

# CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

## PRIMERA SALA PENAL ESPECIAL

Exp. 03 - 2003

S.S. VILLA BONILLA  
TELLO DE ÑECCO  
PIEDRA ROJAS

Lima, diez de Abril  
del año Dos mil siete.-

AUTOS Y VISTOS, proveyendo el escrito presentado por el testigo Luis Alejandro Giampietri Rojas; y, ATENDIENDO.- PRIMERO.- A que siendo de conocimiento público el pronunciamiento del Congreso de la República en lo que respecta al procedimiento seguido por este Superior Colegiado para la concurrencia del testigo Luis Alejandro Giampietri Rojas - congresista y primer Vicepresidente de la República - a esta Sala de Audiencias, y notificadas las Señoras Vocales con la resolución emitida por la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial en la que exhorta a la aplicación extensiva del artículo 148º del Código de Procedimientos Penales (modificado por Ley N° 27264), la posibilidad del uso de medios técnicos audiovisuales para la declaración del testigo y el “deber” de observar la previsión contenida en el artículo 140º del cuerpo normativo acotado, este Colegiado considera necesario reiterar los criterios que desarrollara en resolución expedida en sesión N° 81, en atención al derecho de las partes, la independencia de los jueces, la finalidad del proceso y la trascendencia pública del mismo. SEGUNDO.- Que, refiriéndose al principio de independencia de la función jurisdiccional y la sujeción de los poderes públicos a la Constitución y a la ley, el Tribunal Constitucional, en sentencia expedida en el expediente N° 0004-2006-PI/TC (Fiscal de la Nación contra el Congreso de la República) <sup>1</sup>, ha dicho: “el principio de unidad de la

---

<sup>1</sup> Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Fiscal de la Nación contra determinados extremos de la Ley 28665, de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial.

*función jurisdiccional tiene como una de sus principales funciones garantizar la independencia de los órganos que administran justicia. Como tal, la independencia judicial se constituye en uno de los principios medulares de la función jurisdiccional, sin la cual simplemente no se podría sostener la existencia de un Estado de Justicia. (...) La independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional. El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso. La independencia judicial debe, pues, percibirse como la ausencia de vínculos de sujeción política (imposición de directivas por parte de los órganos políticos) o de procedencia jerárquica al interior de la organización judicial, en lo concerniente a la actuación judicial per se, salvo el caso de los recursos impugnativos, aunque sujetos a las reglas de competencia. (...) 18. De lo expuesto se desprende, entre otros aspectos, que el principio de independencia de la función jurisdiccional tiene dos dimensiones: a) Independencia externa. Según esta dimensión, la autoridad judicial, en el desarrollo de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a ningún interés que provenga de fuera de la organización judicial en conjunto, ni admitir presiones para resolver un caso en un determinado sentido. Las decisiones de la autoridad judicial, ya sea que ésta se desempeñe en la especialidad*

constitucional, civil, penal, penal militar, laboral, entre otras, no pueden depender de la voluntad de otros poderes públicos (Poder Ejecutivo o Poder Legislativo, por ejemplo), partidos políticos, medios de comunicación o particulares en general, sino tan solo de la Constitución y de la ley que sea acorde con ésta. En el caso de los poderes públicos, estos se encuentran prohibidos por la Constitución de ejercer influencias sobre las decisiones judiciales, ya sea estableciendo órganos especiales que pretendan suplantar a los órganos de gobierno de la organización jurisdiccional, o creando estatutos jurídicos básicos distintos para los jueces que pertenecen a una misma institución y se encuentran en similar nivel y jerarquía, entre otros casos. Ahora bien, la exigencia de que el juzgador, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no admite la influencia de otros poderes o personas, sean públicos o privados, no implica que el juez goce de una discreción absoluta en cuanto a las decisiones que debe asumir, pues precisamente el principio de independencia judicial tiene como correlato que el juzgador solo se encuentre sometido a la Constitución y a la ley expedida conforme a ésta, tal como se desprende de los artículos 45 y 146 inciso 1), de la Constitución, que establecen lo siguiente: “El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen (...)”; y “El Estado garantiza a los magistrados judiciales: 1. Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y la ley”, respectivamente. De otro lado, es importante precisar que lo expuesto en los párrafos precedentes no implica que la actuación de los jueces, en tanto que autoridades, no pueda ser sometida a crítica. Ello se desprende de lo establecido en el artículo 139, inciso 20, de la Constitución, que dispone que toda persona tiene derecho “de formular análisis y críticas de las resoluciones y

*sentencias judiciales, con las limitaciones de ley”; y del artículo 2, inciso 4, del mismo cuerpo normativo, según el cual toda persona tiene derecho a la libertad de opinión, expresión y difusión del pensamiento. El derecho a la crítica de las resoluciones judiciales es el derecho de toda persona de examinar y emitir juicios públicamente respecto de las decisiones que adoptan los jueces en todas las especialidades e instancias. Sobre la denominada “crítica social”, Luigi Ferrajoli ha sostenido: Es por esta vía, mucho mejor que a través de las sanciones jurídicas o políticas, como se ejerce el control popular sobre la justicia, se rompe la separación de la función judicial, se emancipan los jueces de los vínculos políticos, burocráticos y corporativos, se deslegitiman los malos magistrados y la mala jurisprudencia, y se elabora y se da continuamente nuevo fundamento a la deontología judicial. Tal derecho a la crítica de la resoluciones judiciales también tiene límites, entre los que destaca, entre otros, que esta no deba servir para orientar o inducir a una determinada actuación del juez, pues este solo se encuentra vinculado por la Constitución y la ley que sea conforme a ésta.*

*b) Independencia interna. De acuerdo con esta dimensión, la independencia judicial implica, entre otros aspectos, que, dentro de la organización judicial: 1) la autoridad judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a la voluntad de otros órganos judiciales, salvo que medie un medio impugnatorio; y, 2) que la autoridad judicial, en el desempeño de la función jurisdiccional, no pueda sujetarse a los intereses de órganos administrativos de gobierno que existan dentro de la organización judicial. En cuanto al primero de los puntos mencionados, cabe mencionar que el principio de independencia judicial prohíbe que los órganos jurisdiccionales superiores obliguen a los órganos de instancias inferiores a decidir de una determinada manera, si es que no existe un medio impugnatorio que de mérito a tal pronunciamiento. De este modo, siempre que medie un medio*

*impugnatorio las instancias superiores podrán corregir a las inferiores respecto de cuestiones de hecho o de derecho sometidas a su conocimiento, según sea el caso. En cuanto al segundo punto, el principio de independencia judicial implica, en primer término, la separación de las funciones jurisdiccionales de las funciones administrativas que eventualmente pudieran desempeñar los jueces dentro de la organización judicial, de manera que las funciones propias de esta administración no puedan influir en la decisión judicial que se adoptará en un determinado proceso. En efecto, si un magistrado ha sido elegido por sus iguales como su representante para desempeñar funciones de naturaleza administrativa, entonces resulta evidente que, para desempeñar el encargo administrativo, mientras este dure, debe suspender sus actividades de naturaleza jurisdiccional, de modo tal que no pueda influir en la resolución de un determinado caso. Así sucede por ejemplo, en el ejercicio de la labor de los presidentes de la Corte Suprema, de las Cortes Superiores de Justicia, de la Oficina de Control de la Magistratura, entre otros. 19. Finalmente, cabe precisar que, en general, “[e]l sometimiento del juez a la ley supone su no sometimiento a cualquier otra voluntad, incluida la suya propia, en forma de preferencias personales (lo que más bien podría denominarse imparcialidad). En realidad, la justificación del juez como tercero imparcial se reconduce a la justificación del juez en cuanto sujeto a la ley. Todas las garantías del proceso se orientan a que se haga posible la realización de la voluntad de la ley, eliminando aquellas distancias que pudieran resultar de la falsificación, o supresión, de los supuestos en los que la aplicación de la ley debía basarse”. TERCERO.- Que, estando a lo glosado en el considerando precedente debe tenerse en cuenta que la independencia de los jueces en ejercicio de la función jurisdiccional supone no sólo su concreción a través de la aplicación de la norma sustantiva al caso concreto en la decisión de fondo, sino en el*

*cumplimiento de los deberes y ejercicio de las atribuciones y facultades que el proceso implica, es decir, en la sustanciación de éste como una serie concatenada de actos procesales en el que se aplica la norma adjetiva. Siendo ello así, se plantea la cuestión de la existencia o no de “laguna de Derecho” en el procedimiento para la declaración testimonial de determinados funcionarios públicos en la etapa de juicio oral. Para ello, en atención a la exhortación para la aplicación extensiva del artículo 148º del Código de Procedimientos Penales, a la solicitud del testigo en ese sentido y previamente al análisis de la norma, siguiendo al profesor Marcial Rubio Correa ha de entenderse que “La laguna del Derecho puede ser definida como aquel suceso para el que no existe norma jurídica aplicable, pero que se considera que debiera estar regulado por el sistema jurídico (...) El problema clave en este punto consiste en saber cuando se considera (o más exactamente, se debe considerar) que la situación no regulada debe regularse. (...) sólo puede ocurrir que exista una laguna cuando ni la legislación, ni la costumbre, ni la jurisprudencia, ni la doctrina, ni la declaración de voluntad, según sus propias reglas, han generado la norma aplicable” <sup>2</sup>*

*CUARTO.- El artículo 148º del Código de Procedimientos Penales, modificado por Ley N° 27264, establece: “El Presidente de la República, los Congresistas, los Ministros de Estado, el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, los miembros del Directorio del Banco Central de Reserva, el Superintendente de Banca y Seguros, los Magistrados de la Corte Suprema y Cortes Superiores, el Fiscal de la Nación y Fiscales ante la Corte Suprema y Cortes Superiores, los miembros del Tribunal Constitucional, del Consejo Nacional de la Magistratura, del Consejo Supremo de Justicia Militar, los Arzobispos y Obispos, declararán, a su elección, en su domicilio o*

---

<sup>2</sup> RUBIO CORREA, Marcial. EL SISTEMA JURÍDICO. Introducción al Derecho. Fondo Editorial PUCP 2004, páginas 286 y 287.

*en el local de su Despacho”. Atendiendo a un criterio de interpretación axiológico que priorice la dignidad como sustrato de todos los derechos fundamentales y la democracia como forma de convivencia y principio de actuación de los poderes públicos, esta Sala considera que la ratio legis que subyace a la norma citada (dada en un contexto distinto no sólo en lo temporal, sino en el desarrollo y comprensión de los principios y valores acotados) se entiende como la necesidad de no sustraer a los funcionarios a que ella se refiere al cumplimiento y ejercicio de las responsabilidades y funciones públicas que desempeñan, extendiéndose a los dignatarios religiosos que se menciona por razones de tradición e historia en un Estado laico que reconoce el aporte de la Iglesia Católica en el surgimiento y desarrollo de la nación. Con claridad enseña el profesor argentino Enrique Falcón que: “Diversos funcionarios públicos tienen que realizar tareas de su cargo para el que se encuentran ocupados todo el día, ya sea por una imposición legal (tarea full time) y en la generalidad de los casos por la necesidad de la propia tarea. En función de ello, la ley ha previsto un trato diferencial, pues la carga de la concurrencia no puede perjudicar una función en razón del bien general. (...) esta excepción está dada en función del cargo para no perturbar la actuación del Estado”<sup>3</sup>. Abona a esta tesis la plena vigencia de los principios y valores invocados, pues en un Estado Democrático de Derecho resulta inadmisibles afirmar que la dignidad de los ciudadanos – entre ellos, los funcionarios públicos, cualquiera sea su nivel – se vea afectada por su concurrencia ante los órganos jurisdiccionales para el cumplimiento de un deber de colaboración con la administración de justicia: testificar en un proceso. Sostener lo contrario, es decir, que la dignidad de la persona y el decoro del cargo se vea comprometida con el cumplimiento de ese deber,*

---

<sup>3</sup> FALCÓN, Enrique M. TRATADO DE LA PRUEBA. Editorial ASTREA, Buenos Aires 2003, páginas 297 y 298

*afecta, sí, la dignidad de todos quienes participan en el proceso y el decoro, respeto y majestad del órgano jurisdiccional que, finalmente, no constituye sino una de las manifestaciones del Estado, lo mismo que los órganos y entidades que los funcionarios llamados a comparecer representan. QUINTO.- Esclarecida así la razonabilidad de la excepción que la norma contiene, su ratio legis, su razón de ser, necesario es situarla en su ámbito de aplicación en el desarrollo del proceso y ello no sólo en atención de su ubicación dentro del cuerpo normativo (instrucción), sino en su posibilidad de ser, como excepción a un deber general; esta posibilidad de ser se vincula con la noción y objeto de la instrucción. Nuestro proceso penal se estructura en dos etapas, si bien secuenciales, claramente diferenciadas: la instrucción y el juzgamiento. La primera, establece el artículo 72º del Código de Procedimientos Penales, tiene por objeto: “reunir la prueba de la realización del delito, de las circunstancias en que se ha perpetrado, y de sus móviles; establecer la distinta participación que hayan tenido los autores y cómplices, en la ejecución o después de su realización, sea para borrar las huellas que sirven para su descubrimiento, para dar auxilio a los responsables o para aprovecharse en alguna forma de sus resultados. Las diligencias actuadas en la etapa policial con la intervención del Ministerio Público y las practicadas por el propio Fiscal Provincial, con asistencia del defensor, que no fueran cuestionadas, mantendrán su valor probatorio para los efectos del juzgamiento. En este caso, sólo se actuarán las diligencias que no pudieron lograrse en la investigación previa, las que se consideren indispensables por el Juez o el Ministerio Público o las que sean propuestas por el inculcado o la parte civil”; esto es, se trata de la fase de investigación y recolección de elementos que permitan, o no, la formulación de una concreta pretensión declaratoria del delito e imposición de pena por parte del órgano competente y que tiene*



carácter reservado (artículo 73º) y no público. Es en este ámbito en que la excepción en cuestión tiene posibilidad de ser puesto que, a diferencia del juicio oral, en esta etapa no se actúa la prueba ni ésta se halla sometida al contradictorio y a los principios que a su actuación se vinculan: oralidad, inmediación, entre otros. SEXTO.- La sola naturaleza excepcional del artículo 148º determina la imposibilidad de realizar una aplicación extensiva a la etapa de juicio oral. ¿Significa ello la existencia de una laguna en lo referido al deber de concurrir de los funcionarios a que se contrae la norma, en la etapa de juicio oral?. La existencia del deber general de concurrir al llamado del órgano jurisdiccional - que en términos materiales se traduce en concurrir al local en que se desarrolla la audiencia - determina una respuesta negativa. La excepción confirma la regla y con ella la inexistencia de laguna de derecho alguna en la materia en examen, que haga necesario recurrir a los métodos que la doctrina admite para la integración del ordenamiento jurídico. Cabe anotar que, en juicio oral, el vigente Código de Procedimientos Penales en su artículo 242º prevé la justa causa de inconcurrencia debidamente comprobada; en su artículo 270º precisa la enfermedad como una de tales causas y faculta al Tribunal a constituirse al domicilio del testigo para examinarlo, no encontrándose el testigo Giampietri Rojas - por el sólo mérito del cargo y las funciones que ejerce - bajo ninguna de tales causas. Bien vistas las cosas, el legislador tuvo en cuenta la distinción de las etapas del proceso y de los principios que las informan para establecer la excepción en comento y restringirla a la etapa en que su redacción la ubica. La doctrina al respecto, salvo casos de previsiones legales expresas como el artículo 702º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española respecto de los miembros de la familia real (que declaran por escrito), es coincidente: Por lo que hace al deber de comparecer, decaen la mayor parte de las exenciones establecidas en la fase de instrucción, y todos los que

sean llamados como testigos deberán acudir al juicio oral a prestar declaración verbalmente” 4. “La vigencia del principio contradictorio (prenda de imparcialidad de los jueces) es irrestricta en el juicio oral y público cuyas pruebas son la única base posible de una sentencia de condena, en donde se ensambla con el de inmediación (...). Las restricciones que se admiten durante la investigación preliminar no podrán extender su influencia a este momento...”5. “El comportamiento normalmente impuesto a los testigos por el deber de la comparecencia, es el de tornarse activos, esto es, trasladarse a la oficina pública a la que pertenece el órgano que debe interrogarlos o a otro lugar que se haya designado. Este es el modo fundamental y típico de la comparecencia, e inclusive es el modo generalmente obligatorio, pues que solo deja de existir cuando haya excepción especial a virtud de disposición expresa de la ley” 6. “Los principios de inmediación y contradicción, junto a los de oralidad y publicidad, deben presidir la práctica de las pruebas en el proceso penal. Y es en el juicio oral en donde tales principios encuentran su máxima expresión (...) Como indica Montero Aroca la inmediación se convierte en la esencia del juicio oral (...) ” 7. En suma, la previsión de nuestro ordenamiento procesal penal en lo que se refiere al deber de concurrencia en calidad de testigos en juicio oral por parte de los funcionarios comprendidos en el artículo 148º del Código de Procedimientos Penales, es la aplicación del régimen general común y obligatorio para todo ciudadano: su concurrencia al local en el que se desarrolla la audiencia. SÉTIMO.- Determinado así que en juicio

---

<sup>4</sup> MORENO CATENA, Víctor et al. EL PROCESO PENAL. Volumen III, tirant lo blanch, Valencia 2000, página 2173:

<sup>5</sup> CAFFERATA NORES, José I. CUESTIONES ACTUALES SOBRE EL PROCESO PENAL. Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires 1998, página 21

<sup>6</sup> Eugenio Florián DE LAS PRUEBAS PENALES. Tomo II. Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá 1995. pág. 248, 249.

<sup>7</sup> Miranda Estrampes, Manuel. LA MINIMA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL. José María Bosch editor, Barcelona 1997, páginas 270 y 272:

*oral no existe excepción alguna al deber de concurrir por parte de quienes tienen la calidad de testigos, lo que basta para el rechazo absoluto de toda pretensión en contrario, la Sala - ante la posibilidad del uso de medios técnicos audiovisuales de comunicación a distancia, que en caso de testigos valetudinarios o de remota estancia podría justificarse - debe recordar que: “La verdadera fuerza o valor probatorio que tiene la prueba testifical radica en el hecho de que se produce ante la presencia inmediata del tribunal sentenciador: la observancia del principio de inmediación en la realización de esta prueba tiene una decisiva influencia a la hora de conformar el convencimiento judicial, como determinante que es del pronunciamiento hecho por el tribunal sentenciador, sea condenatorio o absolutorio. (...) Por lo tanto, es la combinación de los principios de inmediación (ante la presencia directa y personal del tribunal sentenciador), de contradicción (ante la presencia de las partes acusadoras y acusadas, que pueden preguntar y repreguntar en interrogatorio cruzado) y de oralidad (respondiendo de viva voz durante el juicio oral a las preguntas que se haga a cada testigo), lo que permite al juzgador entrar en la valoración de lo dicho por cada uno de los testigos. (...) Después de todas estas valoraciones previas al acto de la declaración, el tribunal percibirá las intransferibles sensaciones que derivan de su declaración, y que se obtienen a partir de lo que el testigo dijo, de lo que calló, de sus gestos, de la palidez o del sudor de su rostro, de los titubeos, etc., valorando así su actitud personal durante el acto declaratorio”* <sup>8</sup> Hace al caso citar lo que al respecto dijera la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la consulta que formulara el Estado Peruano en relación con la publicidad del juzgamiento en recintos militares: “A efectos de garantizar la

---

<sup>8</sup> Climent Duran. LA PRUEBA PENAL. 2da Edición. Tomo I, tiran lo blanch, Valencia 2005, páginas 114, 142, 146.

*independencia y autonomía del poder judicial, la Comisión señala que el juzgamiento debe ser, en todo caso, de naturaleza plenamente judicial. La independencia judicial en este evento, se debe garantizar asegurando su autoridad y control sobre la conducción y desarrollo de la audiencia judicial, los locales físicos y las facilidades proveídas, sobre el acceso de las partes a las instalaciones en que se realice en forma normal y sin restricción alguna. Asimismo en lo concerniente al derecho de defensa, se debe asegurar que los abogados puedan ejercer ampliamente las funciones de su cargo, sin ser hostigados o molestados por su actividades profesionales. Se les debe facilitar los ambientes necesarios para que el o los procesados y sus defensores puedan reunirse en forma libre y confidencial a preparar y definir las estrategias de defensa, o donde puedan permanecer los testigos y los auxiliares de justicia antes de comparecer a las audiencias para evitar su contacto con las partes, y en el que puedan conferenciar los miembros del Tribunal para deliberar y adoptar las decisiones pertinentes. Todo lo anterior supone un control del juez no sólo sobre el proceso mismo sino sobre el recinto y las demás facilidades que posibiliten la realización de las audiencias y demás procedimientos en la forma normal, dejando incólume tanto la independencia como la percepción de independencia judicial necesaria dentro de una sociedad democrática". Por ello, el uso de tales medios técnicos (con la erogación de recursos públicos que supone) reservados por los artículos 169º 381º, inciso 2, del Código Procesal Penal - en vacatio legis en este distrito judicial a situaciones justificadas y excepcionales de imposibilidad de traslado, no se halla expresamente previsto en nuestro ordenamiento procesal penal vigente, y su implementación en el caso del testigo Giampietri Rojas conlleva a la afectación del derecho fundamental a la defensa por infracción de normas y principios de sustento constitucional directo y no de mera*

*configuración legal, pues como enseña Climent Durán, siguiendo una sentencia del Tribunal Constitucional español: “la prueba constitucionalmente válida es sólo la que se practica en el juicio oral en condiciones de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción”<sup>9</sup>, y al desmerecimiento de los órganos jurisdiccionales en el concepto ciudadano y el consiguiente socavo de su aceptación y legitimidad; el Tribunal Constitucional ha sido claro al respecto: “el juez debe ser una sujeto que goce de credibilidad social debido a la importante labor que realiza como garante de la aplicación de las leyes y la Constitución, lo cual implica, obviamente, despojarse de cualquier interés particular o influencia externa”<sup>10</sup>. OCTAVO.- Que, en lo que se refiere a la observancia de la previsión que contiene el artículo 140º del Código de Procedimientos Penales, corresponde precisar que la norma – bajo el término de “aviso” – no contiene sino un mandato de colaboración dirigido a quien ejerce un cargo de superioridad o jerarquía respecto del testigo y que por ello mismo se encuentra en la aptitud de “ordenar” y facilitar su concurrencia. Tal previsión, por la naturaleza propia de su investidura, no es de observancia en el procedimiento para la concurrencia del testigo Giampietri Rojas y – por lo antes dicho – no cabe entenderla como un acto formal de protocolo o prerrogativa. La Sala tiene en cuenta que en el caso de la señora Congresista de la República Cecilia Isabel Chacón de Vettori (que en otro proceso conoce) el oficio de aviso que se cursara al Congreso de la República fue devuelto por su Oficialía Mayor con la expresa indicación de que las notificaciones que se le cursaran “por procesos de índole personal, deben ser remitidas directamente al domicilio que ella haya acreditado en el proceso”. NOVENO.- Que, el apercibimiento, define Guillermo Cabanellas en su *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, es el “Requerimiento*

---

<sup>9</sup> Climent Duran. Obra citada. pàg. 345 (negritas agregadas).

*hecho por el juez, para que uno ejecute lo que le manda o tiene mandado, o para que proceda como debe, conminándole con multa, pena o castigo si no lo hiciera (...); Bajo apercibimiento – prosigue el autor – es la “Expresión usual en ciertos documentos judiciales, como cédulas, requerimientos, notificaciones y emplazamientos. Se utiliza para significar que puede tener consecuencias desfavorables, e incluso sanciones, desoír el llamamiento hecho”<sup>11</sup>. Conforme a ello, el artículo 231º del Código de Procedimientos Penales ha previsto como único presupuesto para hacer efectivo el apercibimiento – es decir, la conducción de grado o fuerza del testigo – su sola incomparecencia en tercera citación; su materialización, respecto del testigo que goza de la prerrogativa de inmunidad parlamentaria - de arresto en este caso – requiere su previo levantamiento por parte del Congreso de la República, procedimiento que como lo tiene dicho el Tribunal Constitucional se limita “a prevenir aquellas detenciones o procesos penales que, sobre bases estrictamente políticas, pretendan perturbar el debido funcionamiento del Congreso o alterar su conformación”<sup>12</sup> y no incide en el examen de la admisión del medio probatorio, pues la “Exclusividad judicial en su vertiente positiva: se contempla en el artículo 139, inciso 1, de la Constitución, según el cual sólo el Poder Judicial puede ejercer función jurisdiccional, salvo el caso de las excepciones ya mencionadas del Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones y la jurisdicción militar, entre otros. En otras palabras, en un Estado Constitucional de Derecho, ni el Poder Ejecutivo ni el Poder Legislativo pueden arrogarse la función jurisdiccional, pues, como se ha mencionado, esta actividad le corresponde exclusivamente al Poder Judicial,*

---

<sup>10</sup> Sentencia recaída en el expediente N° 2465-2004-AA/TC (caso Barreto Herrera)

<sup>11</sup> CABANELLAS, Guillermo. DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL. Tomo I. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires 1981, página 329.

al Tribunal Constitucional, al Jurado Nacional de Elecciones y a la jurisdicción militar, entre otros” <sup>13</sup>. DÉCIMO.- Que, siendo relevante la referencia hecha por el testigo en el escrito que se da cuenta respecto de la “confesión sincera” a que se ha acogido el procesado Tena Jacinto y que determinaría que su testimonial – al haber sido ofrecida por el procesado – fuera innecesaria; la Sala reitera lo que dijera en resolución emitida en sesión N° 81: “tanto el principio de adquisición procesal (comunidad de la prueba) – por el que: ‘el resultado de la actividad procesal se adquiere para el proceso. No es patrimonio de la parte que la produjo o aportó. Se vuelve material común. No se consigue para beneficio particular de quien aporta la prueba o formula la alegación del hecho’ (QUINTERO, Beatriz. PRIETO, Eugenio. TEORÍA GENERAL DEL PROCESO. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia 2000. Página 131), como la garantía del derecho de defensa del procesado – puesto que ‘Admitida la prueba propuesta, surge el derecho de la parte a que la prueba sea practicada, pues, caso contrario, nos hallaremos ante una ‘denegación tácita’ de la facultad de probar y, consecuentemente, ante una situación de indefensión’ (CAROCCA PÉREZ, Alex. GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA DEFENSA PROCESAL. José María Bosch Editor, Barcelona 1998, página 303) –, impiden prescindir de su actuación (y posterior valoración) por razones que no estén expresamente previstas en la norma; no cabiendo reexaminar o emitir nuevo pronunciamiento sobre la pertinencia, utilidad o conducencia de la prueba como sostiene el testigo”, cabiendo agregar que, por el principio indicado, el órgano jurisdiccional puede, inclusive, y a mérito del medio probatorio – ofrecido, admitido y valorado – establecer conclusiones en contra de la parte que lo ofreciera, y que como lo dispone el artículo 136° del

---

<sup>12</sup> Sentencia expedida en el expediente N° 0026-2006-PI/TC (proceso de inconstitucionalidad contra la modificatoria del segundo párrafo del artículo 16° y del inciso d) del artículo 20° del Reglamento del Congreso.

<sup>13</sup> Sentencia expedida en el expediente N° 0004-2006-PI/TC.

*Código Procesal Penal, la confesión sincera requiere de corroboración probatoria. Por estas razones, DECLARARON: INADMISIBLE la aplicación extensiva del artículo 148º del Código de Procedimientos Penales (modificado por Ley N° 27264), el uso de medios técnicos audiovisuales para la declaración de testigo y el “deber” de observar la previsión contenida en el artículo 140º del cuerpo normativo acotado, a que se refiere la exhortación que a este Superior Colegiado formula la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial; INADMISIBLE el “ofrecimiento” de declaración a través de video conferencia formulado por el testigo Luis Alejandro Giampietri Rojas; SEÑALARON: nueva fecha para la declaración del testigo para el día 17 de Abril del 2007 a horas 2:30, debiendo concurrir a esta Sala de Audiencias bajo apercibimiento de ser conducido de grado o fuerza; respecto de la notificación cursada para esta sesión, y no obstante que el testigo procede poniendo de manifiesto que tuvo conocimiento oportuno de la citación para esta sesión, RAZÓN POR SECRETARÍA. Notificándose.-*



# CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

## PRIMERA SALA PENAL ESPECIAL

Exp. 03 - 2003

S.S. VILLA BONILLA  
TELLO DE ÑECCO  
PIEDRA ROJAS

Lima, diez de Abril  
del año Dos mil siete.-

AUTOS Y VISTOS, proveyendo el escrito presentado por el testigo Luis Alejandro Giampietri Rojas; y, ATENDIENDO.- PRIMERO.- A que siendo de conocimiento público el pronunciamiento del Congreso de la República en lo que respecta al procedimiento seguido por este Superior Colegiado para la concurrencia del testigo Luis Alejandro Giampietri Rojas - congresista y primer Vicepresidente de la República - a esta Sala de Audiencias, y notificadas las Señoras Vocales con la resolución emitida por la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial en la que exhorta a la aplicación extensiva del artículo 148° del Código de Procedimientos Penales (modificado por Ley N° 27264), la posibilidad del uso de medios técnicos audiovisuales para la declaración del testigo y el “deber” de observar la previsión contenida en el artículo 140° del cuerpo normativo acotado, este Colegiado considera necesario reiterar los criterios que desarrollara en resolución expedida en sesión N° 81, en atención al derecho de las partes, la independencia de los jueces, la finalidad del proceso y la trascendencia pública del mismo. SEGUNDO.- Que, refiriéndose al principio de independencia de la función jurisdiccional y la sujeción de los poderes públicos a la Constitución y a la ley, el Tribunal Constitucional, en sentencia expedida en el expediente N° 0004-2006-PI/TC (Fiscal de la Nación contra el Congreso de la República) <sup>1</sup>, ha dicho: “el principio de unidad de la

---

<sup>1</sup> Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Fiscal de la Nación contra determinados extremos de la Ley 28665, de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial.

*función jurisdiccional tiene como una de sus principales funciones garantizar la independencia de los órganos que administran justicia. Como tal, la independencia judicial se constituye en uno de los principios medulares de la función jurisdiccional, sin la cual simplemente no se podría sostener la existencia de un Estado de Justicia. (...) La independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional. El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso. La independencia judicial debe, pues, percibirse como la ausencia de vínculos de sujeción política (imposición de directivas por parte de los órganos políticos) o de procedencia jerárquica al interior de la organización judicial, en lo concerniente a la actuación judicial per se, salvo el caso de los recursos impugnativos, aunque sujetos a las reglas de competencia. (...) 18. De lo expuesto se desprende, entre otros aspectos, que el principio de independencia de la función jurisdiccional tiene dos dimensiones: a) Independencia externa. Según esta dimensión, la autoridad judicial, en el desarrollo de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a ningún interés que provenga de fuera de la organización judicial en conjunto, ni admitir presiones para resolver un caso en un determinado sentido. Las decisiones de la autoridad judicial, ya sea que ésta se desempeñe en la especialidad*

constitucional, civil, penal, penal militar, laboral, entre otras, no pueden depender de la voluntad de otros poderes públicos (Poder Ejecutivo o Poder Legislativo, por ejemplo), partidos políticos, medios de comunicación o particulares en general, sino tan solo de la Constitución y de la ley que sea acorde con ésta. En el caso de los poderes públicos, estos se encuentran prohibidos por la Constitución de ejercer influencias sobre las decisiones judiciales, ya sea estableciendo órganos especiales que pretendan suplantar a los órganos de gobierno de la organización jurisdiccional, o creando estatutos jurídicos básicos distintos para los jueces que pertenecen a una misma institución y se encuentran en similar nivel y jerarquía, entre otros casos. Ahora bien, la exigencia de que el juzgador, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no admite la influencia de otros poderes o personas, sean públicos o privados, no implica que el juez goce de una discreción absoluta en cuanto a las decisiones que debe asumir, pues precisamente el principio de independencia judicial tiene como correlato que el juzgador solo se encuentre sometido a la Constitución y a la ley expedida conforme a ésta, tal como se desprende de los artículos 45 y 146 inciso 1), de la Constitución, que establecen lo siguiente: “El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen (...)”; y “El Estado garantiza a los magistrados judiciales: 1. Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y la ley”, respectivamente. De otro lado, es importante precisar que lo expuesto en los párrafos precedentes no implica que la actuación de los jueces, en tanto que autoridades, no pueda ser sometida a crítica. Ello se desprende de lo establecido en el artículo 139, inciso 20, de la Constitución, que dispone que toda persona tiene derecho “de formular análisis y críticas de las resoluciones y

*sentencias judiciales, con las limitaciones de ley”; y del artículo 2, inciso 4, del mismo cuerpo normativo, según el cual toda persona tiene derecho a la libertad de opinión, expresión y difusión del pensamiento. El derecho a la crítica de las resoluciones judiciales es el derecho de toda persona de examinar y emitir juicios públicamente respecto de las decisiones que adoptan los jueces en todas las especialidades e instancias. Sobre la denominada “crítica social”, Luigi Ferrajoli ha sostenido: Es por esta vía, mucho mejor que a través de las sanciones jurídicas o políticas, como se ejerce el control popular sobre la justicia, se rompe la separación de la función judicial, se emancipan los jueces de los vínculos políticos, burocráticos y corporativos, se deslegitiman los malos magistrados y la mala jurisprudencia, y se elabora y se da continuamente nuevo fundamento a la deontología judicial. Tal derecho a la crítica de la resoluciones judiciales también tiene límites, entre los que destaca, entre otros, que esta no deba servir para orientar o inducir a una determinada actuación del juez, pues este solo se encuentra vinculado por la Constitución y la ley que sea conforme a ésta.*

*b) Independencia interna. De acuerdo con esta dimensión, la independencia judicial implica, entre otros aspectos, que, dentro de la organización judicial: 1) la autoridad judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a la voluntad de otros órganos judiciales, salvo que medie un medio impugnatorio; y, 2) que la autoridad judicial, en el desempeño de la función jurisdiccional, no pueda sujetarse a los intereses de órganos administrativos de gobierno que existan dentro de la organización judicial. En cuanto al primero de los puntos mencionados, cabe mencionar que el principio de independencia judicial prohíbe que los órganos jurisdiccionales superiores obliguen a los órganos de instancias inferiores a decidir de una determinada manera, si es que no existe un medio impugnatorio que de mérito a tal pronunciamiento. De este modo, siempre que medie un medio*

*impugnatorio las instancias superiores podrán corregir a las inferiores respecto de cuestiones de hecho o de derecho sometidas a su conocimiento, según sea el caso. En cuanto al segundo punto, el principio de independencia judicial implica, en primer término, la separación de las funciones jurisdiccionales de las funciones administrativas que eventualmente pudieran desempeñar los jueces dentro de la organización judicial, de manera que las funciones propias de esta administración no puedan influir en la decisión judicial que se adoptará en un determinado proceso. En efecto, si un magistrado ha sido elegido por sus iguales como su representante para desempeñar funciones de naturaleza administrativa, entonces resulta evidente que, para desempeñar el encargo administrativo, mientras este dure, debe suspender sus actividades de naturaleza jurisdiccional, de modo tal que no pueda influir en la resolución de un determinado caso. Así sucede por ejemplo, en el ejercicio de la labor de los presidentes de la Corte Suprema, de las Cortes Superiores de Justicia, de la Oficina de Control de la Magistratura, entre otros. 19. Finalmente, cabe precisar que, en general, “[e]l sometimiento del juez a la ley supone su no sometimiento a cualquier otra voluntad, incluida la suya propia, en forma de preferencias personales (lo que más bien podría denominarse imparcialidad). En realidad, la justificación del juez como tercero imparcial se reconduce a la justificación del juez en cuanto sujeto a la ley. Todas las garantías del proceso se orientan a que se haga posible la realización de la voluntad de la ley, eliminando aquellas distancias que pudieran resultar de la falsificación, o supresión, de los supuestos en los que la aplicación de la ley debía basarse”. TERCERO.- Que, estando a lo glosado en el considerando precedente debe tenerse en cuenta que la independencia de los jueces en ejercicio de la función jurisdiccional supone no sólo su concreción a través de la aplicación de la norma sustantiva al caso concreto en la decisión de fondo, sino en el*

*cumplimiento de los deberes y ejercicio de las atribuciones y facultades que el proceso implica, es decir, en la sustanciación de éste como una serie concatenada de actos procesales en el que se aplica la norma adjetiva. Siendo ello así, se plantea la cuestión de la existencia o no de “laguna de Derecho” en el procedimiento para la declaración testimonial de determinados funcionarios públicos en la etapa de juicio oral. Para ello, en atención a la exhortación para la aplicación extensiva del artículo 148º del Código de Procedimientos Penales, a la solicitud del testigo en ese sentido y previamente al análisis de la norma, siguiendo al profesor Marcial Rubio Correa ha de entenderse que “La laguna del Derecho puede ser definida como aquel suceso para el que no existe norma jurídica aplicable, pero que se considera que debiera estar regulado por el sistema jurídico (...) El problema clave en este punto consiste en saber cuando se considera (o más exactamente, se debe considerar) que la situación no regulada debe regularse. (...) sólo puede ocurrir que exista una laguna cuando ni la legislación, ni la costumbre, ni la jurisprudencia, ni la doctrina, ni la declaración de voluntad, según sus propias reglas, han generado la norma aplicable”* <sup>2</sup>

CUARTO.- El artículo 148º del Código de Procedimientos Penales, modificado por Ley N° 27264, establece: “El Presidente de la República, los Congresistas, los Ministros de Estado, el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, los miembros del Directorio del Banco Central de Reserva, el Superintendente de Banca y Seguros, los Magistrados de la Corte Suprema y Cortes Superiores, el Fiscal de la Nación y Fiscales ante la Corte Suprema y Cortes Superiores, los miembros del Tribunal Constitucional, del Consejo Nacional de la Magistratura, del Consejo Supremo de Justicia Militar, los Arzobispos y Obispos, declararán, a su elección, en su domicilio o

---

<sup>2</sup> RUBIO CORREA, Marcial. EL SISTEMA JURÍDICO. Introducción al Derecho. Fondo Editorial PUCP 2004, páginas 286 y 287.

*en el local de su Despacho”. Atendiendo a un criterio de interpretación axiológico que priorice la dignidad como sustrato de todos los derechos fundamentales y la democracia como forma de convivencia y principio de actuación de los poderes públicos, esta Sala considera que la ratio legis que subyace a la norma citada (dada en un contexto distinto no sólo en lo temporal, sino en el desarrollo y comprensión de los principios y valores acotados) se entiende como la necesidad de no sustraer a los funcionarios a que ella se refiere al cumplimiento y ejercicio de las responsabilidades y funciones públicas que desempeñan, extendiéndose a los dignatarios religiosos que se menciona por razones de tradición e historia en un Estado laico que reconoce el aporte de la Iglesia Católica en el surgimiento y desarrollo de la nación. Con claridad enseña el profesor argentino Enrique Falcón que: “Diversos funcionarios públicos tienen que realizar tareas de su cargo para el que se encuentran ocupados todo el día, ya sea por una imposición legal (tarea full time) y en la generalidad de los casos por la necesidad de la propia tarea. En función de ello, la ley ha previsto un trato diferencial, pues la carga de la concurrencia no puede perjudicar una función en razón del bien general. (...) esta excepción está dada en función del cargo para no perturbar la actuación del Estado”<sup>3</sup>. Abona a esta tesis la plena vigencia de los principios y valores invocados, pues en un Estado Democrático de Derecho resulta inadmisibles afirmar que la dignidad de los ciudadanos – entre ellos, los funcionarios públicos, cualquiera sea su nivel – se vea afectada por su concurrencia ante los órganos jurisdiccionales para el cumplimiento de un deber de colaboración con la administración de justicia: testificar en un proceso. Sostener lo contrario, es decir, que la dignidad de la persona y el decoro del cargo se vea comprometida con el cumplimiento de ese deber,*

---

<sup>3</sup> FALCÓN, Enrique M. TRATADO DE LA PRUEBA. Editorial ASTREA, Buenos Aires 2003, páginas 297 y 298

*afecta, sí, la dignidad de todos quienes participan en el proceso y el decoro, respeto y majestad del órgano jurisdiccional que, finalmente, no constituye sino una de las manifestaciones del Estado, lo mismo que los órganos y entidades que los funcionarios llamados a comparecer representan. QUINTO.- Esclarecida así la razonabilidad de la excepción que la norma contiene, su ratio legis, su razón de ser, necesario es situarla en su ámbito de aplicación en el desarrollo del proceso y ello no sólo en atención de su ubicación dentro del cuerpo normativo (instrucción), sino en su posibilidad de ser, como excepción a un deber general; esta posibilidad de ser se vincula con la noción y objeto de la instrucción. Nuestro proceso penal se estructura en dos etapas, si bien secuenciales, claramente diferenciadas: la instrucción y el juzgamiento. La primera, establece el artículo 72º del Código de Procedimientos Penales, tiene por objeto: “reunir la prueba de la realización del delito, de las circunstancias en que se ha perpetrado, y de sus móviles; establecer la distinta participación que hayan tenido los autores y cómplices, en la ejecución o después de su realización, sea para borrar las huellas que sirven para su descubrimiento, para dar auxilio a los responsables o para aprovecharse en alguna forma de sus resultados. Las diligencias actuadas en la etapa policial con la intervención del Ministerio Público y las practicadas por el propio Fiscal Provincial, con asistencia del defensor, que no fueran cuestionadas, mantendrán su valor probatorio para los efectos del juzgamiento. En este caso, sólo se actuarán las diligencias que no pudieron lograrse en la investigación previa, las que se consideren indispensables por el Juez o el Ministerio Público o las que sean propuestas por el inculcado o la parte civil”; esto es, se trata de la fase de investigación y recolección de elementos que permitan, o no, la formulación de una concreta pretensión declaratoria del delito e imposición de pena por parte del órgano competente y que tiene*



carácter reservado (artículo 73º) y no público. Es en este ámbito en que la excepción en cuestión tiene posibilidad de ser puesto que, a diferencia del juicio oral, en esta etapa no se actúa la prueba ni ésta se halla sometida al contradictorio y a los principios que a su actuación se vinculan: oralidad, inmediación, entre otros. SEXTO.- La sola naturaleza excepcional del artículo 148º determina la imposibilidad de realizar una aplicación extensiva a la etapa de juicio oral. ¿Significa ello la existencia de una laguna en lo referido al deber de concurrir de los funcionarios a que se contrae la norma, en la etapa de juicio oral?. La existencia del deber general de concurrir al llamado del órgano jurisdiccional - que en términos materiales se traduce en concurrir al local en que se desarrolla la audiencia - determina una respuesta negativa. La excepción confirma la regla y con ella la inexistencia de laguna de derecho alguna en la materia en examen, que haga necesario recurrir a los métodos que la doctrina admite para la integración del ordenamiento jurídico. Cabe anotar que, en juicio oral, el vigente Código de Procedimientos Penales en su artículo 242º prevé la justa causa de inconcurrencia debidamente comprobada; en su artículo 270º precisa la enfermedad como una de tales causas y faculta al Tribunal a constituirse al domicilio del testigo para examinarlo, no encontrándose el testigo Giampietri Rojas - por el sólo mérito del cargo y las funciones que ejerce - bajo ninguna de tales causas. Bien vistas las cosas, el legislador tuvo en cuenta la distinción de las etapas del proceso y de los principios que las informan para establecer la excepción en comento y restringirla a la etapa en que su redacción la ubica. La doctrina al respecto, salvo casos de previsiones legales expresas como el artículo 702º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española respecto de los miembros de la familia real (que declaran por escrito), es coincidente: Por lo que hace al deber de comparecer, decaen la mayor parte de las exenciones establecidas en la fase de instrucción, y todos los que

sean llamados como testigos deberán acudir al juicio oral a prestar declaración verbalmente” 4. “La vigencia del principio contradictorio (prenda de imparcialidad de los jueces) es irrestricta en el juicio oral y público cuyas pruebas son la única base posible de una sentencia de condena, en donde se ensambla con el de inmediación (...). Las restricciones que se admiten durante la investigación preliminar no podrán extender su influencia a este momento...”5. “El comportamiento normalmente impuesto a los testigos por el deber de la comparecencia, es el de tornarse activos, esto es, trasladarse a la oficina pública a la que pertenece el órgano que debe interrogarlos o a otro lugar que se haya designado. Este es el modo fundamental y típico de la comparecencia, e inclusive es el modo generalmente obligatorio, pues que solo deja de existir cuando haya excepción especial a virtud de disposición expresa de la ley” 6. “Los principios de inmediación y contradicción, junto a los de oralidad y publicidad, deben presidir la práctica de las pruebas en el proceso penal. Y es en el juicio oral en donde tales principios encuentran su máxima expresión (...) Como indica Montero Aroca la inmediación se convierte en la esencia del juicio oral (...) ” 7. En suma, la previsión de nuestro ordenamiento procesal penal en lo que se refiere al deber de concurrencia en calidad de testigos en juicio oral por parte de los funcionarios comprendidos en el artículo 148º del Código de Procedimientos Penales, es la aplicación del régimen general común y obligatorio para todo ciudadano: su concurrencia al local en el que se desarrolla la audiencia. SÉTIMO.- Determinado así que en juicio

---

<sup>4</sup> MORENO CATENA, Víctor et al. EL PROCESO PENAL. Volumen III, tirant lo blanch, Valencia 2000, página 2173:

<sup>5</sup> CAFFERATA NORES, José I. CUESTIONES ACTUALES SOBRE EL PROCESO PENAL. Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires 1998, página 21

<sup>6</sup> Eugenio Florián DE LAS PRUEBAS PENALES. Tomo II. Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá 1995. pág. 248, 249.

<sup>7</sup> Miranda Estrampes, Manuel. LA MINIMA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO PENAL. José María Bosch editor, Barcelona 1997, páginas 270 y 272:

*oral no existe excepción alguna al deber de concurrir por parte de quienes tienen la calidad de testigos, lo que basta para el rechazo absoluto de toda pretensión en contrario, la Sala - ante la posibilidad del uso de medios técnicos audiovisuales de comunicación a distancia, que en caso de testigos valetudinarios o de remota estancia podría justificarse - debe recordar que: “La verdadera fuerza o valor probatorio que tiene la prueba testifical radica en el hecho de que se produce ante la presencia inmediata del tribunal sentenciador: la observancia del principio de inmediación en la realización de esta prueba tiene una decisiva influencia a la hora de conformar el convencimiento judicial, como determinante que es del pronunciamiento hecho por el tribunal sentenciador, sea condenatorio o absolutorio. (...) Por lo tanto, es la combinación de los principios de inmediación (ante la presencia directa y personal del tribunal sentenciador), de contradicción (ante la presencia de las partes acusadoras y acusadas, que pueden preguntar y repreguntar en interrogatorio cruzado) y de oralidad (respondiendo de viva voz durante el juicio oral a las preguntas que se haga a cada testigo), lo que permite al juzgador entrar en la valoración de lo dicho por cada uno de los testigos. (...) Después de todas estas valoraciones previas al acto de la declaración, el tribunal percibirá las intransferibles sensaciones que derivan de su declaración, y que se obtienen a partir de lo que el testigo dijo, de lo que calló, de sus gestos, de la palidez o del sudor de su rostro, de los titubeos, etc., valorando así su actitud personal durante el acto declaratorio”* <sup>8</sup> Hace al caso citar lo que al respecto dijera la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la consulta que formulara el Estado Peruano en relación con la publicidad del juzgamiento en recintos militares: “A efectos de garantizar la

---

<sup>8</sup> Climent Duran. LA PRUEBA PENAL. 2da Edición. Tomo I, tiran lo blanch, Valencia 2005, páginas 114, 142, 146.

*independencia y autonomía del poder judicial, la Comisión señala que el juzgamiento debe ser, en todo caso, de naturaleza plenamente judicial. La independencia judicial en este evento, se debe garantizar asegurando su autoridad y control sobre la conducción y desarrollo de la audiencia judicial, los locales físicos y las facilidades proveídas, sobre el acceso de las partes a las instalaciones en que se realice en forma normal y sin restricción alguna. Asimismo en lo concerniente al derecho de defensa, se debe asegurar que los abogados puedan ejercer ampliamente las funciones de su cargo, sin ser hostigados o molestados por su actividades profesionales. Se les debe facilitar los ambientes necesarios para que el o los procesados y sus defensores puedan reunirse en forma libre y confidencial a preparar y definir las estrategias de defensa, o donde puedan permanecer los testigos y los auxiliares de justicia antes de comparecer a las audiencias para evitar su contacto con las partes, y en el que puedan conferenciar los miembros del Tribunal para deliberar y adoptar las decisiones pertinentes. Todo lo anterior supone un control del juez no sólo sobre el proceso mismo sino sobre el recinto y las demás facilidades que posibiliten la realización de las audiencias y demás procedimientos en la forma normal, dejando incólume tanto la independencia como la percepción de independencia judicial necesaria dentro de una sociedad democrática". Por ello, el uso de tales medios técnicos (con la erogación de recursos públicos que supone) reservados por los artículos 169º 381º, inciso 2, del Código Procesal Penal - en vacatio legis en este distrito judicial a situaciones justificadas y excepcionales de imposibilidad de traslado, no se halla expresamente previsto en nuestro ordenamiento procesal penal vigente, y su implementación en el caso del testigo Giampietri Rojas conlleva a la afectación del derecho fundamental a la defensa por infracción de normas y principios de sustento constitucional directo y no de mera*

*configuración legal, pues como enseña Climent Durán, siguiendo una sentencia del Tribunal Constitucional español: “la prueba constitucionalmente válida es sólo la que se practica en el juicio oral en condiciones de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción”<sup>9</sup>, y al desmerecimiento de los órganos jurisdiccionales en el concepto ciudadano y el consiguiente socavo de su aceptación y legitimidad; el Tribunal Constitucional ha sido claro al respecto: “el juez debe ser una sujeto que goce de credibilidad social debido a la importante labor que realiza como garante de la aplicación de las leyes y la Constitución, lo cual implica, obviamente, despojarse de cualquier interés particular o influencia externa”<sup>10</sup>. OCTAVO.- Que, en lo que se refiere a la observancia de la previsión que contiene el artículo 140º del Código de Procedimientos Penales, corresponde precisar que la norma – bajo el término de “aviso” – no contiene sino un mandato de colaboración dirigido a quien ejerce un cargo de superioridad o jerarquía respecto del testigo y que por ello mismo se encuentra en la aptitud de “ordenar” y facilitar su concurrencia. Tal previsión, por la naturaleza propia de su investidura, no es de observancia en el procedimiento para la concurrencia del testigo Giampietri Rojas y – por lo antes dicho – no cabe entenderla como un acto formal de protocolo o prerrogativa. La Sala tiene en cuenta que en el caso de la señora Congresista de la República Cecilia Isabel Chacón de Vettori (que en otro proceso conoce) el oficio de aviso que se cursara al Congreso de la República fue devuelto por su Oficialía Mayor con la expresa indicación de que las notificaciones que se le cursaran “por procesos de índole personal, deben ser remitidas directamente al domicilio que ella haya acreditado en el proceso”. NOVENO.- Que, el apercebimiento, define Guillermo Cabanellas en su *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, es el “Requerimiento*

---

<sup>9</sup> Climent Duran. Obra citada. pàg. 345 (negritas agregadas).

*hecho por el juez, para que uno ejecute lo que le manda o tiene mandado, o para que proceda como debe, conminándole con multa, pena o castigo si no lo hiciera (...); Bajo apercibimiento – prosigue el autor – es la “Expresión usual en ciertos documentos judiciales, como cédulas, requerimientos, notificaciones y emplazamientos. Se utiliza para significar que puede tener consecuencias desfavorables, e incluso sanciones, desoír el llamamiento hecho”<sup>11</sup>. Conforme a ello, el artículo 231º del Código de Procedimientos Penales ha previsto como único presupuesto para hacer efectivo el apercibimiento – es decir, la conducción de grado o fuerza del testigo – su sola incomparecencia en tercera citación; su materialización, respecto del testigo que goza de la prerrogativa de inmunidad parlamentaria - de arresto en este caso – requiere su previo levantamiento por parte del Congreso de la República, procedimiento que como lo tiene dicho el Tribunal Constitucional se limita “a prevenir aquellas detenciones o procesos penales que, sobre bases estrictamente políticas, pretendan perturbar el debido funcionamiento del Congreso o alterar su conformación”<sup>12</sup> y no incide en el examen de la admisión del medio probatorio, pues la “Exclusividad judicial en su vertiente positiva: se contempla en el artículo 139, inciso 1, de la Constitución, según el cual sólo el Poder Judicial puede ejercer función jurisdiccional, salvo el caso de las excepciones ya mencionadas del Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones y la jurisdicción militar, entre otros. En otras palabras, en un Estado Constitucional de Derecho, ni el Poder Ejecutivo ni el Poder Legislativo pueden arrogarse la función jurisdiccional, pues, como se ha mencionado, esta actividad le corresponde exclusivamente al Poder Judicial,*

---

<sup>10</sup> Sentencia recaída en el expediente N° 2465-2004-AA/TC (caso Barreto Herrera)

<sup>11</sup> CABANELLAS, Guillermo. DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL. Tomo I. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires 1981, página 329.

al Tribunal Constitucional, al Jurado Nacional de Elecciones y a la jurisdicción militar, entre otros” <sup>13</sup>. DÉCIMO.- Que, siendo relevante la referencia hecha por el testigo en el escrito que se da cuenta respecto de la “confesión sincera” a que se ha acogido el procesado Tena Jacinto y que determinaría que su testimonial – al haber sido ofrecida por el procesado – fuera innecesaria; la Sala reitera lo que dijera en resolución emitida en sesión N° 81: “tanto el principio de adquisición procesal (comunidad de la prueba) – por el que: ‘el resultado de la actividad procesal se adquiere para el proceso. No es patrimonio de la parte que la produjo o aportó. Se vuelve material común. No se consigue para beneficio particular de quien aporta la prueba o formula la alegación del hecho’ (QUINTERO, Beatriz. PRIETO, Eugenio. TEORÍA GENERAL DEL PROCESO. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia 2000. Página 131), como la garantía del derecho de defensa del procesado – puesto que ‘Admitida la prueba propuesta, surge el derecho de la parte a que la prueba sea practicada, pues, caso contrario, nos hallaremos ante una ‘denegación tácita’ de la facultad de probar y, consecuentemente, ante una situación de indefensión’ (CAROCCA PÉREZ, Alex. GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA DEFENSA PROCESAL. José María Bosch Editor, Barcelona 1998, página 303) –, impiden prescindir de su actuación (y posterior valoración) por razones que no estén expresamente previstas en la norma; no cabiendo reexaminar o emitir nuevo pronunciamiento sobre la pertinencia, utilidad o conducencia de la prueba como sostiene el testigo”, cabiendo agregar que, por el principio indicado, el órgano jurisdiccional puede, inclusive, y a mérito del medio probatorio – ofrecido, admitido y valorado – establecer conclusiones en contra de la parte que lo ofreciera, y que como lo dispone el artículo 136° del

---

<sup>12</sup> Sentencia expedida en el expediente N° 0026-2006-PI/TC (proceso de inconstitucionalidad contra la modificatoria del segundo párrafo del artículo 16° y del inciso d) del artículo 20° del Reglamento del Congreso.

<sup>13</sup> Sentencia expedida en el expediente N° 0004-2006-PI/TC.

*Código Procesal Penal, la confesión sincera requiere de corroboración probatoria. Por estas razones, DECLARARON: INADMISIBLE la aplicación extensiva del artículo 148º del Código de Procedimientos Penales (modificado por Ley N° 27264), el uso de medios técnicos audiovisuales para la declaración de testigo y el “deber” de observar la previsión contenida en el artículo 140º del cuerpo normativo acotado, a que se refiere la exhortación que a este Superior Colegiado formula la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial; INADMISIBLE el “ofrecimiento” de declaración a través de video conferencia formulado por el testigo Luis Alejandro Giampietri Rojas; SEÑALARON: nueva fecha para la declaración del testigo para el día 17 de Abril del 2007 a horas 2:30, debiendo concurrir a esta Sala de Audiencias bajo apercibimiento de ser conducido de grado o fuerza; respecto de la notificación cursada para esta sesión, y no obstante que el testigo procede poniendo de manifiesto que tuvo conocimiento oportuno de la citación para esta sesión, RAZÓN POR SECRETARÍA. Notificándose.-*