

# ANALISIS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A NO SER CONDENADO EN AUSENCIA

César Augusto Nakazaki Servigón  
Abogado, Socio del Estudio Sousa & Nakazaki.  
Profesor de Derecho Penal y Procesal  
de la Universidad de Lima.

## **I.- Introducción.**

Tres son los temas más importantes que corresponde tratar respecto al procesado ausente:

1. El derecho de defensa del ausente.
2. El derecho del ausente a ser absuelto de la acusación.
3. Si el nuevo Código Procesal Penal viola la prohibición constitucional de la condena en ausencia.

Ninguno ha sido tratado por el Tribunal Constitucional del Perú, o en todo caso, con la suficiencia de otros temas, que permita fijar una posición que analizar; así que se realiza a continuación un breve estudio constitucional procesal de los temas planteados.

## **II.- La prohibición de condenar al procesado en ausencia: derecho del acusado a asistir al proceso.**

El artículo 139 inciso 12 de la Constitución Política de 1993 reconoce como principio y derecho de la función jurisdiccional, el no ser condenado en ausencia.

Es antecedente de la norma constitucional, como bien apunta Marcial **RUBIO CORREA**, el artículo 233 inciso 10 de la Constitución Política de 1979, que lo definía como una garantía de la administración de justicia.<sup>1</sup>

El Pleno del Tribunal Constitucional en la STC del 9 de agosto del 2006, Fundamento Jurídico 165, establece que la prohibición de la condena en ausencia es una manifestación del debido proceso penal vinculada al derecho de defensa, como base se invoca al Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Sentencia del 12 de febrero de 1985, Párrafo 27, “Caso Colozza c/. Italia” y Sentencia del 1 de marzo de 2006, Párrafo 81 “Caso Sejdivic c/.Italia”.<sup>2</sup>

La prohibición de condena en ausencia tiene su fundamento en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en el artículo 14 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8 inciso 1 de la Convención Americana sobre

---

1 Marcial RUBIO CORREA, Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo V, Página 116, Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Editorial 1999.

2 PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Proceso de inconstitucionalidad contra los Decretos Legislativos 921, 922, 923, 924, 925, 926 y 927, Expediente N° 003-2005-PI/TC.

Derechos Humanos, que más que resaltar la prohibición, como es nuestra tradición, reconocen el derecho del acusado a asistir al proceso.<sup>3</sup>

El núcleo, o si se prefiere, la justificación de la prohibición de condena en ausencia y por ende del derecho a asistir al proceso penal, es la garantía procesal constitucional de la defensa, el debido proceso penal tiene como primera condición de validez y eficacia, el respeto al derecho de defensa, sin ésta la causa penal es nula, no surte efectos jurídicos, menos una sentencia condenatoria, que comúnmente es la finalidad de impedir que la persona se defienda en el proceso.

En el Perú la prohibición de condena en ausencia, el derecho del imputado o el acusado a asistir al proceso penal, no formalmente discutido; salvo en la época del terrorismo con la dación del Decreto Ley N° 25728 que reconoció a los tribunales la potestad de condenar en ausencia al acusado por delitos de terrorismo y traición a la patria.

El problema consiste en ciertas prácticas que materialmente si violan el derecho fundamental examinado; emplazamientos indebidos, detenciones injustificadas, llevan en la práctica a que la persona no puede concurrir al proceso a defenderse.

Es necesario hacer algunas precisiones.

La norma constitucional utiliza el término ausencia en un sentido material, no procesal.

En el proceso penal ausente y contumaz no son situaciones procesales idénticas.

El procesado ausente es el que no ha sido emplazado y no comparece al proceso penal; el procesado contumaz si ha sido debidamente notificado del inicio del proceso penal, y no asiste, o habiéndose apersonado en una etapa del procedimiento rehúye, deja de participar en la causa.

Es importante la diferenciación porque en el proceso penal, la ausencia y la contumacia generan consecuencias distintas para la persona, por ejemplo, en el caso del contumaz se interrumpe el plazo de prescripción de la acción penal.

La prohibición constitucional de condena en ausencia, alcanza al ausente y al contumaz, pues dentro de las consecuencias que esta última genera, no está la de ser condenado, por lo que, se reitera, ni el ausente, ni el contumaz, pueden ser condenados en ausencia.

Es importante precisar el alcance de la prohibición constitucional; es exclusivamente respecto de la condena, por tanto, el ausente y el contumaz sí pueden ser procesados penalmente e incluso, como se comenta luego, absueltos de la acusación, es decir, el proceso penal contra un ausente o contumaz puede terminar con una sentencia absolutoria.

No es inconstitucional el procesar penalmente al ausente o al contumaz, si es inconstitucional el condenarlo.

### **III.- El derecho de defensa del ausente y del contumaz.**

---

3 Daniel O' DONNELL, Protección Internacional de los Derechos Humanos, 2° edición, Páginas 179 y siguientes, Comisión Andina de Juristas, Fundación Friedrich Naumann e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Lima, 1989.

## **1) Definición procesal de ausente y contumaz**

El Código de 1940 no define al ausente.

El Decreto Legislativo N° 125 describe los supuestos de contumacia, no así los de ausencia, los que se tienen que fijar de forma negativa, esto es, ausente será el imputado que no comparece a la causa penal y no puede ser calificado de contumaz.

El artículo 79 inciso 2 del Código Procesal Penal del 2004 si define al ausente a través de sus elementos: imputado cuyo paradero se ignora y no exista evidencia que tenga conocimiento de la existencia del proceso.

El actual Presidente del Poder Judicial César **SAN MARTÍN CASTRO**, define al ausente como el imputado que no cumple el emplazamiento judicial y no se encuentra en ninguno de los supuestos de contumacia establecidos en la ley; se trata de un procesado cuya ubicación se ignora y no se tiene evidencia que conoce del proceso penal; o que ha salido del Perú asumiéndose sin saber de la existencia del caso penal.<sup>4</sup>

El Fiscal Supremo Penal Pablo **SÁNCHEZ VELARDE** agrega a lo anterior, que ausente es también el imputado cuya ubicación se ignora y no ha sido posible su acercamiento al proceso penal porque le es indiferente o le rehuye.<sup>5</sup>

El maestro alemán Claus **ROXIN** califica como ausente al imputado que se haya en el extranjero y cuya comparecencia al proceso penal no parece factible o razonable.<sup>6</sup>

Para los casos penales que se tramitan con el viejo código; el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 125 establece los supuestos de la contumacia: **a)** el inculpado que ha sido debidamente emplazado o que ha rendido declaración instructiva, y rehúye el juzgamiento, el llamamiento de la autoridad judicial, o incumple obligaciones procesales; **b)** el inculpado que viole el régimen de libertad provisional; y **c)** el detenido en dependencia policial o establecimiento penitenciario y fuga.

En el caso del nuevo código, el mismo artículo 79, en el inciso 1, define los supuestos de contumacia: **a)** el imputado conoce de la existencia del proceso y no se presenta voluntariamente a las actuaciones procesales; **b)** el imputado fuga del establecimiento o lugar donde se encuentra detenido o preso; **c)** el imputado no obedece pese a tener conocimiento la orden de detención o prisión; **ch)** el imputado se ausenta sin autorización del lugar de residencia o asignado para residir.

## **2) Desde que momento tiene derecho a la defensa el procesado ausente o el contumaz**

Para los casos regulados por el viejo código, una lectura constitucional del artículo 205 del Código de Procedimientos Penales, a partir de la garantía de la defensa procesal, determina que el juez tiene el deber de declarar al inculpado como ausente ni bien se verifiquen los requisitos establecidos en el punto anterior; la declaración de ausencia permitirá la implementación de defensa técnica al imputado.

El debido proceso penal no admite una fase de instrucción sin que se implemente asistencia legal a un procesado que no haya comparecido; la ausencia, e incluso la contumacia, no justifica la

---

4 César SAN MARTÍN CASTRO, Obra citada, Tomo 1, página 282.

5 Pablo SÁNCHEZ VELARDE, Obra citada, página 144.

6 Claus ROXIN, Obra citada, página 520.

indefensión del inculpado, pues se vuelve a reiterar que la defensa se tiene que garantizar desde el inicio de la persecución penal.

El artículo 205 establece que “la instrucción contra el inculpado ausente se llevará a cabo nombrándole un defensor de oficio”, es decir, que en la propia ley se fija como condición del procedimiento preliminar judicial del ausente, la implementación de defensa técnica.

No hay instrucción contra el inculpado ausente sin abogado defensor de oficio, salvo que el mismo imputado lo designe; es decir, que mientras el procesado ausente no nombre abogado, el Estado garantiza su defensa a través de un abogado de oficio.

Solamente con la designación de un abogado de oficio se puede realizar la instrucción de un imputado ausente. Tal exigencia rige desde el inicio del proceso penal.

Desde el inicio de la instrucción si se verifica la ausencia del inculpado el juez tiene el deber de constituir su condición de ausente para así proceder a garantizar su derecho a la defensa y el interés de la sociedad de evitar un proceso penal nulo.

Los autores españoles Víctor **MORENO CATENA**, Ángela **COQUILLAT VICENTE**, Ángel **JUANES PECES**, Alfredo **DE DIEGO DIEZ**, y Emilio **DE LLERA SUAREZ BARCENA** advierten sobre la práctica judicial de diferir la garantía de la defensa procesal a momentos avanzados de la persecución penal a fin de lograr espacios procesales en los que el imputado se encuentre sin defensa técnica; supuesto que se verifica en el caso de la demora en la declaración de ausencia, que permite una instrucción sin que el inculpado cuente con el defensor de oficio.<sup>7</sup>

Lamentablemente en el Perú tal práctica es frecuente en las instrucciones de los procesos penales que se tramitan con el Código de Procedimientos Penales; los defensores de oficio son nombrados tardíamente, por lo general en la prórroga de la instrucción, y en un número importante de causas no brindan defensa eficaz al procesado ausente.<sup>8</sup>

A nivel de la etapa de juicio oral, conforme al artículo 210, de ser declarado contumaz, existiendo acusados presentes, éste se celebra; si bien no hay norma expresa al acusado contumaz se le designa defensor de oficio.

En el Código Procesal Penal, en el artículo 79 inciso 3, se establece que en el auto de declaración de ausencia o contumacia se designa un defensor de oficio, sino hubiera nombramiento de defensor de confianza.

### **3) Alcance de la defensa del ausente y el contumaz**

La ley no establece ninguna restricción al derecho de defensa del ausente o del contumaz, por lo que solamente cabrá admitir las propias de su inconcurrencia al proceso y de, una probable, falta de comunicación con el abogado defensor si es de oficio, pues pese a la situación procesal mantiene el derecho a designar defensor de confianza, por ejemplo, la ausencia de autodefensa,

---

7 Víctor MORENO CATENA, Ángela COQUILLAT VICENTE, Ángel JUANES PECES, Alfredo DE DIEGO DIEZ, y Emilio DE LLERA SUÁREZ BARCENA, El Proceso Penal, Volumen I, página 535, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2000.

8 Tal estado de indefensión se enfrentó en todas las instrucciones que se siguieron al ex Presidente de la República Alberto Fujimori antes que el Estudio asuma su defensa, lo que motivó un duro enfrentamiento con la Corte Suprema a través de varios incidentes de nulidad de la instrucción por violación de la garantía procesal constitucional de la defensa procesal. Ver:.....

brindar información al abogado para desarrollar la estrategia de defensa, principalmente, en el campo de la prueba.

En consecuencia la defensa del ausente o el contumaz, tiene el contenido positivo, ya establecido en otros trabajos; las facultades procesales del imputado que se encuentran protegidas por esta garantía procesal constitucional de la defensa.<sup>9</sup>

Igualmente la defensa de los procesados tiene el contenido negativo de la defensa procesal consiste en la prohibición de la indefensión.<sup>10</sup>

La indefensión es la violación de la garantía de la defensa procesal; la arbitraria restricción al imputado de participar efectivamente y en igualdad de armas en el proceso penal; impidiéndole, sin justificación legal, realizar actos de postulación, prueba y alegación, que permitan al juzgador decidir de forma legal, racional y justa.<sup>11 12</sup>

Así por ejemplo, el contenido negativo de la garantía de la defensa exige que el órgano jurisdiccional controle que el abogado designado como defensor en el proceso penal, efectivamente realice la defensa técnica y que ésta “sobrepase determinados mínimos”.<sup>13</sup>

Como ya se ha dicho, la ausencia y la contumacia pueden acarrear problemas a la defensa material, pero no a la defensa técnica que el abogado deberá procurar que sea de igual calidad a la que corresponde brindar a los procesados que comparecen al proceso penal.

Por tanto la defensa técnica del ausente o el contumaz es la realizada por los abogados que cumplen en el proceso penal la función técnico-jurídica de defensa de las partes con la finalidad de promover la garantía de sus derechos.<sup>14 15</sup>

También en el caso de los ausentes y contumaces, la defensa técnica hace efectiva a la garantía de la defensa en el proceso penal porque mediante la asistencia letrada se realizan los principios de igualdad de las partes y de contradicción al establecerse el equilibrio con el Ministerio Público, integrado por fiscales que son abogados.<sup>16 17</sup>

La defensa técnica constituye una exigencia para la validez del proceso penal contra el ausente y el contumaz.<sup>18 19</sup>

Dado a que la defensa técnica de los procesados ausentes y contumaces, en la mayoría de casos penales, están a cargo del defensor de oficio, es necesario recordar su misión, idéntica a la del defensor de confianza, como de forma agradable se viene apreciando en varios procesos que se rigen por el Código del 2004

---

9

10 Ibidem, Página 16.

11 Alex CAROCCA PÉREZ, Obra citada, Página 360.

12 César Augusto NAKAZAKI SERVIGÓN, Obra citada, Página 16.

13 Alex CAROCCA PÉREZ, Obra citada, Página 56.

14 Alex CAROCCA PÉREZ, Obra citada, Página 492.

15 César Augusto NAKAZAKI SERVIGÓN, Obra citada, Página 17.

16 Alex CAROCCA PÉREZ, Obra citada, Página 496.

17 César Augusto NAKAZAKI SERVIGÓN, Obra citada, Página 17.

18 Alex CAROCCA PÉREZ, Obra citada, Página 497.

19 César Augusto NAKAZAKI SERVIGÓN, Obra citada, Página 18.

Para asegurar que el imputado cuente con defensor técnico dentro del proceso penal en el momento que lo necesite, se le garantiza el derecho a contar con un defensor de oficio.<sup>20 21</sup>

Cuando el sujeto pasivo del proceso penal no ejerce su derecho a nombrar abogado, el Juez tiene el deber de designarle uno de oficio, al que se le asigna la responsabilidad de la defensa técnica del imputado.<sup>22 23</sup>

El abogado de oficio es el defensor técnico del imputado en el proceso penal, que asume la misma función y responsabilidad del abogado de confianza (el nombrado por el procesado); la única diferencia entre ambos es la fuente de la designación como defensor.<sup>24 25</sup>

La defensa de oficio tiene como fundamento la importancia de los derechos fundamentales que son afectados con la persecución penal de una persona, que ha convertido a la defensa técnica en una exigencia de validez del proceso penal; si el procesado no designa abogado el Estado le nombra un defensor de oficio, pues la garantía de su derecho a la defensa en una condición indispensable para que puede realizar un proceso penal debido o justo.<sup>26 27</sup>

El derecho a contar con un defensor de oficio no se garantiza con cualquier tipo de defensa, ésta tiene que ser efectiva; la protección de los principios de igualdad y contradicción exige que el Estado provea al justiciable de una real e idónea defensa técnica en el proceso penal.<sup>28 29</sup>

El artículo 205 del Código de 1940 y el artículo 79 inciso 3 permiten establecer que la defensa técnica de oficio o de confianza del ausente o del contumaz no tiene ninguna restricción respecto de la del procesado que si participa en el proceso penal, de allí que tenga derecho a una defensa eficaz.<sup>30</sup>

Como ya se ha en otro trabajo al establecer el contenido de la defensa eficaz exige que al imputado ausente y al contumaz se le garantice en el proceso penal los siguientes derechos:

**CONTENIDO DE LA DEFENSA EFICAZ**

- § Derecho a ser asistido por un defensor de confianza o de oficio.
- § Derecho a un defensor con los conocimientos jurídicos y experiencia que exija el caso.
- § Derecho a un defensor que pueda ejercer libremente la abogacía.

20 Alex CAROCCA PÉREZ, Obra citada, Página 526.  
21 César Augusto NAKAZAKI SERVIGÓN, Obra citada, Página 19.  
22 Alex CAROCCA PÉREZ, Obra citada, Página 526.  
23 César Augusto NAKAZAKI SERVIGÓN, Obra citada, Página 19.  
24 Alex CAROCCA PÉREZ, Obra citada, Página 528.  
25 César Augusto NAKAZAKI SERVIGÓN, Obra citada, Página 19.  
26 Alex CAROCCA PÉREZ, Obra citada, Página 527.  
27 César Augusto NAKAZAKI SERVIGÓN, Obra citada, Página 19.  
28 Alex CAROCCA PÉREZ, Obra citada, Página 531.  
29 César Augusto NAKAZAKI SERVIGÓN, Obra citada, Página 19.

- § Derecho a un defensor que cumpla con los deberes de la deontología forense.
- § Derecho a conocer de la existencia del proceso y la imputación necesaria.
- § Derecho a los medios necesarios para preparar la defensa.
- § Derecho al tiempo necesario para preparar la defensa.
- § Derecho a postular los hechos que forman la defensa material.
- § Derecho a probar los hechos que forman la defensa material y a presentar contraprueba respecto de los fundamentos fácticos de la imputación.
- § Derecho a presentar los argumentos que forman la defensa técnica.
- § Derecho a que la defensa material, la prueba y los argumentos de defensa técnica sean valorados o tratados por el juez en la sentencia.

#### **IV.- El derecho del ausente o del contumaz a una sentencia absolutoria.**

En la gran mayoría de procesos penales los juicios orales en casos de acusados presentes, ausentes o contumaces, termina con la reserva para que éstos sean juzgados conforme al proceso regulado por los artículos 318 a 322 del Código de 1940; en las causas que se rigen con el Código del 2004, pese a que el tema a tratar debería ser más claro por el artículo 79 inciso 5, hay confusión que es necesario ir aclarando.

Los tratados internacionales sobre derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales supranacionales, han producido una modificación del concepto tradicional del derecho a la defensa, para aumentar la garantía hacia una calificación más amplia del debido proceso.<sup>31</sup>

El debido proceso no se reduce al seguimiento del procedimiento establecido en la ley, es preciso reformular el método y la ideología con la finalidad de alcanzar la eficacia del servicio jurisdiccional a través de un proceso sin restricciones (legitimación amplia, prueba conducente y efectiva, sentencia útil y motivada) y de “lograr que el enjuiciamiento llegue a su tiempo, que no es otro que el de los intereses que las partes persiguen cuando ponen el conflicto en conocimiento de los tribunales”.<sup>32</sup>

La garantía del debido proceso “exige de ahora en más, que la protección (la sentencia) llegue oportunamente; es decir, cuando se necesita seguridad y certidumbre, evitando sentencias que por el paso del tiempo pierden interés de los justiciables”.<sup>33</sup>

El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas tiene su fundamento en; los artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 14 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 8 inciso 1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos; y el artículo 139 inciso 3 de la Constitución de 1993.

El Tribunal Constitucional; en la STC del 19 de octubre del 2009, “Caso Walter Chacón Malaga”<sup>34</sup>; y en la STC del..... “Caso Julio Salazar Monroe”<sup>35</sup>, desarrolla claramente el contenido del derecho a un plazo razonable o a un proceso sin dilaciones indebidas, que no diferencia, como si lo hace cierto sector de la doctrina de los derechos fundamentales.

31 Osvaldo Alfredo GOZAÍNI, El Debido Proceso, Página 524, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2004.

32 Ibidem.

33 Ibidem, Página 525.

34

35

El autor argentino Osvaldo Alfredo **GOZAINI** explica que el derecho procesal transnacional ha creado “el derecho a obtener una sentencia en un plazo razonable”, al que se considera una manifestación de la garantía del debido proceso.<sup>36</sup>

El Tribunal Constitucional Español en la STC 133/1988 definió que “por su propia naturaleza el proceso está destinado a desarrollarse en el tiempo, por lo que la tutela judicial ha de prestarse “tempestivamente”. Por “proceso sin dilaciones indebidas hay que entender el proceso que se desenvuelve en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en el que los intereses litigiosos pueden recibir pronta satisfacción”.<sup>37</sup>

La autora española Cristina **RIBA TREPAT**, a partir del examen de la doctrina del Tribunal Constitucional Español, afirma que existen 3 tipos de dilaciones que pueden afectar el derecho comentado:<sup>38</sup>

- a) **Omisión propia:** ausencia de actividad judicial formal o material.
- b) **Omisión impropia:** adopción por el juez de medidas inadecuadas para la pronta solución del proceso.
- c) **Resolución judicial dilatoria:** emisión por el juez de resoluciones cuyo objeto permite pronosticar con certeza la producción de “de demoras procesales injustificadas.”

El profesor de la Universidad de Barcelona Joan **PICÓ JUNOY** afirma que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas busca evitar la consecuencia negativa de la “justicia retardada, justicia negada”; por lo que su objeto es el garantizar que la resolución de los litigios tendrá lugar dentro de un plazo razonable, esto es, sin dilaciones indebidas.<sup>39</sup>

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se refiere a “una razonable duración temporal del procedimiento necesario para resolver y ejecutar lo resuelto.”; “este derecho comporta que el proceso se desenvuelva en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido para que los intereses litigiosos puedan recibir pronta satisfacción”.<sup>40</sup>

En la etapa intermedia del nuevo código procesal, mucho mejor desarrollada que en el viejo código, exige que la causa de sobreseimiento por notoria insuficiencia de la prueba de cargo del artículo 344 inciso 2, no deje de ser considerada en el caso de los procesados ausentes o contumaces, tienen el mismo derecho a no ser llevados a juicio oral sino existen pruebas que permitan presentar una acusación sustentada en prueba de cargo suficiente para que el Juez de la Etapa Intermedia considere razonable continuar con la persecución penal de la persona.

El artículo 321 del Código de Procedimientos Penales y el artículo 79 inciso 5 del Código Procesal Penal, establecen que en los procesos penales con acusados presentes y ausentes o contumaces, respecto a estos últimos al final del juicio oral, los jueces tienen dos opciones:

## FORMAS ALTERNATIVAS

### DE FINALIZACIÓN DEL

### JUICIO ORAL EN EL CASO

### DEL ACUSADO AUSENTE

### O CONTUMAZ

36 Ibidem, Páginas 525 y 526.

37 Cristina RIBA TREPAT, la Eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas, Página 114, J.M. Bosch Editor, Barcelona, España, 1997.

38 Ibidem, Página 115.

39 Joan PICÓ JUNOY, Las garantías constitucionales del proceso, 3º reimpresión, Pagina 118, J. M. Bosch Editor, Barcelona, España, 2002.

40 Ibidem, Página 120.



§ La absolución del acusado ausente o contumaz.

§ La reserva del juicio oral al ausente o contumaz.

La utilización por los jueces de alguna de las formas alternativas de terminación del juicio oral no es una facultad, sino una potestad, un poder para que puedan cumplir con el deber de realizar un debido proceso penal al ausente o contumaz.

La Corte Suprema de Justicia, como bien explica **SAN MARTIN CASTRO**, ha establecido a través de la Ejecutoria del 26 de mayo de 1981 expedida en la Causa N° 1815-80 y de la Ejecutoria del 17 de enero de 1997 dictada en la Causa N° 3981-95-B, que se debe absolver al acusado ausente o contumaz cuando no exista prueba de cargo suficiente.<sup>41</sup>

En la Ejecutoria del 26 de mayo de 1981 la Sala Penal de la Corte Suprema afirma que es doctrina judicial fijada mediante reiterada y uniforme jurisprudencia que a los acusados ausentes no se les puede condenar pero sí absolverlos “cuando del proceso no aparecen elementos suficientes de responsabilidad en su contra”.<sup>42</sup>

En la Ejecutoria del 17 de enero de 1997 la Sala Penal de la Corte Suprema fija el deber de absolver al acusado ausente cuando en el proceso penal “no se ha probado su responsabilidad”.<sup>43</sup>

En consecuencia la decisión de reserva del juicio oral al ausente o contumaz responde a la aplicación de la siguiente regla: **solamente se debe reservar el juicio oral a un ausente o contumaz cuando se haya probado la comisión del delito, su autoría o participación.**

El derecho del procesado ausente o contumaz a una sentencia absolutoria opera tanto si existe duda razonable sobre su culpabilidad, insuficiencia de pruebas y más aún, si se ha demostrado su inocencia.

Fundamenta el derecho comentado, no solamente la garantía procesal constitucional del plazo razonable como componente del debido proceso, sino también otra integrante de esta macro garantía o derecho continente, la garantía procesal constitucional de la presunción de inocencia.

La garantía procesal constitucional de la presunción de inocencia tiene el siguiente fundamento normativo: artículo 11 inciso 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 14 inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo XXVI primer párrafo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 8 inciso 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y artículo 2 inciso 24 párrafo e de la Constitución Política de del Perú.

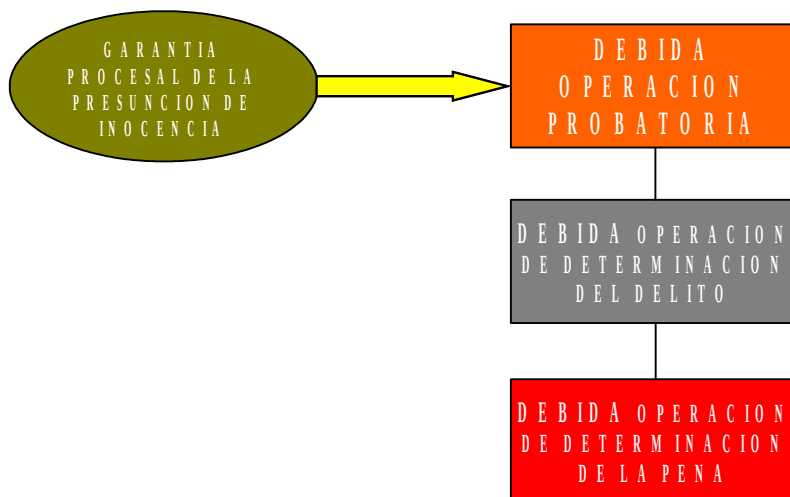
La garantía procesal constitucional de la presunción de inocencia funciona en el proceso penal, o si se prefiere se respeta, realizando una debida operación de valoración de la prueba, que incluso es la llave para poder aplicar correctamente la ley penal.<sup>44</sup>

---

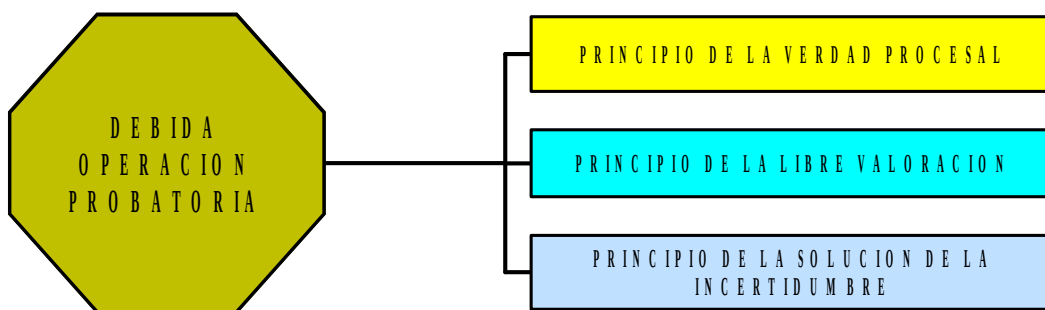
41 César SAN MARTÍN CASTRO, Obra citada, Volumen II, Página 1365.

42 CENTRO DE INVESTIGACIONES JUDICIALES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, El Magistrado, Página 174, Lima, Perú, 1981.

43 Gonzalo GÓMEZ MENDOZA, Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema, Tomo III, Página 163, IDEMSA, Lima, Perú, 1997.



La debida operación probatoria exige la observancia de los siguientes principios:<sup>45</sup>



El principio de solución de la incertidumbre tiene su soporte en el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Consiste en la exigencia que la culpabilidad del acusado solamente pueda ser considerada probada si, además de existir prueba de cargo practicada con todas las garantías, su valoración permita alcanzar certeza de la realización del delito y la responsabilidad penal del acusado.<sup>46 47</sup>

La presunción de inocencia exige la absolución del acusado en dos supuestos:

44 César SAN MARTÍN CASTRO, Derecho Procesal Penal, Volumen II, 2º edición, Páginas 895 y 896, GRJLEY, Lima, 2003.

45 Ibidem.

46 César SAN MARTÍN CASTRO, Obra citada, Tomo II, Página 906.

47 Pablo SÁNCHEZ VELARDE, Obra citada, Páginas 720 a 722.

## REGLAS DEL PRINCIPIO DE SOLUCION DE LA INCERTIDUMBRE

- La ausencia de prueba adecuada, esto es cuando las pruebas “de cargo” no han sido practicadas observando las garantías procesales de los derechos fundamentales del acusado.<sup>48 49</sup>
- La insuficiencia de prueba de cargo, esto es, existe pruebas de cargo adecuadas pero no permiten al juez alcanzar certeza de la realización del delito o de la responsabilidad penal del acusado sin lograr eliminar toda duda razonable.<sup>50</sup>

La observancia por los jueces de las reglas del principio de solución de la incertidumbre es una exigencia que emana de la garantía procesal constitucional de la presunción de inocencia, de allí que el no respetarla en el caso del ausente o el contumaz configura la violación de un derecho fundamental.

Un último y no menos importante fundamento tiene el derecho del ausente o el contumaz a una sentencia absolutoria.

El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, garantizado por; los artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 14 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos XVIII y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 8 inciso 1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos; y el artículo 139 inciso 3 de la Constitución de 1993.

Una de las manifestaciones de la tutela jurisdiccional efectiva, es el derecho a obtener una resolución de fondo fundada en derecho; así por ejemplo, las STC 131/1981 del 22 de abril, 37/1982 del 16 de junio, 26/1983 del 13 de abril, y 61/1983 del 11 de julio, del Tribunal Constitucional Español, de expresa e importante influencia en la justicia constitucional y ordinaria del Perú.<sup>51</sup>

Esta manifestación del macro derecho o derecho continente a la tutela jurisdiccional efectiva, de igual jerarquía que el debido proceso, se afectaría en el caso de la duda razonable o la insuficiencia de prueba de cargo, más aún si existe prueba de inocencia, pues tales supuestos permiten invocar el derecho a una resolución de fondo que sería absolutoria.

El artículo 79 inciso 5 reconoce que el contumaz o el ausente “puede ser absuelto”; el texto no es el más acertado, pues, como ya se explicó, no es una facultad, sino una potestad de absolver cuando no hay prueba de cargo para condenar.

En mi experiencia profesional por años en varios juicios orales luche por la absolución en ausencia de un colega abogado que era acusado de colaboración con organización terrorista, por más que en todas las oportunidades se reconoció la insuficiencia de prueba de cargo, no se dictó sentencia absolutoria por el solo hecho de ser ausente, lo que le permitió lograr un post grado, ser profesor universitario, mejor abogado del que conocí; pero la justicia tardía que al fin se le dio, no compensa el gran sufrimiento de muchos años.

48 César SAN MARTÍN CASTRO, Obra citada, Tomo II, Página 907.

49 Manuel MIRANDA ESTRAMPES, La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal, Página 618, José María Bosch Editor, Barcelona, España, 1997.

50 Manuel MIRANDA ESTRAMPES, Obra citada, Página 618.

51 José Manuel BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, Página 557, Aranzadi Editorial, Pamplona, España, 1992.

Si puede hacer prevalece el derecho del ausente o contumaz a ser absuelto de la acusación, en el proceso penal que se le siguió en ausencia al ex Presidente Fujimori con la concurrencia a juicio oral del ex Ministro de Economía y Finanzas Jorge Camet Dickmann, en el “Caso Mobotex”<sup>52</sup> y hace poco tiempo en el proceso penal que se le siguió al Sub Oficial E.P. Duilio Chipana Tarqui, en el “Caso de la Mina Misteriosa”<sup>53</sup>.

#### **IV.- Si el nuevo Código Procesal Penal viola la prohibición constitucional de la condena en ausencia.**

Este surge a partir de la inquietud que me produjo la sentencia de segunda instancia dictada en el Expediente N° 1692-60-2008-Trujillo, en la parte considerativa la Sala de Apelación expresa: “...si bien es cierto que el nuevo Código Procesal Penal permite la condena en ausencia del imputado...”.

Analizando por qué se podría pensar, desde ya adelanto erradamente, que el Código del 2004 permite la condena en ausencia, encuentro que el artículo 396 al permitir que el juez, unipersonal o colegiado, realice la lectura de la sentencia “ante quienes comparezcan”, podría inducir a pensar que aquí está la razón de la ¡creencia! que motiva esta reflexión.

Si fuera cierto que el Código Procesal Penal permite la condena en ausencia sería inconstitucional porque violaría el artículo 139 inciso 12 de la Ley Fundamental de 1993, el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 14 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 8 inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por las razones ya explicadas.

El artículo 79 inciso 5 del Código del 2004 expresamente señala:

“En todo caso, el contumaz o ausente puede ser absuelto pero no condenado”.

La norma procesal no sólo es clara sino que además responde a la prohibición constitucional que garantiza el derecho del acusado a asistir al proceso.

El artículo 356 inciso 1 señala que la presencia del acusado y el defensor es condición para la celebración del juicio.

El artículo 358 incisos 3 y 4 contemplan la posibilidad que el acusado no asista a las sesiones de audiencia, caso en el cual será representado por el defensor.

Es importante recordar que la importancia de la defensa técnica en el proceso penal ha llevado a que se considere que la defensa es una parte procesal opuesta a la acusación (la otra parte procesal), que está formada por dos sujetos: el imputado y el abogado.<sup>54 55</sup>

Al ser el abogado un integrante de la parte procesal defensa, el proceso penal no podría existir sin la asistencia letrada al imputado. No hay proceso penal sin dos partes, acusación más

---

52

53

54

55 César SAN MARTÍN CASTRO, Obra citada, Tomo 1, página 287.

defensa, y ésta solamente se puede formar si el procesado cuenta con abogado defensor, es decir, con defensa técnica.

Jaime **BERNAL CUELLAR** y Eduardo **MONTEALEGRE LYNETT**, los autores colombianos, afirman que el derecho a la defensa se ejercita por la actividad de dos sujetos, el imputado y el abogado; son dos individualidades constitutivas de una parte procesal formada por dos órganos.<sup>56</sup>

Siendo la parte procesal en juicio la defensa, formada por el acusado y el defensor, es comprensible que el juicio puede continuar a pesar de la no asistencia del procesado.

En conclusión, es absolutamente equivocado afirmar que en el proceso penal regulado por el Código del 2004 la condena en ausencia está permitida.

La lectura de la asistencia con los asistentes a la que se refiere el artículo 396 corresponde a un supuesto de una defensa que ha participado en el juicio, esto es, un acusado que no es ausente y que no ha sido declarado contumaz.

En el caso de incomparecencia a la lectura sólo del acusado, su defensor permite considerar que participa la parte procesal defensa, en caso de inasistencia de ambos, es indispensable asegurar la notificación y por tanto el derecho a recurrir la sentencia, máxime si es condenatoria, incluso previendo la intervención de un defensor de oficio en la sesión de lectura de sentencia.

En la hipótesis de una inasistencia intencional para frustrar el juicio ante el pronóstico de una sentencia adversa a la defensa, el deber del juez neutralizar la conducta procesal indebida, a partir de la vigencia del principio de buena fe, justifica la realización de la lectura de sentencia con la prevención señalada, que en modo alguno puede ser considerada un caso vulneración de la prohibición constitucional de condena en ausencia.

El Decreto Legislativo N° 922, fue objeto de acción de inconstitucionalidad porque, entre otros motivos, contemplaba la potestad disciplinaria del tribunal de expulsar al acusado por una conducta procesal indebida y leer la sentencia sin su presencia; el Pleno del Tribunal Constitucional, en el Fundamento 168 de la STC del 9 de agosto del 2006 explica que tal supuesto no es un caso de condena en ausencia, en términos similares a los ya expuestos; en el Fundamento 169 precisa que no hay un estado de indefensión para el acusado; en el Fundamento 170 precisa que el derecho del acusado a asistir al juicio no es absoluto, y que es constitucional restringirlo excepcionalmente, como en el caso de lectura de sentencia, cuando se trata de una medida disciplinaria que busca evitar la frustración del juicio.<sup>57</sup>

La doctrina del Tribunal Constitucional en el examen del decreto legislativo comentado, aplica perfectamente para reforzar la posición asumida con relación al artículo 396 del Código Procesal Penal.

---

56 Jaime BERNAL CUELLAR y Eduardo MONTEALEGRE LYNETT, El Proceso Penal, 3° edición, página 341, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1995.

57 PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Proceso de inconstitucionalidad contra los Decretos Legislativos 921, 922, 923, 924, 925, 926 y 927, Expediente N° 003-2005-PI/TC.