

ALGUNAS CRÍTICAS A LA RESOLUCIÓN QUE ANULA LA ORDEN DE IMPEDIMIENTO DE SALIDA DE MARK VITO VILLANELA

Autor: Augusto Medina Otazuⁱ

I.- INTRODUCCIÓN

Los ciudadanos tenemos el derecho de realizar críticas a las resoluciones emitidas por los Jueces de la República, es una forma de control de las autoridades y además exigir de los funcionarios el *accountability*, sustentar sus facultades concedidas.

Después de leer la resolución emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizada y Corrupción de Funcionariosⁱⁱ (**Sala Penal**), presidida por el Juez Cesar Sahuanay que declara nula la resolución de impedimento de salida del país de Mark Vito Villanela emitida por el Juez Concepción Carhuancho, a solicitud del Fiscal José Domingo Pérez, tengo muchas dudas sobre las bases jurídicas en que fundamenta la decisión y las iré mencionando para ver las incoherencias.

II.- LA APELACIÓN COMO COMPETENCIA DE REVISIÓN DE LA SALA PENAL

En el fundamento II.2 de la resolución, se recurre al apotegma *tantum devolutum quantum appellatum*, que en términos simples quiere decir que la Sala Penal en su facultad revisora, solo puede pronunciarse con respecto a los agravios contenidos en la apelación de Mark Vito Villanela, es decir el encuadramiento de la competencia de la Sala Penal revisora estará constreñido a analizar las razones de la impugnación (ver art. 419 CPP). Esta situación da legitimidad al principio acusatorio del proceso penal, donde los actores son el Fiscal versus el investigado o procesado.

III.- LA NULIDAD DE OFICIO ES UNA EXCEPCIÓN (...) Y CÓMO SE ENTIENDE LA FACULTAD NULIFICANTE OFICIOSA.

Sin embargo al final del párrafo (II.2 de la resolución) la Sala Penal incorpora muy tenuemente que también tiene la competencia de la “*facultad nulificante oficiosa*” creo que el término OFICIOSO que utiliza la Sala Penal resulta poco afortunado en materia penal, más aun tratándose de un organismo público y con facultades para decidir, hasta podría entenderse como un acto fallido respecto de un interés particular que más adelante se esboza.

Retomando la facultad de nulidad de oficio que le otorga el Código Procesal Penal, el artículo 409 del Código Procesal Penal señala:

Artículo 409°.- Competencia del Tribunal Revisor

1. La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante.

Puede apreciarse que la impugnación marca el paso de la facultad revisora de la Sala Penal y la nulidad de oficio de la Sala Penal sólo podrá ser evaluada en casos específicos y relevantes que hagan irrealizable e inconducible la marcha del proceso.

IV.- LA NULIDAD DE OFICIO Y LUEGO (...) ¿PORQUE CAMBIAR LA JUEZ NATURAL?

Desde un análisis abstracto, diremos que la nulidad de oficio advertida por la Sala Penal, no es cualquier vicio de la resolución sino son aquellas de tal gravedad que no pueda ser convalidado o corregido, y la Ley los llama nulidades absolutas o sustanciales.

Es decir la nulidad tiene que ser relevantes y su impacto desequilibra y socaban sus bases del proceso, pero advertimos que la *nulidad oficiosa* a la que se refiere la Sala Penal no ha sido invocada por el apelante, sino la encontró la Sala, situación que será analizada más adelante.

Ahí tenemos la primera incongruencia al principio acusatorio. La revisión de la Sala Penal estaba referida centralmente a analizar la impugnación, que es el agravio del apelante, sin embargo la Sala Penal resulta tomando un protagonismo inusual y analiza aquellos hechos que supuestamente le perjudica a la defensa del apelante, así se ubica en uno de los extremos de los actores del sistema acusatorio.

Es preciso diferenciar entre el interés particular y el interés institucional; el primero está referido a las partes del sistema, pero el segundo necesariamente corresponde a la invocación del Juez o la Sala Penal. Un intercambio de roles puede perjudicar la marcha del proceso para la determinación de la verdad.

La idea de un partido de futbol puede ayudarnos a entender esta situación jurídica, los equipos son los protagonistas y el árbitro únicamente propenderá que el partido se lleve a cabo de la mejor manera. El árbitro sólo podrá anular el partido si por ejemplo uno de

los equipos ingreso a la cancha con 12 jugadores cuando la regla dice que sólo son 11 los jugadores. Como se aprecia la contundencia de la nulidad sólo será respecto de hechos relevantes, cualquier otra nulidad que no haya sido advertida por oponente no podrá ser materia de evaluación por el árbitro para la anulación del partido.

En consecuencia la trascendencia resulta el parámetro adecuado a la hora de la evaluación de los actos nulos.

V.- VEAMOS LOS FUNDAMENTOS DE LA SALA PENAL PARA ANULAR EL IMPEDIMIENTO DE SALIDA DE MARK VITO VILLANELLA.

Los argumentos jurídicos de la Sala Penal para anular la sentencia están básicamente centrados en lo siguiente:

*La expresión formulada en el requerimiento fiscal: “**posibles hechos de corrupción del gobierno de Alberto Fujimori y otros**” es un enunciado indeterminado, la palabra “**otros**” que alude obviamente a hechos, necesita ser desarrollada por el fiscal para cumplir con la exigencias propias de una imputación así, el investigado podrá entender los cargos que se le formulan (...) en esta línea de argumentación, esa disposición tampoco puede ser completada por el Juez, de hacerlo así se vulneran las bases mismas del principio acusatorio, pues la defensa técnica se defiende de la hipótesis fiscal más no puede defenderse de una imputación fiscal que luego es completada por el juez, en ese escenario, es imposible formular acto de defensa alguno.ⁱⁱⁱ*

Es necesario reiterar nuevamente que la nulidad invocada por la Sala Penal no se encuentran sustentadas en la apelación, que es el agravio con que recurre el señor Mark Vitor, sino es aquellos que la Sala Penal los “ha descubierto” y los invoca como medio para anular la misma. Incluso en el fundamento II.13 dice: “*En lo que respecta a los agravios restantes deviene en innecesario pronunciarse (...)*”

Asimismo resulta por demás desproporcionado que producto de la detección de la nulidad genere el cambio de Juez Natural, haciendo que el Dr. Concepción Carhunacho sea excluido de la competencia del caso. Nuevamente la trascendencia e impacto de la nulidad así como la modificación del Juez Natural no tiene justificación alguna, sólo muy tíbamente se menciona como argumento que se atenta contra el derecho a un Juez imparcial (fundamento II.12) sin sustentar fáctica y jurídicamente.

Pero la relevancia de la nulidad no está detallado ni está fundamentado, existe lo que se denomina una fundamentación aparente:

Existe motivación aparente cuando una determinada resolución judicial si bien contiene argumentos o razones de derecho o de hecho que justifican la decisión del juzgador, éstas no resultan pertinentes para tal efecto, sino que son falsos, simulados o inapropiados en la medida que en realidad no son idóneos para adoptar dicha decisión. (STC N°. 01939-2011-PA/TC. f. 26)

La propia Sala Penal señala: La nulidad de los actos procesales no se justifica en la simple voluntad de la ley. No admite consideración de la nulidad por la simple nulidad (STC N° 197-2005-PATC), (...) luego dice la Sala Penal que no toda vulneración de normas procesales importa indefensión, por lo que fija los parámetros para que proceda la nulidad recogiendo la versión de Cesar San Martín (fundamento II.11):

- a) que se haya infringido una norma procesal,
- b) que exista privación o limitación de oportunidad de defensa, entendiéndose por tales las consistentes en realizar alegaciones o en proponer y practicar pruebas,
- c) que la indefensión no sea imputable al que la sufre, de modo que la prueba de la indefensión corre a cargo de este: asimismo debe determinarse en cada caso el grado de diligencia exigible al justiciable o a su abogado,
- d) que la privación o limitación de la defensa no haya quedado posteriormente sanada,
- e) que se ponga de manifiesto no solo la limitación o privación sino además el contenido que hubiera tenido lo preterido, esto es, que se demuestre la indefensión material,
- f) que la privación o limitación haya tenido incidencia efectiva en el fallo.

En los fundamentos siguientes la Sala Penal no motiva en cuáles de los seis criterios esbozados se sustenta la nulidad de la resolución emitida por el Dr. Concepción Carhuancho situación que hace inconsistente el control judicial y muestra únicamente un afán de restarle protagonismo en forma sistemática al Dr. Carhuancho, si nos atenemos a los anteriores fallos, como el emitido sobre la recusación promovida por Jaime Yoshiyama.

EL PROCESO INQUISITIVO VERSUS EL PROCESO ACUSATORIO

Merece señalar que los cambios más importantes en el derecho procesal penal ha sido trasuntar del proceso inquisitivo al proceso acusatorio, donde las partes – Fiscal acusador y la defensa del imputado - son los actores desde un inicio del proceso y el juez tiene reservado su papel de resolver y sentenciar sobre las pruebas y argumentos actuados y que han pasado el tamiz de la controversia y contradicción.

Sin embargo en la apelación de Mark Vito la Sala Penal se vuelve protagonista y no sólo anula la resolución de impedimento de salida, sino hasta varía al Juez Natural, sin que el apelante agraviado haya fijado sus críticas en los niveles iniciales del proceso. Además priva al Fiscal de continuar con el Juez Natural sin darle oportunidad de defensa de los argumentos nulificantes de la Sala Penal.

El oscurantismo virreinal y monárquico deberá ser desterrado para que cualquier cuestionamiento nulificante incluso sea contradicho porque supuestamente se garantiza el derecho de defensa del agraviado pero a su vez se afecta la persecución del delito por parte del Ministerio Público.

VI.- PROTAGONISMOS ENTRE LOS NIVELES COMPETENCIALES: CUÁL ES LA RAZÓN

Últimamente la Sala Penal está friccionando permanentemente con el Juez Penal, tratando tal vez de quitarle protagonismo y buscando bajar la intensidad del activismo que ha tenido el Juez Concepción Carhuancho y el Fiscal José Domingo Pérez, lo que ha llevado a legitimarlos en la sociedad, y como nunca antes ha generado esperanza de cambio en el sistema de justicia.

La Sala Penal tal vez mira esta refundación de los niveles inferiores, como una competencia al que será necesario anularlo, pero este actuar puede afectar la institucionalidad del Poder Judicial que requiere de legitimarse.

No olvidemos que la criminalidad en los estratos bajos puede tener cierta flexibilidad situación distinta en los estratos más altos y de mucho poder donde el derecho penal puede actuar con mayor fortaleza para dar un mensaje sobre los actos más graves que socaban a la sociedad. Los mensajes de flexibilización en los estratos más altos y de mucho poder pueden generar un espiral de violencia por la percepción de impunidad.

VII.- LA IGUALDAD DE ARMAS ESTÁ INCLINADA, SITUACIÓN QUE PREOCUPA POR LOS ANTECEDENTES QUE SE HAN IDO GESTANDO

Preocupa el comportamiento de la Sala Penal que viene teniendo incoherencias con los principios del proceso penal:

1. Qué pasó con el principio de la igualdad de armas que tanto nos inculcaban los maestros en la Universidad, donde el acusador y acusado deben tener un equilibrio en los derechos y facultades en el proceso penal.
2. Dónde está el principio acusatorio, por el cual el Fiscal, titular de la acción penal, se le priva del derecho a un Juez Natural, sin que se le brinde derecho a sustentar y defender su posición contraria.
3. Dónde está el principio de constitucionalidad y el de convencionalidad que otorgan una atención reforzada al derecho de defensa, no sólo del acusado sino igualmente del acusador. Esto lo vemos permanentemente descrito por el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.
4. Dónde está el proceso de contradicción y bilateralidad y dónde el proceso garantista para todos los actores.
5. Pero sobre todo, acaso en el proceso penal no habíamos trasuntado de un proceso inquisitivo donde el Juez y el Tribunal tenían el control, a uno donde el esquema de ataque y defensa guía la marcha del proceso y ahora curiosamente volvemos a un proceso inquisitivo, bastante raro esta postura.
6. Considero que un caso de tanto impacto, la Sala Penal contra Criminalidad Organizada y Corrupción de Funcionarios, no puede desoír a la población y resolver únicamente mirando la LEY FORMAL y no el contexto, la realidad social y política, habría que releer a Max Weber y además no olvidemos que la potestad administrar justicia radica en el pueblo (art.138 de la Constitución).
7. Será muy importante ahora que se ha creado la Junta Nacional de Justicia (JNJ), exista una correlación entre la fase teórica y académica que se enseña en la Academia de la Magistratura y el control judicial al Juez desde el CNM, hoy JNJ.
8. La Fiscalía debe ejercer el *non refutandum*, y creo que era básico escuchar al Ministerio Público en una resolución donde se anula la resolución y se modifica al Juez Natural. Sino cómo se entendería la tutela judicial efectiva, el derecho a ser oído que nos dice la Convención Americana. Se ha denigrado tanto al sistema inquisitivo y sin embargo ahora volvemos a este sistema, el secretismo, la Sala investiga y juzga a la vez.

9. La Sala Penal para dar garantías de imparcialidad debe equilibrar esas reglas, porque en todo proceso cualquier prueba o argumento no se valora si antes no se traslada para el contradictorio.

ⁱ Augusto Medina Otazu. Miembro de la Comisión Consultiva de Derecho Internacional Público del Colegio de Abogado de Lima y del Instituto de Derecho Procesal Penal.

ⁱⁱⁱ La resolución en comentario puede ser visualizado en:

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1a1a468048cae275aae9ea53388de097/Exp-299-2017-46_Apelaci%C3%B3n-PP_Resol+9_Declaran-NULO-impedim-salida-pa%C3%ADs-MARK-VITO.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1a1a468048cae275aae9ea53388de097

ⁱⁱⁱ El subrayado y la alta del texto es del autor del presente artículo.