? Examinando el art. 29 puede parecer que no existe ningún impedimento legal para que este funcionario judicial abra la correspondiente instrucción. Pero es indudable

que el encausado tiene motivos suficientes para dudar de la imparcialidad de ese juez a quien en otra oportunidad agravió. Si el juez instruyera ese proceso, la justicia sufriría merma pudiendo creerse que el espíritu que determinara los actos del juez sería la venganza y que no se guiara con imparcial objetividad. Por estas razones creemos que el funcionario debe abstenerse de conocer conforme al art. 31. También, con igual fundamento, el encausado puede recusarlo.

Finalmente, surge una última interrogante: ¿el letrado propuesto como testigo que no llega a declarar, está impedido de actuar, más tarde, como juez? Creemos que sí. La circunstancia de proponerlo constituye manifestación implícita no sólo de su deseo de favorecer a una de las partes con su declaración sino de que conoce los hechos investigados como testigo. Este sentimiento es incompatible con la imparcialidad que debe observar el juez.

Inc. 3º— *Si son o han sido cónyuges, tutores o curadores del inculcado o agraviado.* a) El primero es uno de los impedimentos derivados del parentesco —por matrimonio— del juez con inculcado o agraviado. Dada la naturaleza del vínculo proveniente de la celebración del matrimonio, y es lógico que produzca el inevitable impedimento que también contempla la ley procesal civil (art. 89).

No puede exigirse imparcialidad al juez en una instrucción en la cual el imputado o el agraviado es su cónyuge. Aun en la hipótesis de que la ley lo permitiera, la existencia de estos vínculos, daría motivo justificado para pensar que el magistrado no procedería rectamente y que siempre se inclinaría hacia familiar tan cercano. Aunque tomara decisiones imparciales, siempre el perjudicado con ellas las objetaría.

Pero el Código va más allá. Extiende el impedimento hacia quienes ya no son cónyuges en la actualidad.

Aquí existe una, aparente, contradicción. Conforme al art. 253 del C.C., el divorcio declarado disuelve el matrimonio y vuelve extraños a los antes esposos. Siendo extraños —se diría— ¿qué impedimento legal puede existir para que uno sea juez del otro? En realidad, quienes una vez estuvieron unidos en matrimonio, nunca serán extraños; la misma ley establece que si uno de los ex-cónyuges cae en indigencia “debe ser socorrido” por el otro (art. 263 C.C.). Si existe esta obligación

—aunque legalmente esté disuelto el vínculo— es porque siempre hay una relación de orden natural entre quienes estuvieron unidos por el matrimonio. Puede desaparecer el lazo civil que los unió pero siempre subsistirá esa relación natural que es lo que justifica la obligación de asistencia antes referida.

Como la ley civil ignora el matrimonio canónico, este impedimento sólo puede referirse al matrimonio celebrado por el oficial de los Registros de Estado Civil.

Además existen otras razones que justifican la extensión del impedimento a los ex-cónyuges. Declarado el divorcio, con frecuencia entre quienes fueron esposos queda un sentimiento de afecto o de rencor de uno contra el otro, rara vez la indiferencia. Este sentimiento perjudica la recta administración de justicia y motiva una justa duda acerca de la imparcialidad del magistrado.

Pero si bien es cierto que con el divorcio queda disuelto el matrimonio, sin embargo muy a menudo queda pendiente un motivo indestructible de vinculación entre los ex-cónyuges: los hijos. Durante años necesitarán mantener relaciones amistosas para acordar todo lo relativo a las visitas, colegios, medicinas, ropas, relaciones, etc. Es decir nunca volverán a ser extraños quienes una vez estuvieron unidos en matrimonio. La Naturaleza se burla así, de lo que dispone la ley civil.

Por estas razones es que el impedimento de matrimonio se extiende a quienes ya no están unidos por ese vínculo, pero que una vez lo estuvieron.

Ahora surge un problema: la ley peruana sólo reconoce efectos civiles al matrimonio celebrado en los Registros de Estado Civil; es el único que tiene consecuencias jurídicas, una de las cuales es generar impedimentos en el campo del procedimiento penal.

¿Pero si el vínculo que une al juez con el imputado o agraviado, es únicamente religioso, también hay impedimento? Creemos que sí. El matrimonio religioso, socialmente considerado válido, tiene consecuencias y presenta problemas que la ley debe contemplar. El afecto que une a los contrayentes puede ser tan sólido como el originado por el matrimonio civil. Las mismas razones que han determinado la existencia del impedimento originado por la ceremonia civil, son aplicables al eclesiástico. En consecuencia, la existencia del matrimonio religioso también debe constituir impedimento. Aunque no está contemplado ex-

presamente en el inciso que comentamos, esta causal figura comprendida entre los motivos que generan duda sobre la imparcialidad del juez, de que trata el art. 31. Con ese fundamento legal deberá excusarse el magistrado y, a su vez, podrá ser recusado por las partes.

b) Como vinculación meramente civil entre juez y partes, la ley considera a los tutores y guardadores. El anterior Código sólo consideraba a los guardadores (art. 306 y siguientes), omitiendo a quienes ejercen la tutoría.

Además el impedimento comprende no sólo a quienes la ejercen en el momento del evento criminal, sino también a quienes la han ejercido, sin indicar plazo. De manera que el abogado que fue tutor o curador y años después ingresa a la magistratura, tiene impedimento legal —es causal de recusación— para conocer de la denuncia que se formule, por cualquier delito contra su ex-pupilo. Este impedimento no prescribe con el trascurso del tiempo. Mantiene su vigencia de modo permanente. Siempre será causal de abstención y de recusación.

Existen otras vinculaciones de carácter civil v.g. albaceas, mandatarios, etc. que establecen relaciones especiales entre los que intervienen en ellas. Pero estas situaciones no pueden presentarse, pues la ley prohíbe a los jueces ser mandatarios en juicios, salvo las excepciones de estrecho parentesco. En cuanto al albaceazgo, tampoco puede presentarse, pues conforme al art. 733 del C.C. para serlo se requiere reunir las mismas condiciones que para mandatario y un magistrado sólo puede aceptar mandato o encargo testamentario de pariente muy cercano que la ley lo permita expresamente. Dado este estrecho parentesco, es un caso específico de impedimento. Salvo estas excepciones, el desempeño del mandato o del albaceazgo, es incompatible con la función judicial y podría ser causa de recusación.

Inc. 4º— Si son parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, afines hasta el segundo, o adoptivos o espirituales con el inculcado, o con el agraviado. Parentesco —de parere, engendrar— es el nexo existente entre personas que proceden una de otra o que tienen un antepasado común; o el establecido por la ley por analogía con el anterior, distinguiéndose así dos clases de parentesco: 1º el natural, fundado en los vínculos de la sangre; 2º el legal, originado por los actos que imitan el engendramiento.

El parentesco natural se funda en el hecho de la generación y tiene dos aspectos: uno propio e inmediato que se llama consanguinidad; y otro, imitación del primero, mediato o de derivación, que se denomina afinidad.

Consanguinidad es el parentesco que existe entre personas que proceden de un mismo tronco, mediante generación carnal, es decir vínculo que nace de la unidad y participación de la misma sangre.

Afinidad es como imagen o prolongación de la consanguinidad y consiste en la relación de parentesco que nace entre un cónyuge y los consanguíneos del otro y entre éste y los consanguíneos de aquél, en virtud del matrimonio. Por tanto la afinidad no viene a ser sino el parentesco de consanguinidad de uno de los cónyuges proyectado en el otro. Al unirse en matrimonio, así como ambos contrayentes forman una sola persona, del mismo modo cada uno, constituye una sola familia con la del otro cónyuge. Esta relación sólo se extiende a quienes contraen el matrimonio, no a los demás familiares que no son parientes entre sí.

El parentesco legal puede ofrecer dos clases de vinculación: la religiosa, llamada comunmente espiritual, que nace de la administración de los sacramentos de bautismo y confirmación entre la persona a la que se le administra y sus padrinos y la de éstos entre sí. La segunda vinculación es la civil, propiamente llamada legal, que nace en virtud de la adopción. Según definición contenida en el Código del 52 (art. 269): "adoptar es el acto de tomar por hijo al que no lo es del adoptante. Es un vínculo creación de la ley, con absoluta independencia de los lazos de la sangre. Ambos parentescos —el religioso y el civil— producen impedimento, determinando incapacidad para actuar como juez.

La proximidad del parentesco se establece por líneas y grados: grado es el vínculo entre dos individuos, formado por una generación; línea es la serie no interrumpida de grados.

Los grados de consanguinidad o de afinidad se refieren a la distancia que existe entre una persona y otra dentro de la misma línea de parentesco. Es conocida la forma como se computan los grados considerando el tronco común y la línea recta o colateral. Para el cómputo de la afinidad rigen las mismas reglas que para la consanguinidad; es decir los consanguíneos del

marido son afines de la mujer en la misma línea y grado y, a su vez, los de ésta lo son del esposo (8).

El impedimento proveniente del parentesco no es indeterminado. La ley lo limita a los parientes consanguíneos o afines más próximos. Así como la L.O.P.J. (art. 19, inc. 2º) permite que los jueces defiendan en causas propias y de su familia, así también, con igual criterio el Código crea los impedimentos. La razón de ambas disposiciones legales radica en el afecto que une a la familia más cercana que dificultaría poseer la objetividad necesaria para la recta administración de justicia.

El juez deberá abstenerse de conocer de una causa seguida contra su hijo, padre, hermano o cuñado. Pero si con el inculpado tiene una lejana vinculación familiar, es obvio que no hay impedimento legal alguno. En el caso de que con ese familiar lejano exista una estrecha vinculación más de afecto que de sangre, entonces, si bien no es de aplicación el inc. 4º, puede considerarse comprendido dentro de las incompatibilidades que MANZINI denomina "graves razones de conveniencia", y fundándose en el art. 31, el juez puede inhibirse de conocer del proceso.

Como el único parentesco espiritual que existe, es el del padrino, es indudable que el legislador ha querido referirse a este vínculo de carácter religioso y considerarlo como causal de impedimento.

La razón legal tiene que ser la estrecha relación de afectos que determina la elección de padrino. El inciso solamente se refiere a estos padrinos. La costumbre de nuestro pueblo de escoger padrinos para celebrar festividades y acontecimientos —v.g. bendición de casas, altares, locales comerciales, de corte de pelo en la sierra, etc.— no genera ningún impedimento. Tales personas son invitados de honor a quienes se les escoge para que como deferencia especial asistan a la ceremonia pero no son padrinos en el sentido religioso ni civil. En consecuencia la existencia de esta relación no causará impedimento legal alguno.

Aunque el art. 29 establece los motivos de recusación de "Los jueces en el procedimientos penal", sin embargo la Corte Suprema en resolución de Sala Plena de 26 de noviembre de 1942 (A.J. 1942 pg. 562) ha declarado que "Los Defensores de Oficio de los Tribunales Correccionales están sujetos a las in-

(8) Ver la palabra "parentesco" en Diccionario de Derecho Privado, tomo II pág. 2897.

compatibilidades establecidas en el inc. 4º del art. 29 del C.P.P.”. En consecuencia si uno de los jueces o el fiscal es pariente cercano —dentro de lo establecido en la ley— del defensor, la presencia de éste determina que aquel sea reemplazado. Pero si se trata de defensor de oficio y del de la parte civil, siendo éste el escogido por el agraviado, entonces éste último elimina al de oficio, quien deberá ser reemplazado en la forma de ley. Pero —preguntamos— ¿si el defensor de la parte civil y el del reo son parientes cercanos —v.g. padre e hijo— quién elimina a quién, pues ambos han sido escogidos libremente por agraviado e imputado? Creo que en esta situación, debe preferirse la defensa del reo, pues ésta reviste mayor trascendencia, pues está de por medio la libertad humana; en cambio la parte civil sólo reclama la reparación económica del daño causado y la audiencia puede realizarse sin su presencia.

Inc. 5º— *Si han sido parientes afines hasta el segundo grado, aunque se haya disuelto la sociedad conyugal que causó la afinidad.* En el Comentario del inc. 4º se ha tratado lo relativo al parentesco por afinidad y conviene tenerlo presente para una mejor comprensión de este desarrollo.

La redacción de este inciso es defectuosa. Al hablar de parientes afines se refiere a quienes lo fueron, es decir que ya no lo son. Por eso creemos que carece de sentido lógico agregar “aunque se haya disuelto la sociedad conyugal”. Esta redundancia tiene como explicación el propósito de hacer resaltar más la idea principal, a saber: que el parentesco por afinidad puede desaparecer pero el impedimento subsiste.

El fundamento de este inciso reside en la estrecha relación que genera el matrimonio. Los hermanos del cónyuge adquieren igual calidad, con relación al otro, que los de la sangre. Se ha extendido este impedimento hacia quienes adquieren este parentesco de afinidad —hermanos políticos— por las mismas razones de afecto y de vinculación que motivan el impedimento derivado de la sangre, contemplado en el inciso anterior.

Aunque es cierto que el parentesco por afinidad comprende los mismos grados que el de la sangre, sin embargo la ley solamente considera esta relación política como impedimento, en el grado más cercano: los hermanos políticos o cuñados. Con los demás parientes por afinidad v.g. primos políticos, etc. no hay impedimento. Si con alguno de ellos el juez tuviera una vin-

culación muy especial, más por afecto que derivada del parentesco, creemos que no podría excusarse ni tampoco ser recusado, pues en tal situación no existe impedimento. Solamente podría ampararse en el art. 31 para formular la excusa o la recusación.

El parentesco por afinidad nace con ocasión del matrimonio, pero no se acaba si éste se disuelve según disposición expresa del art. 297 del C.C. Concordando con esta norma, la ley procesal penal también lo considera como impedimento que sobrevive al propio vínculo civil. Una antigua ejecutoria suprema así lo reconoce: "El impedimento motivado por este parentesco, tampoco desaparece con la muerte del cónyuge que le dió origen". (A.J. 1874 pg. 3).

Como este parentesco se contrae por razón del matrimonio entre cada cónyuge y la familia del otro, entre los esposos de dos hermanas no existe vínculo de afinidad alguno, es decir, no son parientes entre sí. Por tanto, esa relación no es causal de recusación (A.J. 1871 pg. 146).

Las relaciones materiales derivadas de la mera convivencia, no son motivo de impedimento. De presentarse el caso de que el inculcado o agraviado sea hijo de la conviviente del juez, éste no podría ser recusado ni excusarse, pues no existiendo matrimonio, para la ley son extraños entre sí. Pero como es indudable que de presentarse tal situación, existiría motivo fundado para dudar de la imparcialidad del magistrado, éste fundándose en el art. 31 podría abstenerse de conocer del proceso o, a su vez, podría ser recusado si no se excusase.

Inc. 6º— *Si son acreedores o deudores del inculcado o agraviado.* Las relaciones económicas que vinculan a dos o más personas, a menudo derivan en una acreencia o en una deuda. Además implican relaciones estrechas de amistad, que son incompatibles con la objetividad que debe orientar en todo instante, el proceder del juez.

La solución no ofrece dificultad si se trata de deuda de dinero entre el juez y una de las partes. El juez que es acreedor o deudor del imputado o del agraviado, está impedido de conocer del proceso y deberá remitirlo al que corresponda conforme a ley.

El primer problema que se presenta en el estudio de este inciso reside en la limitación del impedimento sólo al inculcado y

al agraviado. No lo extiende a la parte civil —que puede ser persona distinta del agraviado como es el caso del padre de una menor de edad, perjudicada en su integridad física— ni tampoco al tercero civilmente responsable.

Es indudable que si el Instructor es deudor económicamente responsable, éste tendrá interés en el resultado del proceso, puesto que el aspecto patrimonial de la sentencia lo afecta y para evitarlo puede influir en su deudor.

En Comentarios anteriores hemos visto la necesidad de no restringir estos impedimentos a imputado y agraviado. Todas las partes del proceso integran la relación procesal y tienen interés en su normal desarrollo. A todos por igual debe alcanzar los impedimentos y las excusas.

Ante esta omisión, en caso de presentarse situaciones delicadas que comprometen la independencia del magistrado, siempre queda la aplicación del art. 31, como ya lo hemos indicado anteriormente.

Pero no siempre la situación es tan clara ni tampoco la solución es sencilla. A menudo surgen diversos problemas, especialmente cuando se trata de sociedades. A este respecto podemos formularnos muchas interrogantes. Así tenemos: el juez que es deudor de un banco —v.g. tiene en descuento una letra o pagaré—, ¿está impedido de conocer en todas las causas en las que esta entidad tenga interés? ¿El ser mero poseedor de cédulas hipotecarias le impedirá conocer de los juicios en los cuales el Banco Central Hipotecario sea parte? ¿La circunstancia de tener un inmueble hipotecado a una institución bancaria, lo inhabilita para conocer de las instrucciones en las cuales esta institución tenga interés? ¿La tenencia de acciones de sociedades anónimas, aunque sea mínima, le impedirá conocer de causas en las cuales aquella sea parte? ¿El pago por cuotas mensuales de pólizas de seguro lo convierten en deudor de la respectiva compañía? El pago por armadas mensuales de la suma que representa la compra de un bien mueble —v.g. automóvil, refrigeradora, etc.— ¿convierte al juez en deudor de la firma y con impedimento respecto de ella? Estas son unas cuantas situaciones que pueden presentarse pero no quedan agotadas las posibilidades que la vida diaria puede presentar.

El principio general establecido en este inciso es el siguiente: Cuando existe una relación de acreencia entre el juez y el imputado o el agraviado, hay impedimento. En tal situación el

magistrado carecería de la indispensable independencia de criterio —pues lo económico podría influir en sus decisiones—. Una de las partes del proceso podría ser perjudicada o beneficiada con tal situación. En tales casos sufriría la recta administración de justicia.

Examinemos por separado las situaciones reseñadas.

Si el juez tiene pendiente de pago alguna obligación cambiaria v.g. letra, pagaré, avance en cuenta corriente, etc. con un banco, es deudor del mismo. No puede conocer de ninguna instrucción en la cual dicha entidad aparezca como agraviada. No solamente puede sufrir la influencia de los ejecutivos de la entidad que le facilitó el préstamo, quizás si insinuarle mayor severidad que la debida, sino que, además, tendría el natural interés en favorecer a quien lo sirvió. Con razón el inculpado podría dudar de su imparcialidad. El pago de muchos de estos créditos se verifica por armadas mensuales, en cuyo caso el impedimento puede durar meses. El juez que se ha desprendido del proceso por ser deudor del agraviado, una vez cancelada la obligación, no puede recobrar la instrucción. En otro Comentario hemos dicho que una vez remitida la causa a otro juez, que en ese momento es el competente, ya éste queda conociendo de la misma, aunque desaparezca la causal que determinó el impedimento. Lo contrario sería admitir situaciones que atentaría contra la seriedad que deben estar rodeados los actos de la justicia.

En cuanto al caso del magistrado accionista de una compañía creemos que es conveniente diferenciar situaciones que pueden presentarse, aunque la solución sea igual para ambas pero que desde el punto de vista comercial son distintas.

Si, por ejemplo posee el 51% de las acciones de la compañía, es indudable que como accionista mayoritario tiene interés en todo aquello que se relacione con su sociedad, especialmente en el aspecto económico. Si la compañía ha resultado agraviada con la comisión del delito y el juez que instruye es el dueño de la mayor parte de las acciones, el impedimento es indiscutible: el juez es agraviado en su patrimonio.

El problema puede presentarse si el juez es poseedor de pocas acciones, que no le dan derecho a intervenir en la marcha del negocio. Si aceptáramos que en este caso el escaso número de acciones no determina interés en su poseedor, tendríamos que reconocer que el impedimento es cuestión del porcentaje y con-

vertiríamos la causal de excusa o de recusación en una cuestión numérica. El impedimento no radica en la posesión de pocas o muchas acciones. Lo que la ley quiere es que el juez sea absoluta y totalmente imparcial y que sólo tenga el interés de servir a la justicia. Si el resultado de la instrucción va a afectarlo económicamente, aunque sea en mínima proporción, entonces ese magistrado tiene impedimento para conocer del proceso.

Más aún. Aunque la sociedad esté en liquidación mientras no desaparezca ese vínculo de acreencia, siempre hay impedimento. Creemos que es doctrina exacta la establecida en esta ejecutoria suprema: "Procede la recusación de un magistrado por deuda contraída a favor de una sociedad en liquidación, si uno de los litigantes conserva derechos como socio, al activo de ella" (A.J. 1917 pg. 153).

En cambio la tenencia de cédulas hipotecarias por el juez no constituye impedimento para conocer de instrucciones en los cuales tenga interés el Banco Central Hipotecario. Conforme al art. 32 de la ley de su creación, el Banco emite cédulas que están garantizadas "por la afectación específica de préstamos hipotecarios o préstamos municipales, hechos y adquiridos por el banco . . . en tal forma que el monto total del principal no amortizado de dichos préstamos sea, cuando menos, igual al monto del principal de la cédula de la respectiva serie que se hallen en circulación". Conforme al art. 34, la emisión de cédulas requiere permiso especial del Ministerio de Hacienda y mientras éste no se otorgue, aquellas no pueden ser emitidas.

Las cédulas tienen como respaldo los inmuebles recibidos en hipoteca según lo dispone el art. 35 que dice: "Las cédulas serán obligación directa del Banco y, además de la garantía proveniente de la afectación de los préstamos, dineros y valores cuyo respaldo se emiten quedarán gravadas para el pago del principal y de los intereses y amortizaciones de dichas cédulas, todo el capital suscrito, el fondo de reserva y el resto del activo del Banco, siendo este gravamen o afectación preferente a cualesquier otros gravámenes o afectaciones que existan sobre ese activo, sea cual fuere su naturaleza". El producto de las trimestralidades sirve para abonar el interés que devengan las cédulas.

Las cédulas no constituyen el activo ni el pasivo del Banco. Se emiten con la garantía de los inmuebles hipotecados y el producto de estos servicios sirve para abonar el interés de los cupones. Aunque es cierto que el Banco constituye una garan-

tía de todo su capital en respaldo del cumplimiento de estos servicios de amortización e intereses. Pero esta garantía del Banco no altera la esencia del negocio hipotecario, a saber: ser intermediario entre quien entrega su finca y quien compra cédulas, cuyo importe sirve para abonar el monto del préstamo hipotecario. Actúa de cobrador de unos y pagador de otros, percibiendo una comisión. El Banco no presta el dinero de sus accionistas sino el proveniente de las emisiones de cédulas. Cuando este dinero se ha agotado, el Banco no otorga préstamos, dándose el caso de que exige que algún banco comercial adquiera cédulas para ese importe entregarlo como préstamo hipotecario.

En cambio la hipoteca constituida con garantía de un inmueble a favor del banco, convierte al juez en deudor hipotecario del banco que puede realizar esta clase de operaciones. Los pagos trimestrales del deudor son, parte a cuenta de intereses y parte constituye amortización del capital prestado. Mientras se mantiene vigente el contrato, existe la situación de deudor de parte del juez y de acreedor del banco. Tal circunstancia determina impedimento en el deudor que no puede actuar como juez en un proceso en el cual el banco tenga la condición de agraviado. Concluido el contrato, cesa el impedimento. El haber sido deudor del banco no justifica la abstención ni la recusación.

En cuanto al pago por mensualidades del importe del premio del seguro, creemos que no hay impedimento. El asegurado—que es el juez para nuestro ejemplo—no es deudor de la compañía de seguros. El seguro es un contrato de garantía mediante el cual una de las partes (el asegurador que es la compañía) se compromete a indemnizar a la otra (asegurado) de las consecuencias perjudiciales de ciertos riesgos procedentes de caso fortuito, mediante el pago de cierto precio, prima o cantidad que esta última ha de satisfacerle por dicha garantía. El pago por armadas parciales de esta cantidad no es un préstamo que otorga el asegurador, sino una facilidad que hace más atrayente la celebración de contrato. El asegurado no tiene ni puede tener la condición de deudor del asegurado.

La última situación de las expuestas se refiere al pago por cuotas mensuales del precio de bienes muebles v.g. automóviles, refrigeradoras, etc., se presenta cuando se abona por armadas el valor total de un inmueble. El problema puede plantearse en las siguientes palabras: ¿el juez que hace alguna de estas

adquisiciones estará impedido de actuar un proceso penal en el cual el vendedor tenga la condición de inculcado o agraviado? ¿Este impedimento subsiste todo el tiempo que dura el pago parcial o continúa una vez concluído éste?

En estos contratos de compra-venta de bienes muebles con pago diferido hay entrega de la cosa lo que implica transferencia de propiedad. El pago queda garantizado mediante la firma de documentos de cambio descontables, como son las letras. La operación puede inscribirse en el Registro Fiscal de Ventas a Plazo que facilita el cobro en caso de incumplimiento. El juez que ha firmado tales letras de pago escalonado, es deudor del girador y tiene el impedimento derivado de esta situación.

En el caso de la venta de inmuebles tanto se otorgue escritura pública o solamente promesa de venta, si hay pago por parte, mediante letras escalonadas, el aceptante de las mismas y obligado a su pago, que es magistrado, queda impedido de intervenir en cualquier proceso en el cual el girador sea inculcado o agraviado. Existe una evidente relación de deudor y acreedor, dependencia económica que constituye el impedimento.

Inc. 7º— *Cuando hayan intervenido en la instrucción como jueces inferiores o desempeñado el Ministerio Público, o intervenido como peritos o testigos, o por haber sido defensores del inculcado o del agraviado.* En este impedimento o causal de recusación debe distinguirse situaciones diferentes: cuando se trata de jueces —término que abarca al juez propiamente dicho y al Ministerio Público— y cuando se refiere a peritos, testigos y defensores. Los primeros intervienen en el proceso ejerciendo jurisdicción o vigilando la exacta aplicación de la ley en representación de la sociedad agraviada; los defensores son auxiliares de la administración de justicia, y los testigos y peritos son medios probatorios reconocidos por la ley procesal.

Examinando estas posibilidades, empezaremos por los jueces:

CARNELUTTI (9) denomina “prejuicio” a esta situación y establece la incompatibilidad respectiva. Considera que el prejuicio se produce en los siguientes casos:

a) cuando el magistrado ha tenido en el mismo juicio, posición diversa a la del juez: como parte (en sentido instrumental); como defensor, o como prueba (testigo);

(9) Ob. cit. II pág. 337.

b) cuando el juez actuando como tal, ha emitido opinión sobre el delito, pronunciando o concurriendo a pronunciar una sentencia o resolución precedente, bien sea en la fase del juicio oral o de la instrucción;

c) cuando el juez ha dado consejo o manifestado su parecer sobre el objeto del procedimiento, fuera del ejercicio de sus funciones judiciales.

Las incompatibilidades señaladas en los dos primeros párrafos son de las que se ocupa este inciso sétimo y constituye la materia del Comentario.

Una razón de moralidad debe tenerse presente y es la de que el juez juzgue a otro y no a si mismo. Cuando el juez ha fallado un juicio en instancia inferior, está moralmente impedido para conocer y resolver si la primera vez lo hizo bien o mal. Lo posible —y también lo humano— es que aferrándose a su primera opinión, considere que lo hizo bien y no haga otra cosa que confirmar su propia resolución. Es raro que perciba su error. Para evitar que las partes aun existiendo dos instancias, sólo sean juzgadas por una sola opinión, es que se prohíbe que quien ha fallado antes, vuelva a conocer del mismo asunto. Se evita así lo que el maestro CARNELUTTI llama "*pre-juicio*", es decir volver a juzgar el mismo asunto, sobre el que ya había emitido opinión.

No siempre ha prevalecido este concepto. Lo calificamos de relativamente moderno, porque en la legislación Colonial el juez que había resuelto en lo que hoy denominaríamos Primera Instancia era llamado para conocer de la apelación, integraba el Tribunal Colegiado y decidía el asunto por segunda vez. Era el único funcionario que no podía ser recusado. Esta disposición se fundamentaba en que por haber fallado antes tenía completo conocimiento del asunto y ya había sido aceptado como juez por las partes. Como ejemplo citaremos el Tribunal del Consulado integrado por el Prior y los Cónsules que al conocer de las apelaciones de los comerciantes, se completaba con el juez que había sentenciado. No olvidemos que las Leyes de Indias —tan adelantadas en muchos aspectos— eran producto de su época que ignoraba las instancias y los jueces eran funcionarios dedicados a muchos menesteres, uno de ellos el de administrar justicia. La concepción actual de la judicatura aparece recientemente y sólo a partir de finales del siglo XVIII empieza a perfilarse la teoría de la separación de los poderes con una magis-

tratura dedicada íntegramente a su función de administrar justicia, aparecen las instancias, las apelaciones y demás institutos procesales.

Se presentan varias interrogantes que es necesario examinar:

¿A qué juez se refiere la ley: al que ha instruido íntegramente el proceso, o también comprende al que, para mejor resolver, ha dictado una providencia solicitando la presentación de una prueba cualquiera —v.g. un certificado médico— o exigiendo la ratificación de la denuncia? ¿Esta disposición sólo se refiere a los jueces que hayan intervenido como directores de una instrucción, desempeñando el papel propio de tales: instruyendo la causa, dirigiendo su curso y emitiendo opinión en la expedición de autos o en el informe final? ¿O también comprende a quienes de manera transitoria y sin ser los jueces originarios, han participado accidental y pasajeramente en el proceso, dictando uno que otro decreto de mera sustanciación? ¿Puede estimarse impedido al juez que por no ser el de origen, no se ha formado criterio propio ni está enterado de la cuestión legal en debate? ¿También se refiere el impedimento al juez comisionado que se ha limitado a recibir declaraciones o actuar las pruebas encomendadas por el juez comitente?

En realidad todo el problema se reduce a establecer la intervención que ha tenido el instructor en el proceso penal. Si su actuación ha sido de tal naturaleza que hubiere expresado su criterio sobre la materia justiciable, es indudable que existirá impedimento para conocer del mismo caso al ascender a Vocal o Fiscal de Corte Superior. Pero si su intervención ha sido efímera, si ha dictado una que otra providencia de mero trámite que no implica prejuzgamiento, entonces no existirá causa suficiente que justifique la excusa o ampare la recusación. El grado de participación del instructor en el desarrollo del proceso es lo que determina la existencia o inexistencia del impedimento.

Existe una ejecutoria suprema que debemos examinar; dice que estando al sentido amplio del inciso 7º del art. 29º "cualquier intervención en el proceso determina incapacidad" y declara fundada la excusa, la misma que había sido declarada infundada por la Superior (R.J.P. 1946 pg. 516).

Creemos que esta orientación no es la exacta. Lo que ha querido la ley al establecer esta incompatibilidad es que el ma-

gistrado del tribunal tenga un criterio para apreciar y juzgar, libre de toda relación y sugestión personal derivada de los hechos. Si el juez ha denegado la libertad provisional, si ha dictado auto apertorio de instrucción o si ha emitido el informe final, es claro que en cualquiera de estos casos ha emitido opinión sobre el fondo del asunto y, más tarde, estará impedido de integrar el tribunal que va a juzgar el mismo asunto. Pero si durante las vacaciones ha decretado que el expediente pase a vista del Agente Fiscal, o ha mandado agregar escritos a la instrucción o ha recibido ratificaciones del atestado, denuncia, certificados, etc. es indudable que en ninguno de estos casos, ha formulado apreciación personal sobre los hechos ni opinado sobre la responsabilidad del imputado. No toda participación en el proceso acarrea incompatibilidad para el juzgamiento.

Como regla general puede decirse que existe incompatibilidad si como instructor ha dictado resolución o emitido informe que signifique opinión sobre el fondo del asunto controvertido, bien se refiera al evento o al inculpado. De no ser así creemos que no existe causal de recusación o de excusa. De esta manera interpretando la ley en forma amplia y procurando aquella libertad de criterio que la ley persigue al establecer las causas de recusación, se evitan excusas y recusaciones infundadas y se garantiza a los procesados contra la posible intervención de jueces que tengan opinión formada sobre el hecho que se ventila.

Pero el criterio contenido en esta ejecutoria no ha sido seguido. Existen muchas otras resoluciones supremas que contienen distinta opinión y que son las que orientan la jurisprudencia nacional. Dicen así: "No es causa de recusación ni quedan impedidos los jueces que deciden los incidentes, aun cuando la resolución toque algún punto principal" (A.J. 1871 pg. 139 y de 1875 pg. 331).

Este criterio de la Corte Suprema —que creemos el exacto— significa que ni aun la resolución de incidentes no sustanciales, que no afecten a la investigación y que no signifiquen emisión de opinión constituyen impedimento. Pueden formarse incidentes sobre aspectos meramente procesales —v.g. nulidad de notificaciones, etc.— cuya resolución no tiene nada que ver con la materia controvertida y por eso, tampoco implica opinión sobre el fondo del asunto. En cambio puede haber otros incidentes en los que la resolución que se dicte afecta al fondo materia de la investigación. La resolución del primero no conllevará

opinión sobre el delito ni sobre la responsabilidad del imputado; en cambio el denegar o conceder la libertad bajo caución, implica aceptar la mayor o menor gravedad del asunto u opinar sobre la responsabilidad del encausado. En este caso, existirá el impedimento que la ley establece.

En cuanto al caso del juez comisionado, debemos recordar que el exhorto —por regla general— no contiene orden para dictar resoluciones que afecten a la materia justiciable, limitándose a recibir declaraciones o actuar pruebas previamente determinadas, todo dentro de los límites de la comisión. Por ello es difícil que el juez comisionado llegue a conocer del asunto ni tampoco puede emitir su opinión sobre el mismo. Pero en el caso —poco frecuente— de que en el curso de la comisión y como consecuencia de ella, el comisionado expida alguna resolución que afecte al fondo del asunto controvertido, entonces puede ser recusado. (A.J. 1906 pg. 147 y de 1908 pg. 13).

Finalmente puede presentarse el caso del Juez Instructor que recibe una denuncia y que para mejor proveer, dicta alguna providencia —v.g. presentar certificado médico, ratificación previa, etc.— luego es promovido a la Superior. Es indudable que como integrante del Tribunal Correccional puede conocer del proceso, pues el decreto referido no importa resolución ni tampoco implica opinión formada. En este caso no hay impedimento ni se constituye causal alguna que pueda motivar la recusación ni justificar la excusa.

b) El Ministerio Público es magistratura especial, que labora al lado del juez y aunque no ejerce jurisdicción en sentido estricto, sin embargo tiene acción decisiva en el desarrollo del proceso, interviniendo en diligencias, ofreciendo pruebas y oponiéndose a ciertas medidas del juez, como es la libertad provisional. Esta participación justifica que también le comprenda el impedimento cuando habiendo actuado como Agente Fiscal, más tarde integra el tribunal superior.

En este caso debemos repetir lo dicho al referirnos a los jueces para establecer las incompatibilidades.

La solución también será igual: existirá impedimento para integrar el tribunal cuando en el período de la instrucción, el representante del Ministerio Público actuó en forma tan decisi-

va que su participación implica criterio formado acerca de la responsabilidad o irresponsabilidad del agente infractor.

Si el Agente Fiscal se opone a la libertad, si pide la actuación de determinada prueba, si apela de alguna resolución del juzgado, etc. entonces ello prueba que su intervención en el desarrollo de la instrucción ha sido activa y se ha formado opinión en determinado sentido. Su conocimiento de la causa le impide actuar como superior en el proceso en donde antes intervino como inferior. "El A.F. que emitió dictamen sobre la materia de la apelación, está impedido de conocer como Vocal en la resolución de vista". (A.J. 1916 pg. 181).

Hay otras intervenciones que no importan emisión de opinión. Tal es el caso de la notificación que se hace al Ministerio Público del auto apertorio de la instrucción. La mera notificación y su recepción por el Agente Fiscal no significan intervención en el proceso ni tampoco que para dictar el auto, el juez le hubiere consultado previamente. Creemos que en este caso no existe impedimento alguno. Es decir el funcionario fiscal que fue notificado con el apertorio de la instancia penal y que no tiene otra intervención en el proceso, puede, más tarde, conocer de dicha instrucción en el tribunal superior. (Al revés, si su intervención ha sido decisiva, tendrá el impedimento de ley: "El Agente Fiscal que emitió dictamen sobre la materia de la apelación, está impedido para conocer como Vocal en la resolución de vista" (A.J. 1916 pg. 281).

Distinta es la situación de la denuncia presentada directamente al Agente Fiscal. Este funcionario puede seguir dos caminos: haciéndola suya, la presenta al juez quien forzosamente deberá abrir instrucción, por su carácter de denuncia del Ministerio Público; o simplemente, puede limitarse a remitirla al juez para que proceda conforme a sus atribuciones, es decir conforme al art. 22 o sea ver si el hecho constituye delito y no ha prescrito, o si por el contrario, no existe evento que sancionar, en cuyo caso el auto respectivo deberá ser elevado en consulta al Tribunal Superior. El Agente Fiscal no puede archivar una denuncia —por disparatada que sea— ni tampoco proveerla, pues ello corresponde al juez.

Como en uno y otro caso, el funcionario que desempeña el Ministerio Público ha expresado opinión, no podrá intervenir en el juzgamiento del procesado contra quien se formuló denuncia ante su despacho.

Como el Ministerio Público no puede ser recusado (art. 41) la causal de recusación prevista en este inciso se entiende referida a quien después de desempeñar una agencia fiscal, pasa a ser vocal. Si es nombrado Fiscal, legalmente no cabe recusarlo. Las partes no pueden separar del proceso a un miembro del Ministerio Público, pero es natural y lógico pensar que de presentarse esta situación, el propio interesado se excusará; y ante la causal, el inculpado o la parte civil puede pedirle al Agente Fiscal o Fiscal que se excuse y éste, moralmente, estará obligado a hacerlo.

El fundamento en que se apoya esta causal, es el mismo; evitar que intervenga en el juzgamiento, quien tiene opinión formada sobre el hecho y sobre la responsabilidad del imputado.

Puede presentarse otra situación: el agente fiscal que conoció de un proceso penal que terminó en el tribunal declarándose no haber lugar a juicio, y que ha sido promovido a Vocal de la Corte ¿puede conocer de la querrella iniciada a raíz de la declaratoria de la no procedencia del juicio oral? Creemos que si en la instrucción opinó sobre el delito y la responsabilidad del encausado, estará impedido de conocer de la querrella formulada por haberse declarado improcedente el juicio. Aunque la opinión del Agente Fiscal no hubiese sido compartida por el Tribunal Correccional, esto no modifica su situación frente al proceso en el cual ya tiene opinión formada que consta de su dictamen.

Para que se presente este impedimento, es menester que exista relación de causalidad entre la instrucción y la querrella. Habiendo tal vinculación hay impedimento: si la segunda acción —la privada— es consecuencia de la primera —que es pública— creemos que existirá causal de recusación o de excusa y como consecuencia de ella, no podrá conocer de la querrella en la audiencia del tribunal, quien intervino como agente fiscal en la instrucción.

Una ejecutoria suprema inserta en la Revista de Derecho Penal (año de 1955, pg. 57) no mantiene este criterio expresamente lo reconoce cuando sostiene que "la instrucción en la que intervino el vocal doctor Alarcón como Agente Fiscal es distinta de la querrella en la cual ha formulado excusa". Faltando la identidad requerida, no existe el impedimento del inciso sétimo. Si fuere lo contrario, el impedimento era claro.

Conviene insistir en que la relación entre ambos procesos —instrucción y querrela— debe referirse a las personas y a los hechos. De lo contrario no existe impedimento. Lo que quiere la ley es que el magistrado sentenciador tenga absoluta libertad espiritual para resolver, sin que ninguna traba lo decida en uno u otro sentido, como sería el haber emitido opinión en instancia inferior. El haber actuado de juez en proceso penal en el que figure como autor el mismo acusado, pero por diferente delito, no la constituye. Si no existen iguales hechos que han originado la instrucción contra las mismas personas, no hay causal de excusa ni de recusación.

Pero si la situación procesal de las partes cambia —v.g. de inculpado pasa a parte civil— pero los hechos no, ¿subsistirá el impedimento? Tal es el caso de quien después de haber sido absuelto de una imputación por lesiones o robo, se siente agraviado por el mismo hecho que afirma haberse cometido en su agravio por quien lo denunció, y entonces formula denuncia contra este último. Creemos que en esta hipótesis no hay impedimento porque el funcionario judicial ha instruido y enjuiciado determinada situación procesal —la lesión o robo cometido por A en contra de B— pero no puede decirse que tenga sobre la situación opinión formada. Aunque los hechos sean los mismos, las partes procesales son distintas y es sobre ellas que actúa el juez, deslindando responsabilidades.

c) Para apreciar situaciones que requieren conocimientos especiales y de los cuales carece el juez, son necesarios técnicos que aportan conocimientos en la ciencia que requieren su intervención. Tal es la función que desempeñan los peritos en el proceso penal. Por su intermedio el instructor mediante los conocimientos así adquiridos, puede apreciar el resultado de exámenes, mediciones, radiografías, etc. que sin la pericia no podrían ser aprovechados.

Por lo general el magistrado carece de conocimientos científicos especializados, pero como le son indispensables para conocer el resultado de un examen —v.g. saber si una mancha de sangre es humana— debe recurrir a quienes se los pueden proporcionar. Mediante este aporte, el juez se entera del resultado de la investigación y podrá apreciarla en conjunto de las demás pruebas actuadas. Tal es la misión que desempeña la pericia en el proceso.

Si en determinada instrucción el profesional que desempeña el juzgado —o integra el tribunal— ha sido perito, es indudable que existirá causal de recusación que le impide actuar como magistrado. CARNELUTTI en la cita hecha al principio de este inciso sétimo, lo reconoce como impedimento y lo coloca en la causal del parágrafo a). La razón es clara: con motivo del peritaje, inevitablemente el perito debe formular opinión sobre el examen practicado, la que lleva consigo apreciación sobre el delito y aun puede llegar a apreciar la personalidad del imputado.

Esta opinión técnica no tiene la misma significación que la emitida por el juez. Es más objetiva y su finalidad está limitada al aspecto científico de la prueba que se le somete, pero siempre su apreciación ejercerá indudable influencia sobre el hecho sujeto a investigación judicial. Como la ley persigue que el magistrado esté libre de todo prejuicio, es conveniente y necesario que quien ha emitido opinión técnica como perito esté impedido de intervenir más tarde como juzgador.

Debe entenderse que sólo se encuentra impedido quien después de aceptar el cargo, practica la pericia y evacúa el dictamen, ratificándose en su contenido. El solo nombramiento por el juez ni aun la misma aceptación —diligencia previa que es requerida en el procedimiento civil pero no en el penal— acarrear impedimento. Es necesario que el designado llegue a formarse opinión sobre el punto sometido a su estudio y que la haya vertido en el dictamen. Sólo desde ese momento es que puede considerarse que tiene impedimento para actuar más tarde como juez en la misma causa. Si no ha emitido opinión escrita, entregándola al juzgado, sólo existe la posibilidad de que conozca el expediente y que tenga concepto formado. Pero la ley no puede legislar sobre posibilidades pues todas pertenecen al campo del pensamiento.

Como la ley no especifica a que peritos se refiere, debe entenderse que este impedimento comprende a toda persona —profesional o nó— que haya emitido dictamen pericial de cualquier clase, no importando su valía procesal, en una instrucción. Dentro de los impedidos debemos descartar a los médicos, odontólogos, etc. que por razón de profesión, no pueden pertenecer a la carrera judicial aunque sí a los diversos fueros privativos. Pero aparte de ellos, existen muchas pericias técnicas que no requieren conocimientos médicos, sino solamente apreciaciones del saber humano o específicamente jurídicas, como por ejemplo la

tasación de especies robadas, los daños causados en un inmueble, muebles, accidentes automovilísticos, etc. En estos casos y en muchos más la capacidad profesional de un abogado es de gran ayuda y por ese motivo, el juez debe designarlo perito. La evacuación del dictamen correspondiente, determina que más tarde si deviene en juez, surja el impedimento correspondiente para juzgar o instruir en ese proceso penal.

También es causal de excusa o de recusación, el parentesco —de cualquier clase que sea pero de grado próximo— que una al perito con el juez o miembro del tribunal juzgador (R.J.P. 1949 pg. 399 y fs. 575).

d) Testigos son aquellas personas, ajenas al proceso judicial que por tener conocimientos de hechos relacionados con la materia controvertida, son llamados a prestar declaración. Tienen obligación de hacerlo, pudiéndose emplear la fuerza pública para lograr su comparecencia. Al comentar el inciso segundo de este mismo artículo 29, nos hemos referido *in extenso* al testimonio humano, indicando que en caso de conflicto entre la obligación de administrar justicia y la de declarar como testigo, prevalece esta última. El juez cede al testigo. Esto es una muestra de la importancia que la ley concede al testimonio humano que cuando es imparcial y sereno, puede aportar grandes luces para el esclarecimiento de la verdad.

La ley procesal penal establece que, cuando el funcionario que desempeña la judicatura, es testigo presencial del hecho, debe excusarse para poder declarar. Resulta evidente que con mayor razón el profesional que como particular declaró como testigo en determinada instrucción, más tarde designado magistrado, tendrá impedimento legal para actuar, debiendo excusarse de su conocimiento y de no hacerlo, será causal de recusación.

La razón es la misma que las anteriores: la circunstancia de haber declarado como testigo, demuestra que tiene conocimiento del hecho y, aunque no quiera, siempre tendrá criterio formado sobre el mismo, así como sobre la responsabilidad del imputado. Esto atentaría contra la imparcialidad que debe tener todo el que, en cualquier instancia, administre justicia.

Puede presentarse el caso de quien es ofrecido como testigo por una de las partes, pero que no llega a declarar por circunstancias ajenas a la misma. En este caso ¿existirá el impe-

dimento aludido o aplicamos la norma establecida para los peritos que si no emiten dictamen, no tienen impedimento legal alguno? Una ejecutoria suprema (R. de los T. 1936 pg. 232), ha establecido que existe el impedimento aun cuando el letrado propuesto como testigo, no llegare a declarar. Se considera que el ofrecimiento como testigo significa que el propuesto tiene conocimientos personales sobre el evento, lo que implica opinión formada sobre el mismo. La circunstancia de no haberla vertido no altera la situación, porque el ofrecimiento del testigo es claro reconocimiento de que está enterado del hecho y constituirá el fundamento de la excusa o recusación si más tarde la misma persona llegare a ser magistrado y le correspondiere el juzgamiento del encausado por el referido hecho.

Por lo regular el ofrecimiento de testigos significa que su declaración va a beneficiar a la parte que lo propone, pues si ésta no tuviera ese convencimiento, no lo haría. Mientras no declare ante el juzgado y consten sus palabras en diligencia escrita, se ignora el sentido de su dicho. Puede darse el caso que lo emita con absoluta imparcialidad, sin inclinarse a la parte que lo ofreció sino limitándose a decir con objetividad todo aquello que pasó ante su vista. Pero lo evidente es que ese profesional tiene criterio formado sobre la cuestión que se controvierte y es difícil que más tarde, como juez, pueda actuar con criterio imparcial y sin prejuicios.

Al crear estas causales, lo que persigue la ley es que quien administra justicia lo haga sin intenciones ni criterios preconcebidos y que actúe con espíritu libre y abierto atento sólo al mérito de las pruebas.

e) Finalmente la ley impide que los defensores del inculgado o del agraviado, más tarde puedan conocer como jueces, de la instrucción en la cual participaron como auxiliares de justicia. Poco tenemos que agregar a las consideraciones expuestas. Quienes asumen la defensa de un encausado o de la parte civil, tienen que compenetrarse con su patrocinado, poniendo toda su inteligencia y dedicación en defender los derechos de aquel. Aunque estén convencidos de la culpabilidad o inculpabilidad de su patrocinado, están obligados a prestarles su concurso, destacando todo aquello que beneficia a su defendido a fin de lograr una sentencia favorable a su patrocinado.

Habiéndose identificado con determinado punto de vista, al ingresar a la carrera judicial, tendrá impedimento absoluto para conocer y resolver imparcialmente el proceso en el cual ha actuado como defensor de parte.

Cabe preguntarse qué extensión tendrá este impedimento. ¿Es suficiente la mera designación? ¿Será necesario intervenir en la etapa investigatoria o es menester que el abogado actúe como tal en el juicio oral? En este caso, como en los anteriores, todo lo decide el grado de participación que haya tenido en la defensa que patrocinó. Si solamente fue designado de oficio o por la parte, pero no llegó a aceptar y jurar el cargo y, menos, intervino en ninguna diligencia judicial, es indudable que no existirá impedimento. Lo mismo cabe decir si por razón de trabajar en el mismo estudio, ha firmado algún escrito pidiendo postergación de la audiencia o de diligencia pendiente o que los autos pasen a la vista fiscal. No puede decirse que el abogado designado defensor y que no acepta el cargo o aquel que se limita a firmar uno que otro escrito de mero trámite, haya tomado conocimiento de la instrucción ni menos que tenga criterio formado al respecto. No creemos que tal profesional tenga impedimento para, más tarde, actuar como juez o vocal en la misma instrucción.

Pero si el abogado designado por la parte o de oficio por el juzgado, tuvo intervención decisiva en la instrucción y/o participó en el acto oral, haciendo la defensa oral de su patrocinado, entonces el impedimento surge inevitable. En tal situación existirá la causal de recusación o de excusa que la ley procesal contempla.

Existe un problema interesante a dilucidar, que constituye la otra faz del problema: ¿si el Instructor deja de ser juez —por no ratificación, jubilación, o separación— puede más tarde asumir la defensa de un inculpado a quien instauró proceso? La ley nada dice al respecto. Partiendo del principio antes enunciado acerca del grado de participación en la instrucción, debemos decir que si el magistrado dictó el auto apertorio, recibió las primeras declaraciones y dictó la detención o soltura, implícitamente ya emitió opinión y no puede asumir la defensa que más tarde se le ofrezca. Existe un antecedente en el 3er. Tribunal Correccional de Lima que debemos examinar: El juez después de recibir la denuncia, dictó el auto respectivo decretando detención provisional; recibió las instructivas de los va-

rios acusados y contra todos ellos dictó detención definitiva, pues se trataba de un caso sensacional llamado "El robo del millón" en agravio de la Compañía de Aviación Faucett. Cuando la instrucción se hallaba en pleno trámite, como consecuencia de las Ratificaciones Judiciales, el Juez fue separado del cargo y reemplazado posteriormente. Concluido el proceso, fue elevado al Tribunal Correccional que después de recibir el dictamen fiscal, señaló día y hora para el acto oral. En este estado uno de los procesados señaló como defensor a quien había sido su juez en cuya condición había recibido su instructiva y quien le había decretado detención definitiva. El Tribunal Correccional consideró que la libertad de escoger abogado no es absoluta pues está restringida por ciertos principios de orden moral y que el profesional que como juez lo había considerado responsable, más tarde convertido en defensor no podía sostener su inocencia; que además el Código de Ética Profesional, que es norma obligatoria para quienes integran la Orden de los Abogados, en su art. 3 prohíbe aceptar la defensa de asuntos en los cuales había intervenido como juez o magistrado superior, único medio de evitar situaciones contradictorias que van en desmedro del prestigio profesional. Por estas consideraciones, el Tribunal denegó el pedido del encausado, quien se conformó con la resolución quedando así ejecutoriada. (Instrucción seguida contra Héctor Momero Valdeavellano y otros por robo, seguida ante el Tercer Tribunal Correccional).

(Continuará).

S I G L A S

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