



Universidad  
Continental

FACULTAD DE DERECHO

Escuela Académico Profesional de Derecho

Tesis

**La inconstitucionalidad del inciso 1 segunda parte e inciso 2 del artículo 460 del código procesal penal del 2004**

**Luis Gerardo Ochoa Aliaga**

Huancayo, 2018

Para optar el Título Profesional de  
Abogado



Repositorio Institucional Continental  
Tesis digital



Obra protegida bajo la licencia de [Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/peru/)



**Jurado 1**

**Jurado 2**

**Jurado 3**

## **Dedicatoria**

A mis padres y hermanos por su incondicional apoyo y fe en mí.

A mi amada esposa y mis amados hijos ya que son ellos la fuerza necesaria para seguir adelante, los amo.

## **Agradecimiento**

El presente trabajo no hubiera sido posible de realizar sin el apoyo del Ma. Lucio Raúl Amado Picón, a usted doctor mi reconocimiento y agradecimiento por marcar el norte y guía de mi investigación.

## Resumen

Nuestro vigente Código Penal, el del 2004, por sus características lleva el rótulo de ser “garantista”, por garantista entendemos un respeto único a las normas de carácter constitucional, al debido proceso, y demás; pero en el caso del presente trabajo de investigación advertimos que los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 estarían vulnerando los principios de finalidad y hasta los principios de acceso a la justicia.

Al adentrarnos en la investigación realizamos un análisis comparado de nuestra legislación con las de otros países en la cual corroboramos que en legislaciones extranjeras no se limitan el acceso a la justicia como si lo hicieran los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004.

Además, realizamos un trabajo de campo con la recolección de datos y encuestas tanto de jueces y abogados del departamento de Junín, los cuales luego de tabularlos nos arrojan resultados interesantes, que en su mayoría concuerdan y refuerzan nuestra posición que los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 son inconstitucionales y limitan el acceso a la justicia.

## **Abstrac**

Our current Penal Code, that of 2004, by its characteristics bears the seal of being "guarantor", by guarantor we understand a unique respect to the norms of constitutional, due process, and others; but in the case of the present investigation, we warn that paragraphs 1 and 2 of article 460 of the Code of Criminal Procedure of 2004 would be violating the principles of end and even the principles of access to justice.

As we enter the investigation, we perform a comparative analysis of our legislation with those of other countries in which we corroborate that in foreign laws, access to justice is not limited as if it were done in paragraphs 1 and 2 of article 460 of the Code of Criminal Procedure 2004

In addition, we conducted a field work with the collection of data and surveys of both the judges and lawyers of the department of Junin, which after the tabular show us interesting results and coincide with their majority and reinforce our position that paragraphs 1 and 2 of the article 460 of the 2004 Code of Criminal Procedure are unconstitutional and limit access to justice.



## INDICE

Dedicatoria .....	4
Agradecimiento .....	5
Resumen.....	6
Abstrac.....	7
CAPITULO I .....	12
PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO .....	12
1.1. Planteamiento y formulación del problema. ....	12
1.2. Formulación del Problema .....	15
1.2.1. Problema General.....	15
1.2.2. Problema Específico .....	15
1.3. Objetivos de la investigación .....	15
1.3.1. Objetivo General .....	15
1.3.2. Objetivos Específicos.....	16
1.4. Justificación de la investigación .....	16
1.4.1. Justificación teórica:.....	16
1.4.2. Justificación práctica: .....	17
1.4.3. Justificación social: .....	19
1.4.4. Justificación metodológica: .....	20
1.4.5. Justificación legal.....	22
1.4.6. Justificación de espacio. ....	23
1.5. Delimitación del problema: .....	24
1.5.1. Delimitación temporal:.....	24
1.5.2. Delimitación espacial: .....	24
1.5.3. Delimitación social: .....	25
1.5.4. Delimitación conceptual: .....	25
1.6. Viabilidad de la investigación .....	30
1.7. Dificultades de la investigación .....	30
1.8. Conveniencia de la investigación .....	31
1.9. Relevancia social de la investigación .....	32
1.10. Valor teórico de la investigación.....	34

1.11. Hipótesis y variables de la Investigación .....	35
CAPÍTULO II .....	37
MARCO TEÓRICO.....	37
2.1. Antecedentes .....	37
2.1.1. Antecedentes Internacionales.....	37
2.1.1.1. Derecho Penal Comparado .....	37
2.1.1.2. Derecho Procesal Penal Comparado .....	39
2.1.2. Antecedentes Nacionales .....	42
2.1.2.1. Tratamientos en los Códigos Penales del Perú .....	42
2.1.2.2. Tratamientos en los Códigos Procesales Penales del Perú .....	43
2.2. Bases Teóricas.....	53
2.2.1. La inconstitucionalidad de la norma.....	53
2.2.2. La constitucionalidad de la norma.....	55
2.2.2.1. El control de constitucionalidad. ....	56
2.2.2.2. El control de convencionalidad. ....	58
2.2.3. Los sistemas procesales penales .....	58
2.2.3.1. El Sistema acusatorio antiguo. ....	59
2.2.3.2. El sistema inquisitivo.....	60
2.2.3.3. El sistema mixto.....	62
2.2.3.4. Sistema acusatorio. ....	64
2.2.4. Principios y garantías.....	65
2.2.4.1. Principios y garantías constitucionales .....	66
2.2.5. Otras teorías .....	93
2.2.5.1. Teoría de los derechos implícitos .....	93
2.2.5.2. Teoría de los derechos y de los principios implícitos .....	94
2.2.5.3. Teoría de los derechos positivizados.....	95
2.2.6. La Proscripción y la negación del acceso a la justicia .....	96
2.2.6.1. La prescripción. ....	96
2.2.6.2. El desistimiento.....	96
2.2.6.3. El perdón. ....	97
2.2.6.4. La conciliación. ....	97
2.2.6.5. La inasistencia del querellante a la audiencia.....	98

2.2.7. La Prescripción según el Código Penal de 1991 (Ley Material).....	99
2.2.7.1. La Prescripción Ordinaria .....	101
2.2.7.2. La Prescripción Extraordinaria.....	102
2.2.8. La Prescripción de los Delitos Contra el Honor.....	104
2.2.8.1. Injuria.....	104
2.2.8.2. Calumnia.....	104
2.2.8.3. Difamación.....	105
2.2.9. La Naturaleza Jurídica de los Delitos Contra el Honor.....	105
2.2.10. Comparación con el Código Procesal Civil .....	106
2.2.11. Definición de Términos .....	107
CAPITULO III .....	115
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN .....	115
3.1. Método de la investigación.....	115
3.1.1. El método general.....	115
3.1.2. Métodos específicos. ....	116
3.1.3. Métodos particulares.....	116
3.2. Tipo de investigación.....	116
3.2.1. Tipos de Investigación: .....	117
3.3. Nivel de investigación.....	117
3.4. Diseño de la investigación.....	117
3.5. Población y muestra:.....	118
3.5.1. Población: .....	118
3.5.2. Muestra: .....	119
3.6. Técnica de recolección de datos.....	120
3.6.1. Técnicas e instrumentos de recolección de datos: .....	120
3.6.1.1. Guía de encuestas.....	120
3.6.1.2. Fichas. ....	120
3.6.2. Estrategias de recolección de datos: .....	121
3.6.2.1. Seriación.....	121
3.6.2.2. Codificación. ....	121
3.6.2.3. Tabulación. ....	121
3.6.2.4. Graficación.....	121

3.6.3. Técnicas de procesamiento y análisis de datos: .....	122
3.7. Enfoque de la investigación. ....	122
CAPITULO IV .....	124
ANÁLISIS, DISCUSION DE RESULTADOS Y PRUEBA DE HIPOTESIS .....	124
4.1. Discusión de resultados. ....	124
4.1.1. Encuesta para los abogados del Colegio de Abogados de Junín: .....	124
4.1.2. Encuesta para los Jueces Unipersonales de Junín: .....	131
4.2. Entrevista a Experto .....	136
Experto 01. Dr. Majer Nayi Abushihab .....	136
Experto 02 Dr. Armando Salvador Neyra .....	139
4.3. Análisis del caso.....	142
4.4. Prueba de las hipótesis .....	143
CONCLUSIONES.....	146
RECOMENDACIONES .....	149
REFERENCIAS BLIBIOGRAFICAS .....	152
Sobre la parte metodológica: .....	152
Sobre la especialidad:.....	153
ANEXOS .....	158
Matriz de consistencia. ....	158
Matriz de operacionalización de las variables.....	160
Instrumentos de investigación.....	161
Fichas de entrevista a expertos	
Fichas de encuestas a Jueces Unipersonales y abogados	

## **CAPITULO I**

### **PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO**

#### **1.1. Planteamiento y formulación del problema.**

Los delitos contra el honor previsto en el Capítulo II del Código Penal vigente, tienen doble propósito o doble contenido, de un lado un contenido penal y de otro un contenido civil; así, dentro del contenido penal están los artículos 130 y siguientes que imponen penas, que si bien son penas benignas o bajas, pero en la difamación inclusive puede llegarse a imponer hasta penas privativas de la libertad, penas que están sometidos a los plazos de prescripción, y al estar regulado a los plazos de prescripción se entiende que se trata de prescripciones ordinarias y extraordinarias.

En cuanto a la naturaleza jurídica, del proceso que si bien se encuentra regulado en el Código Procesal Penal del 2004 como un proceso especial; sin embargo, su naturaleza jurídica es eminentemente de trámite civil conforme a las normas del artículo 424 y siguientes del Código Procesal Civil, es decir con una observancia del principio de formalidad, como por ejemplo: presentar la demanda en copias suficientes para notificar a las partes, adjuntar las cédulas de notificación, pagar la tasa judicial de acuerdo a la cuantía, precisar la pretensión, ofrecer los medios probatorios, etc.

Que conforme al artículo 460 incisos 1 y 2 cuando no se haya observado el principio de formalidad, como por ejemplo, no haber adjuntado la tasa judicial, dicha demanda se declarará inadmisibile, instituto procesal que significa la concesión de un plazo para subsanar la observación advertida por el juez unipersonal de juzgamiento; que de no cumplirse con subsanarla en el plazo concedido, el castigo para el querellante es que el caso ha de archivarse en forma definitiva y una vez consentida o ejecutoriada la resolución que declaró inadmisibile la demanda, el querellante no podrá interponer una nueva querella sobre los mismos hechos; lo que implica una forma de cerrar la oportunidad para reiniciar la acción, porque no olvidemos, que el proceso se habrá archivado, pero más no la acción, pretensión que estará latente como un derecho espectatio mientras dicha acción no haya prescrito.

Este extremo de la imposibilidad de replantear o demandar la querella, consideramos que colisiona con la Constitución Política del Estado, como por ejemplo

con el principio de igualdad, principio de acceso a la justicia, principio a la tutela jurisdiccional efectiva, etc. porque por una mera formalidad inobservada al momento de presentar la querrela, mal se puede negar el acceso a la justicia.

Que si bien el proceso por querrela tiene un contenido mixto; sin embargo, en cuanto su tramitación propiamente dicha es de contenido esencialmente procesal civil; conforme al artículo 426 del Código Procesal Civil cuando en un proceso civil común cualquiera, si una parte no subsanó las omisiones que el juez ha advertido el castigo es sólo que se archivará dicho expediente mas no así la acción.

Que al haberse considerado en el artículo 460 inciso 1 y 2 en caso de no subsanar un requisito meramente formal, y la prohibición de presentar una nueva querrela por los mismos hechos ya precisamos es una norma inconstitucional porque restringe el derecho a la acción sin que la misma se encuentre prescrita.

Es decir, cuando aún, no ha prescrita la acción, el proceso se puede iniciar incluso con los mismos recaudos de la demanda inicial, para lo cual sólo debe solicitarse la devolución de los anexos; al negarse esta posibilidad en las querellas, es que consideramos que se afectan derechos fundamentales como el acceso a la justicia, a la tutela jurisdiccional, al debido proceso.

## **1.2. Formulación del Problema**

### **1.2.1. Problema General**

Acorde con lo antecedido me permito plantear el siguiente problema:

¿Son inconstitucionales los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 ya que afectan al derecho de acceso a la justicia y fomentan la impunidad?

### **1.2.2. Problema Específico**

**1.2.2.1.** ¿Los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 afectan al derecho de acceso a la justicia?

**1.2.2.2.** ¿Los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 fomentan la impunidad?

## **1.3. Objetivos de la investigación**

### **1.3.1. Objetivo General**

Determinar si son inconstitucionales los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 ya que afectan al derecho de acceso a la justicia y fomentan la impunidad.



### **1.3.2. Objetivos Específicos**

**1.3.2.1.** Determinar si los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 afectan al derecho de acceso a la justicia.

**1.3.2.2.** Identificar si los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 fomentan la impunidad.

## **1.4. Justificación de la investigación**

### **1.4.1. Justificación teórica:**

Que cuando se formulan las teorías, éstas pueden servir para proponer soluciones prácticas a un caso en particular, o adherirse a una teoría dominante o minoritario en el caso que existan teorías; en el presente caso, pretendemos realizar un trabajo de investigación, para demostrar que los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal, son inconstitucionales, por colisionar con otros derechos fundamentales como el acceso a la justicia, la tutela jurisdiccional efectiva, el principio de elasticidad, entendida como aquella situación, que cuando exista conflicto entre un principio de formalidad y el principio de finalidad, debe preferirse a esta última; así lo ha dejado establecido el Tribunal Constitucional en el Expediente 04968-2014-PHC/TC fundamento noveno.

#### **1.4.2. Justificación práctica:**

Como refiere Valderrama Mendoza (2007, pág. 95), “todo estudio histórico comienza con la elección de un tema. Esto puede parecer una decisión fácil de tomar, pero ocurre que no lo es (...)” esta frase es cierta, pues cuando culminé mis estudios de derecho, al parecer ya teníamos una visión de un tema por investigar, y curiosamente es el mismo tema que ahora pretendemos desarrollar; y, dentro de este mismo tema, aún, hemos venido encontrando otros aspectos no tratados, o que si el caso amerita de la respuesta del derecho procesal civil o del derecho procesal penal; del por qué, la inadmisibilidad penal no es igual a la inadmisibilidad civil; y así, también del por qué, pese de haberse declarado inadmisibile una querella, en el que el Juez Unipersonal Penal, concede un plazo para subsanar una (s) omisión (nes), en el supuesto que el querellante no cumplió con subsanar dichas omisiones se puede rechazar la querella y prohíbe reiniciar una nueva querella por los mismos hechos; es decir en muchas ocasiones, cuando el derecho de acción del sujeto afectado no se encuentra aún prescrita.

Pero en realidad cuál es la justificación práctica, según Valderrama Mendoza (2007, pág. 124), “consiste en señalar su uso aplicativo”, con el presente trabajo de investigación pretendemos demostrar que las normas citadas afectan los principios constitucionales ya precisados; por ello, con la propuesta que formularemos, pretendemos contribuir al cambio de paradigma de que el descuido del abogado del querellante, por decir lo menos, no puede oponerse a la finalidad

del proceso, por lo que debe permitirse reiniciar otra acción, esto, mientras no haya prescrita la acción penal de la querrela. Además, nuestra postura es acorde con el sistema procesal civil y con la postura asumida por el Tribunal Constitucional, al desarrollar el principio de elasticidad, y que justamente tiene como base a la contradicción entre el principio de formalidad y el principio de finalidad, en estos casos, debe primar el principio de finalidad.

Por ello una vez más, debemos señalar, que investigar el tema que nos hemos propuestos no es sencilla ni fácil, representará enfrentarnos al sistema de justicia, al pensamiento de los jueces y abogados, tal vez con un sustento de que por desidia o descuido de un abogado no puede permitirse reabrir el caso o reintentar una nueva querrela bajo los mismos argumentos; pero defenderemos nuestra propuesta, desde el punto de vista de la interpretación constitucional y convencional, que una mera formalidad no puede servir de puerta de cierre a derechos fundamentales como el acceso a la justicia, como el derecho a probar, como la tutela jurisdiccional efectiva, como el debido proceso etc.

Además, se justifica en la práctica, porque el hecho en cuestión ha ocurrido y viene ocurriendo en la actualidad en todo el Perú, desde la entrada en vigencia en forma progresiva del Código Procesal Penal de 2004, también es lógico que el proceso especial por ejercicio privado de la acción (querellas) ha ingresado en forma progresiva, esto en cuanto a la tramitación con las reglas previstas en el

artículo 460 del Código Procesal Penal indicado; situación distinta ocurre con la tramitación de las querellas con el Código de Procedimientos Penales de 1939.

Finalmente, sí estamos satisfechos, de haber asumido el reto de realizar la presente investigación y la de realizar las propuestas para que no se violen los derechos fundamentales de acceso a la justicia, de la tutela jurisdiccional efectiva, del debido proceso, entre otros.

#### **1.4.3. Justificación social:**

El tema elegido, encuentra justificación en el plano social, porque tanto el Derecho Penal, como el Derecho Procesal Penal, como parte del Derecho público trata sobre problemas humanos de carácter judicial, en el que los protagonistas son las personas que forman parte de la sociedad y del Estado, por lo tanto un problema humano y social.

Aún, cuando en los procesos especiales por acción privada, los protagonistas de la acción son personas naturales, en el que no tiene participación el Estado por intermedio del representante del Ministerio Público; pero también, al ser una carga muy alta para el Poder Judicial, afecta al sistema de justicia.

Y, a ello tenemos que agregar que, por la inobservancia de meras formalidades se puede disponer un archivo definitivo, pese a que la acción aún no ha prescrito, también puede darse el caso que alguna de las partes puede llegar hasta los Tribunales Internacionales, y que por decisión de estas entidades pueden disponer reabrir todos los casos archivados bajo dichas circunstancias, y así podrían generar un caos judicial.

#### **1.4.4. Justificación metodológica:**

Siempre, en toda investigación se usarán ciertos métodos, así, Valderrama Mendoza (2007. Pág. 124) “una tesis estará fundamentada metodológicamente cuando ella se realiza a razón de que el investigador propone como novedad o aporte a la formulación de un nuevo método o técnica, sea para conocimiento de la realidad, para la transformación de un conjunto de fenómenos (...)”, el presente proyecto de investigación lo justificamos metodológicamente en el siguiente sentido:

##### **a) En la especialidad del derecho:**

###### **a.i) La exégesis como razonamiento jurídico.**

Porque al verificar los expedientes judiciales sobre querellas, en las que se archivaron por la inobservancia a las formalidades, antes que a la finalidad del proceso en sí; afectando así, a los principios

constitucionales de acceso a la justicia, de la tutela jurisdiccional efectiva, del debido proceso; archivos que operaron prácticamente al inicio del proceso; en consecuencia, antes que prescriba la acción penal, lo que implica una clara afectación a los principios ya indicados.

#### **a.ii) La historiografía.**

Solo, para sustentarlos en la opinión de un experto (Magistrado Superior), así como contrastar nuestros objetivos por medio de las encuestas.

### **b) Métodos generales de la investigación:**

#### **b.i) El método inductivo.**

Porque a partir de lo que encontramos en las opiniones de expertos, y la de los señores abogados y jueces unipersonales, inductivamente determinaremos de cómo se viene administrando justicia en el todo del Distrito Judicial de Junín y a nivel nacional, solo observando el cumplimiento o no del principio de formalidad, frente a otros principios de mayor trascendencia.

**b.ii) El método del análisis.**

Analizaremos las entrevistas a expertos y resultados de las encuestas a señores abogados y jueces unipersonales para comprobar el problema planteado y por consiguiente nuestra hipótesis.

**b.iii) El método de la síntesis.**

Nos servirá para tabular nuestros datos y justificar estadísticamente lo que nos hemos propuesto, hasta llegar a la prueba de la hipótesis del presente trabajo de investigación.

**c). Otros métodos.**

El dialéctico, el estadístico, etc.

**1.4.5. Justificación legal**

El presente trabajo de investigación, se justifica legalmente, porque existe la ley que permite el archivo definitivo del proceso y la acción, toda vez que conforme a la redacción del artículo 460 del Código Procesal Penal se tiene: “artículo 460. Control de admisibilidad: 1. Si el juez considera que la querrela no es clara está incompleta, dispondrá que el querellante particular, dentro de tercer día, aclare o subsane la omisión respecto a los puntos que se señale. Si el querellante no lo hiciere, se expedirá resolución dando por no presentada la

querella y ordenando su archivo definitivo. 2. Consentida o ejecutoriada esta resolución, se prohíbe renovar querella sobre el mismo hecho punible”; por lo tanto, no se necesita demostrar la existencia de la ley, sino que ésta colisiona con la Constitución.

#### **1.4.6. Justificación de espacio.**

El presente trabajo de investigación lo realizaremos en la ciudad de Huancayo, que si bien se analizará entrevistas a expertos y encuestas a abogados y jueces unipersonales sobre el proceso de querella; sin embargo, su enfoque es nacional, dado al tema a tratar, porque se refiere a la inconstitucionalidad de los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal.

Y, que la propuesta que debemos formular al final del presente trabajo, generaremos un proyecto de ley, y al tratarse de una ley, siempre es de alcance nacional y de vinculación general, es decir es de observancia para todos, por ello es que, en el presente trabajo no hemos delimitado un espacio geográfico determinado, sino que a partir de la realidad del Distrito Judicial de Junín propondremos soluciones generales.



## **1.5. Delimitación del problema:**

### **1.5.1. Delimitación temporal:**

Como quiera que el nuevo sistema procesal penal regulado con el Código Procesal Penal del 2004, entró en vigencia en el Distrito Judicial de Junín el 01 de julio de 2015, el presente trabajo considerará desde dicho espacio temporal de investigación hasta diciembre de 2016.

### **1.5.2. Delimitación espacial:**

Sólo por ubicación física nuestra, la presente investigación tendrá lugar en el Distrito Judicial de Junín, que comprende las nueve provincias del departamento de Junín, la provincia de Tayacaja del departamento de Huancavelica y la provincia de Oxapampa del departamento de Cerro de Pasco, haciendo un total de once provincias en total; pero, por la naturaleza de la presente investigación, cualquier referencia obtenida en el Distrito Judicial de Junín solo será para generar una propuesta de carácter nacional, ya que al cuestionar de inconstitucionales los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal, su impacto no sólo será en la región Junín, sino de alcance nacional.

### **1.5.3. Delimitación social:**

Por la naturaleza del presente trabajo de un lado y de otro por la naturaleza jurídica del tema de investigación, abarcará las especialidades del Derecho Penal, del Derecho Procesal Penal, del Derecho Procesal Civil y del Derecho Constitucional. El Derecho Penal, porque allí se encuentran regulados los delitos contra el honor; en el Derecho Procesal Penal, porque sólo por medios de los mecanismos procesales establecidos en el Derecho Procesal Penal, se llegará a la finalidad que persigue el Derecho Penal; que al tratarse de un tipo de proceso sui géneris o mixto, en el ámbito del Derecho Procesal Civil, se analizará las implicancias de una inadmisibilidad, de la improcedencia, de los efectos de dichos institutos; mientras que en el Derecho Constitucional, encontraremos a los Principios Constitucionales.

### **1.5.4. Delimitación conceptual:**

#### **Debido proceso.**

Investigación con garantías a las partes sujetas en un proceso o procedimiento; sirven como fundamento de la legalidad de la investigación o proceso, como fundamento de que no se violó derechos de las partes procesales, finalmente como fundamento o bien para imponer una sanción o para absolver al imputado luego de las investigaciones del caso.

## **Derecho fundamental a la defensa.**

Es el derecho del cual goza toda persona, y está asociado a la legitimidad para obrar, que también implica para defenderse de los cargos que se le formula en su contra; sirve como una justificación constitucional y convencional, que toda persona goza del derecho fundamental a la defensa, de tal suerte, que una persona que es imputada de un hecho, tiene derecho a contar con su abogado de su libre elección desde el primer momento que es citado, lo que implica también en el campo administrativo, penal o civil, y en función a la observancia de este principio, un proceso se torna en justa o injusta.

## **Investigación.**

Toda indagación, para llegar a demostrar el objeto de investigación, pueden ser policial, fiscal y judicial.

## **Absuelto.**

Persona sobre quien pesó una acusación y resultó beneficiado con la absolución, es decir se le liberó de los cargos que pesaba en su contra, pero luego de un proceso regular.

### **Archivo.**

Decisión unilateral o forzada, por la que el representante del Ministerio Público, decidirá no formalizar ni continuar con la investigación preparatoria; o, en los procesos por querrela, la decisión del Juez Unipersonal de Juzgamiento, que libera de cualquier responsabilidad a una persona querellada.

### **Condena.**

Declarar culpable a una persona imputada luego acusada, y al momento de declarar su responsabilidad se determinará o fijará una sanción penal, como un medio de control social formal.

### **Derecho.**

Conjunto de principios y preceptos a que se encuentran sometidas todas las relaciones humanas en una convivencia en sociedad.

### **Derecho a la doble instancia.**

Derecho de las partes de un proceso en general y del proceso penal en particular, a recurrir ante una autoridad (es) superior (es) para que la

decisión de un juez inferior sea objeto de revisión, con el objeto de ser anulada, revocada o confirmada.

### **Garantías.**

Derechos que la Constitución reconoce a todos los ciudadanos, en todo tipo de trámites o reclamaciones.

### **Querellado.**

Persona contra quien se inició una querrela por ante el Poder Judicial, que previa observancia del debido proceso y las garantías del caso, al final de dicha investigación o bien puede ser objeto de condena o absolución.

### **Querellante.**

Persona que inicia la acción privada de la querrela, atribuyendo hechos a otra persona, buscando ser resarcido económicamente y a la par buscando la imposición de una pena.

### **Juicio.**

Acto público, en el que una persona acusada de la comisión de un delito, debe ser juzgado con la observancia de los principios de publicidad, contradicción, concentración, inmediación y oralidad.

## **Pena.**

La sanción que se impone a una persona acusada, después del juzgamiento y dicha sanción puede ser efectiva o suspensiva o con reserva del fallo condenatorio, sanción que según el caso también puede contener otras penas, como la inhabilitación, el pago de días multa, o la prestación de servicios a la comunidad.

## **Principios.**

Bases del sistema de todos los ordenamientos jurídicos, de allí que se dice que los principios no pertenecen a una determinada rama del derecho, sino que forman parte de todo el sistema de justicia.

## **Investigación judicial.**

En nuestro sistema procesal penal, se dice, a aquella investigación que ha sido formalizado, pero en los casos de las acciones por iniciativa privada, será el acopio probatorio que el Juez Unipersonal lo realiza.

## **1.6. Viabilidad de la investigación**

El presente trabajo de investigación es viable, para lo cual cuento con el asesoramiento de un docente de la Universidad Continental; asimismo, hemos encontrado buena predisposición de los jueces unipersonales de Junín y de los abogados para realizar las encuestas; como también, hemos encontrado con la anuencia de expertos (el asesor de la Alta Dirección de la Fiscalía General de Colombia, equiparable a la Fiscalía de la Nación del Perú y un Magistrado Superior de la Corte Superior de Justicia de Lima) para entrevistas en función al tema objeto de investigación.

## **1.7. Dificultades de la investigación**

No todo, ha sido color de rosa, también hemos encontrado dificultades en el proceso de desarrollo de la presente investigación, así, muchos abogados sobre todo, no querían brindarnos su tiempo para realizar la encuesta; que dicho trabajo, recién lo pudimos realizar gracias a una reunión convocada por la Sala Mixta de Tarma, superando así la dificultad indicada.

Otra dificultad, fue el tener acceso a los expedientes judiciales sobre los procesos especiales por acción privada; para verificar que por mera formalidad no subsanada se dispusieron archivamientos definitivos, sin la posibilidad de iniciar una nueva querrela por los mismos hechos; pese, a que la acción, no se encontraba prescrita, situación que

creemos afectó a los derechos o garantías del acceso a la justicia, a la tutela jurisdiccional efectiva, al debido proceso, al principio de elasticidad, etc.

### **1.8. Conveniencia de la investigación**

Es conveniente investigar?, o ¿para qué sirve la presente investigación?, con las interrogantes anteriores, queremos justificar la conveniencia de la presente investigación; de un lado, siempre resulta alentador realizar una investigación, y, es obvio, con mayor razón si se trata de un tema que a uno le apasiona; y al final, se pretende una modificatoria legislativa; de otro lado, en toda investigación, lo que el investigador busca es romper paradigmas; en el presente caso, el paradigma es que existe un proceso especial por acción privada (querellas), también existe la regulación legislativa, que cuando el querellante no cumplió con ciertas formalidades, va ser declarado inadmisibile; también, existe el paradigma, que si el querellante no cumple con subsanar las omisiones, el Juez Unipersonal Penal, va disponer el archivamiento en forma definitiva y además, existe la norma que prohíbe reiniciar otro proceso de querella por los mismos hechos; con el presente trabajo pretendemos, romper dichos esquemas procesales y demostrar su inconstitucionalidad.

Como ya lo precisamos líneas más arriba, con el presente trabajo nos vamos a enfrentar con las posturas de los autores del Código Procesal Penal, que en su gran mayoría son jueces o fiscales supremos en la actualidad; pero al tratarse de un trabajo



de investigación, queremos proponer una reforma legislativa al Código Procesal Penal, asumiendo, que la inobservancia de las formalidades, no puede estar por encima de la finalidad del proceso; además, las meras formalidades no pueden oponerse a principios como el de acceso a la justicia, a la tutela jurisdiccional efectiva, al debido proceso, etc.

### **1.9. Relevancia social de la investigación**

Igualmente, con esto quiero responder a la pregunta ¿cuál es la trascendencia para la sociedad?, creemos que la trascendencia es de vital importancia, como para no generar impunidad en los procesos por acción privada; generar propuesta para que se priorice a los principios de finalidad de un proceso, frente a la mera formalidad; y, por consiguiente, se restablezca la vigencia de los principios de acceso a la justicia, de tutela jurisdiccional efectiva, del debido proceso, del derecho a probar; de la proscripción de la arbitrariedad.

Creemos que, al disponer el archivo definitivo por mera formalidad, y, disponer la prohibición de reiniciar una nueva acción por los mismos hechos, constituye una forma de expresión de la arbitrariedad del Estado, manifestado por el poder del magistrado; a continuación, quisiéramos compartir el siguiente ejemplo:

“El día 29 de abril de 2017, Juan Pérez, le atribuye calificativos denigrantes por

medios de adjetivos como “rata, peste, pericote, etc” al funcionario público XX; este funcionario público, el 02 de mayo de 2017, demandó vía querrela a Juan Pérez; demanda que fue declarada inadmisibile el 5 de mayo; vencido los tres días, es el decir el 12 de mayo de 2017, XX intentó subsanar, pero el Juez Unipersonal de Juzgamiento dispuso el archivamiento definitivo de dicha causa penal”; XX, ya no puede reiniciar otra querrela por los mismos hechos.

Con el ejemplo anterior, hemos querido graficar, de cómo se cierra el acceso a la justicia por inobservancia de mera formalidad, cuando desde la acción ofensiva apenas han transcurrido 15 días, y el delito en sí recién prescribiría a los dos años.

Por ello consideramos que el presente trabajo tiene relevancia social, porque pretendemos cambiar la legislación, equiparar al sistema procesal civil, en el que el rechazo por la falta de cumplimiento de formalidades observadas, sólo acarreará el archivamiento de dicho proceso, pero más no así de la acción o del derecho a la acción,

que puede hacerlo valer en otra acción u otro proceso, porque su derecho aún está vigente, o sea, no ha prescrito.

### **1.10. Valor teórico de la investigación**

Es cierto, que la ley procesal está allí; que no han existido aún, trabajos de investigación que cuestionaron los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal; pero, los propios operadores del derecho como son los jueces unipersonales de juzgamiento, en las encuestas aplicadas han sostenido mayoritariamente, que dichas normas son inconstitucionales, por lo tanto, afectan al derecho o principio de acceso a la justicia, a la tutela jurisdiccional efectiva, al debido proceso, etc.

En un Estado, con garantías, con un sistema de justicia dentro del modelo acusatorio; mal podría retroceder el sistema, ya que incluso en los sistemas inquisitivo o mixto, no ha existido esta posibilidad del rechazo de la demanda y la prohibición de reiniciar una nueva demanda de querrela.

En consecuencia, rechazarse una querrela por mera formalidad porque el querellante no subsanó dicha observación implicaría generar impunidad; toda vez que se cierra la puerta del acceso a la justicia por una mera formalidad aun cuando el delito no haya prescrito.

La formalidad prima sobre la finalidad, lo cual se evidencia no debería ser lo correcto.

## **1.11. Hipótesis y variables de la Investigación**

### **1.11.1. Hipótesis General**

Los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 afectan al derecho de acceso a la justicia y fomentan la impunidad motivo por el cual ambos incisos son inconstitucionales.

#### **1.11.1.1. Hipótesis Específicas**

**Hipótesis Específica 1.** Los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 afectan al derecho de acceso a la justicia.

**Hipótesis Específica 2.** Los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 fomentan la impunidad.

### **1.11.2. Variables**

#### **1.11.2.1.1. Variable Independiente**

Los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004.

#### **1.11.2.1.2. Variable Dependiente**

Derecho de acceso a la justicia.

Fomentan la impunidad.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. Antecedentes**

##### **2.1.1. Antecedentes Internacionales**

###### **2.1.1.1. Derecho Penal Comparado**

###### **2.1.1.1.1. España**

En el Código Penal de España, los delitos contra el honor se encuentran regulados en el capítulo I del Título XI, entre los artículos 205 hasta el 216; entre ellas tenemos a la calumnia o falsa denuncia, estos delitos ameritan penas de prisión hasta dos años; además de multas; la injuria, que se comete mediante acción o expresión que

lesionan la dignidad de otra persona, también se encuentra regulada sus modalidades simples y agravadas; una nota resaltante es que los propietarios de los medios de comunicación, por las que se cometen estos delitos, también deben responder civilmente, en calidad de terceros responsables, esto es, para el pago de la reparación civil a fijarse.

#### **2.1.1.1.2. Argentina**

En el Código Penal de Argentina, los delitos contra el honor se encuentran regulados entre los artículos 109 al 117; entre ellas tenemos a la falsa denuncia, a la deshonra y desacreditación intencional, a la injuria, a la calumnia, delitos contra el honor cometidos por medio de la prensa, las injurias de los litigantes y abogados; en estos delitos, si existe una rectificación pública, el sujeto activo del delito quedará exento de responsabilidad.

#### **2.1.1.1.3. Colombia**

En la legislación penal colombiana, se encuentra regulada bajo la denominación de delitos contra la integridad moral, su regulación típica se encuentra desarrollada desde el artículo 220 al artículo 228, son similares a la legislación peruana, cuyos delitos son la injuria por imputaciones deshonrosas, la calumnia como una

imputación falsa de una acción típica; la novedad es que sí existen la injuria o calumnia indirecta, referidos a los medios de comisión, es decir los medios de comunicación masiva.

#### **2.1.1.1.4. Costa Rica**

Que conforme al 8 del Código Penal de Costa Rica, la acción penal se inicia a bien por el fiscal o por el ofendido en los delitos contra el honor; estos delitos se encuentran regulados entre los artículos 145 al 155; en cuanto a la tipificación tiene una similar redacción que la nuestra.

### **2.1.1.2. Derecho Procesal Penal Comparado**

#### **2.1.1.2.1. España**

Conforme al artículo 101 del Código de Procedimientos Penales de España, que la legitimación para el ejercicio de la acción penal privada, está reservada sólo para el ofendido o sus representantes, que en la práctica se convierten en acusadores particulares; la particularidad, es que en estos procesos participa el Fiscal proponiendo la reparación civil; también existe la posibilidad de la renuncia de la acción.



La legislación española en materia procesal penal, que, si bien en forma expresa no ha establecido el control de admisibilidad en las acciones por iniciativa privada; sin embargo, si revisamos el artículo 220 de la competencia del Superior Tribunal, existe el control de admisión; pero sí, en forma expresa se reguló, que de toda petición se pondrá en conocimiento de la otra parte para que los pueda contestar, refutar o contradecir. Finalmente, la inadmisión, no genera una prohibición de reiniciar una nueva demanda de querrela.

#### **2.1.1.2.2. Argentina**

Conforme al Código Procesal Penal, la iniciación de la acción penal o bien es pública o a instancia de parte o querellante particular; el querellante particular tiene activa participación en todas las diligencias, por ello se les notifica como parte interesada que es; que conforme a los artículos 415 al 423, se tienen regulados el derecho a la querrela la formalidad con que debe cumplir; cabe la figura del desistimiento expreso y tácito cuando no se impulsa durante sesenta días; cuando el querellante no concurra a la audiencia de conciliación, continua la misma, no es como el caso peruano que se tiene por desistido o abandonado; cabe la posibilidad de realizar una investigación preliminar para completar los datos que el querellante no pudiera conocer.

#### **2.1.1.2.3. Colombia**

Conforme al artículo 37 del Código de Procedimientos Penales de Colombia, la competencia para conocer sobre las querellas por los delitos contra el honor, son los jueces penales municipales; además, conforme al artículo 69 del citado Código, existe un control de admisibilidad, pero si no se subsanó en forma oportuna, cabe la posibilidad de realizar una nueva denuncia, pero por única vez, lo que significa que la inadmisión, no genera impunidad, no prohíbe reiniciar una nueva querella. Asimismo, existe la figura de la caducidad, que es de seis meses conforme al artículo 73, es decir si el ofendido no hiciera nada, transcurrido el plazo antes indicado, opera la caducidad de la acción.

#### **2.1.1.2.4. Costa Rica**

Según el artículo 22 del Código Procesal Penal, cabe la posibilidad de aplicar criterios de oportunidad; que por desistimiento, procede la conclusión de la investigación por querella; además, conforme a los artículos 72 al 74, la querella debe presentarse cumpliendo una serie de formalidades, aunque expresamente, no está regulada el control de admisibilidad; procede el desistimiento expreso y tácito; pero no existe la posibilidad de la prohibición de

reiniciar una nueva querrela, mientras no haya prescrito la acción penal particular.

## **2.1.2. Antecedentes Nacionales**

### **2.1.2.1. Tratamientos en los Códigos Penales del Perú**

#### **2.1.2.1.1. Código Penal de 1853**

En el Código Penal de 1853, se regularon los delitos contra el honor, entre las que, ya se encontró a la injuria, a la calumnia y la difamación, pero todos en su modalidad de simple; es decir no existía la modalidad por medio de la prensa, y las penas fueron de prisión; entre ellas, también ya se había tipificado la figura de la falsa denuncia dentro de los delitos contra el honor.

#### **2.1.2.1.2. Código Penal de 1924**

En este Código Penal, estos delitos se tipificaron en los artículos 186, 187, 188, 189, 190, 192 y 193; entre ellas, la modalidad de atribuir hechos falsos a otro; la difamación simple y agravada; así, como la injuria simple y agravada, como también las injurias recíprocas, las injurias entre litigantes o sus abogados, mediante sus escritos o discursos en sus intervenciones orales, así como la figura de la difamación encubierta.

### **2.1.2.1.3. Código Penal de 1991**

Es la que tenemos en vigencia y se encuentran reguladas desde el artículo 130 y siguientes, entre las que tenemos a la injuria, a la calumnia, la difamación; en este modelo se exige la prueba de la verdad de las imputaciones efectuadas al ofendido; como también se reguló las injurias recíprocas; en cuanto a la sanción penal va desde días multa y servicios comunitarios hasta penas privativas de la libertad.

### **2.1.2.1.4. Proyecto de Código Penal de 2016**

En este proyecto se ha mantenido la regulación establecida en el Código Penal de 1991, así como en cuanto a las penas a imponerse, por lo que no haremos mayores comentarios.

### **2.1.2.2. Tratamientos en los Códigos Procesales Penales del Perú**

El Código Procesal Penal de 2004 de corte acusatorio, ha recibido la influencia del Código Procesal Penal Italiano de 1989, del Código Procesal Chileno de 2000, del Código Procesal de Costa Rica del año 1996, del colombiano del año 2000, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 1997, legislaciones de mayor

trascendencia; pero, aún en menor porcentaje ha recibido la influencia de la legislación procesal penal alemana y anglosajona, en suma se constituyó una norma procesal penal acorde a las necesidades de la realidad peruana y así ponerse a nivel de los países del continente y con un sistema garantista, sintetizándose en tres aspectos los rasgos de este nuevo modelo procesal, que son:

- Una de las garantías del principio acusatorio es la separación de roles, en el que cada actor cumplirá su rol; así, la defensa con su papel, el Ministerio Público cumpliendo su rol para el que fue creado, y los jueces en calidad de garantes, en caso del Juez de Investigación Preparatoria o los jueces Unipersonal o Colegiado actuando solo en los juzgamientos de manera imparcial, esperando que las partes lleven sus pruebas para la actuación del caso y crearles el convencimiento para que así primen sus posturas; de un lado, exigiendo que se dicte sentencia condenatoria, y del otro que se dicte una sentencia absolutoria o eventualmente solicitando una pena mínima. Mientras que, en los procesos por acción privada, esa división de roles se manifiesta en los derechos del querellante, los derechos del querellado y el juez unipersonal de juzgamiento; en el que el querellante particular se convierte en una especie de acusador privado y el

querellado, en una especie de acusado, que se defenderá de los cargos en su contra.

- También es cierto que, en el sistema penal acusatorio, el juicio oral, es la fase medular o principal; sin embargo, en los procesos por acción privada muchos de los casos no llegan a dicha fase, por la inobservancia del principio de finalidad, limitando así el acceso a la justicia en el que podría debatirse a quien le asiste el derecho.
- Algo muy importante es que, en el nuevo sistema procesal penal, la imparcialidad, no es sinónimo de autoritario, la imparcialidad, no es sinónimo de mero formalista; sino que dicha condición esencial de la imparcialidad del juez, debe verse reflejado respecto no solo a las partes de la causa, sino sobre todo en el aspecto de la carga de la prueba o bien para crear convicción sobre la imputación efectuada o bien para absolver de la acusación del caso, que mejor aún, cuando debe crear derecho a partir de los principios; esto es, de encontrar conflicto entre el principio de formalidad y el principio de finalidad, preferir esta última, en aras de la vigencia de la garantía del acceso a la justicia, de la protección de la tutela jurisdiccional efectiva en beneficio del debido proceso etc.

- Así, desde los inicios de los códigos en materia procesal, no se tuvieron tan claro los roles de las partes, como en el nuevo sistema procesal penal implantado mediante el Código Procesal Penal de 2004; si esto es así, entonces con mayor razón deberán respetarse los principios, porque se trata de un Código basado en principios.

En consecuencia, para poder demostrar que, a lo largo de la historia procesal peruana, a pesar de la travesía por los diversos sistemas procesales penales que nos sucedió en la historia, como son el inquisitivo, el mixto y ahora el acusatorio, debemos resaltar los antecedentes o el desarrollo procesal que tuvo el Perú a lo largo de su vida republicana, en cuanto a la tramitación de las acciones penales por acción privada o las querellas; así tenemos:

#### **2.1.2.2.1. Código de Enjuiciamientos en Materia Penal de 1863.**

Es el primer Código en materia procesal penal, es el Código de Enjuiciamientos en Materia Penal de 1863, pese a que representó a un sistema inquisitivo puro, que significa según NEYRA FLORES (2010, pág. 77) "...inquirir que significa averiguar, preguntar, indagar...", y según DUCE y RIEGO (2009) "la utilización de este

sistema fue propio de los regímenes despóticos, absolutistas y totalitarios”, fue un sistema de acuerdo al tipo de gobierno que imperó; además, por la calidad o intensidad de la influencia española en el Perú; y cuyas características esenciales fueron:

- El proceso se dividió en dos fases, que fueron: el sumario o fase de la investigación o acopio probatorio, para demostrar la existencia del delito e identificar al delincuente; mientras que el plenario que representaba al juicio, que servía para comprobar la culpabilidad o inocencia del acusado.
- En este sistema inicial, se permitieron a los acusadores particulares, a la acusación popular y como es lógico a la acusación del fiscal que en muchas ocasiones o de acuerdo a los delitos o la gravedad de los mismos, era de carácter obligatorio y la actuación de oficio del juez.

Según el CODIGO DE ENJUICIAMIENTOS EN MATERIAL PENAL DE (1863), cuando se reguló la figura del acusador particular, precisamente nos referimos a las querellas o juicios populares por querellas, en el que se debatían hechos que afectaban el honor y la buena reputación del ofendido; pero no se reguló la posibilidad de archivar el caso por la falta de formalidades, sino todo



después de un debate sobre los hechos o conocido también después del debate probatorio.

- El procedimiento fue totalmente escrito. En otras palabras, se rigió por el principio de escrituralidad.
- Se permitió no una doble instancia, sino una triple instancia, es decir se podía apelar contra la sentencia del Juez, ante el Tribunal Correccional y de ésta se permitía el recurso de nulidad ante la Corte Suprema. Que incluso en las querellas las causas penales llegaban a conocimiento de la Corte Suprema.

Como ya lo precisamos, lo resaltante es que en este sistema inquisitivo, no se permitió la posibilidad de declarar archivado en forma definitiva frente a situaciones de falta de observancia de formalidades, sino que una vez admitida la querella, se notificaba a la parte querellada para que pudiese contestar la demanda y luego se abría a prueba por breve término y luego se citaba a juicio oral, contradictorio, pero privado, en el que podía concluir con un perdón, una disculpa, una transacción una desistimiento, o por inasistencia a la audiencia del querellante particular.

Entonces, si en el Código de Enjuiciamientos en Materia Penal de 1863, no existió la posibilidad de rechazarse con un archivo definitivo una querrela por inobservancia de la formalidad, mal puede ahora en plena vigencia de un sistema procesal garantista regularse tal posibilidad, por ello nuestra hipótesis se va probando, con el sólo análisis de los Códigos en materia procesal a través de la historia del Perú.

#### **2.1.2.2. Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920.**

Fue un Código de influencia francesa, resaltándose entre sus principales características lo siguiente:

- La acción penal fue solo pública, ejercitada por el denominado Ministerio Fiscal y de oficio, esto para los delitos llamados oficiales; mientras que, para los delitos que atentaban contra el honor, los debía realizar los particulares afectados, otra vez, convirtiéndose en acusadores privados y por lo tanto obligados a concurrir a la audiencia, bajo apercibimiento de rechazarse la demanda.

- Al igual que el anterior, el proceso se dividió en dos etapas, que fueron: la instrucción, que tenía por finalidad reunir los datos o hechos necesarios sobre aquel hecho considerado como delito, como también determinar a los autores y partícipes del mismo; y el juicio oral, que curiosamente ambas fases estaban dirigidos por un Juez; pero solo el juzgamiento a cargo de un Tribunal Correccional o un Jurado, esta última institución novedosa realmente nunca llegó a funcionar ni siquiera a componerse.
- Contra las sentencias procedía recurso de nulidad, pero lo más saltante de este modelo de 1920, incluso las querellas podían llegar a la Corte Suprema vía recurso de nulidad.
- Además, pese al escaso tiempo de vigor que tuvo, con una influencia distinta a la española como cultura dominante; sin embargo, en cuanto a los procesos por querella, se reguló la posibilidad de realizar el control de admisibilidad, pero, no así la posibilidad de la prohibición de reiniciar otra querella, si es que el proceso se archivaba por falta de cumplir con alguna formalidad, es decir, el querellante, sí podía iniciar otro proceso, si es que el caso se archivaba por mera formalidad. Si esto es así, creemos que, con mayor razón, a la luz de un sistema garantista la mera formalidad no puede oponerse a otros principios de vital

trascendencia, como el acceso a la justicia, la tutela jurisdiccional efectiva, el debido proceso, el derecho a probar, el derecho a accionar mientras mi derecho no haya prescrito, por cuanto hacer lo contrario, implicaba una limitación a dichos principios.

- Esto muy al margen, que, en la década de 1920, ni siquiera cobrara mayor importancia la observancia de los principios, que fueron adquiriendo relevancia constitucional y luego convencional después de la segunda guerra mundial; por lo que creemos una vez más, que nuestra hipótesis se va consolidando, y sustentar que los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal de 2004, son inconstitucionales.

#### **2.1.2.2.3. Código de Procedimientos Penales de 1939**

Como todo Código que se sucede en el tiempo, en esta ocasión se recibió la influencia española, que curiosamente aún, se encuentra vigente en los Distritos Judiciales de Lima, Lima Norte, Lima Este, Callao, Lima Sur y aún, continúan con su trámite algunas querellas en otros Distritos Judiciales en los que ya se encuentran el nuevo sistema procesal penal; es decir, aquellos que se iniciaron antes de la vigencia

del Código Procesal Penal de 2004; y entre sus principales características tenemos:

- También lo reiteró una vez más, que la investigación o proceso se lleva en dos etapas, es decir la instrucción de carácter reservada y puramente escrito y el juzgamiento que debía ser oral y público, pero lo oral también se plasmaba al papel vía las famosas actas del juicio oral; mientras que en las querellas éstas fueron de carácter privado.
- Los jueces de primera instancia, llamados inicialmente jueces instructores y más tarde jueces especializados en lo penal o jueces mixtos, de acuerdo a la naturaleza de cada provincia; eran los competentes para conocer la tramitación de las querellas, como acciones a petición de parte interesada.

En este sistema tampoco se plasmó la posibilidad de disponer la prohibición de una nueva querella por los mismos hechos, cuando se archivaba por cuestiones de formalidad.

#### **2.1.2.2.4. Código Procesal Penal de 1991**

De esta norma procesal solo entró en vigencia 22 artículos; pero cuando revisamos respecto a la regulación procesal del trámite de las acciones por acción privada, se reguló el control de admisibilidad, como una especie de control de formalidad, es decir equiparando a un proceso civil, en el que existe este mecanismo del control de admisibilidad; pero, no se reguló la posibilidad de la prohibición de reiniciar una querrela en base a los mismos hechos, esta prohibición, sólo alcanzaba a la figura del abandono, que procedía cuando el querellante no concurría a la audiencia de actuación probatoria. Esta parte del Código Procesal Penal de 1991, nunca entró en vigencia.

## **2.2. Bases Teóricas**

### **2.2.1. La inconstitucionalidad de la norma.**

En palabras de los profesores RUBIO CORREA, BERNALES BALLESTEROS Y PICÓ Y JUNOY, nos hacen referencia a que una norma es inconstitucional, cuando no ha sido dictada conforme a la constitución o desde la constitución; es decir respetando las normas y principios generales plasmadas en la Constitución; así, una norma puede ser inconstitucional de manera formal, es decir partiendo de las entidades o autoridades que los emitieron, tratándose así de autoridades incompetentes para emitir dichas normas; y por el fondo, es decir el órgano que

emitió o aprobó la norma es el correcto o legitimado; sin embargo, el contenido de la norma o parte de ella colisiona con la Constitución, y cuando ha de aplicarse la norma infra constitucional es que se debe preferir a la Constitución; en el caso concreto objeto de investigación, para nadie es un secreto que el Código Procesal Penal, sí es conforme a la Constitución, no solo porque recogió los principios y garantías que ya los contiene la Constitución, sino sobre todo porque responde a un programa constitucional de reforma procesal penal; sin embargo, en el extremo del proceso especial por acción privada, o querrela, es la que colisiona con principios que la propia Constitución los ha regulado ya sea de manera expresa o implícita; como son los conflictos del principio de formalidad con los principios de finalidad del proceso, entre otros.

En suma, una ley, norma o reglamento es inconstitucional, cuando colisiona con la Constitución en todo o en parte, así como lo dejó establecido el Tribunal Constitucional en el Exp. No 010-2002-AI/TC.

A lo largo de la historia judicial en el Perú, hemos tenido varias normas inconstitucionales, que una vez demandadas su inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional peruano se ha visto obligado a emitir sentencias relativas a las acciones de inconstitucionalidad o procesos de inconstitucionalidad, como ya lo precisamos líneas arriba, sólo citaremos a la Sentencia recaída en el Expediente No.

010-2002-AI/TC, mediante la cual el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional algunas normas de la legislación antiterrorista, por las razones que en la misma sentencia se explicaron en forma abundante.

### **2.2.2. La constitucionalidad de la norma.**

Las normas constitucionales, por el contrario, serán aquellas que se dictaron conforme a la Constitución y se encuentran sometidas a la misma; cuyo nacimiento tendrá lugar en los estamentos legitimados o competentes como por ejemplo el Congreso de la República, o por facultades delegadas al Ejecutivo; y serán las llamadas normas dictadas no solo respetando los principios y garantías establecidas en la Constitución, sino también que se encuentren expedidas de acuerdo al tipo de Estado, en función al respeto de la dignidad humana, y la finalidad de la norma según el programa constitucional.

Resumiendo, diremos que, una norma constitucional, es aquella que se encuentra en armonía con los postulados de la Constitución Política del Estado, los Instrumentos Internacionales, las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Sentencias de otras instancias internacionales, lo que se les denomina el control de convencionalidad, si responde a todo ello, una norma será constitucional.



### **2.2.2.1. El control de constitucionalidad.**

Existen modelos de control de constitucionalidad, y cuando nos referimos al control de constitucionalidad; estamos frente a los controles concentrado, difuso y dual de constitucionalidad, reconocidos por los sistemas constitucionales del mundo; como también es sabido, que solo cabe recurrir a los mismos, cuando se advierten conflictos entre normas generales o especiales infra constitucionales con las normas constitucionales, es decir con la propia Constitución Política del Estado.

Según BENABENTE CHORRES (2012, Pág. 132-135) ha sostenido que "(...) el sistema de control concentrado de constitucionalidad de las leyes se le conoce como el sistema europeo, en el que el sistema concentrado atribuye a un solo órgano la competencia con carácter exclusivo para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad de actos y normas jurídicas (...)", a estas formas de control constitucional, se adhiere un Estado, de acuerdo a los criterios regulados en sus Constituciones Políticas y por ende al tipo de Estado; en el caso peruano, según la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO (2017) este control se encuentra prevista en el artículo 51 de la Constitución Política del Estado, y es de competencia exclusiva del Tribunal Constitucional.

También siguiendo a BENABENTE CHORRES (2012 pág. 141) se sostiene que los “Estados Unidos e Inglaterra, encabezan la otra vertiente del control de constitucionalidad, en la que participan diversos órganos y no solo uno como en los países que han adoptado el sistema de control concentrado de constitucionalidad de las normas”, que en nuestra realidad, tenemos dos tipos de control de constitucionalidad, la concentrada que ya lo precisamos y la difusa, esta última forma de control se encuentra prevista en la segunda parte del artículo 138 de la Constitución Política del Estado, y está a cargo de los jueces del Perú, que en cada caso en particular realizaran el control constitucional inaplicando la norma que colisiona con la Constitución y sólo vincula a las partes en dicho proceso; mientras que el control concentrado es de carácter general, de obligatoria observancia, pero su vigencia es sólo después de la sentencia que lo declaró inconstitucional.

Como ya lo precisamos, el sistema peruano ha asumido las dos modalidades de control constitucional de las normas y por ello se dice que nos hemos adherido al sistema mixto, dual o paralelo; una reservada sólo al Tribunal Constitucional, conforme a los normas y alcances del artículo 51 de la Constitución, y, otra reservada a los jueces ordinarios, dentro de las facultades del artículo 138 de la Constitución.

### **2.2.2.2. El control de convencionalidad.**

Recurriendo a BENABENTE CHORRES (2012. pág. 234) “El objetivo de este tipo de control es el de lograr la efectiva vigencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al cual los ordenamientos nacionales se hallan obligados.(...)”, el Perú, es parte de los países que ratificaron y suscribieron una serie de instrumentos internacionales, y por lo tanto, asumió la obligación de respetarlos y mantenerlos en vigencia como parte de nuestro derecho interno, como lo dispone el artículo 55 de la Constitución Política del Estado, es decir, el Perú es un Estado que suscribió la obligación de someterse a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, motivo por el cual muchas decisiones judiciales, fueron sometidos a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en diversas ocasiones y casos el Estado Peruano ha sido objeto de sanciones, sólo bastará citar los casos conocidos como Barrios Altos, El Frontón, Castillo Páez, entre otros.

### **2.2.3. Los sistemas procesales penales**

Sólo como referencia, y para poder explicar si en dichos sistemas procesales cabía o no los contrales de admisibilidad, cuáles eran los

efectos de dichos controles y si los permitían o no el reinicio de un proceso por acción privada por los mismos hechos.

Según NEYRA FLORES (2010), en el mundo o en la historia del derecho procesal penal, han existido cuatro sistemas procesales penales, como son:

- a) El acusatorio antiguo,
- b) El inquisitivo,
- c) El mixto, y,
- d) El acusatorio moderno.

Por cuestión de interés al tema objeto de investigación resumiremos cada una de ellas, pero enfocando si existía regulación sobre el control de admisibilidad de las demandas por querellas.

#### **2.2.3.1. El Sistema acusatorio antiguo.**

A decir de Antonio Luís Gonzáles Navarro, citado por NEYRA FLORES (2010 pág. 60), *“El nombre del sistema se justifica por la importancia que en aquel adquiere la acusación, ella resulta indispensable para que se inicie el proceso, pues el acusado debe conocer detalladamente los hechos por los cuales se le somete a juicio”*; entonces

el tipo de sistema lo determina el tipo de Estado, el tipo de organización del Sistema de Justicia de un Estado determinado, el rol del representante del Ministerio Público, el rol de los jueces que resolverán el caso, etc.

En los sistemas antiguos del acusatorio puro o popular, sólo nos referiremos a algunas características de los mismos, como a la observancia de los principios de oralidad, concentración, inmediación, publicidad; juicios populares en las plazas públicas, con la participación de toda la colectividad; sin embargo, sobre los procesos por acción privada propiamente dichos, o sea las querellas, no se tiene mayor información, por lo que será innecesario abarcar más sobre este sistema; más aún, cuando se trata de un sistema puro, que rigió en los imperios antiguos como el griego, romano, germano, turco, incaico, etc.

Su auge, creemos que estuvo en los imperios; que cuando empezaron las conquistas, las colonizaciones, decayó el sistema para dar paso, a otro tipo de sistema, es decir al inquisitivo.

#### **2.2.3.2. El sistema inquisitivo.**

Este sistema procesal penal, ha tenido un amplio dominio en casi todo el mundo; con una marcada influencia de la religión que dominaba en los estados conquistadores, y creemos que la que dominó en su gran

mayoría fue con el auxilio de la religión católica; pero, reiteramos que no fue la única religión; por ello concluimos, que el sistema acusatorio antiguo se degeneró para dar paso al inquisitivo, propios de las formas de gobierno totalitarios, despóticos, específicamente dirigidos a cuidar o defender los intereses de los gobernantes o de las clases sociales dominantes que gobernaban con el miedo, los castigos crueles, con el auxilio de las religiones, y es en este sistema que realmente nacen los procesos privados, de las querellas; a la par se regularon en los códigos penales, mientras que en las leyes procesales se regularon su procedimiento.

En este sistema, la investigación y la sentencia se encontraban a cargo de una misma persona, el juez; es decir el mismo investigada con el acopio probatorio, para luego juzgar con la valoración de lo que él mismo acopió; resaltándose la figura de juez y parte; no nos detendremos en otros aspectos, sino solo en aquellos que tienen importancia para el presente trabajo de investigación, es decir sobre la regulación y tramitación de las querellas o procesos penales por acción privada.

En este sistema se tiene conocimiento, que con los códigos penales iniciales nacen las figuras jurídicas de los delitos contra el honor y la buena reputación, que el inicio de la acción penal, estuvo reservado al afectado o algún familiar del mismo; se formulaba la petición como una acusación particular, en el que, el querellante, en un solo acto debía ofrecer sus

pruebas para que se actúen en una fase llamada el juicio; este proceso, también fue un instrumento de sometimiento a los esclavos, para quienes sólo cabía la pena de muerte, incluso en estos delitos llamados muy simples.

En cuanto a su tramitación, inicialmente, no se regularon los controles de admisibilidad, a decir de JULIO MAIER (1996), este tipo de proceso sólo sirvió para la protección de los llamados hombres libres y honorarios, aún, cuando nunca se definió quiénes eran los hombres honorarios, de cómo se clasificaban a dichas personas, ni a qué estratos sociales pertenecían. Luego más adelante, se amplió el delito, identificándolo como delitos contra el honor; por ejemplo, así se encontró redactado este delito en los Códigos penales de 1853 y 1924 del Perú; por consiguiente, antes de 1853, a decir de ALBERTO BINDER (1999) dichas conductas fueron reguladas por la Ley de Indicas y por la legislación española.

#### **2.2.3.3. El sistema mixto.**

Cuando se terminaron las colonizaciones, por la sucesión de grandes acontecimientos, como el movimiento de los intelectuales, que según BINDER (1999), como la revolución francesa, la revolución o independencia de las trece colonias en Norte América, la influencia de

Napoleón Bonaparte, llega a su decaimiento el sistema inquisitivo para dar pase al sistema mixto; que no es otra cosa que una combinación entre el sistema acusatorio antiguo y el sistema inquisitivo, se entiende de lo mejor de cada sistema.

SAN MARTIN CASTRO (1999), sobre el particular, también ha referido que este sistema, acogió lo positivo del sistema inquisitivo y del sistema acusatorio popular; que, de un lado, se reguló una cierta división de roles, y de otra una forma de organización para la administración de justicia en materia penal.

Así, recogiendo los aportes del sistema acusatorio antiguo, combinando con los rasgos del sistema inquisitivo se construye el sistema mixto, que aún se encuentra en pleno apogeo en muchos países europeos, y en muchas realidades con apenas unas cuantas reformas están pasando al llamado sistema acusatorio.

Como se podrá ver, que, en ninguno de los tres sistemas antes indicados, se ha permitido ni regulado, es decir, ni normativamente, ni jurisprudencialmente, la posibilidad de prohibir un proceso por acción



privada, por la sola inobservancia del cumplimiento de formalidades; más, por el contrario, recurriendo al concepto de la inadmisibilidad dentro del proceso civil, se dio la posibilidad de que una vez rechazada la demanda por falta de ciertas formalidades observadas por el juez penal, se realizaba la devolución de los anexos y el sujeto legitimado podía iniciar una nueva demanda de querrela, claro está, mientras no haya prescrito su derecho de acción.

#### **2.2.3.4. Sistema acusatorio.**

Conforme a los postulados y principios que lo inspiran, es un sistema llena de garantías y principios, como bien lo señala ASECIO MELLADO (2016, pág. 33 y siguientes), en un Estado de Derecho, el proceso penal tiene sus funciones y está basado en principios y garantías, de tal suerte que el Código Procesal Penal de 2004, tiene un título preliminar, y en ella diez artículos, pero a la vez estamos seguros más de cincuenta principios que inspiran a todo el sistema procesal penal.

Si esto es así, al haberse regulado al proceso especial por acción privada, y en cuanto al control de admisibilidad regulado en el artículo 460 de la norma indicada; estamos de acuerdo sobre dicho control de admisibilidad, por la naturaleza jurídica de estos tipos de procesos

especiales; sin embargo, creemos, que frente a una situación de no cumplir con levantar las observaciones a las formalidades omitidas, no puede castigarse con la prohibición de reiniciar otra querrela con los mismos hechos, más aún, que conforme al ejemplo que propusimos líneas arriba, si mi derecho de acción aún no ha prescrito, pues puedo hacerlo valer en cualquier momento, porque el límite del Estado, es cuando en efecto ya prescribió.

#### **2.2.4. Principios y garantías**

Pero para nuestro trabajo de investigación, enmarcada dentro del derecho procesal penal, resulta necesario desarrollar algunos principios, ya sea los previstos en la Constitución Política del Estado, así, como los regulados en el Código Procesal Penal; por lo tanto, tenemos que partir analizando el contenido constitucional de los principios y garantías o denominado por la Constitución Política del Estado como “Principios y derechos de la administración de justicia”; por lo tanto, se recurrirá al artículo 139 de la Constitución, así, como a los contenidos en los artículos 1, 2, 3, 43, 138, 159, 166 y 200; porque todos ellos en conjunto inspiraron a este nuevo sistema procesal penal.

Como puede advertirse la gran mayoría de los principios ya se encontraron plasmados en la Constitución de 1979; que fueron recogidos y positivizados en la

Constitución Política actual; en consecuencia, pasaremos a desarrollar cada principio ya glosado:

### **2.2.4.1. Principios y garantías constitucionales**

#### **2.2.4.1.1. La defensa de la dignidad humana**

A este principio, debemos entenderlos como un principio general del derecho, y no sólo del Derecho procesal penal, civil o administrativo, para LANDA ARROYO (2010, pág. 186), el constitucionalismo de la posguerra incorporó la dignidad como un atributo esencial de la persona humana. Como ya lo precisamos líneas arriba, que luego de la segunda guerra mundial, es que se dictaron la gran mayoría de los instrumentos internacionales, y en todas ellas se encuentran o contienen principios y garantías que todos los Estados deben observar, y como es correcto, el sistema procesal penal no es ajeno a la observancia de los principios; para mayor ilustración tenemos al artículo 1 de la Constitución Política del Estado que estableció “*Defensa de la persona humana. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*”; que al encontrarse regulado de ese modo, entonces el respeto de la dignidad humana será de prevalencia y supremacía Constitucional; así también agregó

BERNALES BALLESTEROS (2012, pág. 86) sobre la dignidad ha sostenido que es, además, una premisa del estado democrático moderno que adquiere toda su potencialidad transformadora, cuando se la estudia en una perspectiva institucional no abstencionista, sino promotora de la persona humana; lo que se traduce en el respeto pleno de la dignidad, en la cual se busca ya no limitar y controlar al Estado y a la sociedad; sino, fomentar creando las condiciones necesarias en los frentes jurídicos, políticos, sociales, económicos y culturales, que permitan el desarrollo de la persona humana en dignidad; lo que implica también, con pleno respeto de sus derechos en todos los sistemas de la administración pública, y en particular en el sistema de justicia. Así la dignidad está vinculada directamente al respecto de los derechos fundamentales buscando integrarla y ponderarla con los diversos bienes jurídicos tutelados en la constitución; entonces, también a los procesos especiales por acción privada, es decir dicha protección, alcanza a los procesos por querellas.

La importancia de este principio, no solo es de contenido constitucional, sino convencional; por cuanto toda persona tiene derechos reconocidos por la propia Constitución, así como por los instrumentos internacionales y que, a lo largo de la producción de la

jurisprudencia, también han sido reconocidos en las diversas sentencias del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En consecuencia, al decir que en todo proceso habrá siempre intereses en conflicto, una parte que reclama una tutela jurisdiccional efectiva por parte del Estado y otra que se opone a dicha pretensión; este conflicto será entre personas, o de personas contra la sociedad, por ello concluimos que no existirá proceso alguno sin la participación de las personas, en los procesos penales de interés público, los fiscales, los jueces para resolver las controversias; los abogados, que servirán para asumir el reto de la defensa de las partes involucrada en el conflicto; los imputados, contra quienes pesan los cargos; el actor civil, para reclamar la pretensión económica como consecuencia del delito.

#### **2.2.4.1.2 El principio de igualdad ante la ley**

Este principio se encuentra positivizado en la primera parte del inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, cuando se lee *“toda persona tiene derecho a: 2. A la igualdad ante*

*la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole*” y según ABAD YUPANQUI (2005, pág. 83), el principio de igualdad ante la ley, es un postulado universal, que se manifiesta en todas las esferas del Estado democrático; que se encuentra en relación directa con el principio que anteriormente sustentamos; con este principio, lo que la Constitución Política ha hecho es reconocer a todas las personas en calidad de iguales ante la Ley, que no debemos realizar distinciones por ninguna razón, ni cultural, ni racial, ni por creencia, etc., en palabras del Dr. BERNALES BALLESTEROS (2010, pág. 100) *“es correcto decir que una de las grandes riquezas del ser humano es que cada uno de nosotros es diferente en muchos elementos. Sin embargo, al propio tiempo, la humanidad considera actualmente que la unidad básica está en la pertenencia a la misma especie, participando todos de las mismas condiciones y calidades que configuran al ser humano. Este es el núcleo central determinante de derecho. Entonces la igualdad ante la ley no borra las diferencias naturales, sino que establece una igualdad básica de derecho, a partir de la cual podemos realizarnos mejor en medio de nuestras dificultades”*; por ello se sostiene que la igualdad ante la ley, significa que, frente a una situación concreta, a la hora de aplicar la ley no podrá realizar distinciones por sus

cualidades personales, a menos que existen otras razones objetivas que hagan variar en la aplicación de la ley.

#### **2.2.4.1.3. Principio de elasticidad.**

Que si bien, como principio no se encuentra reconocido expresamente ni en la Constitución Política del Estado, ni en los Códigos Procesales; sin embargo, fue reconocido por el Tribunal Constitucional, en su calidad de supremo intérprete de la Constitución, esto en base al artículo 3 de la carta magna; en consecuencia, así lo tenemos plasmado en el fundamento 9º de la sentencia recaída en el Expediente No 04968-2014-PHC/TC, cuando en forma textual se estableció “(...) *bajo el umbral del principio procesal de elasticidad en virtud del cual los jueces constitucionales deben adecuar las exigencias de las formalidades previstas en el Código Procesal Constitucional, al logro de los fines de los procesos constitucionales, y del principio de economía procesal que ordena tratar de obtener la maximización de los resultados materiales del proceso con el mínimo empleo necesario de actividad procesal (...)*”, entonces, si el propio Tribunal Constitucional, ha reconocido al principio de elasticidad, que opera sólo cuando existe conflicto entre el principio de formalidad y el

principio de finalidad, pues deben preferirse la última; si esto es así, este principio, consideramos que también debe ser de aplicación a los procesos por acción privada, es decir en las querellas, en las que se disponen los archivamientos por mera formalidad, renunciando a la finalidad del proceso.

#### **2.2.4.1.4. Al principio de legalidad.**

Para el derecho penal, no existe ni puede existir una sanción por un hecho que previamente no se encuentra prevista en la ley penal material, así el artículo II del Título Preliminar del Código Penal; el CODIGO PENAL (2008, Pág. 45) ha establecido que *“nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidos en ella”*; que como principio general del derecho penal, contiene otros sub principios, como por ejemplo la legalidad de la pena, la legalidad de la acción típica; mientras que, en el plano procesal se puede indicar a la legalidad probatoria, a la legalidad de imputación, a la legalidad del sujeto legitimado, a la legalidad de la titularidad de la carga probatoria, etc; por lo que este principio general del derecho penal y procesal penal, tiene contenido constitucional por cuanto en el



apartado d) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución se plasmó así *“nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”*; de las dos citas materia de comentario y análisis, queda claro, que solo por ley pueden crearse delitos y faltas; así, como sólo por ley pueden generarse tipos de procesos, como los procesos especiales por acción privada o querrela; pero si el principio de legalidad procesal o penal, colisiona con el principio de legalidad constitucional, pues ha de preferirse a esta última; por el principio de jerarquía normativa, y armonización de los sistemas infra constitucionales con el programa constitucional general; entonces, sólo por ley se deroga otra ley, como lo ha previsto también en el artículo I del Título Preliminar del Código Civil, y citamos a esta norma, por contener un principio general del derecho, así la ASOCIACION NO HAY DERECHO (2002, pág. 1), ha sostenido que *“la ley se deroga solo por otra ley. La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquella”*, esto comentando los alcances del artículo I del Título Preliminar del Código Civil.

También resulta válido que alguien cuestione lo resuelto por el Tribunal Constitucional; sin embargo, ya XIOL RIOS (2009, pág. 81) ha sostenido que la jurisprudencia en su acepción originaria ha pasado a su significado actual, por la que incluso se puede crear derecho.

Que, cumpliendo con el principio de legalidad procesal, tenemos al artículo 460 del Código Procesal Penal, que estableció “(...) 1. Si el juez considera que la querella no es clara está incompleta, dispondrá que el querellante particular, dentro de tercer día, aclare o subsane la omisión respecto a los puntos que se señale. Si el querellante no lo hiciere, se expedirá resolución dando por no presentada la querella y ordenando su archivo definitivo. 2. Consentida o ejecutoriada esta resolución, se prohíbe renovar querella sobre el mismo hecho punible”; sin embargo, esta legalidad procesal, no puede encontrarse aislada de la aplicación de otros principios, o, en otras palabras, su optimización, dependerá del respeto y la aplicación de otros principios, como el de acceso a la justicia, la de la tutela jurisdiccional efectiva, la del debido proceso, la del derecho a probar, etc. Sólo si el principio de legalidad se encuentra armonizado con los principios antes indicados, diremos que la norma es constitucional, en caso contrario, la norma será inconstitucional.

#### **2.2.4.1.5. Principio de acceso a la justicia.**

En un Estado democrático de derecho, el derecho o principio de acceder a los servicios del sistema de justicia, es consustancial a la propia existencia del ser humano, es decir es una variante de la dignidad humana, toda vez que, el derecho a acceder a la justicia, como un derecho espectacioso, sólo estará condicionada a que el derecho de acción, no se encuentre obstaculizada por el transcurso del tiempo, es decir que no se encuentre prescrita; y la prescripción, como instituto jurídico del derecho material, será la imposibilidad de reclamar algo, por el mero transcurso del tiempo, siempre que tuvo la oportunidad de acceder a la justicia; en otras palabras, por su inacción, es que se castiga con la prescripción.

En los casos, que su derecho de acción no esté prescrita o caducada, el acceso a la justicia, no puede ser restringido con ningún mecanismo ni legal, ni jurisprudencial; pero en los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal, se ha regulado normativamente que si el querellante no cumple con subsanar alguna omisión de formalidad, el castigo es que existe una prohibición de reiniciar una nueva querrela por los mismos hechos;

por ello consideramos que dichas normas son inconstitucionales, por presentar una forma de restricción del derecho al acceso a la justicia.

#### **2.2.4.1.6. Principio de tutela jurisdiccional efectiva.**

La observancia del debido proceso o debido proceso legal, no solo deviene a ser un principio general del derecho, sino que en la actualidad es considerada como un derecho fundamental de la persona, que, frente a una situación dada, que como titular de derechos, para que los mismos sean reconocidos, reivindicados o restituidos, es que se acude ante los tribunales de la administración de justicia, en busca de tutela efectiva; es decir, ahora es un derecho innato a toda persona.

Sobre el particular, QUIROGA LEON, en su obra “Las Garantías Constitucionales del Debido Proceso y de la Tutela Jurisdiccional Efectiva en España.- En Revista Jurídica del Perú, Año XVI, N° 2” ha indicado que *“define el debido proceso legal como la institución del derecho Constitucional Procesal, que identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso judicial jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, justicia y legitimidad de su resultado”*; este principio, que no solo cuenta con el reconocimiento constitucional, sino también

convencional o internacional, por ello se pueden leer en: a) en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, b) en los artículos 9.4, 14.1 y 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, c) en el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, d) en los artículos 8.1, 8.2 y 8.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros instrumentos.

Entonces, como derecho de expectativa, está la de recurrir ante los órganos jurisdiccionales solicitando tutela, tutela para que un derecho del recurrente se le respete o reconozca o reivindique y todo esto dentro de las garantías de un debido proceso.

Este principio, no es propio del sistema penal o procesal penal, en la actualidad su observancia es obligatoria en todos los tipos de procesos, entre ellos en los procesos civiles, en los procedimientos administrativos, en los procesos laborales, en los procedimientos arbitrales, en los procesos ante el fuero privativo militar.

Por lo que, mientras esté vigente mi derecho de acción, por cuanto no ha operado la prescripción o la caducidad conformes a las reglas del Derecho Civil, o, cuando el delito aún no ha prescrito

conforme a las reglas establecidas en los artículos 80 y 83 del Código Penal, mal se puede limitar el acceso a la justicia, y que constituye una clara afectación al principio de la tutela jurisdiccional efectiva; que en esas condiciones de análisis, de que cualquier norma que restrinja derechos o principios deben ser declarados inconstitucionales, por lo que los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal, devendrían en inconstitucionales, por las siguientes razones: a) por el hecho de colisionar con los principios de dignidad humana, el derecho de acceso a la justicia y la tutela jurisdiccional efectiva, así como al principio de igualdad; más aún, si se prohíbe reiniciar cualquier proceso por querrela, basada en los mismos hechos que generaron el archivo inicial.

#### **2.2.4.1.7. Principio de derecho a probar.**

Este principio se manifiesta, cuando se ha activado algún aparato del Estado, para discutir temas de controversia, en ese itinerario, el que alega ciertos hechos, está en la obligación de probarlos, y para ello, si demandada una querrela, pues ofrecerán sus medios probatorios con qué probar su pretensión; eventualmente, el querrellado, tiene el mismo derecho por cuanto cuando contradiga los argumentos de la querrela, pues se encuentra en la obligación de probarlos; similar situación ocurrirá en los

procesos penales y civiles, así como en los procedimientos administrativos.

Por lo que al limitarse un proceso por acción privada incluso disponiendo el archivamiento definitivo, más la prohibición de reiniciar cualquier querrela por los mismos hechos, también implícitamente se afecta el derecho a probar de parte del querellante particular.

#### **2.2.4.1.8. Principio a la presunción de inocencia.**

A decir de ABAD YUPANQUI (2005, pág. 138), este principio se encuentra regulado en el apartado e) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, así como en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, como también se encuentran regulados en los instrumentos internacionales, de allí que en la actualidad es un principio general del derecho público sancionador, incluso el administrativo; sin embargo, tiene algunas aristas ya en su aplicación práctica; de otro lado, este principio por razones de utilidad o aseguramiento, se va a ver restringido, cuando se dicten las famosas prisiones preventivas; en estas situaciones particulares como que desde las prisiones preventivas ya se ven restringidos

estos derechos; pero seguramente esto ocurre, por la abundancia probatoria que afectará de forma inmediata a este principio de presunción de inocencia; además, en estos casos no implica que el procesado ya está condenado, sino que por razones especiales o por motivos de estricta necesidad (peligro de fuga, obstaculización a la investigación, sin arraigo personal ni familiar, etc.) debe resguardarse o asegurarse su presencia para que la ejecución de la sentencia sea efectiva, entro otros motivos, léase por ejemplo la sentencia del Tribunal Constitucional N° 02487-2007-PA/TC; asimismo, para quebrantar al principio en comentario, se recurrirá a otro principio, esto es, al principio de excepcionalidad.

#### **2.2.4.1.9. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.**

Este principio, sustenta de que solo a los órganos jurisdiccionales del poder Judicial, se les está facultado constitucionalmente la potestad de administrar justicia por intermedio de los juzgados de distinto nivel o jerarquía; para nuestro tema, el órgano judicial legitimado o competente son los jueces unipersonales de juzgamiento, quienes realizan desde el control de admisibilidad, el desarrollo de la audiencia única, la actuación probatoria, la deliberación y sentencia, sólo en los casos de las



apelaciones, cumpliendo con el principio de la doble instancia, será de conocimiento de las Salas de Apelaciones.

Con la decisión de las Salas de Apelaciones, se cumple con agotar la segunda instancia o doble conformidad, no pudiendo existir otra vía; sin embargo, en la práctica, existen casos que han llegado hasta la Corte Suprema de la República, e incluso hasta el Tribunal Constitucional, claros ejemplos de nuestras afirmaciones son los conocidos como Magaly Medina versus Paolo Guerrero o Magaly Medina versus Mónica Adaro.

#### **2.2.4.1.10. La publicidad de los procesos judiciales.**

La regla en los procesos judiciales, es la publicidad; sin embargo, existen procesos judiciales en los que la publicidad están proscritas por criterios de respeto a la dignidad humana de las partes o al honor de las partes; en el ámbito penal, los procesos deben ser públicos, salvo las de acción popular y las que afectan a la intimidad de la víctima, como son los delitos de violación sexual; mientras que, la querrela en las que puede afectarse derechos fundamentales como el honor, pueden ser también privados.

Este principio, contiene a su vez a otros subprincipios –para algunos o principios únicamente para otros-, como la inmediación, la oralidad, la concentración, que a la larga son principios propios del Derecho Procesal; para MONROY GALVEZ (1999, pág. 84) este principio se justifica porque *“la actividad procesal es una función pública, en virtud de lo cual constituye una garantía de su eficiencia que los actos que lo conforman se realicen en escenarios que permitan la presencia de quien quisiera conocerlos. El servicio de justicia debe dar muestras permanentes a la comunidad de que su actividad se desenvuelve en un ambiente de claridad y de transparencia. Por ello, no hay mejor medio de convertir en actos públicos todas sus actuaciones. Este conocimiento por parte de los justiciables de la actividad judicial, les concede la seguridad de que el servicio se brinda correctamente”*; lo que corrobora lo ya expuesto en los acápites anteriores; mientras que para BERNALES BALLESTEROS (Ob. Cit. Pág. 676-677) la publicidad *“es la necesidad de no negar a conocimiento público la actuación de los órganos jurisdiccionales que administran justicia. En una sociedad cada día más dependiente de la información y del conocimiento inmediato de los hechos que otorgan revolucionarios métodos informativos, sería un verdadero despropósito implementar procedimientos reservados o privados, por lo demás, están alejados de la realidad social y de la participación ciudadana, que siempre es*

necesaria para un adecuado desempeño de la administración de justicia”; el fundamento central de este principio, es que la sociedad debe conocer la forma de cómo se administra justicia, qué calidad de magistrados tiene el Estado, cuál es la actitud y comportamiento de los señores abogados, como también para conocer la actitud y comportamiento de los ciudadanos en conflicto.

Mientras que, en los procesos por responsabilidad de funcionarios y servidores públicos, como los delitos de peculado, colusión desleal, corrupción de funcionarios, concusión, exacción ilegal, entre otros; así como por los delitos que se cometieron por medio de la prensa, ya sea escrita o hablada, estos siempre deben ser públicos.

La garantía de la publicidad, ya lo indicamos, que tiene varias finalidades, desde el comportamiento procesal de las partes en conflicto, así como para saber y conocer los comportamientos procesales de los jueces y fiscales, que, en buena cuenta, cumple una función de control social informal hacia el sistema de justicia; para que también los propios magistrados sepan que están siendo controlados por la opinión pública, evaluados informalmente sobre sus actividades y desarrollo en la resolución de casos, etc.

#### **2.2.4.1.11. La motivación de las resoluciones.**

Aunque la norma constitucional precisa a una motivación escrita de las resoluciones –léase el inciso 5º del artículo 139 de la Constitución Política del Estado-; sin embargo, estando a que en nuevo sistema procesal penal –también ya en el laboral- uno de los principios es la oralidad, entonces las resoluciones que dentro de dicho proceso se emiten también son orales –por lo menos en su gran mayoría, con las salvedades del caso-, entonces hablar de motivación escrita, como que quedó en desuso; lo que sí cabe aclarar es que cuando la norma constitucional hace referencia a la motivación, pues entendamos que se refiere en todas sus formas de emisión de las resoluciones; pues en ese sentido también ya existen pronunciamientos de la Corte Suprema de la República y el Tribunal Constitucional.

#### **2.2.4.1.12. La pluralidad de la instancias.**

Al tratarse de instancias, este principio también se encuentra asociado al derecho procesal, en el que la parte afectada o que sufre agravio con una determina resolución tiene expedito su derecho hacer uso de los medios impugnatorios; siendo esto así, en cuanto a la pluralidad de instancias, debemos tener mucho cuidado, que no

todas las resoluciones –decretos, autos y sentencias- pueden ser objeto de doble instancia, que por su naturaleza jamás se podrá apelar un decreto; sin embargo, en el caso de las sentencias es una regla general que procede la doble instancia; mientras que para los autos, se deben especificar que solo cabrá recursos de apelación o casación en los casos expresamente fijado por la ley procesal, salvo los casos excepcionales; que como principio, la doble instancia contiene también limitaciones de acuerdo al tipo de resolución que se va a cuestionar.

Entonces para nuestra investigación, solo cabe la doble instancia contra las sentencias –ya sean condenatorias o absolutorias-; contra los autos que pongan fin a un proceso no procederá la doble instancia, así tampoco procederá cuando la propia ley procesal lo prohíbe expresamente, esto tiene su sustento en lo siguiente, si el nuevo proceso penal garantista, tiene por finalidad la observancia del principio de la celeridad procesal, así como del principio de economía procesal, entonces admitir en doble instancia contra todos los autos, devendría en un contrasentido, por cuanto por un lado se pretende una celeridad, con eficiencia y eficacia, por otro se estaría propiciando una dilación innecesaria, haciendo uso y abuso de los medios impugnatorios; pero que, curiosamente son usados muy a menudo en los procesos por

querellas, por ello es que llegan sus tramitaciones hasta la Corte Suprema, y en muchas ocasiones incluso hasta el Tribunal Constitucional, estas malas prácticas, se deben desterrar.

Nos formularemos la siguiente pregunta para seguir cavilando sobre este principio ¿frente a un rechazo por inobservancia de requisitos de forma, y la prohibición de reiniciar una nueva querella sobre los mismos hechos, cabe algún recurso o acción?; en primer lugar cabe la apelación, pero como quiera que se trata de un aspecto normativo, estamos seguros que la Sala de Apelaciones va confirmar dicha resolución; entonces, desde nuestro punto de vista cabe alguna acción o impugnación?, creemos que sí; en consecuencia, los abogados de la defensa libre no solo tienen que ser creativos, sino sobre todo pensar desde la Constitución y conforme a los criterios convencionales, de tal suerte que la acción a iniciarse sería un proceso constitucional de amparo, fundamentando en situaciones como la negativa del acceso a la justicia, la afectación a la tutela jurisdiccional efectiva, afectación al debido proceso ya que con el archivamiento se estaría generando impunidad; aún, cuando ya sabemos que el juez constitucional de primera instancia va declarar improcedente, que confirmará dicha improcedencia los jueces de la Sala Civil; empero, en el Tribunal Constitucional, se esperaría que se reinterpretase la norma en cuestión, o bien pueden entrar a tallar

sobre el fondo del asunto y dejar abierta la puerta para que se inapliquen las normas indicadas. Hasta la fecha de culminación del presente trabajo de investigación, no existe un solo proceso constitucional promovido con este fin.

#### **2.2.4.1.13. La de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.**

Es un principio general del derecho, que desde su lectura se advierte que no se puede dejar de administrar justicia ya sea por vacío normativo o por deficiencia de la propia norma; así las cosas, debemos entender que el vacío está referido a la existencia de posibilidades de que hechos fácticos en cuestión no hayan sido regulados en la norma, a decir del profesor RUBIO CORREA (1997, pág. 75) que precisó, que *“el vacío de derecho, en el sentido que la Constitución utiliza el término, contiene dos elementos: la ausencia de la norma y la necesidad de que ella exista”*; en estos supuestos los magistrados se ven en la imperiosa necesidad de llenar dichos vacíos; pero no solo los magistrados, sino también es papel de los abogados y fiscales proponer la aplicación de principios.

De otro lado, la norma constitucional ya citada, también nos refiere a la deficiencia de la norma o ley, lo que puede ocurrir, o bien la norma en sí contiene enunciados contradictorios, ambiguos u oscuros; sin embargo, el Juez está obligado a administrar justicia, para completar estos vacíos o deficiencias, se deben recurrir o tener en cuenta y recurrir a las diversas formas de interpretación de la ley, así como a la aplicación de los principios generales del derecho.

#### **2.2.4.1.14. Principio de favorabilidad.**

Este principio, es para ubicar la aplicación de la norma material; sin embargo, creemos que también es de arribo para la aplicación de la norma procesal, ya en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional, ha interpretado este principio de favorabilidad en el plano procesal penal, sobre el particular tenemos a las siguientes sentencias sobre el plazo para interponer la queja de derecho en los archivos preliminares, en las investigaciones a cargo del Ministerio Público, Exp. No. 02445-2011-PC/TC del 14 de marzo del 2014 el Tribunal Constitucional en su fundamento noveno ha precisado que dicho plazo debe entenderse que es de cinco días, más aún, teniendo en cuenta el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y en atención al principio de favorabilidad prevista por el artículo 103 de la



Constitución Política del Estado, además del derecho a la tutela procesal de las partes contenida implícitamente en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal vigente, el suscrito se adhiere a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, aún, cuando dicha sentencia no sea vinculante, empero deviene en relevante, postura reiterada en las sentencias recaídas en los Exps. Nos. 04426-2012-PA/TC del 15 de enero del 2014 y 02265-2013-PA/TC del 13 de agosto del 2014.

Así establecida la postura del Tribunal Constitucional en materia procesal penal, y no un principio de favorabilidad en beneficio del imputado, sino en beneficio del denunciante o agraviado, al permitírsele que interponga su queja de derecho en el plazo de cinco días, pese a que el artículo 12 de la Ley Orgánica del Ministerio Público ha previsto un plazo de tres días; entonces, bien también pudo el Tribunal Constitucional haber emitido un pronunciamiento sobre la aplicación favorable al querellante, esto es, sobre la aplicación del artículo 460 incisos 1 y 2 del Código Procesal Penal; lo que pasa es que el Tribunal Constitucional, no tuvo la ocasión de pronunciarse sobre este particular, porque no llegó a su competencia caso alguno, bajo la vigencia del Código Procesal Penal de 2004.

#### **2.2.4.1.15. El de no poder revivir procesos fenecidos.**

Que si bien es cierto, que este principio es una garantía general, por cuanto si un proceso feneció por cualquier medio, ya sea por prescripción de la acción penal, o sea por muerte del procesado, por la inacción del Estado en un tiempo determinado; por motivos de sobreseimiento definitivo, lo que implica que frente al requerimiento del representante del Ministerio Público, para archivar una causa penal por cuanto o bien no se acreditó el delito, o no existe medios probatorios que sirvan de soporte o sustento, o bien porque no se demostró la responsabilidad del imputado, el Juez de Investigación Preparatoria es del mismo parecer y dispondrá su correspondiente archivamiento en forma definitiva.

En sentido similar, cuando no se ha cumplido con subsanar la omisión de mera formalidad en el plazo de tres días, en las querellas, el juez unipersonal penal, va disponer su archivamiento definitivo e incluso se prohíbe iniciar una nueva demanda de querella por los mismos hechos.

De allí que surge la siguiente interrogante, ¿Cuándo estamos frente a un proceso fenecido?, ¿el mero archivo por la inobservancia del principio de formalidad conlleva a sostener que estamos frente a un proceso fenecido?; que si, consideramos que el proceso especial

de querrela, es de naturaleza mixta, con una parte de contenido penal y otra de contenido civil; y, en cuanto a su procedimiento, es eminentemente de naturaleza civil, entonces el mero archivo por formalidad, no es considerado un proceso fenecido, porque sólo se declaró inadmisibile una demanda, es decir nunca nació un proceso, al no haberse admitido una demanda; por lo que, existe otra razón más, para sostener que una vez archivada la querrela por mera formalidad, pues debe caber la posibilidad de reiniciar una nueva demanda de querrela cumpliendo con toda la formalidad exigida por el Código Procesal Civil.

Sólo equiparando a lo antes expuesto, si, en cuanto a la decisión del Fiscal de archivar una causa, o bien no es objeto de queja de derecho o que pese de haberse interpuesto la correspondiente queja de derecho ésta fue declara infundada; puede caber algún tipo de amparo de este principio, es decir si no se puede reabrir el caso, a denunciar nuevamente sobre el mismo hecho; y, según la postura asumida por el Tribunal Constitucional peruano, en estos casos estaríamos frente a una cosa decidida fiscal; sin embargo, de no haberse analizado los planos de tipicidad, o de no haberse valorado medios probatorios fundamentales, o que no se tuvo el conocimiento de la existencia de estos medios probatorios en forma posterior, pues nada impide a que se formule denuncia

nuevamente, hecho que obviamente no afectará al principio en comentario, porque se trata de un reexamen de los hechos ya investigados.

Si esto, es permisible en el ámbito penal o procesal, entonces por qué no en un proceso de carácter civil, como son las querellas.

#### **2.2.4.1.16. El de no ser privado del derecho a la defensa.**

El derecho a la defensa, como derecho fundamental es de connotación internacional, con protección convencional, por cuanto este derecho se encuentra plasmado en todos los instrumentos internacionales, o trámites ante las distintas Cortes, llámese la Corte Interamericana, o la Corte Penal Internacional, o en todos los tribunales o espacios de juzgamiento de los países firmantes de dichos instrumentos; de allí, que en el ámbito penal si un imputado no tiene defensa técnica el Estado tiene el deber de proveerle uno; por lo que al limitarse el acceso a la justicia con un archivo liminar por falta de alguna formalidad en las querellas, también consideramos que afecta el derecho a la defensa, más aun, cuando se prohíbe el reinicio de una nueva querella por los mismos hechos, generando impunidad; sobre este particular, BERNALES

BALLESTEROS (Ob. Cit pág. 690) indicó que “se pueden consignar, entonces, hasta tres características del derecho de defensa: a) es un derecho constitucionalmente reconocido, cuyo desconocimiento invalida el proceso; b) convergen en él una serie de principios procesales básicos, a saber: el principio de inmediación, el derecho a un proceso justo y equilibrado, el derecho de asistencia profesionalizada y el derecho de no ser condenado en ausencia; c) un punto central es el beneficio de la gratuidad en juicio, que surge como consecuencia del principio de equidad. El juzgador debe garantizar que las partes en un proceso tengan una posición de equilibrio entre ellas, es decir, sin ventajas”; por lo que se amplía el horizonte de este principio; mientras que para RUBIO CORREA (Ob. Cit Tomo V, pág.104), este derecho “tiene dos significados complementarios entre sí: el primero consiste en que la persona tiene el derecho de expresar su propia versión de los hechos y de argumentar su descargo en la medida que lo considere necesario (...), el segundo, consiste en el derecho de ser permanentemente asesorado por un abogado que le permita garantizar su defensa de la mejor manera desde el punto de vista jurídico”; que si bien es cierto, que ninguno de los autores citados, han hecho referencia al proceso especial por acción privada, como son las querellas, pero al tratarse de un principio general y principio constitucional, pues

válidamente se puede interpretar en beneficio del querellante, o simplemente en beneficio de la finalidad del proceso.

#### **2.2.4.1.17. El principio del control constitucional.**

Nuestro sistema constitucional, ha considerado la figura del control constitucional de las leyes, así, se han plasmado las formas de control constitucional contra las leyes infra constitucionales, y hemos acogido dos formas de control constitucional, que son:

- a) Control concentrado, solo a cargo del Tribunal Constitucional, y,
- b) El control difuso, reservado a todos los jueces del sistema formal del sistema de justicia.

### **2.2.5. Otras teorías**

#### **2.2.5.1. Teoría de los derechos implícitos**

Desde la postura del control convencional, y desde la óptica del Tribunal Constitucional peruano, esta institución ha dejado establecido que

en la Constitución Política del Perú, existen derechos innominados, por lo tanto su conocimiento es de vital importancia para su adecuada interpretación en su conjunto, esto es, partiendo del contenido del artículo 3 de la Constitución, que en palabras de RUBIO CORREA (Ob. Cit. Pág. 88), citando al artículo pertinente de la Constitución, indicó *“La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluyen los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno”*; y estos derechos, principios o garantías que se irán descubriendo al tratar cada caso en particular, también van generando nuevos derechos y bien pueden aplicarse a los procesos de las querellas, especialmente sobre la aplicación de las normas que ahora cuestionamos de inconstitucionales, es decir no todos los derechos fundamentales se encuentran positivizados de manera expresa, sino que también han de extraerse a partir del artículo 3 de la constitución.

#### **2.2.5.2. Teoría de los derechos y de los principios implícitos**

En reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional, y como lo parafraseó RUBIO CORREA (Ob. Cit. págs. 88-89) que, *“El Tribunal Constitucional ha establecido que en muchos derechos desarrollados en*

*términos generales por la Constitución se hallan implícitos otros que son especies de aquellos y que, por tanto, deben merecer reconocimiento constitucional. (...) no hay una diferencia clara y tajante entre estos derechos implícitos y los derechos innominados que se acaba de mencionar*"; que también sirven para resolver los casos planteados en la realidad, como por ejemplo que cuando existe conflicto entre el principio de formalidad y el principio de finalidad, pues ha de preferirse a esta última.

### **2.2.5.3. Teoría de los derechos positivizados**

Por el contrario a diferencia de las dos teorías antes citadas, para la teoría de los derechos positivizados o explícitos, los derechos fundamentales así como las garantías se encuentran plasmados en los artículos 1, 2 y 139 de la Constitución Política del Estado, así como en los instrumentos internacionales, es decir, se tratan de derechos ya reconocidos expresamente, como son el respeto del principio de dignidad, el principio de la igualdad, el principio del debido proceso, el principio de presunción de inocencia, el principio de la prohibición de la reforma en peor en el ámbito penal, el principio de la doble instancia, entre otros; e incluso recurriendo esta variante de los derechos, en el caso que nos proponemos investigar, bien se puede dar solución, como por ejemplo, sólo argumentando que el no dejar acceder a la justicia, pese a que mi derecho



de acción no está prescrita o caducada, implicará que los incisos 1 y 2 del artículo 460 son inconstitucionales.

### **2.2.6. La Proscripción y la negación del acceso a la justicia**

Sobre este particular, la negación del acceso a la justicia o a los servicios del sistema de justicia, sólo pueden ser permitidas por causales debidamente identificados, y que también puedan ser atacados mediante las excepciones procesales o materiales, conforme a los artículos 78 del Código Penal, o 6 del Código Procesal Penal, y estos límites del acceso a la justicia son:

#### **2.2.6.1. La prescripción.**

Que es una especie, del castigo por el transcurso del tiempo, es decir, por la inacción del sujeto legitimado u ofendido, que no hizo valer sus derechos de acción, y que, por el paso del tiempo, devino en una renuncia.

#### **2.2.6.2. El desistimiento.**

Al tratarse de derechos disponibles, una vez iniciada la querrela, el querellante se encuentra habilitado de desistirse de la pretensión, así como de la acción; el desistimiento de la pretensión, solo debe conllevar al archivo

del proceso ya iniciado; mientras que el desistimiento de la acción, conllevaría a que renunció al derecho de acción; es decir, ya no podría iniciar ninguna querrela por los mismos hechos; esta parte ultima, con los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal, han sido suprimidos, pero nada impide que existe un desistimiento en ambos extremos.

#### **2.2.6.3. El perdón.**

Al tratarse de acciones perseguibles a instancia de parte afectada, la norma también ha regulado la posibilidad de que la acción o el proceso concluya con el perdón del querellante al querellado, perdón, que implicará una especie de una concesión unilateral o a pedido de parte; además, porque en estos delitos, el juez unipersonal de juzgamiento, se convierte en una especie de juez conciliador esto, porque no afecta al interés público, sino a intereses particulares.

#### **2.2.6.4. La conciliación.**

Dentro del proceso penal especial, al inicio de la audiencia de juzgamiento, el juez unipersonal penal, debe proponer o generar una

conciliación entre las partes; si esto prospera, el proceso habrá concluido, con esta finalidad incluso el juez puede hacer uso del principio de iura novt curia, es decir ver la forma de encuadrar mejor los hechos a la norma.

#### **2.2.6.5. La inasistencia del querellante a la audiencia**

Otra modalidad, de limitar el acceso a la justicia, es generando un castigo al querellante, es aquel castigo, que cuando no asiste a la audiencia citada por el juez unipersonal, por causas no justificadas se archivará el proceso.

En los cinco supuestos antes desarrollados, la limitación al acceso a la justicia se encuentra justificada, por causas objetivas; mientras que la limitación, no referido a causas objetivas, son las que deben cuestionarse como la proscripción o eliminación de nuestro sistema de justicia, dando la posibilidad de acceder a la justicia, mientras mi derecho se encuentra latente, es decir no operó ninguna de las causales justificantes de limitación de acceso a la justicia.

### **2.2.7. La Prescripción según el Código Penal de 1991 (Ley Material)**

Conforme al artículo 80 del Código Penal, la acción penal prescribe en un tempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de la libertad. Es la prescripción ordinaria común, en el que no existe una figura cualificante por la calidad del sujeto activo del delito, situaciones en la que prescripción ordinaria tendrá variantes como se explicará a continuación.

En caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno. El concurso real, es cuando una persona comete varias acciones y que a su vez se subsume en la configuración de varios delitos.

En caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido, un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave. Mientras que el concurse ideal, se trata de una acción o unidad de acción, o unidad ideal de acción, pero que dicha unidad ideal de acción afecte varias normas jurídicas y por lo tanto varios bienes jurídicos.

La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de penas sancionadas con cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años.

La norma penal, ha regulado que no puede haber persecución indefinida, para siempre, de tal suerte si es que el Estado no pudo lograr una sanción contra una persona que cometió un delito, éste tiene un plazo; para cualquier delito agravado, si es que durante veinte años no se investigó a nivel de ninguna autoridad, pues esta acción morirá a los veinte años; si la acción, se encuentra sancionada con la pena de cadena perpetua, pues si el Estado no hizo nada para investigar, prescribirá a los treinta años.

En los delitos que merezcan otras penas, la acción penal prescribe a los dos años. Conforme al artículo 28 del Código Penal, las penas previstas en el Código Penal peruano son: la pena privativa de la libertad, que tiene sus propios mecanismos de prescripción, como ya se precisó líneas arriba; las penas restrictivas de libertad, limitativas de derechos y multa; estas tres últimas penas, ordinariamente si no se hizo nada, que no investigó ninguna autoridad, o el ofendido no hizo nada, pues la acción prescribirá a los dos años. Y dentro de este tipo de prescripción es la que se encuentran la mayoría de los delitos contra el honor.

En casos de delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrantes de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica. La política constitucional de la duplicidad de los plazos de prescripción, se reguló en

la parte final del artículo 41 de la Constitución Política del Estado, la condición es que con la acción delictiva se tiene que haber afectado el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste; mientras que mediante ley 30077, se incorporó la última parte, es decir la duplicidad de la prescripción en casos de organizaciones criminales.

#### **2.2.7.1. La Prescripción Ordinaria**

La prescripción ordinaria, ocurre cuando se cometió un delito, y ésta no fue investigada ni por la Policía Nacional del Perú, ni por el Ministerio Público, u ocasionalmente por el Propio Poder Judicial, como en los delitos contra el honor; si no se investigó nunca, hasta los plazos previstos en el artículo 80 del Código Penal, es decir, existió inacción del Estado, entonces, prescribe ordinariamente. Incluso un delito que merece una pena privativa de la libertad de cadena perpetua, ordinariamente prescribe a los treinta años.

Por lo tanto, no existe delito alguno, cuya persecución sea eterna, en otras palabras, no existe delito que no prescriba.

### **2.2.7.2. La Prescripción Extraordinaria**

La prescripción extraordinaria, ocurre cuando se cometió un delito, y ésta si fue investigada, o bien a nivel de la Policía Nacional del Perú, o bien a nivel del Ministerio Público, u ocasionalmente por el Propio Poder Judicial, como en los delitos contra el honor; es decir, sí se investigó, pero tal vez no se halló las pruebas, o no se identificó al autor, o no se pudo identificar a la víctima, o por alguna razón poderosa se prolongó la investigación.

La prescripción extraordinaria se encuentra regulada en el artículo 83 del Código Penal, cuando se estableció: “La prescripción de la acción se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público, o de las autoridades judiciales, quedando sin efecto el tiempo transcurrido.

Después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia.

Se interrumpe igualmente la prescripción de la acción por la comisión de un nuevo delito doloso.

Sin embargo, la acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en la mitad al plazo ordinario de prescripción”.

Entonces, la prescripción extraordinaria es aquella, que una vez cometido el delito, se investigó por el Ministerio Público o por el Poder Judicial, pero que, pese al tiempo transcurrido, no se logra obtener una sentencia final; pero esta sentencia final no obtenida será cuando el tiempo sobrepasó en una mitad al plazo ordinario.

En cuanto a los delitos contra el honor, el plazo de prescripción extraordinaria mínima será de tres años; ya que conforme al artículo 80 del Código Penal, la acción penal prescribe para otros tipos de penas a los dos años, más la interrupción, esto prescribirá a los tres años. Entonces, al prohibirse el reinicio de una nueva demanda de querrela, por mera formalidad, también afecta el derecho del acceso a la justicia, antes que la acción penal haya prescrito, por ello consideramos que los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal, son inconstitucionales.

A continuación, veremos cuáles son los plazos de prescripción de los delitos contra el honor, desde lo más mínimo, hasta los delitos contra el honor más graves que merecen penas privativas de libertad.



## **2.2.8. La Prescripción de los Delitos Contra el Honor**

### **2.2.8.1. Injuria**

Ese delito previsto en el artículo 130 del Código Penal, ordinariamente prescribe a los dos años, y extraordinariamente a los tres años, toda vez que la sanción establecida es de días multa o prestación de servicios comunitarios. Por lo tanto, si dichos plazos aún no han transcurrido, no se puede impedir el acceso a la justicia.

### **2.2.8.2. Calumnia**

Ese delito previsto en el artículo 131 del Código Penal, ordinariamente prescribe a los dos años, y extraordinariamente a los tres años, toda vez que la sanción establecida es de días multa o prestación de servicios comunitarios. Por lo tanto, si dichos plazos aún no han transcurrido, no se puede impedir el acceso a la justicia.

### **2.2.8.3. Difamación**

Ese delito previsto en el artículo 132 del Código Penal, ordinariamente prescribe a los dos años, y extraordinariamente a los tres años, para el primer y segundo párrafo; mientras que para el párrafo final la acción penal prescribirá extraordinariamente a los cuatro años y seis meses; por lo tanto, si dichos plazos aún no han transcurrido, no se puede impedir el acceso a la justicia.

### **2.2.9. La Naturaleza Jurídica de los Delitos Contra el Honor**

Los delitos contra el honor, tiene una doble dimensión, de un lado, se encuentra regulada en el Código Penal como delitos contra el honor, en el Código Procesal Penal, el desarrollo del proceso, como un proceso especial por acción privada; y de otro, conforme al artículo 460 del Código Procesal Penal, existe un control de admisibilidad, que debe cumplirse con la formalidad establecida en el artículo 424 del Código Procesal Civil; por ello se tiene como conclusión:

- a) Dimensión penal.** En cuanto a la imposición de la pena, a cargo de un Juez Penal.

**b) Dimensión civil.** Desde el control de admisibilidad, el cumplimiento de las formalidades previstas en el artículo 424 del Código Procesal Civil, en el que se paga la tasa judicial, se adjunta las cédulas de notificación, copias de la querrela para notificar a los querrellados, etc.

En ambos casos, tanto penal como civil, sólo se puede restringir el acceso a la justicia por las causas objetivas ya expuestas, como la prescripción, la caducidad, la transacción, el desistimiento, la conciliación, etc.; pero más no así por la inobservancia de mera formalidad.

#### **2.2.10. Comparación con el Código Procesal Civil**

En este apartado, solo compararemos algunos institutos regulados tanto en el Código Procesal Penal y Procesal Civil, aplicables a los procesos por acción privada, entre ellas tenemos:

Código Procesal Penal	Código Procesal Civil
<p><b>Inadmisible.-</b> Rechazo a una petición, equiparable a una improcedencia.</p> <p><b>Improcedente.-</b> Solo en algunos casos, como declarar improcedente un sobreseimiento.</p> <p><b>Infundada.-</b> Solo en las quejas y apelaciones, rechazo de los medios impugnatorios.</p>	<p><b>Inadmisible.-</b> No se admite una petición, pero se le concede un plazo para cumplir con subsanar la omisión.</p> <p><b>Improcedente.-</b> Rechazo, sin pronunciamiento de fondo.</p> <p><b>Infundada.-</b> Rechazo de una pretensión, con pronunciamiento de fondo.</p>

### 2.2.11. Definición de Términos

#### **Debido proceso.**

Investigación con garantías a las partes sujetas en un proceso o procedimiento; sirven como fundamento de la legalidad de la investigación o proceso, como fundamento de que no se violó

derechos de las partes procesales, finalmente como fundamento o bien para imponer una sanción o para absolver al imputado luego de las investigaciones del caso.

### **Derecho fundamental a la defensa.**

Es el derecho del cual goza toda persona, y está asociado a la legitimidad para obrar, que también implica para defenderse de los cargos que se le formula en su contra; sirve como una justificación constitucional y convencional, que toda persona goza del derecho fundamental a la defensa, de tal suerte, que una persona que es imputada de un hecho, tiene derecho a contar con su abogado de su libre elección desde el primer momento que es citado, lo que implica también en el campo administrativo, penal o civil, y en función a la observancia de este principio, un proceso se torna en justa o injusta.

### **Investigación.**

Toda indagación, para llegar a demostrar el objeto de investigación, pueden ser policial, fiscal y judicial.

**Absuelto.**

Persona sobre quien pesó una acusación y resultó beneficiado con la absolución, es decir se le liberó de los cargos que pesaba en su contra, pero luego de un proceso regular.

**Archivo.**

Decisión unilateral o forzada, por la que el representante del Ministerio Público, decidirá no formalizar ni continuar con la investigación preparatoria; o, en los procesos por querrela, la decisión del Juez Unipersonal de Juzgamiento, que libera de cualquier responsabilidad a una persona querellada.

**Condena.**

Declarar culpable a una persona imputada, y al momento de declarar su responsabilidad se determinará o fijará una sanción penal, como un medio de control social formal.

**Derecho.**

Conjunto de principios y preceptos a que se encuentran sometidas todas las relaciones humanas en una convivencia en sociedad.

### **Derecho a la doble instancia.**

Derecho de las partes de un proceso en general y del proceso penal en particular, a recurrir ante una autoridad (es) superior (es) para que la decisión de un juez inferior sea objeto de revisión, con el objeto de ser anulada, revocada o confirmada.

### **Garantías.**

Derechos que la Constitución reconoce a todos los ciudadanos, en todo tipo de trámites o reclamaciones.

### **Inadmisibile penal.**

Rechazo a una petición, equiparable a una improcedencia.

### **Improcedente penal.**

Solo en algunos casos, como declarar improcedente un sobreseimiento.

### **Infundada penal**

Solo en las quejas y apelaciones, rechazo de los medios impugnatorios.

### **Inadmisible civil**

No se admite una petición, pero se le concede un plazo para cumplir con subsanar la omisión.

### **Improcedente civil**

Rechazo, sin pronunciamiento de fondo.

### **Infundada civil**

Rechazo de una pretensión, con pronunciamiento de fondo.

### **Querellado.**

Persona contra quien se inició una querrela por ante el Poder Judicial, que previa observancia del debido proceso y las garantías del caso, al final de dicha investigación o bien puede ser objeto de condena o absolución.



**Querellante.**

Persona que inicia la acción privada de la querrela, atribuyendo hechos a otra persona, buscando ser resarcido económicamente y a la par buscando la imposición de una pena.

**Juicio.**

Acto público, en el que una persona acusada de la comisión de un delito, debe ser juzgado, con la observancia de los principios de publicidad, contradicción, concentración, inmediación y oralidad.

**Pena.**

La sanción que se impone a una persona acusada, después del juzgamiento y dicha sanción puede ser efectiva, suspensiva o con reserva del fallo condenatorio, sanción que según el caso también puede contener otras penas, como la inhabilitación, el pago de días multa o la prestación de servicios a la comunidad.

**Principio.**

Bases del sistema de todos los ordenamientos jurídicos, de allí que se dice que los principios no pertenecen a una determinada rama del derecho, sino que forman parte de todo el sistema de justicia.

### **Investigación judicial.**

En nuestro sistema procesal penal, se dice, a aquella investigación que ha sido formalizado, pero en los casos de las acciones por iniciativa privada, será el acopio probatorio que el Juez Unipersonal lo realiza.

### **Injuria.**

Ofensa o ultraje, por vías de hechos, gestos o palabras, que realiza una persona contra otra, pero en su modalidad básica o simple, pudiendo ser en la calle, en el trabajo, en los tribunales, pero con la única condición de que ésta, no se difunda por los medios de comunicación o ante varias personas.

### **Difamación.**

Atribuir en forma falsa, a otra persona la comisión de un delito, se entiende que a sabiendas que no lo cometió.

**Calumnia.**

Ofensa o ultraje, por vías de hechos, gestos o palabras, que realiza una persona contra otra u otras, pero que sea de tal suerte, que pueda difundirse ante varias personas, o por los medios de comunicación, en buena cuenta es la injuria agravada.

## **CAPITULO III**

### **METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **3.1. Método de la investigación**

##### **3.1.1. El método general.**

Que guiará desde el planteamiento del problema hasta su culminación de la presente investigación, y, que se verán reflejados en la parte estadística o comprobación de las variables y objetivos del presente trabajo, y serán los métodos análisis, síntesis, inductivo y deductivo.

### **3.1.2. Métodos específicos.**

La exégesis como razonamiento jurídico, porque en el presente trabajo, que, si bien discutiremos la inconstitucionalidad de los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal, pero justificaremos que en efecto dichas normas son inconstitucionales.

Además, se utilizará el método de la argumentación, porque solo argumentando llegaremos a la conclusión que las normas citadas son inconstitucionales desde nuestro punto de vista y creemos haberlo demostrado con la presente investigación jurídica.

### **3.1.3. Métodos particulares.**

La dialéctica, porque queremos proponer cambios en la legislación procesal penal, que, combinando la legislación procesal penal, con la legislación procesal civil, finalizaremos proponiendo reformas legislativas.

## **3.2. Tipo de investigación**

Diseño de investigación jurídica social (descriptiva correlacional)

### **3.2.1. Tipos de Investigación:**

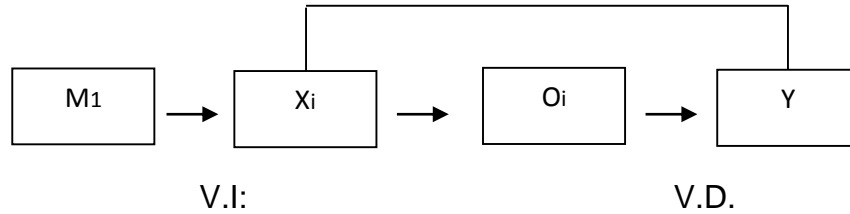
En el presente estudio se tendrá en cuenta la investigación básica a razón que la finalidad es contribuir a la ampliación del conocimiento científico, creando nuevas teorías o modificando las ya existentes; en el presente caso; es decir nos adheriremos a la postura minoritaria de la doctrina nacional; pero con la solidez del caso; además, con el sustento demostrado con la encuesta aplicada a los propios jueces unipersonales del Distrito Judicial de Junín, con la que hemos demostrado nuestra hipótesis.

### **3.3. Nivel de investigación**

El nivel de investigación que se utilizará en el desarrollo del presente proyecto motivo de investigación será descriptivo correlativo o correlacional.

### **3.4. Diseño de la investigación**

El diseño de investigación que se empleará es descriptivo correlacional (Antonio Alva Santos; 2012), pues se pretende medir el grado de asociación entre las variables X1 y X2, cuyo diseño es:



**Donde:**

M1 : Muestra 1 (un solo grupo de estudio).

$X_i$  : Variable independiente de estudio.

$O_i$  : Observaciones i: Resultados de ser medidos respecto a la VD (Y)

Y : Variable dependiente de estudio.

**3.5. Población y muestra:**

**3.5.1. Población:**

Las once provincias que conforman el Distrito Judicial de Junín, la población estará conformada el número total de los jueces unipersonales penales del Distrito Judicial indicado; que para corroborar el punto de vista los señores jueces, se encuestó a 63 abogados, que es una muestra representativa de los más 4700 abogados colegiados en el Colegio de Abogados de Junín; además, de haber entrevistado a dos expertos, consistente al asesor de la Alta Dirección de la Fiscalía General de Colombia, equiparable a la Fiscalía de la Nación del Perú y a un

Magistrado Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima, siendo el período que comprendió la presente investigación que fue de julio de 2015 a diciembre de 2016.

### 3.5.2. Muestra:

La muestra se ha tomado de acuerdo al siguiente procedimiento:

$$n = \frac{N * Z_{\alpha}^2 * p * q}{d^2 * (N - 1) + Z_{\alpha}^2 * p * q}$$

**Donde:**

**N** = Total de la población.

**Z $\alpha$**  = 1.96 al cuadrado (si la seguridad es del 95%)

**p** = proporción esperada (en este caso 5% = 0.05)

**q** = 1 – p (en este caso 1-0.05 = 0.95)

**d** = precisión (en su investigación use un 5%).

Para efectos del cálculo del tamaño de nuestra muestra, considerando

**N** = 4750 abogados en el Colegio de Abogados de Junín

$$n = \frac{4750 (1.96)^2 (0.05) (0.95)}{(0.05)^2 (4749) + (1.96)^2 (0.05)(0.95)}$$

$$n = \frac{866.761}{12.054976}$$

$$n = 71$$



La muestra se encuentra representada por 71 Abogados a ser encuestados.

En cuanto a los jueces unipersonales, no se aplicará la fórmula anterior, por cuanto se encuestó al cien por ciento (100%), esto por la cantidad muy reducida de magistrados unipersonales del Distrito Judicial de Junín.

### **3.6. Técnica de recolección de datos**

#### **3.6.1. Técnicas e instrumentos de recolección de datos:**

##### **3.6.1.1. Guía de encuestas.**

Documento que nos permite conocer las estrategias metodológicas que emplean los investigadores, y para la obtención del resultado querido y que sirva para demostrar nuestras hipótesis.

##### **3.6.1.2. Fichas.**

Para la ejecución del presente proyecto de investigación se ha recurrido a la elaboración de fichas: bibliográficas, hemerográficas y textuales.

### **3.6.2. Estrategias de recolección de datos:**

#### **3.6.2.1. Seriación.**

Se ha elegido datos a partir de las diversas interrogantes, las cuales se han ordenado cada uno en su ámbito de estudio.

#### **3.6.2.2. Codificación.**

Culminado el ordenamiento de los resultados de las interrogantes se ha utilizado símbolos estadísticos para evaluar el resultado final, para lo cual hemos recurrido a la estadística, para demostrar y sustentar los resultados.

#### **3.6.2.3. Tabulación.**

Se ha empleado categorías para determinar el número de casos en las diferentes variables e interrogantes, siempre recurriendo a la estadística.

#### **3.6.2.4. Graficación.**

Para un mejor entendimiento y explicación del mismo, se empleará gráficos estadísticos, que permiten fundamentar con mayor objetividad el tema de investigación.

### 3.6.3. Técnicas de procesamiento y análisis de datos:

Considerando que en todo trabajo de orden descriptivo a ejecutarse bajo el paradigma cuantitativo el tratamiento estadístico es la parte medular en la fase del procesamiento y análisis de datos, para sustentar los resultados obtenidos.

### 3.7. Enfoque de la investigación.

Para definir el enfoque de la investigación y sustentar la misma, resulta necesario, explicar sobre la diferencia entre los enfoques cuantitativo y cualitativo:

- **Cuantitativo.-** Siguiendo a Hernández Sampieri, Fernández Collado y Babiata Lucio ((2010), se tiene:

Sus Características: son que miden fenómenos.

Utiliza la estadística.

Tiene que probar la hipótesis.

Proceso: Es secuencial.

Es deductivo.

Es probatorio.

Y Analiza la realidad objetiva.

- **Cualitativo.**- Siguiendo la misma estructura anterior tenemos:

Sus Características: Básicamente en ambientes naturales

Los significados y sustento se extraen de datos ya existentes (ejem. Expedientes).

No se fundamenta en la estadística.

Procesos: utiliza el método inductivo.

Es recurrente, para parte de hechos conocidos o resueltos.

Con frecuencia analiza realidades subjetivas.

No es secuencial, porque parte de un hecho ya conocido y resuelto.

Por ello, el enfoque del presente trabajo de investigación es cuantitativo.

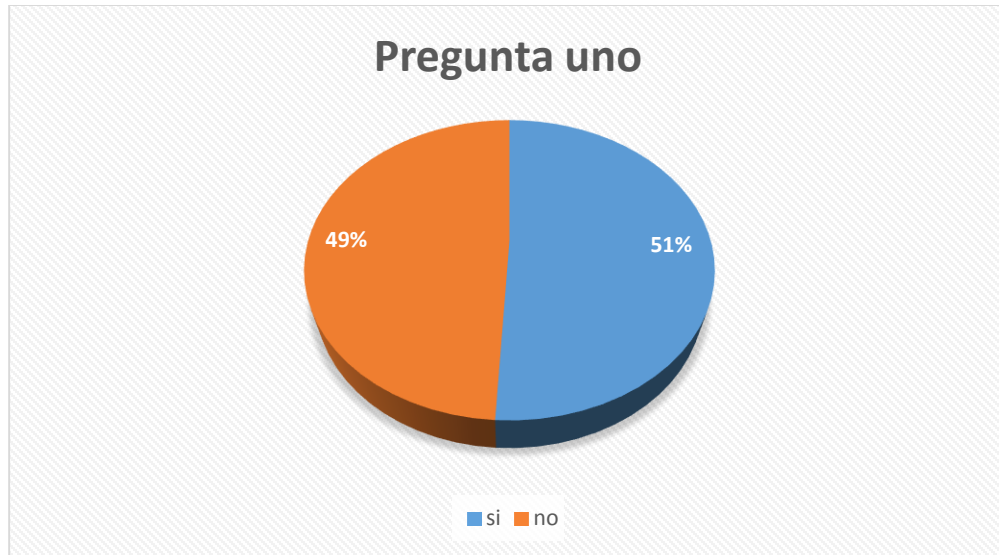
## **CAPITULO IV**

### **ANÁLISIS, DISCUSION DE RESULTADOS Y PRUEBA DE HIPOTESIS**

#### **4.1. Discusión de resultados.**

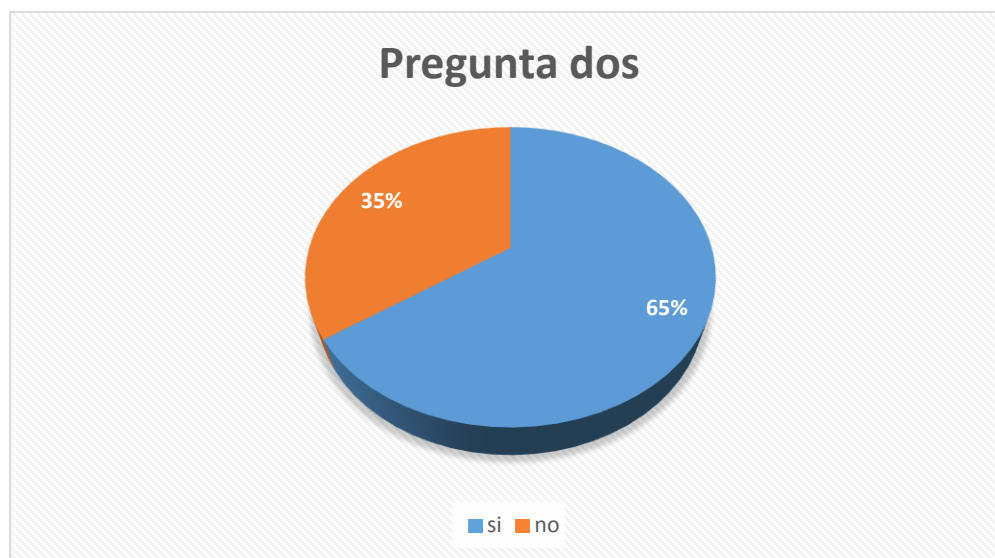
##### **4.1.1. Encuesta para los abogados del Colegio de Abogados de Junín:**

**1. De no subsanarse la demanda de querrela al tercer día y archivarla de manera definitiva, ¿Considera Ud. que se estaría atentando al derecho de acceso a la justicia?**



Para el 51 por ciento de los abogados encuestados, de no subsanarse la demanda de querrela al tercer día y archivarla de manera definitiva, constituye una forma de afectación al derecho de acceso a la justicia; frente al 49 por ciento de los encuestados que dicen que no; esto tiene una justificación, para los abogados que dijeron que no, es obvio que responsabilizan a una forma de descuido de la defensa, es decir piensan de manera restringida, solo basado en la formalidad; mientras que los abogados que contestaron que se afecta al acceso a la justicia, éstos priorizan al principio de la finalidad de un proceso, y más no así a la solo formalidad.

2. Si consideramos que, al no permitirles el acceso a la justicia por mera formalidad, ¿Se estaría generando impunidad?



Por el contrario, si tenemos en cuenta esta segunda pregunta, y comparando con la primera, se tiene que el 65 por ciento de los abogados, piensan que, al no permitirles el acceso a la justicia, se genera la impunidad de los delitos contra el honor; también, cabe preguntarse, qué pasó con los abogados o grupo de abogados que a la primera pregunta dijeron, que era cuestión del descuido de los abogados y que, al responder esta segunda pregunta, un 14 por ciento se pasaron a la postura que al no permitirles el acceso a la justicia, se genera una impunidad.

**3. ¿Considera usted, que el artículo 460 incisos 1 y 2, se antepone el principio de formalidad al de finalidad (por ejemplo: la falta de pago de tasas judiciales o adjuntar cédulas de notificación suficientes en cantidad), antes que, el principio fundamental de acceso a la justicia?**

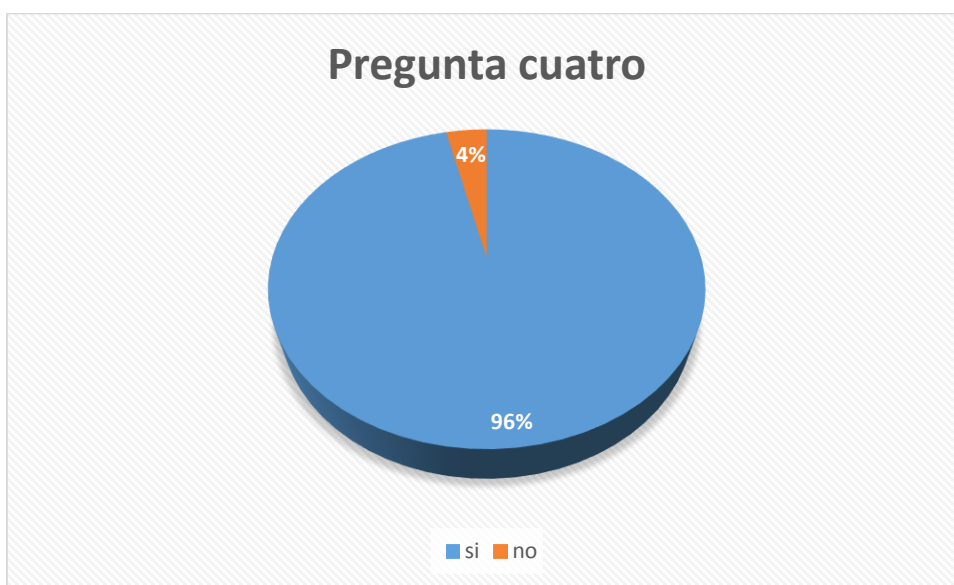


En esta ocasión, a la pregunta ¿Considera usted, que el artículo 460 incisos 1 y 2, se antepone el principio de formalidad al de finalidad (por ejemplo: la falta de pago de tasas judiciales o adjuntar cédulas de notificación suficientes en cantidad), antes que, el principio fundamental de acceso a la justicia?; la respuesta de los abogados en forma positiva fue de un retundo 96 por ciento, que dicen que sí; lo que significa que los mismos abogados a la medida que han ido contestando la encuesta, fueron entendiendo el mensaje de la encuesta y la importancia del tema; por ello, es que para el 96 por ciento, la mera formalidad se antepone al principio de finalidad, por consiguiente, los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código



Procesal Penal, no solo colisiona con principios rectores del sistema procesal penal, sino también con el programa constitucional del acceso a la justicia, a la preferencia al principio de finalidad, sobre la formalidad; por lo que, el tema propuesto, se va confirmando.

**4. ¿Considera usted que el artículo 460 incisos 1 y 2 es inconstitucional al no permitir reiniciar la acción, solo por no haber cumplido una mera formalidad, pese a que la acción penal no ha prescrito?**

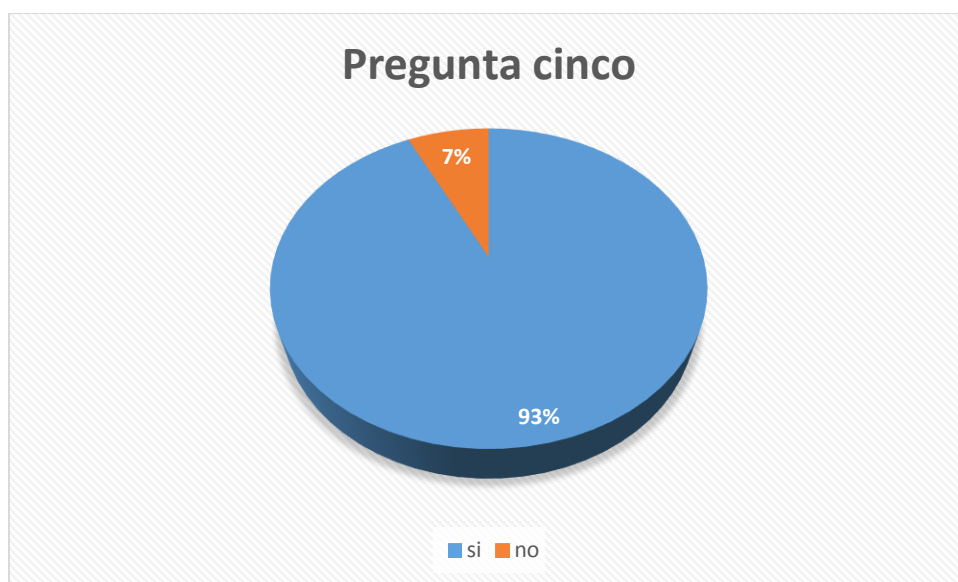


Los abogados, consideran que, por mera formalidad, no pueden archivarse en forma definitiva una acción por iniciativa privada, como son las querellas; es decir, si el derecho de acción sigue vigente, que sobre la cual puedo solicitar una tutela del órgano jurisdiccional; mal hicieron los legisladores, de cerrar el caso, como que se tratara de una caducidad, o prescripción; pero el derecho de acción,

no ha prescrito, conforme a las reglas del Código Penal; creemos, que por ello un contundente 96 por ciento de los abogados encuestados, consideran que los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal de 2004, son inconstitucionales.

Tal vez, faltó preguntarles por qué consideraban que dichas normas son inconstitucionales; sin embargo, de la respuesta objeto de análisis, se infiere que sienten que dichas normas afectan derechos fundamentales o constitucionales como la observancia de los plazos de prescripción, como la afectación al debido proceso, y la negación a la tutela jurisdiccional efectiva, por cuanto pese a que mi derecho esté latente, el mismo Estado no nos permite reclamarlos.

**5. ¿Considera usted que al igual que en el Proceso Civil al no subsanar un requisito de forma en la admisibilidad se archive el proceso, pero nos permitan ejercer nuestro derecho de acción en otro proceso?**



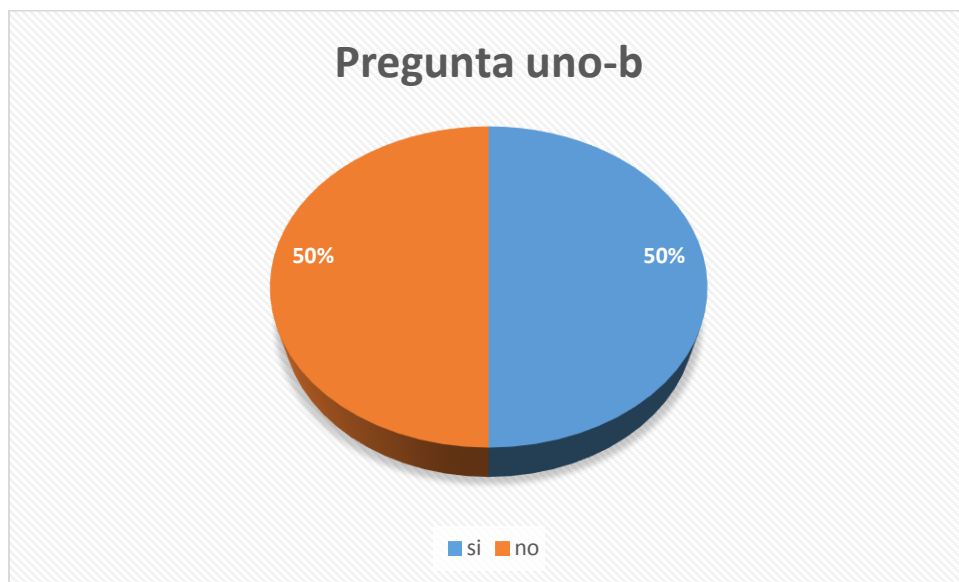
Finalmente, a la pregunta, ¿Considera usted que al igual que en el Proceso Civil al no subsanar un requisito de forma en la admisibilidad se archive el proceso, pero nos permitan ejercer nuestro derecho de acción en otro proceso?; para el 93 por ciento de los encuestados, deben aplicarse las normas del Código Procesal Civil; tal vez, dicha respuesta obedezca a que los procesos de querrela, tienen doble naturaleza, es decir es penal porque una de las finalidades es la imposición de una condena; pero, también es civil, porque en la tramitación del proceso, se observan todas las reglas del Código Procesal Civil, esto es, desde el pago de las tasas judiciales, el acompañar copias suficientes para las partes, el de adjuntar las cédulas de notificación, el ofrecer sus testigos, etc; por lo que los abogados, son conscientes, que por mera formalidad, no se puede declarar caducado un derecho, cerrando cualquier posibilidad de reiniciar una nueva demanda de querrela.

De la respuesta representada en el gráfico, también, podemos inferir, que las normas contenidas en los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal de 2004; serían también inconstitucionales, al negar el acceso a la justicia, pese a que el delito aún, no ha prescrito.

#### 4.1.2. Encuesta para los Jueces Unipersonales de Junín:

En esta parte de la investigación, se quiso saber el sentimiento de los jueces de juzgamiento, a quienes también se les suministró la misma cantidad de preguntas, y se trataron de las mismas preguntas formuladas a los abogados.

**1. De no subsanarse la demanda de querrela al tercer día y archivarla de manera definitiva, ¿considera Ud. que se estaría atentando al derecho de acceso a la justicia?**

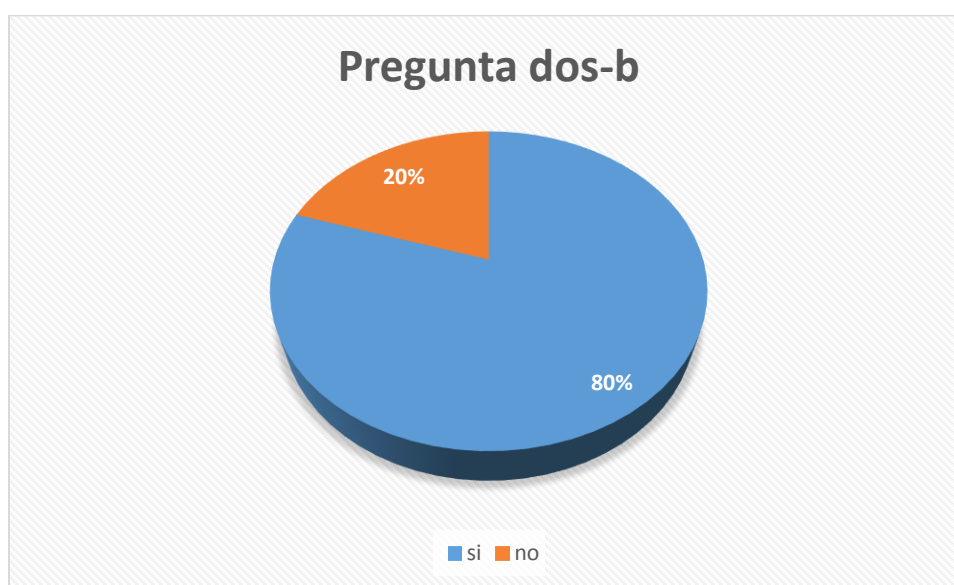


Con la pregunta ¿De no subsanarse la demanda de querrela al tercer día y archivarla de manera definitiva, ¿considera Ud. que se estaría atentando al derecho de acceso a la justicia?, la respuesta que se obtuvo es equivalente, es decir para un 50 por ciento, de archivar la demanda de querrela, por la falta de cumplimiento de formalidades observadas por el juez, sí constituye una forma de

negación del acceso a la justicia; sin embargo, para el otro 50 por ciento, no afecta al derecho de acceso a la justicia.

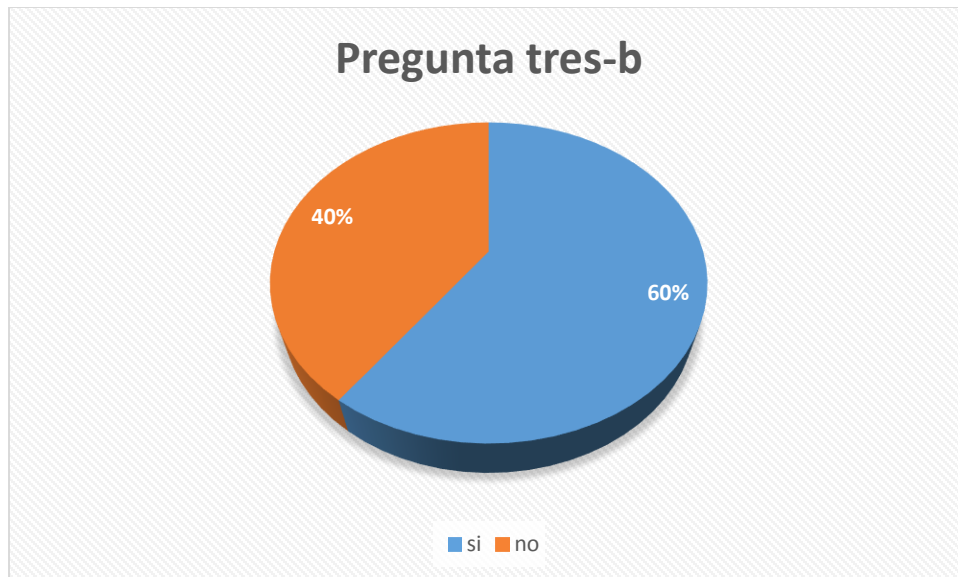
Sin embargo, lo relevante es que los propios jueces unipersonales de juzgamiento, consideran que por una formalidad, no se puede limitar ni negar el acceso a la justicia; esto es, para el cincuenta por ciento.

**2. Si consideramos que, al no permitirles el acceso a la justicia por mera formalidad, ¿se estaría generando impunidad?**



Los resultados varían en función a los abogados; porque a la pregunta "Si consideramos que, al no permitirles el acceso a la justicia por mera formalidad, ¿se estaría generando impunidad?", también la respuesta de los jueces de juzgamiento fue que para el 80 por ciento, el negarse el acceso a la justicia por mera formalidad, sí constituye una forma de generar más impunidad.

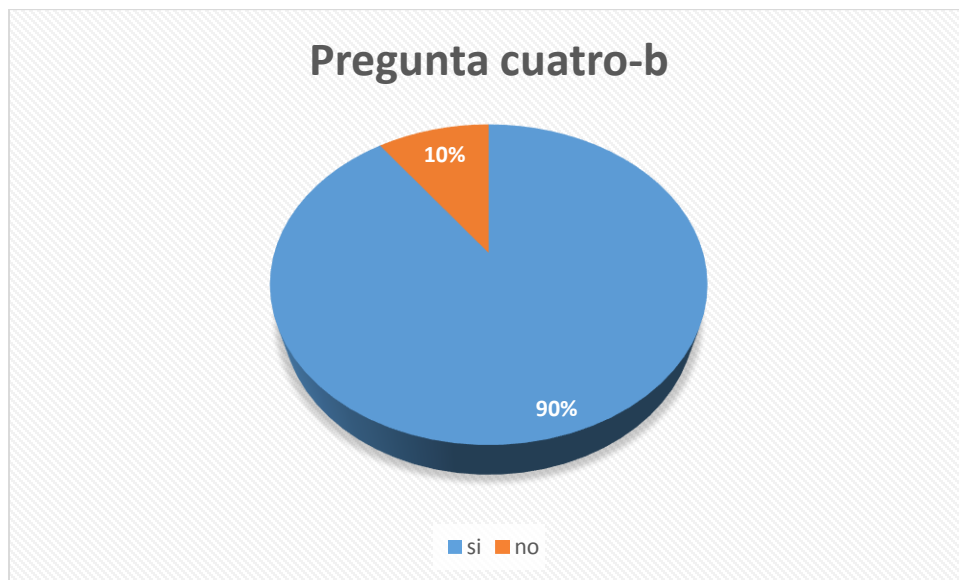
**3. ¿Considera usted que con el artículo 460 incisos 1 y 2, se antepone el principio de formalidad al de finalidad (por ejemplo: la falta de pago de tasas judiciales o adjuntar cédulas de notificación suficientes en cantidad), antes que el principio fundamental de acceso a la justicia?**



Al analiza el gráfico de la tercera pregunta formulada así: “¿Considera usted que con el artículo 460 incisos 1 y 2, se antepone el principio de formalidad al de finalidad (por ejemplo: la falta de pago de tasas judiciales o adjuntar cédulas de notificación suficientes en cantidad), antes que el principio fundamental de acceso a la justicia?”; también para el 60 por ciento de los jueces encuestados, que el archivo por formalidad, y por consiguiente, las normas antes citadas, se antepondrían al principio de la finalidad; y no olvidaremos, que el principio de finalidad, es un principio general del derecho, mientras que la formalidad está por debajo de la finalidad; y por lo tanto, constituye también una forma de afectación

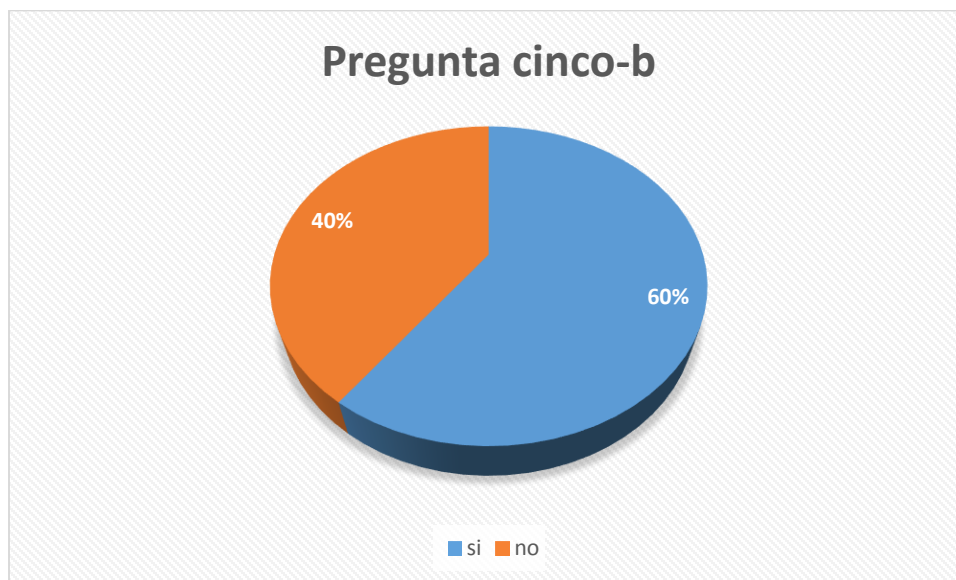
al principio fundamental de acceso a la justicia y por lo tanto también una afectación a la tutela jurisdiccional efectiva.

**4. ¿Considera usted que el artículo 460 incisos 1 y 2 es inconstitucional al no permitir reiniciar la acción, solo por no haber cumplido una mera formalidad, pese a que la acción penal no ha prescrito?**



Para el 90 por ciento de los jueces de juzgamiento, los apartados 1 y 2 del artículo 460 ya comentado, serían inconstitucionales, en la medida que limitan el acceso a la justicia, porque se generó un archivo por la falta de subsanación de una formalidad; además, se infiere que los jueces consideran que dichas normas afectan a la constitución, porque no se les permite accionar nuevamente, pese a que el derecho del que no resultó beneficiado con el rechazo de la demanda, no se encuentra prescrita.

**5. ¿Considera usted que al igual que en el Proceso Civil al no subsanar un requisito de forma en la admisibilidad se archive el proceso, pero nos permitan ejercer nuestro derecho de acción en otro proceso?**



En la pregunta final, formulada así “¿Considera usted que al igual que en el Proceso Civil al no subsanar un requisito de forma en la admisibilidad se archive el proceso, pero nos permitan ejercer nuestro derecho de acción en otro proceso?; el 60 por ciento de los jueces de juzgamiento entrevistados, consideran que el archivo por la no subsanación de alguna formalidad observada por los jueces unipersonales; no debe constituir una limitación, como para iniciar otra vez, la demanda, previo cumplimiento de los requisitos formales.

Esta respuesta, debe tener como correlato de sustento, a que los jueces que consideran que debe propiciarse el reinicio de las demandas, deben ser



jueces que tengan formación constitucional, por ello entienden que, por solo situaciones de formalidad, no se puede limitar el acceder a la justicia, y por lo tanto iniciar una nueva demanda.

De todo lo expuesto y analizado, podemos concluir, que no es necesario recurrir a fórmulas como para sustentar el resultado, que ya se tratan de encuestas con una sola finalidad; por lo que a continuación sustentaremos la prueba de la hipótesis, gracias a los gráficos resultantes de las encuestas aplicadas.

## **4.2. Entrevista a Experto**

### **Experto 01. Dr. Majer Nayi Abushihab<sup>1</sup>**

Abogado, y actualmente se desempeña como asesor del Fiscal General de Colombia.

#### **2.- Quisiéramos que nos pueda dar a conocer cómo es el manejo en la legislación colombiana los casos de querrela y su admisibilidad.**

Hay que diferenciar dos cosas aquí, primero es que en Colombia tenemos un catálogo de delitos querellables, el procedimiento como sucede en el Perú es que sólo la persona directamente afectada tiene facultad de activar el ejercicio de la acción penal y para eso tiene un término máximo de seis meses que puede ser prorrogado hasta por otros seis cuando no conoce de la realización del hecho, adicionalmente recientemente hemos creado lo que se conoce como el procedimiento especial abreviado y dentro de ese esquema también se crea la figura del acusador privado son dos escenarios distintos, el procedimiento especial abreviado se aplica para delitos querellables, delitos menores, pero además para otro catálogo de delitos que el legislador quiso incorporar ahí, y en segundo término tenemos también el mecanismo del procedimiento de acusador privado

---

<sup>1</sup> Abogado, Maestro y Doctor en Derecho Penal, asesor de la Alta Dirección de la Fiscalía General de Colombia, equiparable a la Fiscalía de la Nación del Perú; maestro universitario de mucha experiencia, tanto en Colombia como en el extranjero, la vasta experiencia de este autor Colombo-jordano, nos ayuda a darle el enfoque al presente trabajo de investigación.

en el que es posible que la acción se ejerza de forma privada, pero es importante señalar que en todo caso bajo el esquema procesal colombiano siempre la querrela inclusive en el caso de la acción penal privada debe presentarse ante la fiscalía general de la nación ese es el conducto regular, una se presenta la denuncia o la querrela según sea el caso ante la fiscalía general de la nación el apoderado de la víctima que siempre tiene que ser a través de un abogado puede solicitarle al fiscal que haga la conversión de la acción pública en privada, es decir es el fiscal del caso el que define si da lugar a que esa acción se pueda adelantar por el privado.

**3. ¿Cree Ud. que los incisos 1 y 2 del artículo 460 del NCPP del Perú al disponer archivo definitivo por mera formalidad, afecta al derecho fundamental de acceso a la justicia?**

Bueno, hay un tema muy importante acá, y es que en materia penal la formalidad tiene que ceder, el propósito del derecho penal es entre otras cosas proteger a los ciudadanos que han sido víctimas de conductas punibles y eso supone que en el marco de la activación penal el rigor, el tecnicismo y el formalismo tienen que pasar a un segundo plano especialmente en ese primer contacto, hay un tema adicional y es que yo supongo que en el Perú para iniciar acción penal privada debe hacerse a través de un profesional del derecho, al exigirse un profesional del derecho pues lo que uno espera es que haya un mínimo de pericia y experiencia en la formulación de cualquier acción ante el estado, no obstante sí considero que excesivo que puede haber un archivo definitivo específicamente generado en aspectos de forma, por supuesto que pueden haber archivos definitivos cuando se trate asuntos de fondo, ni mas faltaba que el aparato estatal y especialmente la justicia penal se llene de asuntos que no corresponde o que no tienen respuestas desde el derecho penal, pero desde el plano formal sí considero que es excesivo que no pueda ser objeto de una nueva acción una vez sean subsanado los elementos, ahora hay que tener en cuenta una cosa en defensa de la norma y es que consagra un plazo para subsanar, al consagrar un plazo para subsanar pues está trasladando una carga para quien ejerce la acción, sería importante si el legislador peruano decide continuar con esta norma pues que haya un mecanismo efectivo de comunicación a la defensa o al actor, no a la defensa si no al actor, para que ese término en efecto pueda ser utilizado para subsanar; segundo dependiendo de las faltas o las carencias de la acción pues hay que establecer si ese término de tres días también puede resultar inclusive insuficiente.

**4. ¿Cree Ud. al disponer la prohibición de reiniciar nueva querrela, por un archivo por mera formalidad, genera o crea impunidad?**

Sí mire, yo creo que en efecto ese ritualismo es excesivo, por ejemplo le cuento lo que pasa en Colombia, en Colombia la presentación de la denuncia o la querrela inclusive con propósitos posteriores de conversión de la acción pública en privada no se basa en formalismos, es decir, reitero establecer formalismos en materia de acceso a la justicia de orden penal como quiera que se trata de la comisión de un delito o de una falta, si es excesivo según está previsto en la norma, es decir, se puede generar que casos que tengan una connotación o una afectación social real por un aspecto meramente formal no sean investigados si no sean adelantados por las autoridades, entonces sí creo que puede generar impunidad siempre y cuando por supuesto no se trate de casos de desidia absoluta del apoderado, de la víctima que una vez se le advierte que debe corregir aspectos pues tampoco decida hacerlo por puro capricho.

**5. ¿Cree Ud. que los incisos 1 y 2 del artículo 460 del NCPP peruano son inconstitucionales?**

Bueno mire en materia penal debe primar un propósito especial y es el acceso gratuito, como en todas las áreas del derecho, a la administración de la justicia; generalmente en las legislaciones en las normativas procesales e inclusive en los procesos iniciados por ejemplo en asuntos civiles es frecuente que haya condenas sin costas que se pueda condenar en costas a la parte vencida o a quien accionó la justicia y la utilizó sin tener la razón para sus pretensiones, el punto de el proceso penal pues hay un cambio significativo y hay una esencia distinta y es que la acción penal está por regla general y en su esencia en cabeza del estado, es decir, es la fiscalía general de la nación la que en principio debe investigar todos los delitos, los Estados han optado por asignar a particulares el ejercicio de la acción penal en delitos o causas menores con varios propósitos, propósitos de que las partes lleguen a concluir acuerdos directamente, el propósito de descongestionar a la administración de justicia y al aparato investigador estatal de manera que se pueda centrar en la criminalidad grave y que los asuntos de criminalidad menor puedan ser debatidos por los interesados, no obstante, cerrar la puerta de manera tajante por un aspecto de forma creo que yo que sí pueda significar una intromisión a un ejercicio propio y una garantía propia que es el acceso a la administración de justicia y que tanto en su legislación como en la nuestra es un derecho fundamental.

**6. ¿Considera Ud. que los incisos 1 y 2 del artículo 460 del NCPP peruano, deben modificarse?**

Yo creo que sí, yo creo que si valdría la pena hacer un estudio y formular propuestas alternas, es decir, es importante que se puedan archivar actuaciones cuando no son subsanadas oportunamente, es un mecanismo de filtro, inclusive pueden haber casos en los que más que no subsanarlos oportunamente pueden resultar en casos insubsanables casos en el cual no tendría sentido que la acción penal continuara, no obstante la consecuencia última que es el archivo definitivo creo que sí puede ser revaluada en varios aspectos, por ejemplo dar una última oportunidad para que esos vicios sean subsanados o en su defecto que en cualquier momento pueda ser presentada, yo creo que la norma tiene un propósito importante y es evitar que la acción penal se utilice de forma desproporcionada y tiene un propósito adicional también muy importante específicamente en materia de criminalidad y materia de política criminal y es empezar a crear y generar filtros de entrada que permitan descongestionar el sistema, luego cuando un abogado no subsana en última lo que se puede interpretar es que hay desidia respecto del proceso; puede interpretarse, no necesariamente lo es, por eso la medida en última resulta excesiva y si puede ser objeto de una matización.

**Experto 02 Dr. Armando Salvador Neyra<sup>2</sup>**

Abogado, Juez Superior Penal del Distrito Judicial Penal de Lima Sur.

**Pregunta Uno. ¿Cree Ud que los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Nuevo Código Procesal Penal al disponer archivo definitivo por mera formalidad, afecta el derecho de acceso a la justicia?**

En principio, toda norma debe hacerse un análisis, una interpretación constitucional; es decir si de esa interpretación o aplicación constitucional usted ve que colisiona, podría vulnerar el derecho a la justicia en su vertiente de la Tutela Jurisdiccional Efectiva, si nosotros vemos que la norma afecta a la Tutela Jurisdiccional Efectiva en su vertiente de la tutela de acceso a la justicia, sí podría declararse que vulneraría el acceso

---

<sup>2</sup> Abogado y Maestro en Derecho Penal, actual Juez Superior del Distrito Judicial de Lima Sur, su punto de vista nos ayudará al sustento de nuestra tesis, aún, cuando no compartamos muchos aspectos de su punto de vista, pero es de vital importancia en el desarrollo del presente trabajo.

a la justicia, pero si la norma interpretándose es posible salvar su constitucionalidad no habría sentido, no tendría sentido; ahora si después de la interpretación constitucional por donde lo mires, por donde lo interpretes es inconstitucional se tiene dos opciones: control difuso o la demanda de inconstitucionalidad de acuerdo a los requisitos que establece la Constitución.

**Pregunta tres. ¿Cree Usted que al disponer la prohibición de reiniciar una nueva demanda de querrela por un archivo por mera formalidad genera o crea más impunidad?**

En mi opinión una inadmisibilidad (aquí tendríamos que analizar inadmisibilidad, improcedente e infundado), una inadmisibilidad no crea, no te impide volver a demandar; la inadmisibilidad es de requisitos formales, no de fondo, no habría cosa juzgada, no habría resolución final que te dice que es infundado tu demanda, o sea históricamente tenemos que analizar que es inadmisibilidad, que es improcedente, que es infundado; si es inadmisibilidad yo no creo que exista requisitos formales que impida, incluso el código procesal civil establece circunstancias si nosotros vamos a hacer una comparación sistemática establece que las demandas que caen en abandono no tienen cosa juzgada por lo tanto lo que hacen es le dan un plazo razonable y puede demandar por los mismos hechos, no podría de plano declararte, la inadmisibilidad no te podría impedir que vuelvas a demandar, esa sería mi opinión.

**Pregunta. ¿Considera Usted que los incisos 1 y 2 del Artículo 460 del Nuevo Código Procesal Penal deberían modificarse?**

Sí, pero eso es cuestión de que, tendríamos nosotros, toda norma tiene requisitos formales y de fondo, entonces si hubieran requisitos formales, harían que el demandante o la persona que acciona puede accionar en cualquier momento. Entonces a la pregunta si los incisos 1 y 2 del Artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 deben modificarse yo creo que no deben modificarse si no todo ciudadano debe adecuarse a los requisitos formales, en tu caso que pasa si tú eres un ciudadano diligente te han declarado inadmisibilidad y tu subsanas en el plazo necesario, entonces no habría problema. Quizá podrían ampliarse porque va a ver casos en los cuales no se va a poder subsanar porque el plazo es muy corto, pero podrían ampliarse, yo no creo que deban modificarse o eliminarse los requisitos formales, siempre la norma debe tener requisitos formales lo que

puede si de repente ampliarse para no perjudicar el derecho del acceso a la tutela, podría ampliarse eso sí, la ampliación en los casos que sean un poco difícil tener tan pocos días para subsanar la inadmisibilidad.

**Pregunta. ¿Considera Usted que los incisos 1 y 2 del Artículo 460 del Nuevo Código Procesal Penal son inconstitucionales?**

Yo creo que no son inconstitucionales, aún, así que los incisos mencionen que el no aclarar o subsanar una omisión dentro del tercer día “definitivamente” se mandará al archivo y no se podrá volver a demandar por los mismos hechos; dicho término “definitiva” puede hacerse una interpretación, yo no iría de frente a la inconstitucionalidad, yo haría una interpretación constitucional, es decir, si te dice que no vuelvas a demandar y se archiva definitivamente ese “definitiva” no lo entendería como tal porque tendría que irme a los principios que establece la misma ley procesal donde dice que si es inadmisibile es subsanable, si es improcedente también se puede cumplir con los requisitos, per lo tanto la inadmisibilidad como la improcedencia no son cosa juzgada y haciendo una interpretación de esa forma yo puedo volver a demandar, no lo interpreto al pie de la letra el inciso 1 y 2 de la norma que estas mencionando, si yo hago una interpretación constitucional diría el hecho que diga “definitivamente se archiva” para mí no debería interpretarse como tal yo debería ir más bien a principios a decir que inadmisibilidad no es cosa juzgada, improcedencia tampoco por lo tanto no se ha visto el fondo entonces yo puedo demandar de nuevo y esa interpretación constitucional podría caer mejor y dejar de lado la interpretación literal de la norma.

**Pregunta. ¿Alguna opinión adicional?**

Por eso te digo, como dice la norma el inciso 1 y 2 del Artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004, son requisitos formales; yo digo todo dispositivo debe tener obviamente los requisitos formales y hay muchas normas que tienen requisitos formales, entonces eso hace que no se pueda actuar arbitrariamente e indiscriminadamente cuando le place al justiciable, entonces los requisitos formales te va a frenar que se tenga cumplir los requisitos formales antes que se tenga que ver el fondo, claro algunos requisitos formales son de repente demasiado estrictos entonces ahí podría haber el cambio, pero también hay que interpretar eso que los requisitos formales luego devienen en inadmisibile una demanda ello no implica que sea cosa juzgada esa resolución de inadmisibilidad por lo tanto al no ser cosa juzgada puedo volverá demandar, esa es mi

opinión, lo que pasa es que obviamente el legislador muchas veces al hacer normas no tiene pues ese análisis para poder poner por ejemplo haber al decir “liminar mente se descalifica inadmisibile por lo tanto se archiva definitivamente eso colisiona sí con la tutela procesal efectiva, con el debido proceso y el acceso a la justicia eso sí colisiona, pero los requisitos formales deben existir, quizá en algunos casos accesibles, puede ser ahí quizá se deba modificar, pero yo no creo que sea inconstitucional tener requisitos formales, yo no creo que sea inconstitucional el hecho que diga también que se archiva definitivamente sino hay que interpretar eso en base de que esa resolución inadmisibile no es cosa juzgada y puedes volver a demandar nuevamente.

### **4.3. Análisis del caso**

El Dr. Majer, nos ilustra de la legislación colombiana, haciendo énfasis en que en dicho país, los delitos requellables, son diversos, a diferencia de la nuestra, que sólo es a instancia de parte, y solo por los delitos de injuria, difamación y calumnia; pues bien, hace notar que existe un procedimiento abreviado, pero con acusación privada, y una acción especial, solo a instancia de parte afectada; pero lo que interesa al presente trabajo de investigación es que, el ritualismo plasmado en los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal, considera que es excesivo, ya que al tratarse de una acción penal, no debe exigirse los ritualismos de las formalidades, pues ello, limita el acceso a la justicia; y, que al cerrar la puerta del acceso a la justicia por situaciones de forma, es decir cuando el querellante, no cumplió con subsanar los defectos de forma, pues allí sí devendría en inconstitucional. Además, agregó algo importante, que, si se archivó por no haber cumplido con subsanar una formalidad, pues bien, la justicia debe encontrarse expedida para volver a presentar la demanda.

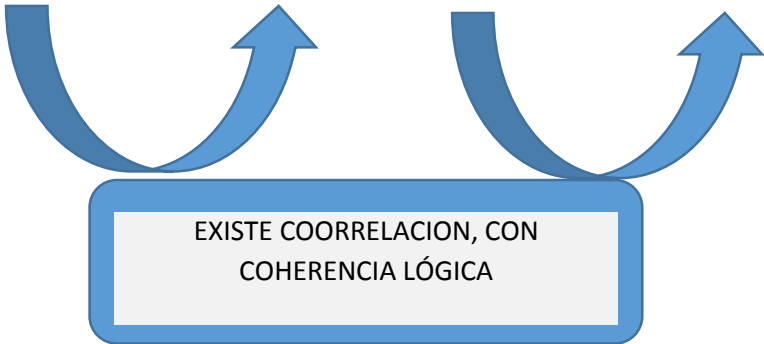
#### 4.4. Prueba de las hipótesis

Para sustentar esta parte de la estadística, resultará necesario identificar en el siguiente cuadro al problema, los objetivos y las hipótesis:

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS
<b>Problema General:</b> ¿Son inconstitucionales los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 ya que afectan al derecho de acceso a la justicia y fomentan la impunidad?	<b>Objetivo General:</b> Determinar si son inconstitucionales los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 ya que afectan al derecho de acceso a la justicia y fomentan la impunidad.	<b>Hipótesis General:</b> Los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 afectan al derecho de acceso a la justicia y fomentan la impunidad motivo por el cual ambos incisos son inconstitucionales.



<b>Problema Específico:</b>	<b>Objetivo Específico:</b>	<b>Hipótesis Específica:</b>
<p>1. ¿Los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 afectan al derecho de acceso a la justicia?</p>	<p>1. Determinar si los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 afectan al derecho de acceso a la justicia.</p>	<p>1. Los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 afectan al derecho de acceso a la justicia.</p>
<p>2. ¿Los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 fomentan la impunidad?</p>	<p>2. Determinar si los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 fomentan la impunidad.</p>	<p>2. Los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 fomentan la impunidad.</p>



De la formulación de los problemas, de la identificación de los objetivos y el haber plasmado las hipótesis, estamos en condiciones de indicar que se encuentran relacionados en forma horizontal, de tal suerte, que, para cada problema formulada, se propusieron los objetivos respectivos, contruidos con coherencia lógica; además, tal cual se encuentran plasmados las hipótesis, éstas se encuentran en estrecha relación con los objetivos.

Además, conforme al análisis efectuado a los gráficos resultantes de las encuestas aplicadas, tenemos: en el grupo de abogados fue una muestra representativa, constituye un porcentaje de la población; por lo tanto, válida no solo la encuesta, sino sobre todo la muestra.

Además, en cuanto a las encuestas aplicadas a los jueces de juzgamiento unipersonales, se encuestó al ciento por ciento de los jueces existentes en el Distrito Judicial de Junín, nos referimos a los jueces de juzgamiento, por lo que las respuestas obtenidas son altamente fiables.

## CONCLUSIONES

1. A lo largo de nuestra investigación expusimos que el derecho de Acceso a la Justicia es un derecho fundamental, constitucional; nos lo reafirman al momento que analizamos los principios constitucionales, y en el presente trabajo de investigación observamos que los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004, en cuanto al extremo de la inadmisibilidad, si ésta no se subsana luego de tres días quedará archivada definitivamente y no se podrá formular nueva demanda por los mismos hechos, por lo que se evidencia que la norma antes citada prioriza al Principio de Formalidad ante el Principio de Finalidad, pero en el desarrollo del presente trabajo pudimos esclarecer que esta controversia se presentó ya anteriormente y el Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución se pronunció en el Expediente N° 04968-2014-PHC/TC en el que manifiesta en base al Principio Constitucional de Elasticidad que cuando haya controversia entre el Principio de Formalidad y el Principio de Finalidad se debe

preferir al Principio de Finalidad para que no se nos vea afectado nuestro Derecho Fundamental de Acceso a la Justicia, entonces vemos que los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 estarían contraviniendo a Principios Constitucionales por lo que se deberían de considerar que son Inconstitucionales, así lo dejó en claro el mismo Tribunal Constitucional en el Expediente N° 010-2002-AI/TC en el que menciona que una ley, norma o reglamento es inconstitucional cuando colisiona en todo o en parte con la Constitución.

2. La única forma que se nos puede limitar el Acceso a la Justicia es que nuestro derecho de acción este prescrito; esto nos conlleva concluir que como vimos en el desarrollo del presente trabajo de investigación las prescripciones de la acción, tanto la ordinaria como la extraordinaria, y para que los procesos de acción privada el plazo de prescripción extraordinaria (situándonos en el supuesto más largo) es de 3 años para que el derecho de acción prescriba, por lo que si se interpuso querrela luego de 10 días de lesionarnos nuestro al honor, nos notificaran la inadmisibilidad de nuestra querrela luego de 15 días, y si no absolvemos dicha inadmisibilidad dentro de los 3 días posteriores, entonces nuestra demanda quedará archivada definitivamente y sin la posibilidad de iniciar nueva demanda de querrela por los mismos hechos; lo que estaría sucediendo es que en 28 días se estaría prescribiendo una acción que en realidad debería prescribir a los 3 años de realizada el hecho lesivo, por lo que se nos estaría limitando nuestro derecho de Acceso a la Justicia así como también al derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva,

siendo los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 Inconstitucional, y además, que el querellado estaría quedando libre de toda reprimenda penal en sólo 28 días por motivos meramente formales sin analizar el temas de fondo, por lo que se estaría generando impunidad para una posible comisión de lesiones contra el honor.

## RECOMENDACIONES

1. Como el mismo Tribunal Constitucional en el Expediente N° 010-2002-AI/TC dejó en claro que toda ley, norma o reglamento es inconstitucional cuando colisiona en todo o en parte con la Constitución, debe declararse inconstitucionales los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal de 2004, porque colisiona con principios constitucionales como el acceso a la justicia, tutela jurisdiccional efectiva ya que cierra toda posibilidad de reiniciar un nuevo proceso o demanda, por los mismos hechos aún nuestro derecho de acción no haya prescrito.
2. Se debería generar una reforma legislativa en la que se debe modificar los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004, para que no exista una real afectación al derecho de acceso a la justicia, cuando se dispone el archivamiento definitivo, por el solo hecho de no haber cumplido con subsanar defectos de forma, ya que aún sigue latente nuestro derecho de acción; y no se

generen mayores impunidades, permitiéndonos la presentación de una nueva demanda, por los mismos hechos, mientras la acción no haya prescrito; acorde al comportamiento del Proceso Civil, ya que como se expuso anteriormente el proceso de acción privada tiene una tramitación eminentemente civil, entonces, el proceso de acción privada debería gozar del espíritu de dicha norma en el que no se limita el acceso a la justicia.

3. De no prosperar las anteriores recomendaciones me permito recomendar otro camino, el cuál fue ya propuesto en el desarrollo del trabajo de investigación, sería que tendríamos que pensar desde la Constitución y conforme a los criterios Convencionales, de tal modo que la acción a iniciarse sería un Proceso Constitucional de Amparo, fundamentando en situaciones como la negativa del acceso a la justicia, la afectación a la tutela jurisdiccional efectiva, afectación al debido proceso ya que con el archivamiento se estaría generando impunidad; aún, cuando ya sabemos que el juez constitucional de primera instancia va a declarar improcedente nuestro proceso de amparo, que confirmará dicha improcedencia los jueces de la Sala Civil; pero, en el Tribunal Constitucional, se esperaría que se reinterpretara la norma en cuestión, o bien pueden ahondar sobre el fondo del proceso y con mayores criterios Constitucionales pueden abrir una posibilidad para que se inapliquen los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 en los extremos que una vez sobrepasado los tres días de plazo para subsanar la inadmisibilidad de la querrela ésta se archivará definitivamente limitándonos el derecho de acceso a la justicia, a la tutela jurisdiccional efectiva, al debido proceso.

## **PROPUESTA DE MODIFICACIÓN NORMATIVA**

1. En cuanto a la propuesta de modificación normativa de los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004, para que éstos no nos limiten el derecho de acceso a la justicia; abordáramos los canales que los mismos ordenamientos legales nos permiten, para el presente caso, nos inclinaríamos como más factibles el que sea canalizado a través de un proyecto de ley en el Congreso de la República, y por qué no, hasta con un proyecto de ley a iniciativa ciudadana acorde al artículo 107 de la Constitución Política y la Ley N° 26300, Ley de los derechos de participación y control ciudadanos.



## REFERENCIAS BLIBIOGRAFICAS

### **Sobre la parte metodológica:**

Aranzamendi N. Lino. (2013). *Instructivo Teórico-Práctico del Diseño y Redacción de la Tesis en Derecho*, Grijley, Lima.

Del Cid A., Méndez R., y Sandoval Franco. (2015). *Investigación Fundamentos metodológicos*. Paerson editores, Lima.

Gavagnin T. Osvaldo. (2009). *La Creación del Conocimiento Plan y Elaboración de una Tesis de Postgrado*, Editorial Imprenta Unión, Lima.

Hernández R., Fernández C., y Baptista P. ((2010). *Metodología de la investigación*. México.

Valderrama S. (2007). *Pasos Para Elaborar Proyectos y Tesis de Investigación Científica*. San Marcos editores. Lima.

### **Sobre la especialidad:**

Abad Yupanqui, Samuel (2005). *La Constitución y los procesos constitucionales*. Lima: Palestra Editores

Academia de la Magistratura (2008). *Programa de Ascenso para el Tercer Nivel*. Lima.

Bernales Ballesteros E. (2009). *La Constitución Política del Perú*.

Bindir, Alberto M. (1999). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. 2ª Edición, SRL Buenos Aires.

Castillo Alva, José Luís (2013). *Los Precedentes vinculantes*. Idemsa-Lima.

Código procesal penal de. 2004.

Código procesal penal de 1991.

Código de procedimientos penales de 1940.

Diccionario Usual de la Colección Cabanelas.

Dohring, Erich (2008). *La Prueba-Práctica y apreciación.*

Farfan Molina, Francisco (2008), *Intercepciones de Comunicaciones Telefónicas en el Proceso Penal y Disciplinario.*

Ferrajoli, Luigi (2005). *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales.*

Ferrajoli, Luigi (2004). *Derecho y Razón.*

Flemin, Abel y Lopez Viñales, Pablo (2007). *Garantías del Imputado.*

Gonzalez Navarro, Antonio Luis (2010). *La Prueba en el Sistema Penal Acusatorio*

Gonzalez Navarro, Antonio Luis (2010). *Los Actos de Investigación en el "Proceso Penal Acusatorio.*

Guerrero Peralta, Oscar Julián (2007). *Fundamentos Teóricos Constitucionales del Nuevo Proceso Penal.*

Hoyos, Arturo (1995). *El debido proceso.*

<http://search.proquest.com/docview/1138751269?accountid=146219> (acceso marzo del 2014).

Junoy, Joan Picó (1997). *Las Garantías Constitucionales del Proceso*.

Junoy, Joan Picó (2007). *El Juez y la Prueba*.

Maier, Julio (2004). *Derecho Procesal Penal I Fuentes*. Editores del Puerto-Buenos Aires-Argentina.

Micheli, Gian Antonio (2008). *Los Actos Procesales y los Medios de Impugnación*.

Montero Aroca, Juan (1997). *Principios del Proceso Penal*. Tirant lo Blanch-Valencia-España.

Neyra Flores, José (2010). *Manual de Derecho Procesal Penal y Litigación Oral*. Idemsa-Lima.

Perez Royo, Javier (2005). *Curso de Derecho Constitucional*.

Romero Arias, Esteban (1985). *La Presunción de Inocencia. Estudio de alguna de las Consecuencias de la constitucionalización de este derecho fundamental*.

Rubio Correa, Marcial Antonio (2013). *La interpretación de la constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Salas Arenas, Jorge (2012). *La condena del absuelto*.

San Martín Castro, César (2004). *Derecho Procesal Penal Tomos I y II*.

Sanchez Velarde, Pablo Wilfredo (2004). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Idemsa-Lima.

Sanchez Velarde, Pablo (2008). *Manual de Derecho Procesal Penal*.

Sanchez Velarde, Pablo Wilfredo (2013). *Comentarios al Código Procesal Penal del 2004*. Idemsa –Lima.

Tribunal Constitucional. Sentencia Exp. No 04968-2014-PHC/TC, entre otros.

Vasquez Rossi, Jorge (2004). *Derecho Procesal Penal Tomos I y II*.

Vegas Torres, Jaime (1993). *Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal*.

Velazques, Fernando (2005). *Derecho Penal Liberal y Dignidad Humana*.

Vivas Botero, Alvaro (2006). *El Lugar de los hechos referencia al Sistema Penal acusatorio*.

Xiol Rios, Juan (2009). *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Coloquio Jurídico Europe. Madrid-España.

## ANEXOS

### Matriz de consistencia.

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS	METODOLOGÍA
PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	HIPOTESIS GENERAL	TIPO
¿Son inconstitucionales los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 ya que afectan al derecho de acceso a la justicia y fomentan la impunidad?	Determinar si son inconstitucionales los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 ya que afectan al derecho de acceso a la justicia y fomentan la impunidad.	Los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 afectan al derecho de acceso a la justicia y fomentan la impunidad motivo por el cual ambos incisos son inconstitucionales.	Jurídico Sociológico.
			<b>NIVEL</b>
			Descriptivo Correlacional
			<b>MÉTODO</b>
			Método Argumentativo
			<b>DISEÑO</b>
No experimental-longitudinal			

<b>PROBLEMAS ESPECIFICOS</b>	<b>OBJETIVOS ESPECIFICOS</b>	<b>HIPÓTESIS ESPECIFICAS</b>	<b>VARIABLES</b>			
<p>a) ¿Los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 afectan al derecho de acceso a la justicia?</p> <p>b) ¿Los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 fomentan la impunidad?</p>	<p>a) Determinar si los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 afectan al derecho de acceso a la justicia.</p> <p>b) Determinar si los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 fomentan la impunidad.</p>	<p>a) Los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 afectan al derecho de acceso a la justicia.</p> <p>b) Los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 fomentan la impunidad.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004.</li> <li>• Derecho de acceso a la justicia.</li> <li>• Fomentan la impunidad.</li> </ul>			
			<b>UNIVERSO</b>	<b>UNIVERSO</b>		
			<b>JUZ. UNIP.</b>	<b>ABOGADOS</b>		
			12	No conocido		
			<b>POBLACIÓN</b>	<b>POBLACIÓN</b>		
			<b>JUZ. UNIP.</b>	<b>ABOGADOS</b>		
			12	4700		
			<b>MUESTRA</b>	<b>MUESTRA</b>		
			<b>JUZ. UNIP.</b>	<b>ABOGADOS</b>		
			12	57		
			<b>INSTRUMENTO(S)</b>			
			Entrevista a expertos.			
			Encuestas a jueces.			
			Encuestas a abogados.			



### Matriz de operacionalización de las variables.

OBJETIVOS	VARIABLES	INDICADORES
<p><b>Objetivos General:</b></p> <p>Determinar si los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 afectan al derecho de acceso a la justicia y fomentan la impunidad motivo por el cual ambos incisos son inconstitucionales.</p> <p><b>Objetivo Específico 01:</b></p> <p>Determinar si los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 afectan al derecho de acceso a la justicia.</p> <p><b>Objetivo Específico 02:</b></p> <p>Los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004 fomentan la impunidad.</p>	<p><b>Variable Independiente:</b></p> <p>Los incisos 1 y 2 del artículo 460 del Código Procesal Penal del 2004</p> <p><b>Variables Dependientes:</b></p> <p>Derecho de acceso a la justicia.</p> <p>Fomentan la impunidad.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Proceso penal de Querella.</li> <li>• Prescripción de la acción penal.</li> <li>• Tutela Jurisdiccional Efectiva.</li> <li>• Acceso a la justicia.</li> <li>• Negativa de nueva demanda de querella.</li> <li>• Principio de Elasticidad (Principio de Formalidad versus Principio de Finalidad)</li> <li>• Inadmisibilidad por requisitos de forma.</li> </ul>

### Instrumentos de investigación.

DISEÑO	TÉCNICA	INSTRUMENTO
No experimental- longitudinal	Entrevista a expertos	Ficha guía de entrevista.
	Encuesta a jueces y abogados.	Encuesta escrita