

Facultad de Derecho y Ciencia Política



INSTITUTO VASCO DE
DERECHO PROCESAL



LIBRO DE PONENCIAS

I CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL: LA LITIGACIÓN ORAL.

EDITOR: VÍCTOR SUEIRO VARHEN

PONENTES:

ANTONIO LORCA NAVARRETE
JUAN ESTEBAN AGUIRRE ESPINOSA
SANTOS SAAVEDRA MONCADA
HAMILTON CASTRO TRIGOSO

DINO CARLOS CARO CORIA
DAVID ROSALES ARTICA
RICARDO GUEVARA BRINGAS

21 Y 22 MAYO 2020

Facultad de
Derecho y
Ciencia Política

FONDO EDITORIAL
UNIVERSIDAD PRIVADA NORBERT WIENER

**Facultad de Derecho y Ciencia
Política
Universidad Privada Norbert Wiener**

**I Congreso Internacional de Derecho
Procesal:
La Litigación Oral**

Víctor Sueiro Varhen (Ed.)



**Universidad
Norbert Wiener
Fondo Editorial**

PANELISTAS

ANTONIO LORCA NAVARRETE (ESPAÑA)

Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad del País Vasco
Dottore in Giurisprudenza per la Università degli Studi di Bologna
Doctor en Derecho por la Universidad de Granada

JUAN ESTEBAN AGUIRRE ESPINOSA (COLOMBIA)

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Luis Amigó

SANTOS SAAVEDRA MONCADA (PERÚ)

Docente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada Norbert Wiener
Magister de Derecho Procesal por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

HAMILTON CASTRO TRIGOSO (PERÚ)

Fiscal Penal Anticorrupción
Magíster en Derecho con mención en ciencias penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

DINO CARLOS CARO CORIA (PERÚ)

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca

DAVID ROSALES ARTICA (PERÚ)

Docente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada Norbert Wiener
Magíster en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú

RICARDO GUEVARA BRINGAS (PERÚ)

Magíster por la Universidad Sorbona París I

Lima, Perú. 21 y 22 de mayo de 2020

Primera edición digital, diciembre 2020.

© 2020, la Universidad Privada Norbert Wiener S.A.

Para el Fondo Editorial de la Universidad Privada Norbert Wiener
Jr. Larrabure y Unanue 110. Urb. Santa Beatriz, Lima. Perú

Contacto: fondoeditorial@uwiener.edu.pe

www.uwiener.edu.pe

ISSN: 978-612-46707-4-9

Hecho el Depósito Legal

en la Biblioteca Nacional del Perú N.º

Prohibida su total o parcial reproducción por cualquier medio de impresión o digital en forma idéntica, extractada o modificada, en castellano o en cualquier otro idioma sin autorización expresa de la casa editorial.

<https://doi.org/10.37768/unw.fdcg.00001>

DATOS DEL CATÁLOGO DE PUBLICACIÓN

PONENTES

Antonio María Lorca Navarrete (España)

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco (España). Doctor en Derecho por la Universidad de Granada. Dottore in Giurisprudenza de la Università degli Studi di Bologna (Italia). Autor de numerosos títulos de investigación.

Juan Esteban Aguirre Espinosa (Colombia)

Abogado Universidad de San Buenaventura. Especialista en Derecho Tributario Internacional, Universidad Externado de Colombia. Magister en Ciencia Política. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Luis Amigó. Doctorando en Derecho Económico y de la Empresa Universidad Iberoamericana de México. Docente e investigador del Programa de Derecho de la Universidad Católica Luis Amigó. Miembro del grupo de investigación Derecho, Justicia y Sociedad DehJüs, categorizado A1 por Minciencias. Ponente y conferencista Internacional.

Santos Saavedra Moncada (Perú)

Abogado Litigante del Estudio Saavedra Abogados Sociedad Civil. Exdirector y Secretario Académicos de la Facultad Escuela Derecho y ciencias Políticas de la Universidad San Pedro de Chimbote. Ex Magistrado del Ministerio Público. Abogado de la Universidad de Lima. Magíster por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Doctorando en la UNMSM. Docente, conferencista e investigador universitario.

Hamilton Castro Trigoso (Perú)

Magíster en Derecho con mención en ciencias penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Fiscal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima.

Dino Carlos Caro Coria (Perú)

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Certificación Anti Lavado de Dinero, Nivel Asociado (AMLCA), Florida International Bankers Association/Florida International University. Título de Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Investigador en temas de derecho penal y compliance. Socio fundador del Estudio Caro & Asociados.

David Rosales Artica (Perú)

Magíster en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Docente investigador en temas de derecho penal y compliance.

Ricardo Guevara Bringas (Perú)

Miembro del Comité Consultivo de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada Norbert Wiener. Presidente de la Cámara de Comercio e Industria Peruano Francesa. Magíster por la Universidad Sorbona París I y Bristol Inglaterra. Abogado por la Barra de París, revalidado en la PUCP.

Índice

PRESENTACIÓN	9
INAUGURACIÓN	11
1. DERECHO PROCESAL Y LA GARANTÍA DE LA ORALIDAD	13
2. ESTRATEGIAS DE ENSEÑANZA Y APRENDIZAJE DEL DERECHO DESDE LAS TÉCNICAS MOOT-COURT	19
3. ALCANCES TÉCNICOS Y GARANTÍA DE LA ORALIDAD PARA ABOGADOS	27
4. LA ORALIDAD EN EL PROCESO PENAL PERUANO DESDE LA PERSPECTIVA FISCAL	33
5. EL COMPLIANCE EN EL PROCESO PENAL	37
6. LA PRUEBA EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE DEL FUNCIONARIO PÚBLICO	43
PALABRAS DE CLAUSURA	47

PRESENTACIÓN

Muy probablemente una de las primeras formas de comunicarnos y relacionarnos entre humanos ha sido un lenguaje muy primitivo basado en signos, señas, sonidos pocos complejos, que nos ayudaban a entender nuestro entorno. A medida que evolucionamos, la comunicación se volvió más compleja y surgió una forma de comunicación mucho más elaborada: el lenguaje o la palabra hablada. Sin embargo, a diferencia de la palabra hablada, la escritura surgió mucho tiempo después, y aunque reconozcamos su importancia en la sociedad moderna, el lenguaje oral ha sido una pieza fundamental para el desarrollo de las culturas antiguas.

El proceso, ya sea civil, penal, constitucional o contencioso administrativo, ha estado predominantemente marcado por la escritura frente al lenguaje oral u oralidad. La administración de justicia se ha caracterizado durante muchos años por basarse fundamental y exclusivamente, en algunos casos, en documentos, medios probatorios y resoluciones escritos. Esta preferencia por la escritura ocasionó, entre otros, aspectos positivos y negativos. Por un lado, los jueces se distancian de cualquier emoción o sentimiento que pudieran surgirles a raíz de un contacto cercano con las partes, garantizando el principio de imparcialidad. Sin embargo, los jueces que continúen con este modelo donde predomina la escritura son los más propensos a perder contacto físico con las partes involucradas con el derecho, contacto que en muchas ocasiones es necesario para poder resolver de manera justa una controversia.

Durante los últimos años, en Latinoamérica y España, la sociedad ha reclamado una administración de justicia más eficiente. La respuesta de la mayoría de los profesionales del derecho a esta súplica ha calado profundamente en la visión contemporánea del derecho procesal, para lo cual se ha recogido el menospreciado principio de oralidad en el proceso, el cual, además de vincularse con la eficiencia, se relaciona con la transparencia, publicidad, intermediación, control de actividad

del juez y partes, entre otros valores deseables para una correcta administración de la justicia.

Es en este escenario que la Facultad de Derecho de la Universidad Privada Norbert Wiener organizó de manera virtual el Primer Congreso Internacional en Derecho Procesal, cuyo eje temático gira en torno a la litigación oral en el proceso. En este espacio, los destacados ponentes nacionales e internacionales reflexionan sobre los nuevos retos de la oralidad en el proceso, proponiendo soluciones integrales y sostenibles en aras de una correcta administración de justicia.

De esta manera, el presente libro de memorias recopila las exposiciones de los panelistas divididos en dos partes: civil y penal. La primera parte del evento recoge reflexiones sobre la importancia de la oralidad en el proceso civil, así como la necesidad que los abogados, desde sus estudios en la facultad de derecho, dominen la técnica de la oralidad. Acto seguido, en la segunda parte del evento, se condensa las ponencias de la importancia de la oralidad en el ámbito penal.

Sin duda alguna, el presente libro de memorias del Congreso Internacional en Derecho Procesal contribuirá de manera significativa a la reflexión sobre el papel de la oralidad en la administración de justicia en el siglo XXI y, sobre todo, a raíz de las consecuencias sufridas por la pandemia y actual crisis producidas por la COVID-19, que nos exige una administración de justicia más rápida.

Victor Rogelio Sueiro Varhen

Docente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la
Universidad Privada Norbert Wiener
Editor Principal

INAUGURACIÓN

Iniciamos el primer congreso internacional de derecho procesal de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada Norbert Wiener, organizado con el Instituto Vasco de Derecho Procesal, dedicado a la litigación oral. Esta materia será el eje de las ponencias que se presentarán en este congreso. La primera fecha abordará la litigación oral desde el derecho procesal civil, mientras que la segunda desde el derecho procesal penal.

La oralidad es un carácter distintivo en la dinámica actual del derecho procesal. Sus elementos esenciales y efectos serán abordados ampliamente por los ponentes de este congreso internacional. Debemos confesar que este evento se iba a desarrollar de manera presencial en la ciudad de Lima. Sin embargo, como es ampliamente conocido, la pandemia producida por la COVID-19 impidió que este congreso fuera físicamente presencial. Estamos muy agradecidos con los ponentes por aceptar que este congreso se desarrolle con presencia virtual, discutiendo materias de alto interés en el área procesal.

En estos dos días: jueves 21 y viernes 22 de mayo de 2020, tendremos la participación de notables académicos. Inaugura las ponencias el emblemático doctor Antonio Lorca (España), investigador en todo Iberoamérica, del Instituto Vasco de Derecho Procesal y profesor honorario de nuestra facultad. Luego, se desarrollan las ponencias de los distinguidos expertos: doctores Juan Aguirre (Colombia), Santos Saavedra (Perú), Hamilton Castro (Perú), Carlos Caro (Perú) y David Rosales (Perú). Nos honran las palabras de cierre del doctor Ricardo Guevara (Perú), miembro del Consejo Consultivo de nuestra Facultad de Derecho y Ciencia Política.

Pierino Bruno Stucchi López Raygada

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada Norbert Wiener

CAPÍTULO 1

DERECHO PROCESAL Y LA GARANTÍA DE LA ORALIDAD

ANTONIO LORCA NAVARRETE (ESPAÑA)

Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad del País Vasco

Dottore in Giurisprudenza per la Università degli Studi di Bologna

Doctor en Derecho por la Universidad de Granada

La oralidad de la que se hablará a lo largo de esta primera sesión es la que tiene como destinatario el proceso civil. Es, además, una oralidad que, con independencia de su esencial proyección en el proceso civil, posee una indudable importancia desde la perspectiva de las garantías procesales que se han de aplicar en el proceso civil. En esta ponencia, me referiré a diversas cuestiones, todas ellas relacionadas con la aplicación práctica de la oralidad, como es la relativa a su justificación constitucional, a su diseño en el código procesal civil español (conocido normativamente como Ley de Enjuiciamiento Civil), a su implementación probatoria, a su documentación, a cómo la oralidad como garantía procesal afecta al ámbito de los recursos que se interpongan contra la sentencia de primera instancia, a la denominada «contienda judicial» en términos del artículo 248.1 de la ley española de enjuiciamiento civil porque la puesta en práctica de la oralidad debiera justificar la existencia de una «contienda judicial» (obviamente, incruenta) entre las partes en el proceso civil, para terminar con el uso que hacen los operadores jurídicos (esencialmente, abogados) de la oralidad.

Sobre la justificación constitucional, la Constitución española tiene un mandato constitucional de obligado cumplimiento (en modo alguno, programático) recogido en el artículo 120.2 en el que se indica literalmente que el «procedimiento será predominantemente oral». Para comprender semejante mandato constitucional que podría justificar en el lector atento del texto constitucional español el asombro o la perplejidad, conviene

tener en cuenta que el derecho procesal y el derecho procesal civil en particular, posee un componente cultural y sociológico indudable. Ese componente cultural y sociológico nos enseña que, si los jueces o los abogados están educados en una determinada cultura jurídico procesal básicamente estructurada en la escritura (todo el proceso civil se sustentaría en la existencia de escritos en el que la existencia de «audiencias» o «juicios» sería algo puramente anecdótico), no cabe duda que unos —los jueces— y los otros —los abogados— mostrarán una más que liviana o ligera reticencia para acomodarse a la oralidad o a un proceso civil oral. En España, esa reticencia fue, en su momento, evidente. Tanto jueces como abogados estaban o quizás siguen estando acostumbrados a que se interpele por escrito y a que se responda por escrito. De ahí la gran importancia del artículo 120.2 de la Constitución española, que no sólo habilita la oralidad como garantía constitucional como que, igualmente, ha obligado a cambiar el componente cultural y sociológico asentado en la práctica del proceso civil. Pero, repárese que el artículo 120.2 de la Constitución española indica «predominantemente». O sea, todavía la cultura de la escritura en el proceso español perdura o va a perdurar porque su oralidad va a ser «predominantemente»; no es total. Un ejemplo lo tenemos en el proceso penal español donde todavía existe un modelo acusatorio formal, mixto, con una fase de investigación esencialmente escrita a cargo del juez de instrucción español y en que el juicio posterior (obviamente, oral) usufructúa la actividad de inquisición que ha realizado el juez de instrucción.

Desde el punto de vista del diseño de la oralidad en el código procesal civil español (sería la segunda de las cuestiones que anuncié más arriba como objeto de mi ponencia), sería conveniente no olvidar que, al menos en España, la oralidad en el proceso civil posee el ropaje de una garantía constitucional. No plena. Pero, al menos, sí se nos presenta como garantía constitucional con evidente proyección práctica en el proceso civil. Por lo tanto, una primera premisa a tener en cuenta consistiría en que tanto, abogados, profesores, jueces, fiscales, etc., deben asumir en España el compromiso constitucional de la aplicación de la oralidad en el proceso civil. Ha de existir, por parte de abogados, profesores, jueces, fiscales, etc., un compromiso de cumplimiento de la Constitución que nos obliga a todos en nuestras diferentes

esferas: al docente en sus clases, al abogado cuando ejerce la postulación ante los tribunales, al juez cuando le corresponde dirigir un proceso, y al fiscal cuando sea parte de un proceso civil, a asumir ese compromiso constitucional justificado en la aplicación de la oralidad en el proceso civil. Ese fundamental compromiso nos conduce a una conclusión no menos esencial y que permite deducir que las garantías procesales (entre ellas, la garantía procesal de la oralidad) no tienen una finalidad instrumental. Esta visión del derecho procesal como instrumental, en modo alguno, es satisfactoria. En el diseño de la oralidad en el código procesal civil español se parte de la idea consistente en que su puesta en práctica (con el resto de garantías procesales) posee sustantividad y autonomía propia al margen de la existencia de las normas de derecho civil, comercial, hipotecario, etc. Y es así porque la sentencia que se pronuncie en el proceso civil en la primera instancia únicamente se le podrá someter a control judicial por parte del código procesal civil español por errores *in procedendo*, (o errores en los que se haya incurrido por el no cumplimiento de garantías procesales). No por un error *in iudicando*.

Como se comprenderá, la garantía procesal de la oralidad en conjunción con el resto de garantías procesales asume una proyección esencial desde el punto de vista de los recursos que se interpongan contra las sentencias que se pronuncien en primera instancia, ya que al justificarse el sistema español de recursos en una apelación limitada solo se va a permitir una segunda instancia constitutiva de una *revisio prioris instantiae* en la que no se cuestiona el *iudicando* del juez de primera instancia, salvo que sea fruto de la arbitrariedad o de la iniquidad, lo que, a su vez, ha justificado un efecto procesal muy beneficioso. A saber: se ha potenciado la ejecución provisional de las sentencias pronunciadas en primera instancia.

Evidentemente, alcanzar un efecto procesal tan beneficioso para la parte que ha ganado en primera instancia (*victus victoris*) sin tener que esperar a que se agoten todos los trámites de recurso (incluido el recurso de casación, en su caso), se ha de sustentar en una prueba que ha de practicarse con los criterios garantistas de la oralidad. En este nuevo diseño de proceso civil español ha desaparecido la confesión judicial. Su ritualización

pretérita y la exigencia de que se confesara bajo juramento ya no tiene sentido en una prueba que se ha hecho laica porque ahora la parte no confiesa, sino que es interrogada en base a las garantías procesales de la intermediación y concentración procesal y, por tanto, en presencia de la parte que interroga y del abogado de la parte que es interrogada y, obviamente, del juez que no puede interrogar. Esto último es de suma importancia para que el juez no pierda su deber de imparcialidad. En este nuevo diseño también es importante la práctica de la prueba pericial. El perito ya no lo es del juez sino lo es de la parte en un trámite que procesalmente es oral, concentrado y ante el juez y en el que el perito ha de justificar y explicar su pericia que puede y debe ser sometida al contradictorio oral.

Obviamente, el diseño de un proceso civil de estas características ha de ser documentado, lo que ha obligado a que todos los procesos civiles se graben y que al término de cada uno de ellos se le entregue a cada uno de los abogados un CD, que a su vez irá a la apelación si se interpone recurso contra la sentencia de la primera instancia. Desaparece la documentación del proceso civil amanuense.

No cabe duda que en un proceso civil de estas características debiera existir «contienda judicial» en términos del artículo 248.1 de la ley española de enjuiciamiento civil porque la puesta en práctica de la oralidad debiera justificar la existencia de una «contienda judicial» (obviamente, incruenta) entre las partes en el proceso civil, lo que ha supuesto que los abogados en particular deban adiestrarse en las técnicas de la exposición oral, lo que no siempre fue fácil para muchos abogados en el momento que entró en vigor el nuevo código procesal civil español.

Quisiera terminar insistiendo que este nuevo diseño del proceso civil que surge de la aplicación del nuevo código procesal civil español permite distinguir entre proceso y procedimiento. En el proceso se proyecta la operatividad del total de garantías procesales existentes, por lo que el proceso es, ante todo, fruto del cumplimiento de un compromiso constitucional: es, por tanto, una realidad sustantiva. No es posible conceptuarlo como una realidad «adjetiva» o «ritual». El proceso civil que se ha diseñado es el que se ha acomodado a los nuevos mandatos

constitucionales. Evidentemente, un proceso que no es crítico, que no es sustantivo, que no se justifica en su propia autonomía, es un proceso «muerto», «ritual». El procedimiento, por el contrario, es una realidad acrítica y atemporal. Los procedimientos cambian o son diferentes en un país respecto de otro. En cambio, el proceso con su sistema de garantía procesales es el mismo en todos los países (Más en detalle: *Manifiesto del derecho procesal como sistema de garantías procesales*: www.institutovascodederechoprocesal.com).

La gran importancia que es posible atribuir a este nuevo diseño del proceso civil español consiste en que los sistemas jurídicos del *civil law* y *common law* (que se han dado históricamente la espalda) se vinculan en torno al proceso y su sistema de garantías procesales. O sea, que el núcleo vivo, crítico, fundamental, de compromiso constitucional del proceso civil no puede ser discriminado en razón del juez que las aplica.

CAPÍTULO 2

ESTRATEGIAS DE ENSEÑANZA Y APRENDIZAJE DEL DERECHO DESDE LAS TÉCNICAS MOOT-COURT

JUAN ESTEBAN AGUIRRE ESPINOSA (COLOMBIA)

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Luis Amigó

En primer lugar, agradecer la invitación realizada por el doctor, Pierino Bruno Stucchi López Raygada, Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada Norbert Wiener en Lima Perú; al Doctor Braulio Alexis Arias Villagómez, Secretario Académico de la Facultad; y a la Doctora Isabel Ramírez Peña, directora del Instituto Panamericano de Derecho Procesal-Sección Juliaca, Perú. A los cuales solo debo gratitud perenne para gestionar estos espacios de debate académico, al Doctor Antonio Lorca Navarrete, fundador del Instituto Vasco de Derecho Procesal en España y a los demás ponentes que asisten a este Congreso Internacional de Litigación Oral, por sus aportes académicos en las temáticas que se desarrollan en este evento.

La presente disertación busca exponer la importancia de las practicas con un enfoque investigativo desde los semilleros y las nuevas metodologías de aprendizaje, donde se resalta el ABP-Aprendizaje Basado en Problemas, el estudio de casos y principalmente las denominadas «técnicas Moot-Court» en la formación de los estudiantes de Derecho, por medio de su práctica en el Consultorio Jurídico de la Universidad Católica Luis Amigó en sus distintas sedes, donde se oferta el programa académico. Esta ponencia tiene como objetivo, ofrecer una mirada general y explicativa sobre el impacto del Consultorio Jurídico, en las nuevas estrategias de enseñanza y aprendizaje del derecho procesal desde el ejercicio clínico del Derecho.

Las técnicas de Moot-Court se desarrollan a través de ejercicios académicos donde, a partir de un caso hipotético, los

participantes asumen un rol en representación de las partes involucradas en el caso y presentan argumentos escritos y orales en representación de su rol. Implican para el abogado en formación conocer las rutas y el paso a paso que deben adelantar para exigir a la administración de justicia el restablecimiento de los derechos de los ciudadanos que acuden a la jurisdicción, desde la simulación de casos hipotéticos, que a futuro generan resultados de aprendizaje, y competencias en su ejercicio profesional cuando salgan al mundo a ejercer como abogados.

Los ejercicios de Moot-Court son, sin duda, herramientas pedagógicas extremadamente útiles e importantes en la preparación de abogados y profesionales de ciencias afines, especialmente porque cada día es más difícil mantener la atención y concentración de los estudiantes en los salones de clase. Estos juegos de roles y audiencias simuladas motivan a los estudiantes no solo a conocer los temas y a profundizar en problemas y debates actuales relevantes, sino, además, a apasionarse con estos y acercarse de manera divertida al ejercicio profesional. Le dan al estudiante una motivación muy importante para aprender y crean en ellos actitudes muy positivas frente a los contenidos de las asignaturas. (WEIZER, Paul., KING, Kimi., RINGEL, Lewis., *Making Moot-Court Matter: How to Get the Most out of Moot-Court Simulations*. En: ACJS Today: Academy of Criminal Justice Sciences. Volumen XXXIV, Issue 2. (junio 2009).).

En los programas académicos de las facultades de Derecho y Ciencias Políticas en Colombia y en Latinoamérica, el Consultorio Jurídico es un espacio privilegiado en el cual el estudiante está en relación directa con los contextos y confusas situaciones fácticas en torno al evento jurídico, y en el que se pueden viabilizar áreas explícitas de canje de ideologías que provoquen el juicio y la reflexión sobre la deontología y axiología del jurista en formación.

Sin embargo, la enseñanza del derecho de Colombia se ha gestado desde una gran influencia del positivismo jurídico, la cátedra magistral y una concepción muy memorística del aprendizaje de las normas. Ahora, las facultades de derecho tienen una nueva forma de concebir el derecho más allá del positivismo jurídico, pensando en otras formas de generar resultados de aprendizaje significativos a los estudiantes desde

la facultad, para que realicen un óptimo ejercicio en el ámbito profesional.

En Colombia, las practicas han tenido transformaciones en las modalidades por la ley 583 de 2000. Al respecto, el Profesor Nieto (2005) afirma:

Se están fabricando deliberadamente abogados tullidos con muchos libros memorizados y sin ninguna herramienta experimental. Nuestra política formativa es perversa porque separa los métodos de comprensión de las leyes y los de su aplicación. De los primeros mejor o peor, la universidad; mientras que el segundo no se preocupa nadie oficialmente, así que se pide a los abogados que apliquen bien las leyes, que es algo muy distinto a entenderlas, que sepan resolver un caso y que no se limiten a conceptualizarlo abstractamente (p.73). (Nieto, 2005 Julio-Septiembre)

Teniendo claro este nuevo horizonte fijado por la norma, en las facultades de derecho se crearon los semilleros de derecho procesal y los nuevos escenarios de prácticas que buscan dar una fusión en todos los aspectos disciplinares y específicos que se pretende entregar como resultados de aprendizaje en las facultades de Derecho. En igual sentido, Colombia es un país que no está ajeno al fenómeno del neo-constitucionalismo, una nueva figura que trasciende y hace entender las nuevas dinámicas del proceso judicial. En ese sentido, se han dado una gran cantidad de reformas pensadas en el mal llamado principio de oralidad. «Dejando claro que la oralidad es un método de enjuiciamiento, mas no un principio». Siendo más concreto, en Colombia se ha entendido mal este método de juzgamiento, ya que se concibe la oralidad procesal como sinónimo para reducir los tiempos en los juicios y las audiencias. Más aún, cuando comenzamos a observar que, a partir de la Constitución de 1991, las reglas del juego cambian debido al principio constitucional del debido proceso, en el cual se establecen unos principios republicanos del derecho procesal, fundamentos democráticos del derecho procesal y una serie de garantías y límites a las facultades jurisdiccionales que tiene el Estado.

A raíz de este cambio constitucional de 1991, los procesos

judiciales empiezan a migrar desde el procedimiento inquisitivo a lo que se denomina el proceso oral o, en temas de metodología, la oralidad en combinación con el método escritural. En ese orden, partir del 2007 se da una reforma al código procesal laboral con la Ley N°1149-2007, en materia penal se da una reforma con el código procesal penal con la Ley N° 906-2004, en el ámbito contencioso administrativo se da la reforma a un proceso oral mediante la Ley N° 1437-2011 y, en materia civil, se da la reforma a través del Código General del Proceso con la Ley N° 1564-2012. Entonces, no solo los escenarios judiciales tienen un cambio, sino que las facultades del derecho comienzan a migrar desde la concepción memorística a una nueva. Desde el punto de vista procesal, tenemos una gran influencia de lo que se debate en Argentina conforme a las escuelas del garantismo procesal del Dr. Roberto Alvarado Velloso, máximo exponente de la escuela del garantismo procesal, y también tenemos una corriente mayoritaria en América Latina, que tiene como máximo representante al Dr. Jorge W. Peyrano.

Entonces, una vez claras estas variaciones y formas de cambiar la estructura en materia procesal, se buscó mediante los juicios orales metas como un plazo razonable, tomando en cuenta la alta morosidad y en pro de la celeridad en la dispensación de justicia. En ese sentido, el proceso no es completamente oral, ya que hay fases donde la escritura es primordial; por ello, es muy importante brindar a los futuros abogados competencias y resultados de aprendizaje en los cuales se fusione la teoría y la práctica, para escenarios litigiosos escriturales y verbales, los cuales brinden herramientas necesarias para los profesionales en derecho que salen a ejercer liberalmente su profesión ante los jueces y magistrados de la República.

Se busca fortalecer, desde la formación jurídica, que los actores del proceso cambien su cultura, generando una nueva dinámica para la implementación de la oralidad dentro de los procesos judiciales. Si observamos a groso modo este nuevo modelo, vemos que busca desde las diferentes normas que lo regulan el acceso a la justicia de la ciudadanía sin dilataciones injustificadas, entendida como una decisión justa y oportuna. Asimismo, se insiste con la igualdad de partes, la concentración, inmediatez de la prueba, principio de legalidad, doble instancia,

gratuidad y observancia de la ley procesal con base en el canon constitucional del debido proceso. En virtud del principio de supremacía constitucional recogida en el artículo 4 de la Carta Política de Colombia, las disposiciones constitucionales se aplican con preferencia a demás leyes de la República. Para ello, se ha tenido por parte de la Corte Constitucional varios pronunciamientos que han decantado los nuevos escenarios procesales en los cuales se verán inmersos los futuros abogados.

Asimismo, con la entrada en vigor del Código General del Proceso (CGP) se definen las tecnologías de la información para desarrollar el contenido del proceso. Sin embargo, ante estas consecuencias que tenemos por la pandemia de la COVID-19, la declaratoria de emergencia sanitaria ha puesto en ciertos aprietos a la ciudadanía en Colombia. Por ejemplo, el Congreso de la República ha dejado de realizar control político a los actos de gobierno, haciendo únicamente actividades notariales. Aún más grave, se ha suspendido el servicio de justicia y la Corte Constitucional no ha hecho cuestionamientos sobre esto. Además, las facultades del Presidente pasaron de ser extraordinarias a ordinarias. Esto trae situaciones nefastas para el Estado. En este contexto, aun cuando exista esta potestad del uso de los medios tecnológicos, salvo los juzgados penales, las cortes en las otras jurisdicciones no están administrando justicia.

Con estas nuevas realidades introducidas por la pandemia del Covid-19, el concepto de calidad e innovación adquiere una gran relevancia en el sector educativo del nivel superior, interpretándose como motor fundamental para impulsar nuevos escenarios de docencia, investigación, extensión, proyección social e internacionalización, sin ser ajenas estas nuevas dinámicas a los Consultorios Jurídicos y Centros de Conciliación de las facultades de Derecho en el país. Con la contingencia del coronavirus, las actividades presenciales tuvieron que migrar al entorno digital, sobre el particular, el BID (2020) afirma: «Internet, la creciente cultura de ciencia abierta y la convergencia de las tecnologías digitales y la biotecnología han transformado el panorama de la investigación».

Entonces, haciendo esta pequeña introducción frente a las diferentes finalidades que trae el Código General del Proceso,

en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Luis Amigó se potencializó las técnicas de juicio Moot-Court, utilizando técnicas de teorías del caso, aprendizaje basado en problemas y a través de la simulación de audiencias orales virtuales para los estudiantes practicantes de la facultad de Derecho. Los estudiantes realizan su práctica jurídica en la que llevan casos hipotéticos, y son apoyados en el escenario de audiencias simuladas con casos estructurados por los asesores de prácticas, donde el docente guía a los estudiantes con herramientas pedagógicas. En ese sentido, cuando el estudiante egrese, estará en la capacidad de desenvolverse óptimamente en los juzgados. Dentro de estas metodologías de enseñanzas desde la clínica del jurídico, se dan protocolos para iniciar el trabajo. Al inicio se accionan los roles y casos hipotéticos. Claro está, el primer paso es que los estudiantes realicen una primera lectura del caso; asimismo, con la ayuda de los docentes, van a poder identificar los elementos más relevantes del caso.

Buscamos que, con base a los casos hipotéticos planteados, los estudiantes no solo estudien el derecho interno, sino que tomen en consideración el derecho internacional, como la influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los tratados de derecho internacional y las garantías procesales establecidas en las Cien Reglas de Brasilia. Después de realizar este análisis logístico e introductorio, iniciamos las sesiones en salas de audiencias emuladas exactamente como son en Colombia. ¿Qué se da en estos ejercicios? Se fortalece las competencias escriturales y orales, se explica detalladamente al futuro abogado cómo se realizan los diferentes ritos del procedimiento y, adicionalmente, se dan técnicas de oratoria, interpretación, proposición y argumentación jurídica para que nuestros estudiantes en los procesos simulados realicen alegaciones muy bien fundamentadas. Entonces, estos ejercicios nos han servido para que los estudiantes tengan la capacidad de realizar investigaciones rigurosas y llevar a buen término la técnica. Luego de realizar estas audiencias simuladas con los asesores de las prácticas, continuamos con las etapas siguientes desde el procedimiento, (Incidentes, etapa probatoria, etapa de alegaciones, recursos de apelación y/o Casación). Los semilleros en derecho procesal distinguen los diferentes actos procesales en el proceso, ya sea como parte, fiscal o juez, demandante o demandado, accionante o accionado, con la

finalidad de generar resultados de aprendizaje significativos para nuestros estudiantes y futuros abogados, para que tengan un carácter diferenciador con respecto de aquellos que fueron formados conforme al método tradicional de enseñanza dogmática que hemos vivido al interior de las facultades de derecho por muchos años.

Por eso, necesitamos que estos cursos se den desde la enseñanza clínica, dejando en un segundo plano el método tradicional de enseñanza dogmático. La Alta Calidad en la Educación Universitaria trae implícito un proceso sistemático y cíclico de análisis, revisión, y mejoras. Este proceso se socializa con la entidad de educación superior, empresarios con experticia del tema, estudiantes activos y egresados, obteniendo como fruto resultados positivos que se potencian y desarrollan, y resultados negativos que reciben un plan de mejoramiento. Adicional a esto se identifican los insumos o instrumentos que van a permitir a la Institución desplegar su propósito de fortaleza en la enseñanza y concebir criterios autónomos y racionales de aquellos a quienes instruye, para en un último escalafón obtener resultados productivos y sustanciales a las problemáticas que afectan la sociedad actual.

La enseñanza y el aprendizaje son pilares que mueven la sociedad, permean la visión de las personas y la forma de comunicación con el mundo exterior. Asimismo, solidifican el carácter y criterio para razonar y responder frente a las constantes actuaciones del marco legal. Es entonces donde yacen los consultorios jurídicos, una parte de la academia dedicada a la formación integral de los futuros profesionales en derecho, espacios donde la práctica se vincula con la contribución social, cumpliendo de este modo con la premisa de defender en justicia, los derechos de la sociedad y de los ciudadanos.

Quizás la mayor crisis de nuestro tiempo sea la del modelo de pensar, el cómo se abordan los problemas. Afrontar los retos del porvenir exige ver el mundo desde nuevas perspectivas, con mente abierta, corazón abierto y voluntad abierta, para conectar con las posibilidades emergentes y hacerlas realidad (Scharmer, 2017, p. 4). Por ello, es deber de las universidades buscar nuevos horizontes donde potencialicemos las capacidades de

los estudiantes que llegan a nuestros claustros académicos. Con las competencias y resultados de aprendizaje, mediante estas estrategias buscamos educar para el mundo de la vida. Educar para el trabajo es distinto a educar para el empleo, es crear espacios para que las personas puedan desarrollarse plenamente sin que deban emplearse para lograrlo.

Muchas gracias a las autoridades académicas de la universidad por esta invitación a este Congreso Internacional de Derecho Procesal.

CAPÍTULO 3

ALCANCES TÉCNICOS Y GARANTÍA DE LA ORALIDAD PARA ABOGADOS

SANTOS SAAVEDRA MONCADA (PERÚ)

Docente en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Norbert Wiener

Magister de Derecho Procesal por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

No cabe duda que los abogados contemporáneos necesitan nuevas estrategias que deben estar alejadas de las antiguas ritualidades, perspectivas sobre el derecho. Es decir, el abogado ya no se va a sostener en el proceso civil a través del documento escrito. En el sistema procesal civil del Perú, el abogado redactaba un documento, entendía el caso, presentaba el documento a la mesa de partes y ese era el final de la actuación del abogado especialista en el derecho procesal. El día de hoy, compartiremos detalles sobre el escenario que está viviendo el Perú, en comparación con Colombia y España. En segundo lugar, compartiremos algunas ideas muy generales de lo que representa la oralidad o verbalización como una técnica del litigio. En tercer lugar, cuáles son los resultados que vamos a obtener como abogados defensores en el proceso civil; no cabe duda de que esto genera un cambio de perspectiva en la carrera de derecho.

Hace algunos años existió una Comisión de Reforma, pendiente de aprobación parlamentaria, que modificaba más de trescientos artículos del Código Procesal Civil peruano. Dentro de la exposición de motivos, se establece que el proceso de cognición tendrá dos audiencias, la preliminar y la de juzgamiento. Entonces, para efectos de la concentración que se quiere, la participación del abogado y sus técnicas se dan en la audiencia preliminar. En esta audiencia, el abogado concentrará sus técnicas de verbalización para conseguir los objetivos plenos dentro del proceso. La audiencia preliminar es esencial dentro de este esquema, donde se plantea la integridad del proceso y se

define lo relevante dentro de este. Sin embargo, esta propuesta aún no ha visto la luz.

En el 2017, en el distrito judicial de Arequipa, los jueces realizaron un plan piloto de optimización de la oralidad en el proceso civil, con la finalidad de establecer un sistema eficiente basándose en ciertas garantías de una audiencia bilateral, incrementando el principio de la intermediación. Entonces, esto está basado según la exposición de la Comisión de Alto Nivel de Discusión del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial para la implementación de la oralidad del proceso civil y en el artículo 8° de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en la cual se establece que todas las personas pueden y deben ser oídas dentro del proceso. Esta norma supranacional nos permite justificar la implementación de este modelo de oralidad. Claro está, al día de hoy, que no existe la figura de audiencia preliminar ni la de juzgamiento, aunque algunos distritos judiciales se encuentran en proceso de producción bajo el nuevo esquema de la oralidad en el proceso civil. Así tenemos como respuesta que, en el Distrito Judicial de la Libertad, se resolvió un proceso con pretensión de nulidad de acto jurídico en veinticuatro horas, lo cual bajo los prolegómenos del tiempo representa un cambio significativo de la cultura organizacional del Poder Judicial y de los abogados, los cuales requieren un conocimiento inmediato de las herramientas legales de la pretensión planteada.

Ahora, ¿qué tipo de abogado necesitamos ser hoy en día? Ser un gran orador como Cicerón. Pues es en este punto que debemos de atender, dado que los fundamentos de la oralidad en el proceso civil son los siguientes: el principio de «máximo rendimiento procesal», porque a través de la intermediación el juez otorga a las partes la posibilidad de ser escuchadas en el momento, sin importar tanto que estén cerca, más aún en este contexto donde el medio tecnológico nos permite exponer al máximo sus pretensiones, conceptos, contenidos en los escritos procesales. La oralidad permitirá mayor utilidad de las partes (así tenemos que la oralidad representa una garantía no solo al debido Proceso, sino también al Debida Cognición legal del Abogado) y menores costos en el sistema de administración de Justicia. Sobre este último, se permite que, a través de la garantía de oralidad, ya no asuma una pesada carga de escrituralidad tanto

del sistema documentario, como gestión judicial; optimizando así la perspectiva de lo que será la famosa audiencia preliminar, puesto que la búsqueda de una respuesta Judicial es satisfacer pretensiones y la tan ansiada paz en Justicia.

Entonces, es importante que la fuente generadora de oralidad sea una herramienta de recepción de la prueba, de la selección de la calidad seleccionada por las partes dentro del proceso. Por la cual, dentro de la audiencia se van a presentar dos momentos esenciales. Uno, durante la etapa de preparación para el juicio, se denomina audiencia preliminar, en la cual se va a establecer la determinación del objeto del proceso. En una tesis que trabajamos en el 2017, logramos a demostrar que las partes no están obligadas a participar en ciertos actos, donde se perdía tiempo, por ejemplo, al momento de solicitar los puntos controvertidos. Por teoría general del proceso, así lo que no es controvertido, no debe existir para el proceso. Sin embargo, debemos reflexionar si la no interacción en ese momento procesal aunado a un contenido metodológico resulta ser eficiente; consideramos por ello que la participación oral de las partes proporcionaría la exacta pretensión que deberá ser juzgada.

Por otro lado, el vínculo de la oralidad como técnica de la formación de la prueba permitirá potenciar el rendimiento de la actividad probatoria que se requiera obtener de las partes o terceros, buscando así potenciar la actividad de la prueba, dejando de lado por ejemplo el pliego interrogatorio, siendo que el órgano de prueba pueda ser examinado por las partes a través de una prueba dinámica durante la etapa de prejuzgamiento, permitiendo que los abogados eviten el oscurantismo de la prueba testimonial.

Ahora, la oralidad es una de las mejores prácticas, capaces de producir más y mejor información que a su vez permitan dar mejores decisiones, en razón que la información con la que debe contar el juez para tomar la decisión al final del asunto debe ser buena; siendo ello así debemos preguntarnos: ¿Cómo formar la teoría del caso? No todos los casos son óptimos para ir al juicio, tomando en cuenta que existen otros métodos alternativos de solución de conflictos. El abogado actual requiere analizar e investigar los hechos y pruebas que probablemente postulará,

realizando el costo y beneficio de acceso a la jurisdicción ordinaria o quizá a otro mecanismo de solución, demostrando así eficiencia en la gestión del caso y optimizado la satisfacción del cliente.

También es importante entender que la propuesta del plan piloto propuesto por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú pasa por un proceso isonómico donde el juez tiene la hegemonía con las partes a un modelo cooperativo, basado en la dignidad de la persona humana. El individuo y la sociedad civil ocupan posiciones coordinadas, todos cooperan para resolver el conflicto. El contradictorio asume una nueva forma, siendo un instrumento óptimo para el desarrollo del diálogo y la cooperación del proceso. Asimismo, se exalta la buena fe dentro de las partes y la verdad material interesa tanto a los jueces como a estas.

Ahora bien, consideramos transcendental que ahora un abogado no solo se limite a tomar el caso y redactar el documento y seguir el proceso. Ahora se incorpora instrumentos de control posterior a la decisión a los resultados, lo cual vinculará la defensa técnica con una administración y gestión eficiente de las pretensiones.

La conducción del proceso por las partes permite la verificación de la existencia del pleito, formulación de las cuestiones de hecho y derecho, la búsqueda de pruebas y conducción del proceso. Claro está que, tras la recepción de la información, previo a la aceptación del caso, es necesario formular cuestiones para saber qué pretensión debo presentar. Ahora, los abogados debemos hacer una búsqueda profesional, que no se limite a lo dicho por el cliente en la primera entrevista.

Esta gestión, averiguación del caso, nos permitirá decidir si el caso es litigable o no, cuál es el derecho aplicable, cuáles son las pruebas que se deben actuar, la relación del costo-beneficio del juicio, entre otros aspectos que los abogados deben saber.

Importará en el entorno donde se desarrolle el proceso, los recursos físicos y económicos que vayamos a utilizar, por lo tanto, la relación que tengamos con el cliente, así como el conocimiento y especialización en la materia, el conocimiento del adversario,

entre otros aspectos. Todo esto va a repercutir en los costos de los honorarios del abogado, con lo cual un trabajo permanente y eficiente mejora la perspectiva económica de la defensa civil.

Respecto a la teoría del caso en el proceso civil, los hechos deben ser expuestos de forma clara, evitando complicaciones. En el proceso civil, se debe exponer los hechos como si fuese un tráiler de película, de manera resumida, donde se destacan los aspectos más importantes para el cliente. En la teoría del caso, tener suficiencia jurídica cuando se sustenta del hecho, el cual debe ser respaldado por una prueba (investigada y optimizada).

Así asumiendo La «pirámide» del litigio propuesta por Lee Bailey, en su trabajo titulado *Como se gana los juicios*, se aprecia que el abogado debe ser un litigante, un negociador o intérprete en la gestión de la Litis.

Finalmente, el abogado se convierte en garante de la oralidad, la cual se viene postergando desde la atropellada entrada en vigencia de nuestra norma procesal (1993). Como podemos ver, no desde el litigio sino gestionando el conflicto, participando en la intermediación con técnica legal, razonamiento predictivo y optimizado la pretensión en buena cuenta, la oralidad es la voz que requiere ser escuchada en el marco de las Garantías Proceso Constitucionales emanadas del art. 139 de nuestra Carta Fundamental. La voz técnica del Litigándote Civil del siglo XXI.

CAPÍTULO 4

LA ORALIDAD EN EL PROCESO PENAL PERUANO DESDE LA PERSPECTIVA FISCAL

HAMILTON CASTRO TRIGOSO (PERÚ)

Fiscal Penal Anticorrupción

Actualmente en el Perú conviven dos modelos de proceso penal. De un lado, se tiene el modelo inquisitivo del Código de Procedimientos Penales de 1940, todavía vigente en parte del departamento de Lima. Este código contiene el modelo mixto francés que se caracteriza por tener una etapa de instrucción a cargo del juez, una limitada participación del Ministerio Público y un juicio oral a cargo de un colegiado (tres jueces superiores).

De otro lado, el Código Procesal Penal de 2004, que entró en vigencia de manera progresiva desde 2006, introdujo en el Perú el denominado modelo acusatorio. En este la investigación del delito está a cargo del fiscal y los jueces solo se ocupan del control jurisdiccional de la investigación, acusación y medidas cautelares, así como de la conducción del juicio oral.

De esta manera, el cambio fundamental respecto del Código de Procedimientos Penales de 1940 es el cambio de roles. Así, el juez ya no investiga y el fiscal asume un rol protagónico en la realización de la investigación y el ejercicio de la acción penal.

Este cambio no solo ha sido resultado del movimiento de reforma procesal penal que desde hace más de treinta años viene llevándose a cabo en Latinoamérica, sino que está muy vinculado a la adecuación del modelo procesal a los parámetros de la Constitución de 1993. En efecto, dicha Constitución trae consigo un programa procesal penal y el diseño general de un determinado tipo de proceso, el llamado modelo acusatorio.

Este programa puede resumirse en cinco columnas. Primero, en las disposiciones de los artículos 138 y 143 de la Constitución, que establecen la potestad exclusiva del Poder Judicial de

administrar justicia. Segundo, en los artículos 158 y 159, que establecen la potestad exclusiva del Ministerio Público de conducir la investigación del delito y ejercitar la acción penal. Tercero, el artículo 139 inciso 14 referido al derecho de defensa. Cuarto, el artículo 139 inciso 4, que establece el principio de publicidad del proceso. Quinto, el artículo 139 inciso 10, que establece el principio de que nadie puede ser condenado sin previo proceso judicial.

Este diseño constitucional del proceso penal es el que se ha irradiado al Código Procesal Penal de 2004. Entonces, cabe preguntarse sobre el rol que juega la oralidad en este modelo acusatorio del proceso penal: ¿Es la oralidad un elemento estructural del proceso penal acusatorio, o solo una regla de procedimiento o un método de actuación procesal? Al respecto, existen diversas respuestas en la doctrina. Por ejemplo, Luigi Ferrajoli, en su obra *Derecho y Razón*, considera que la oralidad es una garantía procesal de segundo nivel, junto a la publicidad, legalidad, etc., que asegura la observancia de las garantías de primer nivel, como son el *nullum iudicio sine accusatione* (formulación de la imputación), *el nulla accusatio sine probatione* (carga de la prueba) y *la nulla probatio sine defensione* (derecho de defensa). Así, Ferrajoli sostiene que la realización de las garantías primarias exige una actuación probatoria que se lleve a cabo en público, es decir, de forma oral. Por tanto, considera que la publicidad y la oralidad son rasgos estructurales del modelo acusatorio; mientras que el secreto y la escritura serían características estructurales del modelo inquisitivo.

De otro lado, Juan Montero Aroca sostiene que solo el proceso acusatorio es un verdadero proceso; mientras que el proceso inquisitivo es tan solo un procedimiento administrativo de actuación extraprocesal. Asimismo, sostiene que no todos los elementos del proceso acusatorio son imprescindibles y, en ese sentido, considera que la forma oral o escrita de un proceso no determina que sea un proceso acusatorio o inquisitivo, sino, por ejemplo, que el juez sea, efectivamente, un tercero imparcial predeterminado por ley y que el acusado conserve todas sus garantías a lo largo de todo el proceso.

Desde otra perspectiva, Jordi Nieva Fenoll refiere que,

históricamente, existe una extrema fascinación por la oralidad en el proceso. En ese sentido, destaca las desventajas de dicha fascinación, como, por ejemplo, la superficialidad con que se resuelven los casos en audiencias maratónicas (como el caso de las audiencias de prisión preventiva en el Perú). Así, el profesor Nieva concluye que es un mito que la oralidad esté necesariamente correlacionada con los principios consecuencia (inmediación, concentración y publicidad). Por ejemplo, cuando un juez lee los escritos presentados por las partes está en pleno ejercicio del principio de inmediación, aunque no exista oralidad. Contrariamente, cuando una audiencia de prisión preventiva en la que prima la oralidad se prolonga por días o semanas, se afecta el principio de concentración. Finalmente, un procedimiento escrito puede ser tan público como un procedimiento oral. En ese sentido, la oralidad sería más una técnica de expresión que un principio del proceso.

Ahora bien, al examinar la Constitución Política no se evidencia que la oralidad deba ser la forma privilegiada del proceso penal. Entonces, lo que sí resulta inherente del proceso penal que emana de la Constitución es la distinción de roles de jueces y fiscales. Sin perjuicio de ello, es preciso aclarar que la herramienta de la oralidad no debe ser eliminada. Al contrario, es una herramienta de gran utilidad; aunque no es el rasgo definitorio del modelo acusatorio.

En esta línea, cabe preguntarse cómo se regula la oralidad en el Código Procesal Penal de 2004. Este cuerpo normativo prevé, además del juicio oral, un conjunto de 83 audiencias y 14 vistas de la causa a lo largo de todo el proceso. Así, una parte importante de este grupo de audiencias son aquellas que anteceden al juicio oral, llamadas previas o preliminares (tutela de derechos, control de plazos, prisión preventiva, etc.).

De esta manera, en el Título Preliminar del Código se regula la oralidad principalmente en relación a la etapa de enjuiciamiento. Sin embargo, ello no es nuevo, ya que la etapa de enjuiciamiento ya existía en el modelo inquisitivo. En ese sentido, lo novedoso en este punto es la inclusión de las audiencias previas o preliminares que no existían en el modelo anterior.

De otro lado, se debe destacar que incluso en el modelo

acusatorio del Código Procesal Penal de 2004 no todo es oral en las fases previas al juicio oral, sino que siguen existiendo escritos presentados por las partes.

Finalmente, cabe analizar si se justifica que en todos los casos del Código Procesal Penal de 2004 deba existir un debate entre las partes antes de la emisión de la sentencia. Según la Unidad de Equipo Técnico Institucional del CPP de 2004, en el 2018 el porcentaje de sentencias frustradas a nivel nacional fue de 17%. Esta cifra, si bien puede parecer baja, en realidad evidencia que no se llevaron a cabo más de 89 000 audiencias a nivel nacional. Por tanto, la cuestión que se plantea no es baladí y requiere un estudio profundo que permita clasificar cuáles casos merecen una audiencia previa y cuáles no.

Por todas las razones expuestas se considera que la oralidad es un método de fijación de las posiciones de las partes en el proceso. Así, no debe ser sacralizada, ni considerada la panacea a todos los problemas del proceso penal. En ese sentido, no es un principio configurador del proceso penal que irradia de la Constitución, sino un modo de actuación de las partes en el proceso que resulta de gran utilidad cuando es correctamente ejercida.

CAPÍTULO 5

EL COMPLIANCE EN EL PROCESO PENAL

DINO CARLOS CARO CORIA (PERÚ)

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca

En materia de compliance tenemos dos parámetros. Por un lado, el modelo estadounidense, representante del *Common Law*, que es donde se origina el compliance, cuya regulación se asemeja a la responsabilidad civil extracontractual. Por otro lado, el modelo de Europa continental, los países del *Civil Law*, que es más afín al modelo peruano previsto en la Ley N° 30424, la cual inhibe la responsabilidad penal de la empresa que se encuentra en compliance.

Así, si nos centramos en el origen del compliance, debemos remontarnos al fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *New York Central & HRRR vs. United States (1909)*, en el que se decidió por la responsabilidad penal de una empresa bajo argumentos que, en nuestro sistema jurídico, corresponderían a la responsabilidad vicaria del empleador. En otras palabras, se adoptó el principio según el cual es suficiente que el delito sea cometido por un empleado para que la empresa pueda ser sancionada penalmente. Entonces, si delinque el autor, delinque la persona jurídica. Bajo estas consideraciones, a diferencia de Perú, en Estados Unidos no existe una norma que señale que las personas jurídicas no responden penalmente por estar en compliance.

Ahora bien, lo que sí existe en Estados Unidos son los *US Sentencing Guidelines* (lineamientos para sentenciar), que establecen los criterios a seguir por el juez al aplicar una condena a una persona jurídica y, dentro de esos criterios, se encuentra el compliance. Es decir, el compliance no es un factor que necesariamente exima de responsabilidad penal a una persona jurídica; este puede ser un factor apenas para reducir la responsabilidad de una persona jurídica, o incluso puede llegar a ser irrelevante.

En ese sentido, es factible preguntarse cómo es que el compliance ha pasado a entenderse como una eximente de responsabilidad penal si es que ello no responde a su naturaleza de origen. Para responder a esta interrogante, se debe tomar en cuenta que en los Estados Unidos cada año son procesadas aproximadamente dos mil empresas, de las cuales, aproximadamente, 150 son condenadas y 27.6 empresas, en promedio, son empresas sujetas a un acuerdo de no persecución diferida y no persecución. En ambos acuerdos se aplica una suerte de principio de oportunidad; sin embargo, la no persecución no está basada en la existencia de un perfecto programa de compliance, sino en el compromiso de la empresa de mejorar su programa de compliance, es decir, una suerte de garantía de no repetición.

Bajo dicha lógica, la empresa puede no ir a juicio si se compromete a estar en compliance. Es decir, se compromete a pagar la reparación, a colaborar con la justicia (delatar a sujetos que participaron en el delito) y a cambiar los cuadros directivos de la empresa. Así, el compliance no exime de responsabilidad, sino que motiva la no persecución en base a acuerdos, para que las empresas se manejen dentro de los márgenes de la legalidad.

En el caso de las empresas que no llegaron a un acuerdo con el Estado, se aplica una figura jurídica llamada *declination*, según la cual el Fiscal decide declinar de la persecución del delito. Esta figura no existe en nuestro sistema jurídico, ni en la mayoría de los sistemas jurídicos latinoamericanos. Esto, porque subsiste una cultura de la desconfianza, según la cual se calificaría de sospechoso el hecho que un fiscal decline de la persecución del delito. Por estos motivos, la aplicación del principio de oportunidad aún es limitada.

Entonces, el modelo de compliance acogido en Perú no es el modelo norteamericano, sino el modelo que proviene de Europa Continental (España, Italia, etc.), países herederos del *Civil Law* en los cuales lo importante es determinar la función que cumple el compliance en el tipo penal, es decir, cómo se instrumenta el compliance.

En ese sentido, en los sistemas jurídicos español, italiano y también peruano, la persona jurídica responde penalmente bajo tres argumentos que se evidencian en la Sentencia Plenaria de

29/02/2016 del Tribunal Supremo Español y la Sentencia del Tribunal Supremo N°. 583-2017 del 19/07/2017. Primero, la persona jurídica responde penalmente siempre y cuando una persona vinculada a ella haya cometido un delito previsto en la normativa nacional. Segundo, debe existir un beneficio para la persona jurídica tras la comisión de dicho acto delictivo. Tercero, y este es el argumento fundamental, que la persona jurídica no esté en compliance. Este argumento tiene su sustento en el principio de responsabilidad personal, propio del derecho penal de los países herederos del *Civil Law*.

Es así que, si la empresa no le puso trabas al delito, entonces esta es responsable. No obstante, se debe considerar que ello no implica que el compliance represente un nulo nivel de riesgo delictivo, sino que es un atenuante necesario de la potencial actuación delictiva, es decir, implica riesgo permitido.

De esta manera, el aspecto central en torno a la responsabilidad penal de la persona jurídica en el sistema jurídico peruano es la prueba del compliance: ¿quién tiene la carga de la prueba? Si se considera que el compliance es riesgo permitido, la carga de la prueba debería recaer sobre el Ministerio Público, por tratarse de un elemento del tipo penal. Esta postura ha generado controversia, pues muchos fiscales consideran que no deberían ser ellos los llamados a probar el compliance de la empresa. Sin embargo, se considera que esto puede resolverse conforme a la tesis de las cargas dinámicas de la prueba.

Esta teoría sostiene que debe probar quien tiene los incentivos para hacerlo. Así, si el fiscal recibe la declaración de la empresa en la que esta asevera tener un programa de compliance, el fiscal debe solicitar la documentación para acreditarla y la empresa deberá proporcionar toda la información necesaria. Entonces, el fiscal le da la oportunidad a la empresa de probar que tiene compliance y se espera que esta obre de buena fe, pues ella tiene los incentivos para hacerlo. Si la empresa cumple con entregar la documentación necesaria, el rol del fiscal es revisar esta información para determinar dónde hubo o no un fallo en el compliance. Este es el aspecto dinámico de la carga de la prueba.

Entonces, hasta este momento hemos descrito los elementos básicos de la prueba del compliance. Sin embargo, el tema

central es saber qué significa concluir que una empresa tuvo un compliance adecuado.

Para este análisis, existen diversos sistemas en el derecho comparado. En primer lugar, está el sistema de auditoría (por ejemplo, la certificación ISO). El problema con este sistema es que las auditorías se llevan a cabo por muestreo y no garantizan un análisis del 100% del programa de compliance. En segundo lugar, el sistema del *check list*, que es muy difundido en los Estados Unidos y que ha sido recogido en Perú en el Decreto Supremo N°. 002-2019-JUS; que aprueba el reglamento del sistema de compliance. Este sistema consiste en verificar una suerte de lista de condiciones que permiten determinar la idoneidad de un sistema de compliance. No obstante, este no es un modelo idóneo para el derecho penal que requiere un razonamiento más allá de la verificación de requisitos. En tercer lugar, el sistema cualitativo, que consiste en ponderar argumentos de diverso orden. Este sistema es propuesto por el profesor Adán Nieto Martín y contiene un sistema de ponderación que involucra un análisis de riesgo, la previsibilidad, los controles en concreto, etc. En otras palabras, no es un análisis matemático, sino que permite analizar a fondo el nivel de compliance de una empresa.

Por tanto, los sistemas de compliance no funcionan si es que no se someten a prueba, es decir, a una verificación de su eficacia. Esto sobre todo en países como el Perú, que no tiene una tradición de compliance y donde los fiscales no tienen las atribuciones de los fiscales estadounidenses. En ese sentido, lo que se necesita en el Perú es una serie de documentos y protocolos que emanen del Ministerio Público y que permitan generar un estándar en el análisis de los programas de compliance.

Actualmente, tenemos el Decreto Supremo N°. 002-2019-JUS que funciona a manera de *check list* y, un proyecto de guía de la Superintendencia de Mercado de Valores (SMV). No obstante, hace falta un documento potente, pues la SMV solo emite una opinión en los casos en que una empresa alegue el compliance como defensa y, a pesar de ser una opinión vinculante, no deja de ser una opinión que no debería primar sobre el análisis minucioso que corresponde al fiscal, quien tiene la atribución exclusiva de la persecución penal. Esta sería la agenda pendiente

para generar predictibilidad sobre el valor de los sistemas de compliance en el Perú.

CAPÍTULO 6

LA PRUEBA EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE DEL FUNCIONARIO PÚBLICO

DAVID ROSALES ARTICA (PERÚ)

Docente de Derecho de la Universidad Privada Norbert Wiener

Estamos ante un delito tipificado en el artículo 399 del Código Penal que sanciona a todo funcionario o servidor público que, indebidamente, en forma directa o indirecta o por acto simulado, se interesa en provecho propio o de tercero por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo.

El Código Penal peruano clasifica al delito de negociación incompatible como un delito de corrupción de funcionarios, ya que se ubica en la Sección IV «Delitos de corrupción de funcionarios», del Capítulo II «Delitos cometidos por funcionarios públicos», del Título XVIII, de la Parte General, denominado «Delitos contra la Administración Pública». No obstante, no en todos los ordenamientos jurídicos el delito de negociación incompatible es considerado un delito de corrupción de funcionarios. Así, se tiene, por ejemplo, que en los códigos penales español, chileno, argentino y colombiano, el delito de negociación incompatible se regula de manera autónoma, ya sea como un delito económico o como un delito en el ámbito exclusivo de los contratos. Por tanto, se debe tener mucho cuidado al interpretar el delito de negociación incompatible peruano a la luz de doctrina o jurisprudencia extranjera, ya que la naturaleza de este puede ser distinta.

Ahora bien, en cuanto al bien jurídico del delito de negociación incompatible, este consiste en el deber de imparcialidad del funcionario o servidor público cuando, por razón de su cargo, interviene en un contrato u operación estatal. Así se puede comprobar en diversas fuentes, como la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N°. 00017-2011-PI/TC, los artículos 39 y 44 de la Constitución Política, los artículos III y IV de Título Preliminar de la Ley N°. 27444, Ley del Procedimiento

Administrativo General, entre otros.

La determinación del bien jurídico del delito de negociación incompatible es importante para comprender la naturaleza de este delito que, de manera mayoritaria, ha sido considerado un delito de peligro concreto. De otro lado, en cuanto a la conducta típica, se tiene que el sujeto activo es un servidor o funcionario público (a la luz de lo previsto en el artículo 425 del Código Penal) que, además interviene en el contrato u operación por razón de su cargo.

En cuanto a la estructura del comportamiento típico de la negociación incompatible también existen puntos problemáticos, ya que la conducta que define la comisión de este delito está configurada por un acto subjetivo que es el interés indebido que muestra el funcionario o servidor público en el contrato u operación en la que participa por razón de su cargo. Así, es un delito doloso de tendencia interna, pues busca beneficiar al propio autor o a un tercero.

A mayor abundamiento, es preciso destacar que el delito de negociación incompatible es un delito especial propio, ya que solo puede ser cometido por un funcionario público que intervenga en un contrato u operación por razón de su cargo. Asimismo, es un delito de infracción del deber, ya que, como señala la Casación N°. 843-2015/ Ayacucho, implica el quebrantamiento de un deber especial que solo puede ser infringido por el funcionario público.

Un aspecto controversial es la responsabilidad penal del tercero beneficiado con el delito. Generalmente, el tercero ha sido considerado como cómplice o instigador del delito. Sin embargo, cabe la posibilidad de que la conducta del tercero sea impune, ya que el delito de negociación incompatible no es de participación necesaria (Casación N°. 843-2015/ Ayacucho).

Bajo todas estas consideraciones, el aspecto de la prueba del delito de negociación incompatible contempla diversas posibilidades. Al respecto, la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia establece cuatro criterios. Primero, que los defectos administrativos no configuran automáticamente la comisión del delito de negociación incompatible, sino que hace falta que dichos defectos se complementen con elementos

adicionales que estén fuera del procedimiento administrativo y acrediten el interés indebido (Casación N°. 841-201/ Ayacucho). Por ejemplo, añadir un dato que evidencie el parentesco entre el funcionario y la empresa beneficiada. Segundo, existe la necesidad de acreditar todos los elementos del tipo penal, como son el dolo y la búsqueda del provecho propio o de tercero. Tercero, es posible utilizar máximas de la experiencia para la inferencia incriminatoria (Casación N°. 628-2015/Lima). No obstante, estas máximas de la experiencia deben estar estrechamente vinculadas con la materia del hecho delictivo y no pueden ser genéricas. Cuarto, la contratación estatal en situaciones de emergencia no representa en sí misma una prueba de la comisión del delito de negociación incompatible; así como tampoco aquellos defectos administrativos susceptibles de regularización (Casación N°. 841-2015/ Ayacucho).

PALABRAS DE CLAUSURA

RICARDO GUEVARA BRINGAS (PERÚ)

Magíster por la Universidad Sorbona París I

Muy buenas noches Sr. Decano, Pierino Stucchi, colegas abogados y profesores, estudiantes.

En mi calidad de Miembro del Comité Consultivo de esta Facultad de Derecho y Ciencia Política, me siento sumamente honrado de dirigir estas palabras de clausura en un evento de excepción, por la calidad de sus ponentes, y la riqueza de los temas abordados, que giran alrededor del concepto de litigación oral en el derecho procesal, lo que es consustancial al ejercicio de los derechos fundamentales, y a nuestra profesión de abogados y de futuros abogados aquí presentes.

Y considero además que este Congreso es muy meritorio, por tratarse de un 1er congreso internacional. Internacional en tiempos de pandemia, de zozobra, de fronteras cerradas, de ralentización del comercio internacional, de tentaciones proteccionistas, y por lo tanto de riesgo de rechazo de lo internacional.

Interpreto esta iniciativa de organizar un congreso internacional, como una clara manifestación de voluntad de esta Facultad de mantener una visión abierta, e internacional de la enseñanza del derecho que no debe parar ante esta pandemia, sino por el contrario, profundizarse para compartir el saber.

Es por eso que saludo esta visión de apertura liderada por el Decano Pierino Stucchi, y que beneficia a todos los alumnos de esta Facultad y a su comunidad universitaria.

No es el propósito de estas palabras de clausura presentar una ponencia argumentativa, pero sí permítanme aprovechar este espacio para compartir con ustedes al menos seis enseñanzas sobre la argumentación oral:

1. La primera está vinculada a las palabras. El soporte, el

sustrato de la oralidad está compuesto de palabras. Sin palabras no hay oralidad, y sin riqueza de palabras, de sus matices, y acepciones, no hay una oralidad que exprese fielmente la realidad. Por lo que el primer consejo, para todos los estudiantes de derecho aquí presentes, es que consultemos asiduamente el diccionario, eterno compañero de la oralidad.

2. Pero además de las palabras, tomemos consciencia que la oralidad también es lenguaje no verbal, es decir lenguaje que se manifiesta a través de nuestra postura, o nuestra mirada. Por ejemplo, en la medida de lo posible, nuestras manos deben ser vistas, ya que, de lo contrario, se puede interpretar que ocultamos algo. Tengamos también cuidado con nuestra mirada. Cuando se habla frente a un auditorio numeroso, la mirada debe desplazarse de arriba abajo siguiendo el sentido de una M mayúscula, y si es un público pequeño la mirada va de manera alternada. No nos olvidemos tampoco de los silencios, que permiten llenar los pulmones de aire, y pausar el discurso. Tomar en cuenta el lenguaje no verbal es, pues, el segundo consejo.

3. La oralidad también es el manejo de la voz, o la prosodia. Un discurso debe ser similar a una partitura musical, con tonos altos, bajos, aceleraciones de ritmo, silencios, y repeticiones. El tercer consejo es: la oralidad es musicalidad.

4. El cuarto consejo está vinculado a nuestras emociones. En efecto, la oralidad puede presentarse como un ejercicio que genera cierta tensión, cierto estrés, cierto miedo de ser juzgados por el auditorio, que nos consideren incompetentes o poco inteligentes. Frente a esto, debemos aceptar que es natural sentir esa tensión, que el auditorio no es hostil, que podemos trastabillar y no es un drama, y además, para generar serenidad, es importante ensayar previamente a la presentación oral, y visualizar que la llevamos a cabo.

5. Los consejos anteriores versan acerca de la expresión del discurso mediante el lenguaje verbal y no verbal. Pero esto no basta. Al lado de la expresión del discurso, se encuentra algo fundamental: la estructuración del discurso. En efecto, un discurso que no ha sido estructurado es errático y no permite la comprensión por parte del auditorio. La exigencia de la estructuración del discurso proviene de la retórica antigua, siendo sus principales exponentes

Aristóteles, Cicerón y Quintiliano. La estructuración clásica consiste en seis etapas del discurso: el exordio, que introduce y genera el interés del auditorio; la narración, que relata los hechos; la división, que enumera nuestros argumentos; la confirmación de pruebas y argumentos; la refutación; y la peroración o conclusiones que coronan el discurso.

Esta estructuración nos sirve de guía, aunque haya autores modernos como Denis Huisman, que proponen solamente 3 fases del discurso. Lo importante es tener en mente que un abogado se asemeja mucho a un arquitecto, ya que debe planificar y estructurar su discurso como si fuese una obra.

6. Por último, mi sexto consejo es relativo al orden de presentación de los argumentos durante la oralidad. Se recomienda emplear el orden llamado «Nestoriano», en honor a Néstor, héroe de la guerra de Troya que organizaba su ejército colocando sus mejores tropas en primera y en última línea. En el caso de los mejores argumentos, los más contundentes deben estar colocados al principio de la argumentación, ya que es la puerta de ingreso del discurso, y también al final, ya que el auditorio los recordará más fácilmente.

Gracias nuevamente por su esmerada atención, y muy honrado en dar por clausurado este excelente Primer Congreso Internacional en Derecho Procesal



Universidad
Norbert Wiener



21 Y 22 MAYO 2020