

## **LOS MEDIOS DE DEFENSA TÉCNICA CONTRA LA ACCIÓN PENAL.**

### **Apuntes en torno al Nuevo Código Procesal Penal.**

**Rafael Elmer Cancho Alarcón\***

#### **SUMARIO**

1. Cuestiones Preliminares. 2. Cuestión Previa. 2.1. Concepto. 2.2 Características. 2.3. Procedimiento. 2.4. Efectos 3. Cuestión Prejudicial. 3.1. Concepto. 3.2 Características. 3.3. Procedimiento. 3.4. Efectos. 3.5. Cuestión Prejudicial en Vía Extra-Penal. 4. Las Excepciones. 4.1. Generalidades. 4.2. Procedimiento. 4.3. Excepción de Naturaleza de Juicio. 4.4. Excepción de Improcedencia de Acción. 4.5. Excepción de Cosa Juzgada. 4.6. Excepción de Amnistía. 4.7. Excepción de Prescripción. 4.8. Efectos.

#### **1. Cuestiones Preliminares.**

En todo proceso penal es imprescindible la existencia irrestricta de recursos que hagan posible el ejercicio del derecho a la defensa, consagrado en la Constitución y los Instrumentos Internacionales de los Derechos Humanos. Estos recursos deben permitir efectuar una defensa sobre el fondo de la imputación delictiva (autodefensa) como de la adecuada consecución del proceso (defensa técnica), es decir, en este último caso, adecuadas a sus requisitos formales y procedimentales<sup>1</sup>. En ese contexto, se incorpora los medios de defensa técnica, como remedios que permitirán llevar un proceso con todos los requisitos exigidos por él, subsanándolos o simplemente eliminándolos<sup>2</sup>. Pues, tal como lo afirma Manuel Catacora Gonzáles<sup>3</sup> *el ejercicio de la acción penal, como toda*

---

\* Estudiante del Último Ciclo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga. Vicepresidente de la Asociación Académica Kausachkanikun. Participó como expositor en eventos de carácter Nacional e Internacional.

<sup>1</sup> Vid. Arsenio Oré Guardia, Manual de Derecho Procesal Penal, Edit. Alternativas, 1999. Págs. 286 y ss.

<sup>2</sup> Vid. Pablo Sánchez Velarde, Manual de Derecho Procesal Penal, Edit. IDEMSA, 2004. Pág. 336. Quién los clasifica en dos grupos, según obstaculicen la acción penal (cuestión previa y prejudicial, y la excepción de naturaleza de juicio) o las eliminan (excepciones de naturaleza de acción, cosa juzgada, amnistía y prescripción).

<sup>3</sup> Autor citado por Rodolfo Vega Billán, Derecho Procesal Penal *Explicado con Sencillez*, Edit. Gaceta Jurídica, 2005. Pág. 308. Cabe mencionar que este autor denomina a los medios de defensa técnica como *Obstáculos de la Acción Penal*.

*institución jurídica, está sujeta a ciertas reglas, tanto para la iniciación como para su desarrollo durante el proceso. Por lo tanto, existen requisitos que deben cumplirse para la iniciación, y su ausencia los convierte en obstáculos. Algunos de estos obstáculos son insalvables y tienen carácter absoluto, y otros que pueden superarse. Los primeros determinan la devolución de la denuncia y se declaran con carácter previo; los otros pueden proponerse en el curso del proceso ya comenzado.*

Siguiendo esta línea, Carlos Eduardo B.<sup>4</sup> define a los medios de defensa técnica como *el derecho de impugnar provisionalmente o definitivamente la constitución o el desarrollo de la relación procesal, denunciando algún obstáculo o deficiencia que se base directamente en una norma de derecho y no incide sobre el hecho que constituye el objeto sustancial de aquella.* En el Nuevo Código Procesal Penal estos medios de defensa técnica se interponen una vez que el Fiscal haya decidido continuar con la Investigación Preparatoria o al contestar la querrela, tratándose de delitos que requieran el ejercicio de acción privada, los mismos que se resolverán antes de culminar la Etapa Intermedia (Art. 7.1 del Código Procesal Penal, en adelante CPP). Tal interposición puede ser realizada por cualquiera de los sujetos procesales, incluso declarada de oficio por el Juez (Art. 7.3 del CPP).

## **2. Cuestión Previa.**

**2.1 Concepto.-** La cuestión previa es aquel medio de defensa técnica que procede cuando se decide continuar con la Investigación Preparatoria omitiendo un requisito de procedibilidad explícitamente previsto en la ley (Art. 4.1° del CPP). Villagaray Hurtado<sup>5</sup> lo define como el *obstáculo o medio defensivo del que hace uso el imputado*

---

<sup>4</sup> Autor citado por Víctor Cubas Villanueva, *El Proceso Penal, Teoría y Práctica*, Edit. Palestra, 2000, Pág. 253.

<sup>5</sup> Raúl Villagaray Hurtado, *Cuestiones Prejudiciales y Previas en la Jurisprudencia Nacional*, Tipografía Sesator, 1981. Pág. 95.

*cuando se le inicia 'instrucción' (en el nuevo CPP cuando el Fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria) sin hallarse expedita la acción penal, por faltar algún elemento o requisito de procedibilidad previsto, en casos excepcionales, por el Código Penal o por leyes especiales. Y los requisitos de procedibilidad, siguiendo Giovanni Leone<sup>6</sup>, podemos definirla como todas aquellas causas que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin cuya presencia no es posible promoverla. Por lo tanto, según el maestro Manuel Catacora González<sup>7</sup> la cuestión previa desarrolla dos funciones: a) una anterior a la iniciación del proceso como requisito de procedibilidad; y, b) como medio de defensa para impedir o anular lo actuado.*

El antecedente legislativo de este medio de defensa lo encontramos en el DL Nro. 21985, que lo incorpora al ordenamiento procesal penal, ya que el Código de Procedimientos Penales (en adelante C de PP) no las reconoció en un principio; sin embargo, su aplicación fue anterior vía ejecutorias supremas.

Este medio de defensa procede en los siguientes casos:

- En delitos sometidos al ejercicio privado de la acción penal, pues la denuncia del agraviado constituye un requisito para que el Ministerio Público pueda promover la acción penal, tal es el caso de las lesiones culposas leves, competencia desleal y delitos contra el sistema crediticio, en este último lo puede promover también el INDECOPI.
- En delitos de ejercicio mixto de la acción penal, cuando se requiere una autorización previa de la autoridad estatal, tal es el caso de los delitos Tributarios y cometidos por altos funcionarios; o, cuando la ley exige que una determinada autoridad emita pronunciamiento previo, en este caso tenemos los delitos contra

<sup>6</sup> Autor citado por Víctor Cubas Villanueva, Ob. Cit., Pág. 254.

<sup>7</sup> Autor citado por Rodolfo Vega Billán, Ob. Cit., Pág. 318.

la ecología o los recursos naturales y el medio ambiente, delitos financieros y los delitos contra los derechos de autor y conexos, contra la propiedad industrial y contra el orden económico.

- En delitos de ejercicio público de la acción penal, tal es el caso del delito de omisión a la asistencia familiar (se exige la resolución judicial que establece la obligación, junto a la notificación debida bajo apercibimiento de ser denunciado), delito de quiebra fraudulenta (se exige la declaración de quiebra o estado de liquidación) y el delito de libramiento indebido (se exige que el agente sea informado de la falta de pago mediante protesto u otra forma documentada de requerimiento).

### **2.2 Características.-** Entre las principales tenemos:

- Es una institución eminentemente procesal, porque se interpone dentro de ella, advirtiendo la falta de un requisito de procedibilidad.
- Se encuentran señaladas expresamente por ley.
- Son independientes del hecho mismo y no tienen que ver con la tipicidad, por lo tanto no se les puede confundir con los elementos constitutivos del delito.
- Tienden a impedir la iniciación y prosecución de una causa nula.
- Su decisión corresponde al Juez Penal, de oficio o a petición de parte.

### **2.3 Procedimiento:**

- Este medio de defensa se plantea una vez que el Fiscal haya decidido continuar con la Investigación Preparatoria o al contestar la Querrela y se resolverán necesariamente antes de culminar la Etapa Intermedia (Art. 7.1 del CPP), también puede deducirse en esta Etapa, en la oportunidad fijada por la Ley (Art. 7.2 del CPP). E incluso puede ser declarada de oficio (Art. 7.3 del CPP).

- Se plantea mediante solicitud debidamente fundamentada ante el Juez de la Investigación Preparatoria que recibió la comunicación señalada en el artículo 3º, adjuntando, de ser el caso, los elementos de convicción que correspondan (Art. 8.1 del CPP).
- El Juez, previa informe del Fiscal acerca de los sujetos procesales apersonados en la causa, notificará la admisión del medio de defensa deducido y señalará fecha para la realización de la audiencia dentro del tercer día. La audiencia se realizará con la asistencia obligatoria del Fiscal, que exhibirá el expediente para su examen inmediato por el Juez en ese acto, y quienes concurren a la misma (Art. 8.2 del CPP).
- Instalada la audiencia, el Juez escuchará por su orden, al abogado defensor que propuso el medio de defensa, al Fiscal, al defensor del actor civil y defensor de la persona jurídica según lo dispuesto en el artículo 90º y del tercero civil; quienes harán mención a los elementos de convicción que consten en autos o que han acompañado en sede judicial. Si asiste el imputado tiene derecho a intervenir en último término (Art. 8.3 del CPP).
- El Juez resolverá inmediatamente mediante auto debidamente fundamentado o, en todo caso, en el plazo de dos días luego de celebrada la vista; excepcionalmente, para resolver la cuestión previa deducida, podrá retener el expediente Fiscal hasta por veinticuatro horas (Art. 8.4 del CPP).
- Contra el auto expedido por el Juez procede recurso de apelación. Concedido el recurso el Juez dispondrá que dentro del quinto día se agreguen a los actuados formados en sede judicial copias certificadas pertinentes del expediente Fiscal, luego de lo cual elevará a la Sala Penal Superior. Si vencido este plazo no se han adjuntado las copias correspondientes, el Juez inmediatamente elevará los actuados a la Sala, la que sin perjuicio de poner este hecho en conocimiento del Fiscal Superior instará al Fiscal Provincial que complete el cuaderno de apelación (Art. 9 del CPP).

- En caso de haber sido planteada durante la Etapa Intermedia se resolverá conforme a lo dispuesto en el artículo 352° (Art. 8.5 del CPP).

**2.4 Efectos.-** Si el órgano jurisdiccional declara fundada la cuestión previa anulará lo actuado (Art. 4.1 *in fine* del CPP), empero, por ningún motivo dicha resolución constituye cosa juzgada. Así, si el requisito omitido es satisfecho podrá reiniciarse la Investigación Preparatoria (Art. 4.2 del CPP). Finalmente, la cuestión previa deducida a favor de uno de los imputados beneficia a los demás, siempre que se encuentren en igual situación jurídica (Art. 8.6 del CPP).

### **3. Cuestión Prejudicial.**

**3.1 Concepto.-** La cuestión prejudicial es aquel medio de defensa técnica que procede cuando el Fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria, pese a que existe pendiente una declaración en la vía extra penal vinculada al carácter delictuoso del hecho incriminado (Art. 5.1 del CPP). Pues, de lo resuelto en dicha vía dependerá la prosecución o el sobreseimiento de la causa (Art. 5.4 del CPP), en ese mismo sentido está regulado en el Anteproyecto del CP “Parte General”<sup>8</sup>, elaborada por la Comisión Revisora de este cuerpo legal Ley Nro. 27837, al incorporar el artículo 81° que señala: “*Se extingue la acción penal si de la sentencia ejecutoriada dictada en la jurisdicción civil, resulta que el hecho imputado como delito es lícito*”, aunque se refiera a la vía civil de manera limitada, que no pasa en el CPP.

El maestro Florencio Mixán Mass<sup>9</sup> señala que *constituye cuestión prejudicial de naturaleza extrapenal: aquel hecho jurídico o acto jurídico preexistente de carácter autónomo, eventual, que resulta*

<sup>8</sup> Anteproyecto de Ley del Código Penal, Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2004. Pág. 77.

<sup>9</sup> Autor citado por Rodolfo Vega Billán, Ob. Cit., Pág. 324.

*especial e íntimamente vinculado, en situación de antecedente lógico-jurídico, el acto u omisión (hecho) imputado que es objeto del procedimiento penal en concreto; que sea capaz de generar duda sobre el carácter delictuoso del acto, duda, que, a su vez, determina la necesidad de suspender (archivar provisionalmente) la ‘instrucción’ para remitirla a la correspondiente vía jurisdiccional o administrativa para su esclarecimiento y resolución definitiva; solución final que al ser traída al proceso penal en suspenso servirá de valioso elemento de juicio para que el Juez Penal pueda resolver, ya sea ordenando el archivamiento definitivo o el desarchivamiento y continuación del mismo. Así, Pablo Sánchez Velarde<sup>10</sup> refiere que lo que se va a esclarecer en la vía extra-penal es la existencia de algún elemento constitutivo del delito; sin embargo, cabe aclarar, que la cuestión prejudicial no supone de ninguna manera resolver el fondo del asunto.*

Este medio de defensa tiene como antecedente legislativo al C de PP de 1940; sin embargo, al igual que la cuestión previa, fue reconocida con anterioridad a nivel jurisprudencial, de la cual es más notoria la Resolución Suprema de fecha 24 de julio de 1930, citado en la obra de Villagaray Hurtado<sup>11</sup>, que señala: “Procede suspender la instrucción en armonía con lo estatuido por el Código de Procedimientos en Materia Criminal, declararon HABER NULIDAD en la resolución recurrida de fs. 8, de fecha 7 de febrero del año en curso, en cuanto declara infundada la excepción de naturaleza de juicio deducida por el acusado Ezequiel Olivera, a fs. 1; Reformándola en esta parte declararon fundada la referida excepción con el carácter de cuestión prejudicial, y en consecuencia, mandaron se suspenda esta instrucción mientras se sustancia y resuelva el interdicto de retener seguido, entre los mismos interesados”.

<sup>10</sup> Pablo Sánchez Velarde, Ob. Cit., Pág. 343.

<sup>11</sup> Raúl Villagaray Hurtado, Ob. Cit., Pág. 9.

Así, este medio de defensa procede, *inter alia*, en los siguientes casos:

- En el delito de bigamia o matrimonio ilegal, cuando es necesario recurrir a la vía civil para determinar la validez legal del primer matrimonio.
- En el delito contra el estado civil, cuando se requiere la declaración de paternidad.
- En delito apropiación ilícita, cuando sea necesario establecer el derecho de propiedad o de retener.
- En el delito de usurpación, cuando sea necesario establecer el derecho de posesión.
- En el delito de estafa, cuando sea necesario establecer la validez del contrato.

### **3.2 Características.-** Tenemos:

- El procesado sin negar los hechos que se imputan, alega que esos hechos no son más que el ejercicio de un derecho y que ha podido hacer legalmente lo que ha hecho (*feci sed jure feci*), por lo que el delito desaparece desde que se reconoce la causa de justificación.
- La admisión de los hechos, condicionada por la defensa de legitimidad, debe plantear un problema de naturaleza extra-penal, siempre que no se trate de una simple interpretación de la ley extra-penal cuestionada en el proceso.
- Un hecho anterior distinto de la infracción, y cuya prueba puede hacerse separadamente.
- La existencia de duda sobre el carácter delictuoso del hecho.
- La resolución judicial extra-penal sea susceptible de incidir en la resolución de la causa penal, en la cual fue planteada la cuestión prejudicial, determinando la configuración del delito o su exclusión.

**3.3 Procedimiento.-** Es el mismo que el establecido para la cuestión previa. No obstante, para el proceso en la vía extra-penal si la parte legitimada no lo ha promovido, se le notificará y requerirá para que lo haga en el plazo de treinta días computados desde el momento en que haya quedado firme la resolución suspensiva. Si vencido dicho plazo no cumpliera con hacerlo el Fiscal Provincial en lo Civil deberá promoverlo con citación de las partes interesadas; asimismo, se le autoriza a éste a intervenir y continuar con el proceso hasta su terminación, así como sustituir al titular de la acción si éste no lo persigue, en ambos casos siempre que se trate de un hecho punible perseguible por ejercicio público de la acción penal (Art. 5.3 del CPP).

**3.4 Efectos.-** Si el órgano jurisdiccional declara fundada la cuestión prejudicial se suspenderá la Investigación Preparatoria hasta que en la otra vía recaiga resolución firme (Art. 5.2 del CPP), caso contrario se seguirá normalmente con el desarrollo del proceso. E, igualmente, la cuestión prejudicial deducida a favor de uno de los imputados beneficia a los demás, siempre que se encuentren en igual situación jurídica (Art. 5.2 *in fine* y art. 8.6 del CPP).

**3.5 Cuestión Prejudicial en Proceso Extra-Penal.-** Estipulada en el CPP bajo el *nomen juris* de “Indicios de delitos en proceso extra-penal”, procede cuando en la sustanciación de un proceso extra-penal aparezcan indicios de la comisión de un delito de persecución pública, en cuyo caso el Juez extra-penal de oficio o a pedido de parte comunicará al Ministerio Público para el ejercicio de sus atribuciones (Art. 10.1 del CPP). En tal situación, si el Fiscal luego de las diligencias preliminares decide continuar con la Investigación Preparatoria comunicará al Juez extra-penal para que suspenda el proceso, sólo cuando considere que la sentencia penal pueda influir en la resolución que corresponde dictar en la mencionada vía (Art. 10.2° del CPP), podría decirse que es lo inverso de la cuestión

prejudicial en vía penal. Pablo Sánchez Velarde<sup>12</sup> lo denomina Prejudiciabilidad Penal, comentando que *no constituye un medio de defensa contra la acción penal, /.../ Aparece cuando en la sustanciación de un procedimiento civil aparecen indicios razonables de la comisión de un delito perseguible de oficio, /.../*. No obstante lo referido por este autor, cabe aclarar que el artículo 10° del CPP no hace disquisición alguna entre un proceso civil y otros; por lo que, afirmamos que procede en cualquier tipo de proceso extra-penal.

#### **4. Las Excepciones.**

**4.1 Generalidades.-** No existe un trato único de esta institución a nivel de la doctrina, de acuerdo a la etimología algunos sostienen que proviene de la palabra *expiendo* o *excapiendo*, que significa destruir o desmembrar, puesto que la excepción hace perder a la acción su eficacia; en cambio, otros señalan que proviene de la contracción *ex* y *actio* como contraria u opuesta a la acción, por lo vertido por Florencio Mixán Mass<sup>13</sup> nos inclinamos por lo primero. Pablo Sánchez Velarde<sup>14</sup> haciendo referencia a sus antecedentes procesales señala que estas *son tomadas del procedimiento civil (incompetencia, falta de personería, cosa juzgada, prescripción)* y que se van consolidando de manera progresiva en nuestra legislación procesal penal. Domingo García Rada<sup>15</sup> señala sobre la excepción que *no es una mera negación de la denuncia, sino la contraposición de un hecho impeditivo o extintivo, que excluye los efectos jurídicos de la acción penal. Es un derecho de defensa que la ley le otorga a todo inculpado a fin de que, mediante él, pueda enervar los efectos penales de la denuncia instaurada en su contra.* A su turno Víctor

---

<sup>12</sup> Pablo Sánchez Velarde, Ob. Cit., Pág. 344, con Nota al Pie.

<sup>13</sup> Mixán Mass sostiene que no resulta adecuado señalar que la excepción se promueve contra la acción penal, *pues el derecho de recurrir ante la autoridad competente afirmando que ha sido perpetrada una conducta delictuosa no puede ser atacado, menos aniquilado mediante una excepción; en cambio si sería sostenible sostener que la excepción se esgrime contra el ejercicio concreto de la acción penal.* Cit. por Arsenio Oré Guardia, Ob. Cit., Pág. 306.

<sup>14</sup> Pablo Sánchez Velarde, Ob. Cit., Pág. 347.

<sup>15</sup> Autor citado por Rodolfo Vega Billán, Ob. Cit., Pág. 337.

Cubas Villanueva<sup>16</sup> define a las *excepciones como medios de defensa del imputado que tienen por fin exponer la improcedencia de la acción penal y terminar con la pretensión punitiva del Estado. /.../ es un derecho que se contrapone a la acción penal, por la cual se invocan razones que extinguen la acción, la impiden, la modifican o regularizan su trámite.*

Respecto a las excepciones se ha intentado varias clasificaciones, entre las más notables tenemos la clasificación en **dilatorias** y **perentorias**, según cuestionen las condiciones puestas por la ley para la validez del procedimiento penal ante el Juez o demuestren la falta de fundamento jurídico de la pretensión punitiva; también, tenemos la clasificación en **procesales** y **materiales**, según se trate de la negación de falta de presupuestos y/o requisitos procesales, que importan la denuncia de una defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal y tienden a conseguir una resolución en la que no se entre en el fondo del asunto o se refieran al fondo del asunto, pidiendo se desestimen los cargos alegando hechos distintos, lo cual no se daría en una defensa de fondo.

**4.2 Procedimiento.-** Las excepciones tienen el mismo procedimiento previsto para la cuestión previa y prejudicial, remitiéndonos por ello a lo señalado líneas atrás.

**4.3 Excepción de Naturaleza de Juicio.-** Esta excepción procede cuando se ha dado al proceso una sustanciación distinta a la prevista en la Ley (Art. 6.1 a) del CPP). Así, el tratadista César Eugenio San Martín Castro<sup>17</sup> sostiene que *se trata sin duda de un remedio procesal que no entra al fondo del asunto, solo al procedimiento a seguir. Tiene lugar cuando el delito o delitos objeto del proceso penal se les asigna un procedimiento distinto del que por ley les corresponde.* Hay que anotar que *la palabra sustanciación*

<sup>16</sup> Víctor Cubas Villanueva, Ob. Cit., Pág. 262.

<sup>17</sup> Autor citado por Rodolfo Vega Billán, Ob. Cit., Pág. 342.

*tiene que entenderse como sinónimo de trámite y de acuerdo a la magnitud de error la regularización puede significar la anulación de determinadas diligencias que hayan resultado desnaturalizadas*<sup>18</sup>.

**4.4 Excepción de Improcedencia de Acción.-** Esta excepción procede cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente (Art. 6.1 b) del CPP). Inicialmente ha sido incorporada con el *nomen juris* de excepción de naturaleza de acción al C de PP a partir del 15 de junio de 1981, mediante el Decreto Legislativo Nro. 126, empero, al igual que los demás medios de defensa técnica se aplicaba a nivel jurisprudencial ya con anterioridad. Por ello, *en aquella oportunidad la Corte Suprema se vio en la necesidad de adjudicar una doble acepción y función a la naturaleza de juicio: a) Para el caso de que la conducta denunciada no esté descrita en forma expresa e inequívoca como delito en la ley penal; y, b) Para el caso de que al proceso penal se le haya dado, dentro de la misma órbita de la competencia del fuero penal, una tramitación distinta de la que corresponda al caso concreto.*<sup>19</sup> La primera acepción es en realidad la excepción *in comento*; por lo que, se puede afirmar que la excepción de improcedencia de acción tiene como principal fundamento el **principio de legalidad**<sup>20</sup> (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), es decir, si el hecho imputado como delito está establecida en una *lex previa* (exclusión de la aplicación retroactiva de las leyes penales) y en una *lex scripta* (exclusión de la aplicación retroactiva de las leyes penales), que reúna las condiciones de una *lex certa* (exclusión de cláusulas generales), interpretada como una *lex stricta* (exclusión de la extensión analógica de la ley penal)<sup>21</sup>; y, los **hechos no**

<sup>18</sup> Víctor Cubas Villanueva, Ob. Cit., Pág. 276.

<sup>19</sup> Florencio Mixán Mass, citado por Rodolfo Vega Billán, Ob. Cit., Pág. 360.

<sup>20</sup> Establecida a nivel Constitucional en el Art. 2.24 d): “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley. También recogido en el Art. II del Título Preliminar del Código Penal.

<sup>21</sup> Vid. Enrique Bacigalupo Z., Derecho Penal “Parte General”, ARA Editores, Lima 2004. Págs. 99 y ss. La nota al pie realizada por Percy García Caveró hace referencia a que nuestro Tribunal Constitucional ha desarrollado las exigencias del principio de Legalidad en la sentencia del Exp. Nro. 010-2002-AI/TC del 03 de enero del 2003, Ibid. Pág. 101.

**justiciables penalmente**, es decir, los casos al que la propia ley penal le quita expresa y específicamente la punibilidad, ya que, si bien es cierto, siguen siendo hechos típicos, no son justiciables penalmente porque ostentan una causa de justificación, la concurrencia de una excusa absolutoria o cuando falta una condición objetiva de punibilidad, en todos los casos prevista por ley y eliminando la antijuricidad del hecho.

Las **excusas absolutorias** son las previstas en el artículo 208 del Código Penal (CP), donde se refiere que no son reprimibles los hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños que se causen: Los cónyuges, concubinos, etc. A su turno, las **causas de justificación** están contempladas en el artículo 20 del CP bajo el *nomen juris* de “Causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal”, entre las cuales tenemos: las causas de inimputabilidad, minoría de edad, legítima defensa, etc., que a decir de Fidel Rojas Vargas<sup>22</sup> son *permisos legales que concede el Estado para obrar típicamente, vulnerando bienes jurídicos de otras personas*. Finalmente, las **condiciones objetivas de punibilidad**, a decir de Ignacio Berdugo Gómez de la Torre<sup>23</sup>, *son requisitos que el legislador ha añadido en los correspondientes preceptos legales, pero que no pertenecen al tipo del injusto ni a la culpabilidad se caracterizan por su formulación positiva, condicionan directamente la pena o la entidad de la pena, sin que deban ser abarcados por el dolo del autor. Verbigratia*, el delito de falsificación de documentos cuando exigen la condición ‘perjuicio’, el delito de tráfico ilícito de drogas cuando exige determinadas cantidades, pues de lo contrario podría tratarse del autoconsumo que no es penado, o el delito de contrabando cuando establece su punibilidad cuando sobrepasen las cuatro unidades impositivas tributarias.

---

<sup>22</sup> Autor citado por Rodolfo Vega Billán, Ob. Cit., Pág. 364.

<sup>23</sup> Cit. Ibid, Pág. 365.

**4.5 Excepción de Cosa Juzgada.-** Esta excepción procede cuando el hecho punible ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera contra la misma persona (Art. 6.1 c) del CPP). Siguiendo a Miguel Fenech<sup>24</sup> debemos entender como cosa juzgada al *efecto de un proceso terminado, no de un acto procesal como es la sentencia, sólo así podemos hablar de la procedencia del recurso de revisión*. La Constitución consagra en el artículo 139° inciso 13: Son principios y funciones de la función jurisdiccional: (...) La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de la cosa juzgada. A su turno, el Código Penal señala en el artículo 78 inciso 2: La acción penal se extingue por autoridad de cosa juzgada; y, en el artículo 90°: Nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente. Finalmente, el Nuevo CPP refiere en el artículo III del Título Preliminar: Nadie puede ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo.

En la doctrina encontramos dos acepciones que hacen referencia a esta excepción: Los principios de *Ne bis in idem* y *Res Iudicata*, de los cuales no existe consenso sobre su igualdad<sup>25</sup>; sin embargo, para efectos prácticos nos limitaremos a señalar su importancia siguiendo las palabras del maestro argentino Julio B.J. Maier<sup>26</sup> *la importancia moderna del (os) principio (s) y toda su elaboración jurídica reside en su significado como garantía de seguridad*

---

<sup>24</sup> Autor citado por Víctor Cubas Villanueva, Ob. Cit., Pág. 263.

<sup>25</sup> Rodolfo Vega Billán los trata como si fueran parte de la misma institución. Ob. Cit., Págs. 344 y ss. En ese mismo sentido Arsenio Oré Guardia, Ob. Cit., Pág. 314. En cambio en sentido restringido y diferenciado Pablo Sánchez Velarde, Ob. Cit., Pág. 354. Víctor Cubas Villanueva no hace una referencia precisa; sin embargo, se puede abstraer de su premisa: “El fundamento de esta excepción (cosa juzgada) se encuentra en el principio del non bis in ídem”, que percibe como el género y la especie, Ob. Cit., Pág. 263.

<sup>26</sup> Autor citado por Rodolfo Vega Billán, Ob. Cit., Pág. 344.

*individual propio de un Derecho Penal liberal, de un Estado de Derecho, a pesar que no parece que el (los) principio (s) fuera (n) desconocido (s) en la antigüedad.* No obstante ello, cabe aclarar que la cosa juzgada no se limita a impedir que una persona pueda ser penada varias veces por un mismo hecho, sino que, también impide que alguien pueda ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho, a estos alcances la doctrina los ha denominado **cosa juzgada material** y **procesal**, respectivamente. Para su procedencia se requiere que exista identidad de hecho (objetiva) y de sujeto (subjetiva), es decir se requiere que el delito y la persona imputada sean los mismos, en el primer caso no importa la distinta calificación que se hubiera realizado, además Alberto Binder refiere que debe haber *identidad de acción, esto es que las acciones obedezcan al mismo propósito*<sup>27</sup>. Finalmente, una palabra clave prevista en nuestro ordenamiento es que se trate de una resolución judicial **firme**, entendiéndose por ello a la que da por concluido el proceso de manera irreversible y no es susceptible de impugnación alguna.

**4.6 Excepción de Amnistía.-** La amnistía proviene de un vocablo griego *amnestia* que significa amnesia, pérdida de la memoria u olvido. Y ha sido conceptualizada como el olvido que la ley otorga al delito como a la pena, renunciando el Estado al *Ius Puniendi*, generalmente por consideraciones políticas o político-sociales. Reconocido a nivel constitucional como una atribución exclusiva del Congreso de la República (Art. 102.6); en el CP figura como una causa de extinción de la acción penal (Art. 78.1), explicando como consecuencia que elimina legalmente el hecho punible a que se refiere e implica el perpetuo silencio respecto a él (Art. 89). La excepción de amnistía, si bien es cierto se propone como medio de defensa por aquél que viene siendo procesado, empero, como institución beneficiaria a todos los que han cometido el delito

---

<sup>27</sup> Autor citado por Arsenio Oré Guardia, Ob. Cit., Pág. 315.

amnistiado porque borra todo lo ocurrido, el delito desaparece y el presunto responsable resulta libre de todo cargo o responsabilidad, siendo posible de ser propuesto por los sentenciados. Sin embargo, a pesar de borrar todos los efectos penales la amnistía no borra los efectos extra penales.

Esta institución ha sido duramente criticada en la doctrina por su regulación, así Luis E. Roy Freyre<sup>28</sup>, allá en 1996, sostenía *el otorgamiento de amnistía atendiendo a la experiencia legislativa peruana y latinoamericana debe tener un límite lo más preciso posible. En nuestro criterio, sólo debe concedérsele a los actos supuestamente delictivos que tengan como significado el ejercicio del derecho del pueblo a la insurgencia en defensa del orden constitucional. En todo caso, jamás la amnistía podrá beneficiar comportamientos, que lejos de asumir la apariencia de criminalidad que las circunstancias políticas explican, por el contrario, constituyen, dada su inherente atrocidad, violaciones inolvidables de los derechos humanos.* En ese mismo sentido, Pablo Sánchez Velarde<sup>29</sup> siguiendo el Informe Defensorial Nro. 57, refiere que *la amnistía no puede ser la expresión de la arbitrariedad, sino debe ser justificada y legitimada por el respeto a los límites que establece la Constitución; en consecuencia, la amnistía debe ser excepcional, respetuosa de los Derechos Fundamentales de la persona y acorde con los principios de proporcionalidad y razonabilidad.*

Cabe anotar, que las críticas vertidas contra la institución de la amnistía se dan con mayor fuerza porque en América latina y en nuestro país, en especial, se han utilizado para lograr la impunidad de determinados sectores. Tal es el caso de la Ley. 26479, ampliada por Ley 26492, en la cual se amnistiaba a personal civil, militar o policial que se encontraban denunciados, procesados o sentenciados en cualquier fuero por la lucha anti-subversiva desde

<sup>28</sup> Autor citado por Rodolfo Vega Billán, Ob. Cit., Pág. 350.

<sup>29</sup> Pablo Sánchez Velarde, Ob. Cit., Pág. 357.

mayo de 1980 al 14 de junio de 1995, quedando por ello impunes varios delitos como la matanza de Barrios Altos, Cayara, La Cantuta, etc.

**4.7 Excepción de Prescripción.-** Esta excepción procede cuando por el vencimiento de los plazos señalados por el Código Penal se haya extinguido la acción penal o el derecho de la ejecución de la pena (Art. 6.1 e) del CPP). La prescripción como impedimento procesal tiene un doble fundamento: el transcurso del tiempo y la conducta observada por el sujeto. Asimismo, la norma *in comento* hace referencia a la prescripción de la acción penal, como de la pena: La primera según Luis E. Roy Freyre<sup>30</sup> *le pone fin a la potestad represiva, antes que la misma se haya manifestado concretamente en una sentencia condenatoria firme, lo que ocurre ya sea porque el poder penal del Estado nunca dio lugar a la formación de la causa (cualquiera que fuere el motivo), o porque iniciada ya la persecución se omitió proseguirla con la continuidad debida [sic de vida] y dentro de un plazo legal que vence sin que se haya expedido sentencia irrecurrible;* en cambio, la segunda según este mismo autor<sup>31</sup> *es la que hace expirar la potestad punitiva del Estado, después de haberse expedido la sentencia condenatoria, penalidad que no ha podido hacerse efectiva en su extremo judicialmente indicado por diversos motivos (fuga del reo, no captura o no recaptura del sentenciado, en los casos de: revocación de la condena condicional, reserva del fallo condenatorio, semilibertad, etc.).*

En la legislación encontramos dos tipos de prescripción: **la ordinaria** y **la extraordinaria**. La *primera* regulada por el artículo 80° del CP, que señala como plazo de prescripción igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito que no será mayor de veinte años, si es privativa de libertad; de treinta años tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua; y, de dos años

<sup>30</sup> Autor citado por Rodolfo Vega Billán, Ob. Cit., Pág. 353.

<sup>31</sup> Ibidem.

tratándose de otras penas. Por lo dispuesto en el artículo 83° del CP habiéndose interrumpido el plazo por intervención del Ministerio Público o las autoridades judiciales empieza a correr nuevamente a partir del día siguiente de efectuada la última diligencia, dejando sin efecto el anterior. La *segunda* se da cuando habiéndose interrumpido el tiempo sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción (Art. 83° *in fine*). Otro tipo de prescripción extraordinaria sucede cuando el agente se encuentra en una situación de imputabilidad restringida, en cuyo caso los plazos de prescripción se reducen a la mitad (Art. 81 del CP); asimismo, cuando se trata de la comisión de delitos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, se duplica el plazo de prescripción ordinario.

Algunas reglas establecidas para la aplicación de la prescripción de la pena y la acción penal son:

- El plazo de prescripción empieza a transcurrir según el artículo 82° del CP: desde el día en que cesó la actividad delictuosa en la tentativa; a partir del día en que se consumó en el delito instantáneo; desde el día en que terminó la actividad delictuosa en el delito continuado; y, a partir del día en que cesó la permanencia en el delito permanente.
- En caso de concurso real de delitos la contabilización del plazo de prescripción se fijará por separado o paralelamente, tratándose de concurso ideal de delitos se contabiliza el plazo de prescripción prevista para el delito más grave, estamos ante la regla de absorción.
- Finalmente, tratándose de delitos sancionados con penas conjuntas debe fijarse atendiendo al plazo que corresponda al elemento más grave integrado a la sanción, y en caso de penas alternativas cuando se haya cumplido el plazo más largo que resulte de las penas susceptibles de imposición.

Cabe anotar que esta excepción es improcedente tratándose de delitos de *lesa humanidad*, pues estos son imprescriptibles, igualmente cuando haya renuncia expresa por parte del imputado (Art. 91 del CP).

**4.8 Efectos.-** De declararse fundada las excepciones de Improcedencia de Acción, Cosa Juzgada, Amnistía y Prescripción el proceso será sobreseído definitivamente; en cambio, si se declara fundada la excepción de naturaleza de juicio sólo se regularizará el proceso al trámite reconocido en el auto que lo resuelva (Art. 6.2 del CPP).

Ayacucho, 18 de febrero del 2006.