

LA NUEVA CONSTITUCION Y EL DERECHO PENAL (Editor José Hurtado Pozo) EL JUZGAMIENTO EN AUSENCIA Y LA NUEVA CONSTITUCIÓN (p. 3)

Domingo García Rada

1. Introducción 2. El ausente y la ausencia. 2.1. Ausente. 2.2. Contumaz. 2.3. Persona no identificado. 3. El emplazamiento judicial. 4. La ausencia en el ordenamiento procesal penal. 4.1. Inculpado ausente. 4.2. Acusado ausente. 4.3. Situación actual. 5. Conclusiones.

1. Introducción

La actual Constitución señala, en su artículo 233, las Garantías de la Administración de Justicia. Algunas de ellas figuraron por primera vez en la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 3). La Constitución recoge, pues, estos principios y le agrega otros completando así la enumeración de las garantías que tienen los ciudadanos frente a la administración de justicia. Al elevar de rango a estas normas la Constitución les da mayor eficacia y amplitud en relación con su aplicación.

En la Constitución, encontramos los principios básicos en los que descansa toda nuestra organización judicial y la protección de los intereses de los peruanos. Son las garantías esenciales y en su mayoría se refieren al ordenamiento penal.

(p. 4) Estas contribuyen eficazmente a establecer el imperio del Derecho. De estas garantías, nos corresponde ocuparnos sólo de la prohibición del juzgamiento en ausencia.

2. El ausente y la ausencia

Ausencia es la no presencia en determinado lugar. Según el Diccionario de la Real Academia, consiste en el alejamiento del mismo. Es el no estar cuando se es requerido. Desde el punto de vista legal, ausencia es el estado de una persona que ha sido judicialmente declarada ausente. Además, significa ignorar donde se encuentra, Si es prolongada, esta ausencia tiene consecuencias. En el derecho, el discurrir del tiempo crea situaciones jurídicas. Según sea la rama del derecho, las consecuencias de la declaración de ausencia son diferentes. En Derecho Civil, la ausencia por el lapso que señala la ley crea la presunción de muerte. A consecuencia de esto, puede disolverse el matrimonio y la sociedad de gananciales. En el campo procesal civil la no presencia del litigante permite el nombramiento del defensor de ausente y del curador de sus bienes si fuere el caso. En el Derecho Penal, la ausencia, por el plazo que señala la ley, extingue la acción penal y la pena. Mientras en lo civil, la ausencia se cuenta desde que se han tenido las últimas noticias del presunto ausente, en lo penal el tener noticias no altera la prescripción, cuyo plazo corre inexorable y sólo se interrumpe por la comisión de nuevo delito y demás circunstancias expresamente enumeradas en la ley. Mientras en el campo civil, la ausencia se cuenta a partir de las últimas noticias del ausente, en lo penal la prescripción corre desde que el reo ha huido de la justicia no compareciendo ante el mandato judicial, se conozca su paradero o se ignore. Existe diferencia procesal entre ausencia y contumacia, pero las consecuencias jurídicas son las mismas.

2.1 Ausente

Ausente es la persona que no se encuentra en el lugar donde reside, que no está presente donde debe estarlo. En el proceso penal, el inculpado siempre está a disposición del juez, sea en su casa o en la cárcel.

(p. 5) Desde el punto de vista personal debe agregarse una nota más: ausente es quien no está presente en el lugar señalado como su domicilio en el momento en que es requerido judicialmente.

Pero una cosa es la inasistencia y otra la ausencia, Esta última es un estado de derecho declarado judicialmente. Aquella es la no presencia del inculpado. Aun cuando el reo se encuentre en Lima, si el juez no logra, después de requerirlo judicialmente y bajo apercibimiento, su comparecencia, él podrá entonces válidamente declararlo ausente y ordenar su captura. Esto a pesar de que físicamente, el juez y el reo se encuentren en la misma ciudad.

Si el procesado acredita que no fue notificado el juez deberá suspender la orden de captura. Si es notificado, pero por circunstancias atendibles no concurre a la diligencia, el juez puede, por equidad, suspender igualmente dicha orden. En el primer caso por la falta de notificación, la suspensión de la orden de captura es imperativa; en el segundo, por equidad es facultativa y para acceder a ello el juez deberá considerar la naturaleza del delito, el comportamiento precedente del procesado, etc. La notificación debe ser personal, es decir, debe hacerse en el domicilio del inculpado. El emplazamiento por periódico es insuficiente (R.J.P. 1976, p. 1212).

En el procedimiento civil, se emplea el término rebelde para designar al litigante que no asiste a los actos del juicio.

Es el litigante que sin justa causa no concurre a las citaciones del juzgado o lo abandona durante su tramitación. Es un acto de voluntad realizado en el proceso civil, el cual se desenvuelve por acción directa de las partes. Esta manifestación de voluntad que consiste en la rebeldía produce consecuencias jurídicas que cesan cuando el rebelde paga una suma de dinero como multa. A este acto procesal, se le conoce con la expresión de "purgar la rebeldía", lo que constituye una declaración de involuntariedad del actor.

Según Fenech, "se entiende por rebeldía el estado jurídico en que se coloca el imputado cuando no comparece a la presencia judicial en el plazo fijado en las requisitorias o no fuese habido o **(p. 6)** presentado al juez o tribunal .. La rebeldía es un estado de derecho -a diferencia de la ausencia que es un estado de hecho- que exige declaración judicial para que se produzca".

2.2 Contumaz

Contumaz del latín contumaz, es el inculpado que no ha comparecido ante el juez debiendo hacerlo por haber sido válidamente notificado. Es decir, está judicialmente requerido de concurrir al despacho del instructor. Desde el punto de vista legal, contumaz es el inculpado que se encuentra en estado de contumacia.

La sanción establecida para el contumaz ha variado con el tiempo. Ya no se lleva a cabo la ejecución en efígie como en siglos pasados ni se ordena la confiscación de sus bienes. No se considera como agravante la fuga del procesado; pues, se admite que el deseo de libertad es respetable. En la contumacia puede alcanzarse la readaptación del delincuente que se regenera por largos años de ocultamiento observando buena conducta. La situación de contumaz no impide que transcurra el término de prescripción.

La inasistencia constituye una desobediencia específica al mandato judicial, pues estando el procesado enterado de la citación judicial, no asiste a las diligencias del proceso. No cumple con la obligación de comparecer que incumbe a todo inculpado.

Para que se dé la contumacia es necesario acreditar que realmente ha sido notificado y que pese a esto no ha obedecido a la citación formulada por el juzgado. Se da esta certeza cuando el inculpado se apersona en la instrucción, señala domicilio, firma constancia de haber recibido la notificación o declara ante el juez. Estos son actos de conocimiento que demuestran que el inculpado conoce su estado de procesamiento.

Puede ocurrir que el procesado no asiste a determinada diligencia por no haber recibido **(p. 7)** oportunamente la notificación. En este caso, y acreditada la no recepción o simplemente por equidad, el juez señala nueva fecha para llevar a cabo la diligencia.

Mientras en el proceso civil el litigante que no comparece al juzgado tiene la sanción de la rebeldía, en el proceso penal la consecuencia de la inasistencia se expresa en el dictado de una medida restrictiva de la libertad. Debido a las semejanzas que presentan, es necesario diferenciar bien entre persona no identificada, ausente y contumaz.

Ausente, es aquella persona que ignora su procesamiento, que no conoce que está comprendida en una instrucción y por eso no concurre a las diligencias.

Contumaz, es aquella persona que conoce de modo cierto que está enjuiciada, que sabe de las diligencias a las cuales ha sido citado y, sin embargo, no concurre a ellas.

2.3. Persona no identificada

Persona no identificada, es aquella persona cuya identidad se desconoce, de quien no se conoce sus generales de ley. Existe un delito y debe suponerse que hay un autor, pero se ignora quien lo cometió. No puede procesarse a quien "se encuentra en la condición de persona incierta o desconocida. Por eso no procede comprenderlo en la acusación ni pasar a juicio oral contra él" (A.J. 1944, p. 263; R.J.P. 1963, p. 27).

Las generales de ley son los datos que permiten identificar a una persona, diferenciándola de cualquiera otra que pueda tener el mismo nombre y apellido; pero que no coincide en lo demás, como son la fecha y el lugar de nacimiento, el nombre de los padres y de la esposa, el lugar de residencia, la ocupación, etc. Aún siendo iguales algunos de ellos, es imposible que se dé identidad en todos los datos.

Si la persona a quien se presume autora del delito, no está debidamente identificada y no comparece ante el juez, no es el caso de ausencia, sino que falta la necesaria identificación. No es procesal instruir proceso contra quien no se encuentra debidamente identificada.

(p. 8) Previamente debe establecerse la identidad y luego seguirse instrucción: "Es nula la sentencia si el acusado no ha sido debidamente identificado". (R.J.P. 1977, pág. 79).

La presencia física del inculcado en los actos de la instrucción y del juicio oral, es necesaria para que el proceso alcance sus fines; éstos se frustrarían si en el momento de la ejecución, el condenado pudiera eludir su cumplimiento. Esto justifica y explica la potestad coercitiva del juez y que la ley penal le conceda medios de coerción que aun cuando implican restricción de la libertad ambulatorio del inculcado aseguran el cumplimiento de los fines procesales. En la investigación es necesaria la presencia física del inculcado para que pueda declarar tantas veces como sea necesario, confrontarlo con testigos y/o agraviado, hacerlo asistir a la reconstrucción para oír su versión sobre la forma como ocurrieron los hechos, etc. Su ausencia disminuye las posibilidades de certeza a que el proceso aspira, pero no las frustra, por cuanto existen otras pruebas mediante las cuales se puede alcanzar éste.

El proceso penal con reo ausente no exige pruebas de tipo peculiar; pero es menester actuar éstas con mayor cuidado a fin de alcanzar certeza. En estos casos la ley concede al defensor atribuciones especiales, más amplias a las que posee el defensor del reo presente y que en realidad constituyen un mandato tácito.

La ausencia judicialmente declarada determina la pérdida de algunos derechos o la terminación de ciertas obligaciones cuando de esto no resulte perjuicio para tercero, que no sea el que se ausentó.

En el campo del procedimiento la ausencia implica la pérdida de ciertos derechos procesales; por ejemplo, el de impugnar que queda en manos del defensor. Si el condenado después de escuchar la sentencia condenatoria fugare, su derecho a impugnar la sentencia caduca al vencerse las 24 horas, sin que sea obstáculo su ausencia física.

(p. 9) Los que se alejan del domicilio antes de ser declarados ausentes pueden encontrarse dentro o fuera de la República y puede saberse o ignorarse su domicilio, las consecuencias son diversas según sea la situación. Si se conoce el paradero y se encuentra dentro del país, se libra exhorto al juez de la jurisdicción respectiva; pero, si se hallare en el extranjero el exhorto se librará por vía diplomática.

Cuando se ignora el paradero del procesado, se le declara ausente y se le designará defensor de oficio, quien gozará de atribuciones más extensas que las del defensor del reo presente.

Para los efectos de la ausencia es indiferente que el procesado se encuentre oculto en la selva peruana o en una ciudad americana. Ignorándose el lugar exacto de su residencia, a donde puede ser válidamente notificado, es procedente declarar al procesado ausente y designarle defensor.

Una ejecutoria de la Corte Suprema declara: "Se reputa reo ausente en sentido jurídico a aquél cuyo paradero se ignora y no al ausente del lugar del juicio" (A.J. 1919, p. 7). Ante la inasistencia del inculcado, debidamente acreditada, lo procesal es dictar orden de captura. Si no fuera hallado y se ignorara su domicilio procede, entonces, la declaratoria de ausencia.

3. El emplazamiento judicial

El emplazamiento es la citación que hace el juzgado al inculpado mediante la notificación, la que siempre reviste la forma escrita y sólo excepcionalmente puede ser oral.

Es un requerimiento concreto, preciso, no vago. Al procesado se le ordena presentarse al juzgado requeriente el día y hora que se indica, bajo la amenaza que de no hacerlo, será conducido por la fuerza pública. La inasistencia a la citación judicial constituye una desobediencia que la ley sanciona severamente, siempre que sea intencional; es decir, con ánimo de no acatar el mandato judicial.

Al ser emplazado judicialmente el reo adquiere una obligación: la de comparecer. La comparecencia consiste en concurrir al juzgado el día y hora señalados, no en otra fecha. En la concurrencia hay **(p. 10)** una sumisión expresa al mandato judicial. En la abstención hay una desobediencia, un no acatar la citación del juzgado.

Para Carnelutti, "el proceso penal transforma la punibilidad en pena a través de tres fases: comprobación del delito, determinación de la pena y ejecución de ésta". Son los tres momentos de la actividad jurisdiccional. El estado de procesamiento acarrea cargas procesales. El procesado adquiere la obligación de concurrir al juzgado todas las veces que sea citado, proveer a su defensa, buscar pruebas si le conviniera, etc. Es decir, la sumisión implica cargas unas personales y otras económicas.

La ausencia no siempre es desobediencia. Puede tener su causa en no haber recibido la notificación o en no estar enterado de la instrucción iniciada en su contra. La inasistencia es debida a la ignorancia, no por voluntad a desacatar la orden judicial. En este caso, lo procesal es reiterar el mandato. Puede suceder, también, que el procesado le haya sido materialmente imposible asistir a la diligencia señalada. De acreditarse debidamente el motivo, procede señalar nuevo día y hora. La inasistencia injustificada determina la aplicación de medidas coercitivas destinadas a asegurar la concurrencia del inculpado a los actos del proceso y más tarde al juicio oral.

La coerción es una reducción de la libertad ambulatorio del procesado determinada por la ley. Esta restricción es autorizada en atención a los fines del proceso. Así resulta que en determinado día y hora el procesado pierde momentáneamente su derecho a estar donde quiera y tiene la obligación de concurrir a la citación judicial. Si no lo hiciera puede decretarse la detención.

Es el eterno dilema entre libertad individual y proceso penal. El hombre tiene un derecho natural a su libertad ambulatoria que sólo se restringe por grave infracción penal. Sin embargo, el inculpado puede, durante el proceso, perder momentáneamente esta libertad o sufrir restricciones en ella, aun sin estar acreditado el delito y en mérito a una acusación que puede resultar infundada. Esto se **(p. 11)** justifica por las exigencias de la instrucción; es decir, por la necesidad que tiene el juez de contar con la presencia del inculpado cada vez que lo requiere. Este recorte a la libertad ambulatorio del inculpado se explica y justifica para los fines que persigue el proceso penal.

4. La ausencia en el ordenamiento procesal penal

El Código de enjuiciamiento penal de 1863 establecía que el juez del crimen investigaba el delito y dictaba la sentencia la cual podía ser apelada ante la Sala del Crimen de la Corte Superior. El procedimiento era escrito y las penas taxativamente señaladas en el Código Penal. Esta ordenación fue reemplazada en 1920 con el Código de Procedimientos en Materia Criminal, que introdujo sustanciales reformas estableciendo la división del proceso en dos etapas; una consistente en investigar el delito y la segunda en sancionar al delincuente, mediante el juicio oral.

En 1940, se dicta el actual Código de Procedimientos Penales que mantiene las reformas del ordenamiento anterior con algunas e importantes modificaciones.

El ausente podía ser procesado y darse fin a la instrucción con los informes de ley; pero debía archivar provisionalmente la instrucción hasta que fuera ubicado el acusado ausente. No se permitía juzgar al reo sin haberlo oído previamente en el juicio oral. No establecía ninguna diferencia entre ausencia y contumacia, pese a que su autor, Zavala Loayza, propuso establecerla. Para el Código vigente la no presencia del acusado impide el juzgamiento, sin diferenciar si el procesado estaba enterado de su procesamiento o lo ignoraba completamente.

El vigente Código se ocupa de la ausencia en dos títulos. En el título IV del Libro 11 que trata "De la instrucción contra inculpados ausentes"; y el título 111 del Libro IV, del "Juicio contra reos ausentes". Es decir, se ocupa separadamente del proceso contra el ausente y del enjuiciamiento del ausente.

(p. 12)

4.1. Inculpado Ausente

Denunciado un delito y señalado su autor, el juez procederá a abrir instrucción. Si se denuncia el delito sin mencionar quien es el presunto responsable, lo procesal es abrir instrucción contra quienes resulten responsables. Sólo puede comprenderse en el proceso a persona identificada. Si se ignora su identidad deberá investigarse hasta descubrir el nombre del autor, ya que es el fin del proceso establecer el delito y la persona de su autor.

La instrucción contra procesado ausente se sigue por los mismos trámites que la del reo presente. Sólo existe una diferencia: tratándose de persona no presente obligatoriamente deberá tener defensor, bien sea nombrado por los familiares o de oficio por el juez.

Por el contrario, el inculpado presente puede renunciar a la presencia de defensor en la etapa investigatoria. El ausente deberá tener siempre uno en las diversas etapas del proceso ya sea escogido por los familiares o por el juez. Lo importante es que tenga defensor que patrocine sus derechos. Es nula la audiencia realizada sin la concurrencia del defensor del ausente (R.T. 1931, pág. 249-R.F. 1933, pág. 119).

El inicio de la instrucción contra quien resulte responsable, se explica porque las huellas del delito desaparecen pronto. Si no fueren recogidas de inmediato se pierden para la justicia. Denunciado un hecho que la ley penal sanciona, el juez deberá abrir instrucción y si se desconoce al autor o no es habido, un defensor amparará sus derechos. En la investigación no se juzga ni sanciona, sólo se buscan pruebas a cerca de los hechos denunciados; el defensor vigilará y controlará este recojo de elementos de convicción y, a su vez, también, puede ofrecer pruebas que beneficien a su patrocinado.

Dos aspectos del problema conviene examinar: el nombramiento y las atribuciones del defensor de ausente.

En cuanto al nombramiento, el artículo 205 dice "nombrándosele de oficio", pero la jurisprudencia suprema, en forma inequívoca, ha establecido que la designación de defensor de oficio es **(p. 13)** "supletorio de la voluntad inexpresada del inculpado ausente" (B.C.A., abril, 1975, p. 42). En este caso la Sala Penal enmendó la resolución del Tribunal Correccional que establecía que estando al texto de la ley lo procesal era designar un defensor de oficio sin considerar la voluntad de los familiares. La Suprema aplicó el criterio que en cuanto al defensor prevalece siempre el querer del inculpado puesto que es designación de la confianza del inculpado.

En lo relativo a las atribuciones del defensor de ausente, se considera por la ley y la jurisprudencia que éstas son más amplias que las del reo presente.

Mariano H. Cornejo, autor del Código de 1920, dice que el defensor del ausente "por una ficción legal representa al acusado a diferencia del reo presente que es únicamente consejero".

El artículo 205 estatuye que el defensor del ausente "Podrá hacer uso de los recursos legales", y la jurisprudencia lo ha interpretado en el sentido de que podrá ofrecer pruebas, intervenir en el desarrollo de la instrucción, impugnar resoluciones, deducir excepciones y cuestiones prejudiciales.

En 1944 y en 1945, la Corte Suprema declaró: "El defensor del reo ausente tiene facultad para interponer recurso de nulidad contra toda resolución que desfavorezca a su defendido ya sea denegatorio de excepciones deducidas o de la sentencia que no absuelve a su patrocinado" (A.J. 1944, p. 278 - R.J.P. 1945, p. 41).

Si careciera de estas amplias atribuciones propias del mandatario muy poco podría hacer el defensor del ausente. Si no esgrime todo aquello que favorece a su patrocinado ¿cuál sería la función del abogado defensor? Ciertamente nula y su presencia un engaño.

Sin embargo, contra esta jurisprudencia uniforme, existe una ejecutoria que constituye, felizmente, una excepción aislada. Se trató de una instrucción contra Eduardo Elejalde Vargas, abogado de la Internacional Petroleum Company y enjuiciado con claro criterio político. Su defensor dedujo una **(p. 14)** excepción de naturaleza de juicio y la Sala Penal de la Corte Suprema resolvió, recurriendo a argumentos que diferenciaban diversos tipos de recursos, que el defensor no podía interponer excepciones, declarando nulo lo actuado (B.J. 1972, p. 1 71).

El Código no diferencia entre recurso impugnatorio, ofrecimiento de prueba, deducir excepciones o pedir la realización de una diligencia. El Diccionario de la Real Academia señala diversas acepciones a la palabra recurso; entre ellas apelación, casación, nulidad, queja, reposición, revisión, etc. Es el escrito mismo como su contenido que puede ser argumento de defensa, apelación, aclaración, etc.

Tratándose de ausentes el defensor es tácitamente un mandatario y como tal puede patrocinar activamente en la defensa de su patrocinado. Esa es la finalidad que persigue la ley al disponer que todo ausente cuente con defensor, sea designado por sus familiares o, si no lo fuese, por el juzgado.

4.2. Acusado ausente

Conforme al Código, el proceso podía instruirse contra los ausentes y una vez concluido con los informes de ley debía ser elevado al Tribunal Correccional, éste lo remitía al Fiscal y, en caso de dictamen acusatorio, debía reservarse la instrucción hasta que los acusados ausentes fueran habidos (artículo 319). Con este objeto era necesario acreditar la responsabilidad (A.J. 1934, p. 141).

Detenido el acusado, la audiencia debería realizarse en forma restringida: examen del reo, de los peritos y testigos que voluntariamente asistan, así como los informes del fiscal y la defensa.

El artículo 321 disponía que la sentencia absolutorio podía comprender a los ausentes; pero la condenatoria sólo a los presentes.

Los alcances de las normas del Código fueron aclarados mediante la ley 13695 del 22 de setiembre de 1961. Esta ley dispuso que tratándose de causas con procesados libres y en cárcel y cuando a la audiencia no concurren los primeros, se les considerará ausentes y en la sentencia podrán ser **(p. 15)** absueltos o, por el contrario, se mandará a reservar el proceso hasta que sean habidos. De esta manera se trató de resolver el problema frecuente de los procesos cuya audiencia se frustra por inasistencia de quienes se encuentran en libertad y no tienen interés en que el proceso concluya lo que ocasiona perjuicio evidente a los detenidos. Al considerárseles como ausentes se realiza la audiencia con quienes asisten y si es absolutorio la sentencia puede comprenderlos. Queda así solucionado el frecuente caso de los acusados en libertad que no asisten al juicio oral.

La unidad del Código fue rota por motivos políticos. El 19 de noviembre de 1970, se dicta el Decreto Ley 19030 y meses después el Decreto Ley 19962 de 27 de marzo de 1973. La Corte Suprema formuló recomendaciones respecto al juzgamiento de los procesados ausentes, mediante la circular del 27 de abril de 1972. Posteriormente, se dispuso que estas normas se apliquen a los contumaces y a los juzgados conforme al procedimiento sumario (B.J. N9 13, 14, 15 de 1974, p. 454 y 467).

El Decreto Ley 19030 autoriza el juzgamiento del ausente -en realidad, contumaz- si apersonado en el proceso, dejare de concurrir a la audiencia. Requiere que sea emplazado y si en la nueva fecha no concurre se le juzgará con su defensor. Si no hay emplazamiento la audiencia es nula (R.J.P., p, 636;. 1973, p. 733).

En marzo de 1974, se promulgó el Decreto Ley 19962 que amplió los alcances del 19030. En ese Decreto Ley se regularon varias situaciones:

1.- Permitió juzgar como ausente, no sólo al contumaz como lo autorizaba el D.L. 19030, sino a todo aquel que dejare de concurrir a la audiencia a la que fue emplazado. Estableció como único requisito el exigir la presencia del defensor de oficio con especiales atribuciones de ejercer los derechos inherentes a la defensa de su patrocinado;

2.- Dispuso que cuando el motivo de la no concurrencia fuese el mal estado de salud del procesado, el enfermo será juzgado como ausente, siempre con la intervención del defensor de oficio o por el abogado nombrado por el mismo acusado.

(p. 16) 3.- En caso del acusado que por enfermedad no haya prestado su inestructiva -así lo dice la ley, pero debe entenderse la declaración ante el tribunal-, esta norma ordenó que se constituya en pleno en el hospital, donde, en presencia del defensor más no de los otros acusados, le recibirá su declaración. Esta será leída al día siguiente en la audiencia para conocimiento de los demás coacusados. Es indudable que poco o ningún valor probatorio puede tener una declaración prestada en estas condiciones, en las cuales el reo se encuentra disminuido por su grave estado de salud, puesto que ha requerido asistencia hospitalaria.

4.- Estableció que si de los debates orales resulta responsabilidad penal de persona no comprendida en la acusación escrita o contra quien se declaró que no procedía el juicio oral al finalizar la

instrucción destinada a descubrir delito igual, distinto o conexo a aquel que es materia del juzgamiento, el tribunal de oficio, o a pedido del Fiscal, remitirá lo actuado al juez para que abra instrucción. También autorizó al tribunal para dictar en ese momento las medidas precautorias -el embargo- sobre bienes para garantizar la efectividad de la responsabilidad civil del hecho delictuoso recién descubierto.

Si las dos primeras posibilidades pueden aceptarse con restricciones, la tercera y cuarta constituyen medidas arbitrarias que atentan contra la persona humana. Habiendo sido derogada esta norma, todo comentario adicional está demás. Durante su vigencia sólo sirvió para satisfacer la venganza política de la dictadura.

4.3. Situación actual

El inciso 10 del artículo 233 de la Constitución vigente prohíbe la condena en ausencia. Con esto técnicamente hemos vuelto al sistema del Código. Nadie puede ser condenado sin ser oído en juicio.

(p. 17) El referido dispositivo constitucional deroga tácitamente los Decretos Leyes 19030 y 19962. Desde el 28 de julio, carecen de vigencia y no pueden ser aplicados válidamente por los tribunales y juzgados.

Conviene examinar algunas cuestiones relativas a esta norma constitucional.

a). La Constitución sólo se refiere al ausente. Esto quiere significar que al contumaz ¿puede condenársele en ausencia? Es indudable que no asiste al juicio oral porque no quiere, pues está enterado de que se le sigue proceso penal y su culminación es la audiencia.

La ausencia y la contumacia son situaciones de evidente analogía. En ambas ocurre lo mismo: el procesado no se encuentra presente en el acto del juzgamiento. La causa de la inasistencia es diferente -en uno la ignorancia y en el otro el no querer- pero el resultado es el mismo.

El Código no habla de contumaz, lo ignora. Sólo existe el ausente. La causa de la no presencia no le interesa sino el mismo hecho de la inasistencia. En consecuencia, si cuando el Código se refiere al ausente comprende también al contumaz entonces, cuando prohíbe la condena del ausente, también se comprende dentro de esta prohibición la condena del contumaz.

Puede ser injusta esta igualdad de derechos, pues la inasistencia voluntaria es premiada con el no juzgamiento. Pero, ante el silencio de la ley debemos concluir que el contumaz también está amparado por la prohibición constitucional, ya que no podemos distinguir cuando la ley procesal no lo distingue.

b). En cuanto a la Ley 13695, la consideramos vigente y creemos que está permitido al tribunal considerar como ausente al que no concurrió a la audiencia pudiendo absolverlo, pero no condenarlo.

En esta forma tiene solución el grave problema de la inasistencia de los reos libres a la audiencia. Se juzga a los reos presentes y a los libres que no concurren, se les considera ausentes. Pueden ser **(p. 18)** absueltos; pero si tuvieron responsabilidad, se reservará el proceso para cuando sean habidos. Esta ley dictada por el Congreso, se encuentra dentro de la orientación del Código, de sólo juzgar a los reos presentes y responde al espíritu de la actual Constitución que establece la plena vigencia de la ley procesal penal.

c). Veamos ahora las diversas situaciones que puedan presentarse, ya que la vida es rica en posibilidades:

- Transcurre el término de la prescripción de la pena pedida en la acusación. Creemos que el tribunal puede dictar el auto ordenando el archivamiento de la instrucción. Dejarlo sin resolver sería mantener abierto un proceso ya prescrito. Pero conforme al Decreto Ley 17106, la prescripción antes de la audiencia sólo puede ser resuelta cuando se trata de delitos que no sean sancionados con penas alternativas, que son los menos en nuestro ordenamiento penal.

- Tratándose de delito contra el honor sexual procede cortar el juicio por matrimonio. Si fuere ausente, los familiares pueden presentar la partida del Registro civil y el juzgador dictará el auto respectivo mandando archivar el proceso.

- Se trata de un hecho que al ser enunciado constituía delito conforme a la ley vigente; pero que, posteriormente, ya no lo es por derogación de dicha ley. Esto es frecuente tratándose de los

denominados "delitos económicos". Creemos que ante tal situación, el Tribunal puede declarar, aplicando el artículo 9 del Código penal, que no hay delito a perseguir; quedando extinguida la responsabilidad penal de los procesados (R.J.P. 1951, p. 303 y 543).

Después de formulada la acusación contra el procesado ausente que no puede presentarse a audiencia se actúan pruebas que acreditan su inocencia. ¿Puede iniciarse el juzgamiento con el fin de absolver al acusado? Como la Constitución se refiere concretamente a "no ser condenado en ausencia", consideramos que existiendo prueba fehaciente de la irresponsabilidad del procesado el Tribunal puede pasar a juicio oral para dictar sentencia absolutorio. El objetivo de la norma constitucional es evitar la condena de quien no es oído por el juzgador. En consecuencia, si el **(p. 19)** procesado puede ser absuelto dada la clase y la naturaleza de las pruebas reunidas, creemos que puede abrirse la audiencia con la presencia del abogado. En todo caso, si de la lectura de las piezas y de cualquier otra prueba actuada se desvanecen las posibilidades de absolución, se anula todo lo actuado y se reserva el expediente hasta que el reo sea habido.

5. Conclusiones

En conclusión, creemos que dentro de lo que dispone el Código pueden darse estas posibilidades:

- 1.-. Proceso penal seguido contra un solo reo que tiene la condición de ausente. Producido el dictamen acusatorio se mandará reservar el proceso hasta que el reo sea habido y juzgado en presencia.
- 2.-. Instrucción seguida contra reos presentes y ausentes. Producida la acusación fiscal en la audiencia se les juzgará, si la sentencia es absolutorio comprenderá a todos; pero, si fuera condenatoria, sólo se dictará contra los reos presentes y se archivará provisionalmente con respecto a los ausentes, reiterándose la orden para su captura. Producida ésta, se llevará a cabo la audiencia en la forma restringida que señala la ley.
- 3.-. Proceso con reos libres y reos en cárcel. Se iniciará la audiencia contra todos. Si alguno o todos los libres no concurren, se les considerará ausentes y continuará la audiencia hasta la sentencia que sí fuere absolutorio puede comprender a todos; pero si es condenatoria, comprenderá sólo a los reos presentes. En este caso se aplicará la Ley 13695.

BIBLIOGRAFIA

- CARNELUTTI, Francesco
1952 Lecciones sobre el proceso penal, 5 vols., Buenos Aires.
- FENECH, Miguel
1974 El proceso penal, 2,1 edición, Madrid.
- LEONE, Giovanni
1962 Tratado de derecho penal, 3 vols., Buenos Aires.
- PISAPIA, Cian Domenico
1975 Compendio di procedura penale, Padova.
- ZAVALA LOAYZA, Carlos
1957 El proceso penal y sus problemas, Lima.