

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



LA PRUEBA DE OFICIO EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL PERUANO.

¿EL MODELO DE JUEZ PENAL PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993 ADMITE LA PRUEBA DE OFICIO EN EL MODELO ADVERSARIAL?

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN
DERECHO PENAL**

AUTOR

LUIS RICARDO CASTRO MUJICA

ASESOR:

MAG. HÉCTOR FIDEL ROJAS RODRÍGUEZ

Marzo, 2019

RESUMEN (ABSTRACT)

La presente investigación analiza la constitucionalidad –y, por tanto, la coherencia- de la aplicación de la prueba de oficio en el sistema jurídico peruano, el mismo que, desde el punto de vista de la moderna legislación procesal penal, se entiende como acusatorio y adversarial. Para realizar este análisis a la prueba de oficio, se examina a fondo el rol del Juez penal en el ordenamiento jurídico peruano (la Constitución de 1993 y en el Código Procesal Penal de 2004, sus antecedentes legislativos y normativa conexas, así como el análisis de la jurisprudencia y doctrina nacional), en función del diseño de las funciones que tiene dicho funcionario en la Constitución Política del Perú. Se realiza también el estudio del Ministerio Público como complemento de la actuación jurisdiccional, en su relación con la Constitución y la norma procesal penal, así como sus antecedentes legislativos, y el importante papel que cumple como titular de la acción penal dentro del sistema procesal. En el Código Procesal Penal de 2004 con un sistema que se supone es acusatorio y adversarial, se analiza la prueba de oficio, primero desde una comparativa de ésta con la legislación internacional, arribando -respecto de la mecánica de la prueba- a cuestionamientos respecto de, si se prueban los hechos o las afirmaciones de las partes y, si la prueba desvirtúa o desnaturaliza la mecánica general de la actividad probatoria. Finalmente nos enfocamos en la prueba oficiosa y su legitimidad dentro del proceso penal peruano, se confronta aquí al denominado modelo antiguo y el actual modelo procesal penal, partiendo de la premisa si dicha confrontación soluciona la legitimidad de la prueba oficiosa, y si la verdad justifica los medios, concluyendo con la postura del presente trabajo al fundamentar que la prueba oficiosa, no es acogida por el modelo constitucional vigente.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	06
CAPÍTULO I.....	12
LA NECESIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN DEL ROL DEL JUEZ PENAL DE CONFORMIDAD CON LA CONSTITUCIÓN.....	12
1.- La importancia de la Constitución en el Derecho Penal y Procesal Penal...12	
1.1.- La Constitución en relación con la Política Criminal.....15	
1.2.- Interpretación Constitucional y Derecho Penal y Procesal Penal.....19	
1.3.- El programa penal de la Constitución.....21	
2.- El Juez Penal y la Constitución.....25	
2.1.- La Constitución Política del Perú de 1979 y el rol del Juez Penal...25	
2.2.- Los sistemas procesales y su relación con el modelo constitucional (acusatorio) adoptado en el Perú.....29	
2.3.- El Juez según la Constitución de 1979 y la inconstitucionalidad del procedimiento sumario (D.L. 124) en el modelo procesal penal de 1940.....32	
2.4.- La Constitución Política del Perú de 1993 y el rol del Juez Penal.....40	
2.5.- El Código Procesal Penal de 2004 y la Constitución Política del Perú de 1993.....41	
3.- El rol del Ministerio Público como complemento de la actuación jurisdiccional.....44	
3.1.- El Ministerio Público y la Constitución de 1979.....45	
3.2.- El Ministerio Público y la Constitución de 1993.....48	
3.3.- El Ministerio Público y el Código de Procedimientos Penales de 1940.....50	
3.4.- El Ministerio Público y el Código Procesal Penal de 2004.....52	
3.5.- El cambio de sistemas y la Constitución.....53	
3.6.- El Ministerio Público y el principio de imparcialidad.....54	

3.7.- La Imparcialidad y el principio acusatorio en la reforma procesal peruana.....	59
3.8.- Intervención del Ministerio Público como titular de la acción penal...	60
4.- El Juez Penal y los Principios Constitucionales que guían su actuación en el proceso.....	63
4.1.- Principios constitucionales del Proceso Penal en relación al tema.....	64
4.1.1.- Acceso a la justicia.....	68
4.1.2.- Juicio previo.....	70
4.1.3.- Juicio oral.....	71
4.1.4.- Juicio público.....	71
4.1.5.- Presunción de inocencia.....	73
4.1.6.- In dubio pro reo.....	74
4.1.7.- Igualdad de armas.....	76
4.1.8.- Independencia e imparcialidad.....	77
4.1.8.1.- El papel que juegan la Imparcialidad y la búsqueda de la verdad, y el rol del Juez Penal frente a las partes en el proceso.....	79
4.1.8.2.- La imparcialidad y el principio acusatorio.....	84
CAPÍTULO II.....	87
LA PRUEBA DE OFICIO EN EL DERECHO COMPARADO.....	87
1.- La prueba de oficio y los sistemas procesales penales.....	87
1.1.- Sistema Inquisitivo.....	87
1.1.1.- El sistema inquisitivo y la búsqueda de la verdad.....	90
1.2.- Sistema Acusatorio.....	92
1.3.- Sistema mixto.....	93
1.4.- Sistema en el Perú.....	95
1.4.1.- ¿Acusatorio puro?.....	95
1.4.2.- ¿Acusatorio adversarial?.....	96
1.4.3.- ¿Adversarial?.....	98
2.- Legislación comparada sobre la prueba de oficio en el Sistema Acusatorio.....	98

2.1.- Legislación que acoge la prueba de oficio.....	99
2.1.1.- Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica.....	99
2.1.2.- Código Procesal Penal de Costa Rica.....	101
2.1.3.- Código de Procedimientos Penales de Ecuador.....	102
2.1.4.- Código Procesal Penal de Venezuela.....	103
2.1.5.- Código Procesal Penal de Perú.....	104
2.2.- Legislaciones que no acogen la prueba de oficio.....	105
2.2.1.- Código Procesal Penal de Bolivia.....	105
2.2.2.- Código Procesal Penal de Chile.....	105
2.2.3.- Código Procesal Penal de Republica Dominicana.....	106
2.2.4.- Código Procesal Penal de Colombia.....	106
2.2.4.1.- El caso Colombia.....	107
3.- Mecánica de la prueba de oficio.....	109
3.1.- Mecánica de la prueba en general: ¿se prueban los hechos o las afirmaciones de las partes?.....	111
4.- ¿La prueba de oficio desvirtúa o desnaturaliza la mecánica general de la actividad probatoria?.....	112
CAPÍTULO III.....	115
LA LEGITIMIDAD DE LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO PENAL PERUANO.....	115
1.- ¿La solución se encuentra en confrontar el llamado “modelo antiguo” y el actual modelo procesal penal?.....	115
2.- ¿La verdad justifica los medios (probatorios aportados por el juez)?.....	118
3.- Iniciativa probatoria del juez e imparcialidad.....	121
4.- La prueba de oficio no es acogida por el modelo constitucional vigente en el ordenamiento peruano.....	125
5.- Alternativas.....	134
CONCLUSIONES.....	139
BIBLIOGRAFÍA.....	141

INTRODUCCIÓN

Se dice que nuestro país viene atravesando un cambio dentro del sistema procesal, de un sistema al que no se duda en calificar como inquisitivo, a otro (al que tampoco se duda en llamar) acusatorio. Desde la perspectiva que se defiende en el presente trabajo, la opción entre uno u otro sistema corresponde a una decisión que trasciende el ámbito puramente legal, o un modelo procesal teórico, sino que se incardina en la opción de la sociedad en su conjunto por adoptar las reglas de convivencia que devienen de un modelo de Estado constitucional y democrático de derecho. Así, desde ya afirmamos que el sistema acusatorio es el que corresponde a una democracia liberal, es decir, las garantías del derecho penal de una democracia liberal, se ven correctamente representadas en el sistema acusatorio, no en el sistema inquisitivo.

Como se sabe, en el sistema procesal peruano, sí está permitida la prueba de oficio, y uno de los argumentos que se suele dar a favor de la admisión de esta figura es que el Juzgador no sabe a quién va a favorecer la prueba de oficio y se justifica esto porque el juez, ante todo, tiene un compromiso con la verdad o la búsqueda de la verdad.

Analizando un caso hipotético, si un Juez decreta una prueba sin saber a quién va a favorecer su decisión, es claro que dicho magistrado puede no saber si va a lograr probar lo que quiere probar, pero lo que sí es claro es que su decisión ha de favorecer a algunas de las partes. Ejemplo: En el juzgamiento de un delito sexual (abuso de menor) se descubre que el imputado tiene una enfermedad de transmisión sexual. En dicho supuesto, el Juez dispone la prueba para establecer si la víctima padece esa misma enfermedad, como prueba de oficio. Como se aprecia, del resultado de la prueba puede deducirse la absolución absoluta o incriminación total.

Entonces, se puede afirmar que la prueba de oficio, se da por diferentes razones, entre otras **una primera**, es dada por el destacado profesor nacional San Martín Castro, quien dice que -para no resquebrajar el principio acusatorio- la prueba debe ceñirse estrictamente a los hechos objeto de acusación y a los hechos que la defensa ha expuesto para rebatirlas; una **segunda**, es que no se quebrantaría el principio de imparcialidad si es que la prueba de oficio está referida a una fuente conocida, es decir la prueba de oficio a actuarse en juicio es conocida, o que al menos en investigación preparatoria se haya conocido; una **tercera razón o requisito**, es que para respetar el derecho de defensa esta prueba de oficio decretada hay que someterla a contradictorio; con estos tres requisitos se admite la posibilidad de prueba de oficio.

Bajo la vigencia de un proceso penal estrictamente acusatorio se entiende que la facultad del Juez de ordenar la prueba de oficio debería ser nula, por la clara definición y distribución de roles diferentes que cumplen tanto los fiscales como los jueces. Así la Constitución Política del Estado en su artículo 159° en sus numerales 4) y 5) precisan que corresponde al Ministerio Público conducir desde su inicio la investigación del delito, así como ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte, en correlato al Principio de Imparcialidad de la función jurisdiccional que posee dos acepciones¹: a) *Imparcialidad subjetiva* que se refiere a cualquier tipo de compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o en el resultado del proceso; y b) *Imparcialidad objetiva*, referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable.

Es con esta segunda dimensión del Principio de Imparcialidad donde la facultad oficiosa del Juzgador para actuar prueba en juicio oral entra en colisión, además del Principio Acusatorio, que como señala Roxin, se unen las ventajas de la persecución

¹ Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 29 de marzo de 2006. Exp. 0004-2006-PI/TC.

penal estatal con las del proceso acusatorio el cual consiste precisamente en la separación de funciones, donde el juez y acusador no son la misma persona.²

Por otro lado, sobre la suficiencia probatoria, la mayor parte en donde el Juez realiza una búsqueda de pruebas partiendo de la hipótesis de la búsqueda de la verdad, si revisamos estadísticas en los que se realizaron procesos con prueba oficiosa se verificará que la conclusión es una sentencia de condena, pocas veces se aplica una prueba oficiosa con sentencia absolutoria, porque, si el Juez quisiera obtener un mecanismo de absolución se quedaría con la insuficiencia probatoria otorgada por las partes. Este punto cobra fuerza, pues si se habla de la búsqueda de la verdad, se entiende para la presente investigación, que esta no se compromete con la presunción de inocencia.

La amplia doctrina sobre la prueba de oficio nos demuestra el lugar que ocupa dentro de las diferentes legislaciones, las constantes disputas respecto de su aplicación y el lugar que debe ocupar dentro de los diferentes sistemas procesales.

El presente trabajo pretende analizar la prueba de oficio desde un punto de vista Constitucional y el modelo de Juez que impone respecto de la prueba de oficio en el modelo adversarial, un estudio con éstas características no ha sido muy desarrollado aún a profundidad, pues, aunque para algunos juristas, incluso magistrados, la problemática de la prueba de oficio ha quedado zanjada, lo cierto es que el tema continúa generando controversia y sendas disputas, respecto de su utilidad, funcionalidad y legalidad, no solo con el sistema denominado sin ambages acusatorio, como ya se mencionó, sino en su relación con la Constitución, y los postulados que ésta impone para desarrollar un sistema procesal acorde con la realidad jurídica internacional.

La necesidad de aclarar, desde otra perspectiva la problemática, se sustenta en analizar hasta qué punto la prueba de oficio adoptada por el Código Procesal Penal

² Roxin Claus, Derecho Procesal Penal. Ediciones del Puerto. Buenos Aires 2000. pág.86-87.

de 2004, colisiona o no con principios establecidos en la Constitución y el propio Código Procesal Penal.

El presente estudio sobre la prueba de oficio en el sistema procesal peruano, comienza, en el capítulo primero, describiendo la importancia de la Constitución en el Derecho Penal y Procesal Penal, dentro de ésta, se analiza aquellos aspectos importantes como la relación de la Constitución con la Política Criminal, la interpretación Constitucional y Derecho Penal y Procesal Penal, así como, un breve estudio sobre el programa penal de la Constitución. Otro aspecto de especial interés es, el papel del Juez Penal y la Constitución, para lo cual se estudia la Carta Magna de 1979 y el rol del juez penal y los sistemas procesales en relación con el modelo constitucional adoptado en el Perú. Otro aspecto útil para el presente trabajo es el estudio de la Constitución Política del Perú de 1979 y la inconstitucionalidad del procedimiento sumario (D.L. 124) en el modelo procesal penal de 1940, se concluye esta parte con un análisis puntual de la actual Constitución Política del Perú y el rol del Juez Penal, abordando finalmente el análisis del actual Código Procesal Penal de 2004 y la Constitución Política de 1993.

Este estudio, trajo como elemental consecuencia el análisis del Ministerio Público y su rol dentro de la historia jurídica del Perú como complemento de la actuación jurisdiccional, así, se tiene, un estudio de aspectos puntuales sobre la relación del Ministerio Público con la Constitución Política de 1979, la Constitución Política de 1993, con el Código de Procedimientos Penales de 1940 y con el Código Procesal Penal de 2004. En esta línea resultó necesario estudiar el cambio de sistemas procesales y el papel de la Constitución en este proceso. Un aspecto necesario a estudiar por la importancia dentro del sistema que se denomina acusatorio en el Perú es respecto del principio de imparcialidad y su relación con el Ministerio Público, se analiza así, éste Ministerio en relación con el principio de imparcialidad y éste con el principio acusatorio dentro de la reforma procesal peruana y como titular de la acción penal.

La idea, con éste primer capítulo es brindar un panorama general sobre cada uno de los aspectos que componen el sistema denominado acusatorio en el Perú y el proceso de cambio de sistema procesal, es decir del denominado sistema inquisitivo al sistema que actualmente se tiene en el Perú, así, se hace un análisis respecto del Juez Penal y los Principios Constitucionales que guían su actuación en el proceso, en éste aspecto se revisa algunos conceptos sobre aquellos principios constitucionales del Proceso Penal que determinan la actuación del juez en el proceso penal, como el acceso a la justicia, el juicio previo, juicio oral, juicio público, presunción de inocencia, *in dubio pro reo*, independencia e imparcialidad, en éste último se considera importante desarrollar el papel que juegan la imparcialidad y la búsqueda de la verdad, así como, la imparcialidad y el principio acusatorio.

En el capítulo segundo, se estudia la legitimidad de la prueba de oficio en el proceso penal peruano, subrayando los aspectos que son importantes para el desarrollo del presente trabajo sobre los sistemas Inquisitivo, Acusatorio y Mixto, respecto del primero de los sistemas mencionados, se analiza aspectos puntuales sobre su íntima relación con la búsqueda de la verdad. Dentro del análisis de los diferentes sistemas se resaltan aspectos importantes para determinar el sistema en el Perú, cuestionamientos como: ¿Acusatorio puro?, ¿Acusatorio adversarial? Y ¿Adversarial?, ayudan a dilucidar la legitimidad de la prueba de oficio analizada desde el estudio de los sistemas procesales penales.

En el mismo capítulo, se hace un análisis de la legislación comparada respecto de la prueba de oficio en el Sistema Acusatorio, reuniendo en dos grupos diferentes a aquellas legislaciones que acogen la prueba de oficio y aquellas otras que no las acogen dentro de su normatividad procesal. La idea con el análisis desarrollado es establecer la mecánica de la prueba de oficio, para finalmente determinar si la prueba de oficio desvirtúa o desnaturaliza la mecánica general de la actividad probatoria.

Finalmente, en el capítulo tercero, se desarrolla la legitimidad de la prueba de oficio en el Proceso Penal Peruano, este aspecto se desarrolla mediante cuestionamientos como, ¿La solución se encuentra en confrontar el llamado “modelo antiguo” y el actual modelo procesal penal?, ¿La verdad justifica los medios (probatorios aportados por el juez)?, los cuales, desde la perspectiva del presente trabajo de investigación, son resueltos con un carácter afianzado en el estudio realizado, donde luego de un breve resumen de los esfuerzos legislativos por mejorar el panorama procesal, devino en un episodio que no permite encontrar una respuesta a la legitimidad de la prueba de oficio en nuestro ordenamiento, para el caso de uno y, la falta de sustento de la búsqueda de la verdad como base para la legitimación de la iniciativa probatoria del juez, quebrantando las bases del principio acusatorio. Finalmente, el trabajo presenta el resultado de la investigación partiendo de la inconstitucionalidad de la iniciativa probatoria, en este sentido se resaltan aspectos que determinan el papel que juegan la imparcialidad y la búsqueda de la verdad y el rol del Juez Penal frente a las partes en el proceso, concluyendo con aquellos posibles derechos constitucionales de las partes procesales que se afectarían con una actuación oficiosa del Juez en la aportación de prueba.

El análisis realizado a la prueba de oficio, nos permite examinar a fondo el rol del Juez penal en el Ordenamiento jurídico peruano (en concreto, en el Código Procesal Penal de 2004), en función del diseño de las funciones que tiene dicho funcionario en la Constitución Política del Perú. En ese sentido, la presente investigación aporta un análisis de la constitucionalidad –y, por tanto, la coherencia– de la aplicación de la prueba de oficio en un sistema que se supone es acusatorio y adversarial.

CAPÍTULO I

LA NECESIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN DEL ROL DEL JUEZ PENAL DE CONFORMIDAD CON LA CONSTITUCIÓN.

1.- La importancia de la Constitución en el Derecho Penal y Procesal Penal.-

El Estado Constitucional y Democrático de Derecho y la consolidación de éste exige a todo el poder público y a los privados, a cumplir, y, en su caso, a hacer cumplir, los axiomas de la Carta Magna. Si bien es cierto existe una vinculación con todas las ramas del derecho, es con el derecho penal donde se materializa de manera especial, esto a razón que en él las tensiones con los derechos fundamentales son más constantes. Entonces, un adecuado entendimiento del Estado Constitucional y de la Constitución podría dar signos de soluciones a los problemas. El denominado “Derecho Penal Constitucional” que André Sota³ analiza, establece que la Constitución tiene disposiciones que, directa o indirectamente conforman el sistema punitivo, el mismo autor señala que, en la toma de decisiones, ya sean políticas y jurídicas, la Constitución Política ostenta el papel mas importante además de la interpretación y aplicación del derecho⁴.

En la misma línea, el profesor español Carbonell, en su estudio sobre la Constitución y el Derecho Penal, sostiene que éste último es, de todas las ramas del Ordenamiento, la más estrechamente ligada con la Constitución, ya que ella acoge y define los valores a los que ha de servir el ordenamiento y además, fundamenta y limita la actuación de los poderes públicos⁵.

³ Sota Sánchez, André. *Derecho Penal Constitucional*, Gaceta Penal, Tomo 77, Lima 2015, p. 277 – 285.

⁴ Sota Sánchez, André. *Derecho Penal Constitucional-programa penal de la Constitución Política de 1993 y el Derecho Penal Constitucional peruano*, Gaceta Penal, Tomo 41, Lima 2012, p. 336.

⁵ Carbonell Mateu, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant Blanch, Valencia 1999, p. 83 – 84.

Por su parte, el profesor español Serrano-Piedecasas recalca que cuando se habla del *ius puniendi*, como facultad sancionadora del Estado, ésta debe guardar consonancia o –según la postura que se asume como válida- subordinación al modelo de Estado social y democrático de Derecho, consagrado en los artículos 43° y 3° de la Constitución Política del Perú, pues es dicho modelo estadual el que da fundamento al derecho a castigar. Además, en el modelo de Estado social y democrático, el poder no es absoluto, sino que se encuentra sometido a límites orientados a evitar que se abuse del recurso a la sanción⁶.

Se evidencia pues, una estrecha relación entre política y derecho penal, ya que, por su naturaleza, éste último representa un instrumento político y de utilidad social de primer orden, expresando el conflicto entre el individuo y la autoridad estatal, sin embargo, como dice García Rivas, esta relación es también conflictiva ya que intrínsecamente unido al Derecho penal, aparece el problema de su justificación y limitación, reclamando en todo momento una exigencia ética que debe ser satisfecha del mejor modo posible⁷.

Los principios rectores del derecho sancionador, conforme establece el profesor Rojas Rodríguez, no se consideran simples limitaciones al *ius puniendi*, sino que se estructuran como auténticos principios constituyentes del derecho de castigar. Continúa el autor, indicando que los límites a la potestad punitiva del Estado se concretizan en una teoría del injusto que debe abarcar a todas las manifestaciones del derecho sancionador públicos⁸.

Es importante resaltar, en relación a lo anterior el aporte del jurista español Montero Aroca, respecto de la aplicación del Derecho Penal. El autor refiere que esta rama del derecho se aplica única y exclusivamente por los juzgados y solo a través del

⁶ Serrano – Piedecasas Fernández, José Ramón. *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, Gráfica Horizonte, Lima 1999, pp. 85 y 86 ss.

⁷ García Rivas, Nicolás, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca 1996, p.43

⁸ Rojas Rodríguez, Héctor Fidel, *Fundamentos del Derecho Administrativo sancionador*, Pacífico Editores, Lima 2015, p. 131.

proceso, y que esta situación solo puede entenderse si se constata que la sociedad toma, a lo largo de su historia, tres decisiones importantes, a las que el autor denomina **monopolios**, y que son: **exclusividad estatal**, atiende a que el Estado asume en exclusiva la determinación del derecho penal en general y su aplicación en caso concreto; **exclusividad por los tribunales**, donde la aplicación del derecho penal no puede hacerse por órgano distinto al jurisdiccional; y **exclusividad procesal**, mediante el cual, el derecho penal se aplica por los tribunales únicamente a través del proceso. El resultado de lo anterior es lo que el autor denomina **garantía jurisdiccional**, que forma parte del principio de legalidad en materia penal⁹. Esta garantía jurisdiccional está prevista en la Constitución en los artículos 138° y 139°.¹⁰, que establecen respecto de la potestad de administrar justicia, emana del pueblo y que se ejerce a través del Poder Judicial y de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a la Ley, para el primero de los artículos y el principio de no ser sancionado sin proceso judicial, respecto del segundo de los artículos.

De lo anterior se concluye que, en el ámbito del derecho procesal penal, la exigencia de una vinculación entre las garantías que establece la Constitución y el proceso penal es también de máxima importancia en el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho.

En efecto, autores importantes como el profesor Landa Arroyo, señalan que es positivo que el Código Procesal Penal de 2004, en su Título Preliminar haya recogido los principios y derechos constitucionales que la Constitución prevé y que son de aplicación al proceso penal. Dicho autor resalta, entre otros, la tutela procesal efectiva, la presunción de inocencia, legitimidad de pruebas y el principio de *ne bis in ídem*¹⁰.

⁹ Montero Aroca, Juan, *Principios del proceso penal, una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanch alternativa, Valencia 1997, pp. 15 y ss.

¹⁰ Landa Arroyo, Cesar, *Constitución y Fuentes del Derecho*, Palestra Editores, primera edición, Lima 2006, pp. 55 ss.

A pesar del tiempo transcurrido desde el 2004 (unos doce años), a la fecha no ha sido posible, por diversos factores, la implementación plena, a nivel nacional, del nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N.º 957). Este nuevo sistema procesal penal trae consigo una serie de institutos novedosos, que no están exentos de controversia tanto por los operadores jurídicos (jueces, fiscales, policía), como por los abogados litigantes y las partes, pues se trata de un modelo que varía la estructura del proceso penal y, como puede resultar previsible, dichas variaciones no son fáciles de asimilar o de poner en práctica.

Entre dichas regulaciones novedosas se puede mencionar¹¹: una nueva regulación del juicio oral, característico de un mecanismo estrictamente adversarial; la división de poderes entre las tareas del acusador, de los jueces y del imputado y su defensor, de modo tal que se resguarde el poder jurisdiccional para sus funciones específicas; intervención amplia de la víctima en el proceso como sujeto natural de éste, a través del Ministerio Público u otras formas de fortalecer la tutela judicial; uso racional de la prisión preventiva, fundado en finalidades estrictamente procesales; métodos de control del tiempo, tanto para las detenciones como para la duración del proceso en general; organizaciones judiciales nuevas, del Ministerio Público y de la Defensa Pública, conforme a sus finalidades propias. Asimismo, se tiene las bases constitucionales del Código Procesal Penal de 2004¹².

1.1.- La Constitución en relación con la Política Criminal.

Ramos Suyo, señala que a la política criminal le corresponde conceptualizar el conjunto relativamente uniforme de criterios rectores de lo que debe ser el fin del derecho penal y de la pena en una determinada sociedad. Esto determina que la

¹¹ Villegas Paiva Elky, *Constitución y proceso penal: una visión constitucional para entender el sistema procesal adoptado por la reforma procesal penal peruana*, Gaceta Penal – Derecho Penal Constitucional, Tomo 72, Lima 2015, pp. 273 y ss.

¹² Landa Arroyo, Cesar. *Constitución y fuentes del derecho* Palestra Editores, primera edición, Lima 2006, pp. 53 ss.

política criminal encauce la práctica jurídico-penal subordinándola a la política. La política criminal está constituida por los lineamientos políticos generales enraizados en la ciencia; tiende a ser una particular concepción del Estado y de la sociedad¹³

Hurtado Pozo, sobre la política criminal, dice que ésta es la manera cómo una sociedad reacciona organizadamente frente a las acciones delictuosas (*latu sensu*) que amenazan su cohesión y su desarrollo armónico¹⁴, por su parte, Rosas Yataco sobre la política criminal indica, como aquel conjunto de decisiones relativas a determinados instrumentos, entre los cuales están las normas penales y procesales y que ésta (política criminal) incluye decisiones referidas a las reglas que permiten la adecuada y por tanto mejor utilización de esos instrumentos¹⁵.

Por su parte, el profesor García Caveró, entiende por política criminal el conjunto de objetivos que sustentan las decisiones estatales tomadas para hacer frente a la criminalidad. El análisis que el autor realiza, desde una visión científica de la política criminal, es que existe en la actualidad consenso en entender que son dos los fines político-criminales esenciales: en primer lugar, el sistema penal debe ser eficaz en la lucha contra la criminalidad, lo que significa llevar la criminalidad a niveles que permitan aún la convivencia social; la segunda finalidad de la política criminal, es mantener el respeto de las garantías de los ciudadanos frente al ejercicio de la potestad punitiva del Estado¹⁶.

A su vez, el proceso penal no debe ser considerado como un mero instrumento de la política criminal o como un simple mecanismo de persecución y represión de delitos, sino que, desde una perspectiva constitucional, se delinea como un punto de garantía de los derechos de las personas sometidas al mismo. El proceso penal

¹³ Ramos Sujo, J.A. *Criminología y criminalística vinculante a la política criminal*, Grijley, Lima 2010, p. 388.

¹⁴ Hurtado Pozo, José. *Manual de derecho penal. Parte general I*, Grijley, Lima 2005, p. 59.

¹⁵ Rosas Yataco, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Pacífico Editores, Volumen I, 1ra Edición, Lima 2013, p.33

¹⁶ García Caveró, Percy, *El Derecho Procesal Penal frente a los retos del nuevo Código Procesal Penal*, Ara Editores, 1° edición, Lima 2009, p. 18-19.

representa un conjunto de garantías y principios constitucionales que guían y gobiernan su desenvolvimiento, así como el rol de los sujetos procesales¹⁷.

Se entiende como basamento fundamental del Estado Democrático de Derecho a la dignidad humana, en ese entender, como un derecho fundamental, se exige el máximo de respeto de éste en el desarrollo del proceso penal. Se debe deducir que las garantías constitucionales también le pertenecen a la víctima, así por ejemplo la igualdad procesal, el debido proceso, la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho de defensa procesal eficaz, entre otros¹⁸.

Por su parte el profesor Pérez Arroyo, al hablar de los fines y fundamentos de política criminal relativos a la reforma procesal penal de 2004, refiere, en primer término, que los fines de la política criminal son aquellos que orientan a identificar el modelo de Estado en que se asienta un sistema de justicia criminal. El autor parte de la concepción de que tanto el delito como la criminalidad, deben ser combatidos a partir de estrategias de control, prevención y de eliminación –de ser posible. Así, el citado profesor nacional establece que la política criminal actúa como correlato fundamental de un Estado Social y Democrático de Derecho, enarbolando el respeto irrestricto de la persona humana y su dignidad.

En segundo término, según el mismo autor, los fundamentos de la política criminal, vendrían a ser un conjunto de premisas:

- Entre derecho penal material y derecho procesal penal, existe un mismo objeto de acción desde un punto de vista político-criminal, este objeto es el delito o hecho punible.
- A partir de que se tiene el conocimiento de la existencia de un injusto penal, se desencadena una serie de consecuencias que la doctrina denomina

¹⁷ Salas Beteta, Christian. *El proceso penal común*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p.19 y ss.

¹⁸ Salas Beteta, Christian. *El proceso penal común*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p.19 y ss.

“reacción penal”, entonces tales consecuencias son de doble vía (penal material y penal procesal).

- En un nivel penal estricto, cuando se produce un hecho que la ley reputa como delito, se desencadena una serie de consecuencias legales que conllevan a la imposición de una pena o una medida de seguridad, de una reparación civil o de una consecuencia accesoria¹⁹.

Partiendo del marco conceptual antes anotado, se puede apreciar que, en el Perú, cuando la Constitución del 1979 redefinió las competencias constitucionales del Ministerio Público y del Poder Judicial en cuanto a la persecución y sanción del delito, obligó a la renovación del sistema procesal penal. En efecto, desde el punto de vista que aquí se defiende, es la Carta Magna de 1979 la que implanta el principio acusatorio y hace irreversible la necesidad de una reforma de la legislación procesal penal que se tenía vigente desde 1939. Si bien en la década siguiente ocurren algunos intentos de adaptación de la legislación al nuevo marco constitucional establecido en 1979, fue recién en 1991 que se da el primer intento de adaptación sistematizada a la nueva normativa constitucional con el Código Procesal Penal de ese año (Decreto Legislativo N.º 638).

Posteriormente, la Constitución de 1993, ratificó las modificaciones de su predecesora en este ámbito (vigencia del principio acusatorio) haciendo más patente la necesidad de reforma del Código de Procedimientos Penales. El nuevo (y al parecer definitivo) sistema procesal con el que se ha emprendido esta reforma es el nuevo Código Procesal Penal de 2004 (Decreto Legislativo 957), que, como ya se mencionó, se encuentra en pleno proceso de implementación.

Como se puede apreciar, el constituyente de 1979, y posteriormente el de 1993, asumieron la decisión política (político-criminal) de reformar el sistema procesal penal. La doctrina nacional entiende que el éxito de dicha reforma no solo depende

¹⁹ Pérez Arroyo, Miguel, *Política Criminal y Sistema de Enjuiciamiento penal en la reforma procesal penal peruana de 2004*, *Procedimiento Penal*, Gaceta Penal tomo 10, Lima 2010, pp. 231 ss.

de completar su implementación, sino de la demostración de las mejores consecuencias político-criminales que el nuevo proceso penal ofrece, pues el nuevo modelo auguraba alcanzar los objetivos político-criminales procurados por el sistema penal. Solo si se constata dicha relación de correspondencia podrá considerarse exitosa la reforma procesal penal²⁰.

1.2.- Interpretación Constitucional y Derecho Penal y Procesal Penal.

Landa Arroyo²¹, hace referencia a que el derecho penal tiene su basamento en la Constitución y no en las leyes, debiendo concebirse como el parámetro jurídico fundamental del Estado Constitucional Democrático actual, y que esta influencia se ve representada en la actuación del Tribunal Constitucional ya que determina y otorga contenido, por medio de sus sentencias, a las instituciones penales; el autor sostiene que el derecho constitucional sostiene que por medio de la interpretación y los razonamientos constitucionales al derecho penal y, partiendo de ahí, afirma que las clases o categorías jurídicas de la dogmática penal pueden ser, en algunos casos, objeto de ésta interpretación, y, en otros, de la definición de su contenido por parte del ente encargado para tal fin, es decir del Tribunal Constitucional a través de los diferentes métodos de interpretación, y esto, atendiendo a que si bien el juez está sometido a la ley, también lo está, ante todo, a la Constitución.

Siguiendo a Böckenförde, sobre las teorías de la interpretación constitucional, el precitado profesor nacional nos detalla algunas teorías de interpretación constitucional, que resultan relevantes:

- Interpretación hermenéutica, que concibe a la Constitución como una norma jurídica, la misma que debe ser interpretada conforme a los métodos de

²⁰ García Cavero, Percy, *El Derecho Procesal Penal frente a los retos del nuevo Código Procesal Penal*, Ara Editores, 1° edición, Lima 2009, p. 17.

²¹ Landa Arroyo, César, *Interpretación Constitucional y Derecho Penal*, Palestra Editores, Lima 2006 pp. 76 ss.

interpretación de la ley. Para el autor, esta metodología resulta ingenua e insuficiente como método de interpretación constitucional, ya que si bien la Constitución es la norma jurídica suprema, es también una norma política suprema.

- Interpretación tópica, definida por el autor como aquella que emplea tanto el contenido (normas) y el sistema dogmático (constitucional), en tantos aspectos le aproximen y le permitan consecuentemente la solución del caso concreto que debe interpretarse, pero descuida la posición o estatus del intérprete constitucional al no valorar si se actúa como juez, legislador, administrador, abogado o jurista.
- Interpretación institucional, que es definida como aquella que busca recuperar el carácter vinculante de la norma constitucional con la realidad constitucional a partir de presentar un método de interpretación racional y controlable a través de la concretización.
- Interpretación alternativa, que según el autor, se funda en aquella realidad ya existente, en la medida que la Constitución se da como aquella expresión jurídico normativa del proceso de integración estadual, que habita en el desarrollo activo de la sociedad.

Por su parte García Toma, sobre la interpretación de la ley penal, refiere que el principio de legalidad la condiciona, pero que sin embargo éste importante principio no es el único, refiere que a la par debe -de manera preponderante- tomarse en cuenta la comprobación de la constitucionalidad de la disposición que es objeto de interpretación, así como su conformidad con los convenios internacionales suscritos por nuestro país.²²

²² García Toma, Víctor, *Interpretación y aplicación de la ley penal*, Anuario de Derecho Penal 2005, Lima 2005, pp 174 ss.

1.3.- El programa penal y procesal penal de la Constitución.

El profesor Serrano-Piedecasas²³, sostiene que la Constitución (haciendo referencia a la constitución española de 1978), contiene preceptos que de manera directa o indirecta conforman el sistema punitivo. Sostiene este importante autor, que para tener lo que podría denominarse programa penal de la Constitución, es necesario examinar detalladamente la Norma Fundamental, extrayendo el conjunto de postulados políticos jurídicos y políticos criminales que constituyen el marco normativo en el cual tanto el legislador penal como el juez pueden tomar sus decisiones e inspirarse para interpretar las leyes a aplicar.

Precisa el mismo autor, que el término “programa” está referido como el conjunto de postulados **genéricos**, y no a **soluciones concretas** para cada problema que es parte del sistema punitivo. Entonces el programa penal de la Constitución constituye el marco jurídico de referencias para el legislador y los operadores jurídicos, con dos aspectos importantes, por un lado, indica los principios en los que debe basarse el derecho penal y, por otro lado, contribuye a definir los límites a la actuación punitiva del Estado.

En concordancia con lo anterior, los profesores nacionales Prado Saldarriaga²⁴ y San Martín Castro²⁵, señalan que la Constitución contiene principios generales que vinculan al legislador y los tribunales, en la formación, entre otros, del ordenamiento penal y estos principios, permiten captar adecuada y coherentemente el sentido de los preceptos concretos.

²³ Serrano-Piedecasas, José Ramón, *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal*, Lima 1999, pp, 87 – 90.

²⁴ Prado Saldarriaga, Víctor, *Constitución, Derecho y principios penales*, Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima 1990, pp. 265 y ss.

²⁵ San Martín Castro, Cesar, *Derecho procesal penal*, Volumen I, Editora Jurídica Grijley, Lima 2006, p. 11 ss.

Al respecto Sota Sánchez²⁶, identifica una serie de principios constitucionales del derecho penal, en este listado encontramos entre otros, los siguientes; el derecho de la dignidad humana, art. 1 Const.; principio de legalidad penal, art. 2.24.d. Const.; principio de igualdad ante la ley, art. 2.2 Const.; principio de culpabilidad (contemplado tácitamente en la cláusula del Estado de Derecho, así como en el principio o derecho de la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad²⁷; principio de proporcionalidad, art. 200.6; principio de aplicación de la ley penal más favorable al proceso en caso de duda o de conflicto entre leyes penales, art. 139.11 Const.; principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, art. 139.8 Const.; principio de presunción de inocencia, establecido en art. 2.24.e Constitución.

En cuanto al proceso penal, el profesor San Martín Castro²⁸, afirma que la Constitución adquiere mayor importancia, ya que ciertamente en el proceso penal los derechos en compromiso son fundamentales, de relevancia constitucional, y esto a razón de estar integrados. El connotado profesor nacional detalla la referida integración de la siguiente manera:

- De un lado, por el derecho de perseguir o de acusar que ejercita el Ministerio Público, establecido en el artículo 159, incisos 4 y 5 de la Constitución, esto paralelo al derecho de castigar que le corresponde al Juez, artículo 138 y 139, inciso 10 de la Constitución.
- De otro lado, el derecho a la libertad del imputado, que hace valer su defensa, establecido en el artículo 2 inciso 24 y artículo 139 inciso 14 de la Constitución.

²⁶ Sota Sánchez, *Derecho penal constitucional –programa penal de la constitución y el derecho penal constitucional peruano* – Gaceta Penal, Tomo 77, Lima 2015, pp. 271 Y SS

²⁷ Sobre el fundamento constitucional del principio de culpabilidad, véase la STC Exp. N° 0012-2006-PI/TC, caso demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la decana del Colegio de Abogados de Lima contra determinadas normas del Derecho Legislativo N° 961, Código de Justicia Militar Policía, fundamento jurídico 4.

²⁸ San Martín Castro, Cesar, *Derecho Procesal Penal*, Editora Jurídica Grijley, segunda edición, Lima 2003, p. 79. El autor sigue en este aspecto a Gimeno Sendra.

El mismo profesor San Martín Castro²⁹, señala que la Constitución reconoce principios y derechos procesales (p.e. el artículo 139) y que de estos principios y derechos derivan un conjunto de consecuencias tanto de los justiciables, en cuanto a sus derechos y garantías, como a los límites de los poderes públicos. El citado autor, siguiendo a Armenta Deu, sostiene que los principios son propuestas jurídicas de carácter general y abstracto que dan una idea o inspiran a la normatividad concreta y que, a falta de éstas, pueden resolver directamente los conflictos³⁰.

Partiendo del planteamiento propuesto por el profesor San Martín Castro³¹ en el ámbito del derecho procesal penal, la Constitución incorpora un conjunto de garantías genéricas y otra de garantías específicas, que vienen a ser cláusulas de relevancia constitucional que definen los aspectos orgánicos de la jurisdicción penal, esto es el proceso y el procedimiento. Tomando como base estas ideas, podemos advertir la existencia de un **programa procesal penal de la Constitución**, el mismo que puede construirse sobre la base de las garantías genéricas y específicas identificadas por el citado profesor nacional.

Dentro del conjunto de garantías procesales, el profesor San Martín Castro³² identifica:

a.- Garantías genéricas, son:

El debido proceso y el derecho a la tutela jurisdiccional, ambos en el artículo 139.3 de la Constitución; el derecho a la presunción de inocencia, artículo 2.24.e de la Constitución y el derecho de defensa en el artículo 139.14 de la Carta Magna.

²⁹ San Martín Castro, Cesar, *Derecho Procesal Penal*, Editora Jurídica Grijley, segunda edición, Lima 2003, p. 80.

³⁰ Armenta Deu, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, Marcial Pons, Madrid 2003, p. 69.

³¹ San Martín Castro, Cesar, *Derecho Procesal Penal*, Editora Jurídica Grijley, segunda edición, Lima 2003, pp. 80-81.

³² San Martín Castro, Cesar, *Derecho Procesal Penal*, Editora Jurídica Grijley, segunda edición, Lima 2003, pp. 81 ss.

b.- Garantías Específicas: las mismas que constituyen un conjunto extenso de garantías, las de interés para los fines del presente trabajo, son:

Derecho a la igualdad procesal, art. 2.2 Const.; derecho a la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, se permite la jurisdicción militar y la arbitral, art. 139.1 Const.; la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, art. 139.2 Const.; es primordial la garantía del Juez legal, art. 139.3; no deja de ser importante la garantía de la publicidad de los procesos, art. 139.4 Const.; el principio de pluralidad de instancia, art. 139.6 Const.; un principio de vital importancia es la de no ser condenado en ausencia, art. 139.12; el principio de gratuidad de la administración de justicia, art. 139.16 de la Constitución; el Ministerio Público y la función de conducción desde su inicio de la investigación del delito, de dirección normativo funcional de la Policía Judicial y de promoción de la acción penal, de oficio o a petición de parte, art. 159.4 y 5 Const.

Siempre guiándonos del planteamiento del profesor San Martín Castro, las garantías enumeradas pueden distinguirse entre **orgánicas** y **procesales**. Las primeras son las concernientes a la formación del juez, al apoyo institucional de la judicatura en relación con los otros poderes del Estado; y respecto de los otros sujetos del proceso: entre ellos la independencia, la imparcialidad, la responsabilidad, separación entre juez y fiscal, autonomía del Ministerio Público y juez legal. En cuanto a las segundas, inciden en la formación del juicio, esto quiere decir, a la recaudación de los elementos de prueba, al desarrollo de la defensa, contradicción, formas de interrogatorios, publicidad, etc.

Otros autores como Colchado Bolívar, Ramírez Sedano y Magallanes Ayvar, dan clasificaciones sobre la Constitución y los principios del derecho procesal penal, entre ellos tenemos: La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, la

independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, entre otros³³.

2.- El Juez Penal y la Constitución.

2.1.- La Constitución Política del Perú de 1979 y el rol del Juez Penal.

Como ya hemos planteado, los antecedentes legislativos de la actual reforma procesal penal en el Perú, los encontramos en la Constitución Política de 1979, promulgada por la Asamblea Constituyente después de doce años de mandato militar. Con ella se muestra la intensión seria de sentar las bases para un real Estado de Derecho.

El sistema procesal penal anterior al que establece el actual Código Procesal Penal de 2004, tenía como característica ser un modelo procesal penal mixto, predominantemente inquisitivo y mínimamente acusatorio. Orrego Moreno, en 1984, decía que el Código de Procedimientos Penales, regulaba la tramitación de los procesos con la protección de las garantías procesales que la Constitución de 1979 ofrecía, otorgándole, el autor, una relación e interdependencia muy estrecha entre el procedimiento y el derecho penal³⁴. La historia a lo largo de los años ha demostrado que dicha percepción fue idealista toda vez que, como ya se mencionó, los acontecimientos que han ido sucediendo dan como resultado –ahora, con Constitución vigente y norma procesal diferente- un análisis que arroja intentos legislativos que buscaron solucionar la problemática judicial, logrando lo contrario.

Para fines de la investigación, resulta pertinente realizar una breve reseña del Ministerio Público a lo largo de la Historia Constitucional³⁵:

³³ Colchado Bolivar, Miriam, Ramirez Sedano, Miriam, Magallanes Ayvar, Cesar, *Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas, Lima 2004, pp 21 ss.

³⁴ Orrego Moreno, A. *La prueba en el proceso penal*, Ediciones Jurídicas, Lima 1984, pp. 42, 43.

³⁵ Obtenido de la Pag. Web.:

http://catalogo.amag.edu.pe/web/html/servicios/archivos_articulos/2003/Levano_Genesis.htm

- La historia enseña que los fiscales aparecen cuando se instala la Real Audiencia y Cancillería de Indias, esto es más o menos en mayo de 1542, por aquel entonces, la función fundamental al integrar la Real Audiencia, era la de prevenir los derechos de la Real Hacienda y velar por la integridad de la jurisdicción real. Inspirada en la legislación española, su rol no era dinámico ni activo, cumplía en el proceso penal el rol de acusador. En esta etapa, forma parte del Poder Judicial, su autonomía no estaba determinada, ya que sus miembros dependían del Poder Judicial.
- El Reglamento Provisorio de 1821 dictado por el General José de San Martín, entendía al Ministerio Público como una institución útil al país por su labor en la independencia política del Perú³⁶, posteriormente se tuvo en la instalación de la Corte Suprema de la República a través de la Constitución de 1826 a los fiscales, como ya se mencionó a nivel de la Corte Suprema. La Constitución de 1834 hacía referencia al Fiscal de la Corte Suprema y los requisitos establecidos para tal cargo fueron los mismos que para ser Vocal o Fiscal, también hizo referencia a los Fiscales de las Cortes Superiores y a los Agentes Fiscales³⁷.
- La Constitución de 1839, estableció distintos cargos arraigados a la labor fiscal, como parte de un proceso, en éste sentido se tenía a los Fiscales de la Corte Suprema, de la Corte Superior y Agentes Fiscales a nivel de los Juzgados de Primera Instancia, sin embargo esta norma no reguló o estableció con precisión las atribuciones de los Fiscales³⁸.

³⁶ Verheye Asalde, Yann, *El Ministerio Público a lo largo de la historia Constitucional peruana*. Artículo publicado en el número 368 de JURIDICA, Suplemento de Análisis Legal del Diario "El Peruano", de fecha martes 16 de agosto de 2011. Disponible en la pg. Web:

<https://javierjimenezperu.files.wordpress.com/2012/04/02-yann-ministerio-pc3bablico-historia-constit-presente-pasado-futuro.pdf>

³⁷ www.mpfm.gob.pe

³⁸ www.mpfm.gob.pe

- En la Constitución Liberal de 1856, con Ramón Castilla como Presidente, el gobierno convocó una Convención Nacional de diputados elegidos por primera vez a través del sufragio directo para que dictara la Constitución y las leyes orgánicas, entre las que se encontraba las del Consejo de Ministros y del Fiscal de la Nación³⁹, creó la función del Fiscal de la Nación, encargados de velar por la observancia de las leyes, pero integrados al Poder Judicial (artículo 132).

- En la constitución de 1860, los Vocales y Fiscales pertenecían al Poder Judicial, tiempo después en la Constitución de 1867, se estableció el cargo de Fiscal de la Nación por el de Fiscal General Administrativo, sin embargo el artículo 124 establecía que, en la Corte Suprema habría un Fiscal; en las Cortes Superiores el número de Fiscales que designe la normatividad vigente; y los Agentes Fiscales -así era la denominación- en las capitales de Departamento y en los lugares que se determine según ley⁴⁰, otro punto a rescatar es el uso de la nomenclatura de Ministerio Fiscal, la misma que se utiliza por primera vez a través de la Ley Orgánica del Poder Judicial N° 1510 del 28 de julio de 1912, atribuyéndole la representación y defensa del Estado en las causas en que éste fuese parte; acusar e intervenir en juicios criminales, así como, velar por la legalidad.

- La Constitución de 1920, establece en su Título XVIII, Poder Judicial, la elección congresal de los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema a propuesta del Poder Ejecutivo (artículo 147), manteniendo el mismo sistema empleado por la Constitución de 1860.

³⁹ Pareja Paz Soldán, José, *Historia de las Constituciones Nacionales (1812-1979)*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima 2005, Segunda Edición revisada, corregida y aumentada, P. 103.

⁴⁰ Verheye Asalde, Yann, *El Ministerio Público a lo largo de la historia Constitucional peruana*. Artículo publicado en el número 368 de JURIDICA, Suplemento de Análisis Legal del Diario "El Peruano", de fecha martes 16 de agosto de 2011. Disponible en la pg. Web: <https://javierjimenezperu.files.wordpress.com/2012/04/02-yann-ministerio-pc3bablico-historia-constit-presente-pasado-futuro.pdf>

- Posteriormente, la Constitución Política de 1933, cuya comisión encargada de elaborar el anteproyecto fue presidido por el Doctor Manuel Vicente Villarán y dentro de la cual destacan otras connotadas figuras nacionales del ámbito jurídico de la época, entre los que se puede mencionar a Diomedes Arias Schreiber, Ricardo Palma, Víctor Andrés Belaunde, José León Barandiaran, dicha comisión se encargó de la organización del Poder Judicial con la característica de ser libre de cualquier influencia política en los nombramientos, sin embargo, los Vocales y Fiscales continuaban dentro de la misma estructura del Poder Judicial (artículo 222 y 223).
- El nombre de Ministerio Público, se le atribuye al Decreto Ley 14605, posteriormente (1968-1980), la referida institución sufre una limitación dentro de sus funciones, al suprimir, la dictadura militar, a los Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia. Siendo historia conocida que la Constitución de 1979 le otorga la autonomía orgánica a nivel constitucional al Ministerio Público, la finalidad era equilibrar en alguna medida al Poder Judicial⁴¹. Finalmente se crea la Ley Orgánica del Ministerio Público, a través del Decreto Legislativo N° 052.
- Un aspecto a considerar en el Decreto Legislativo N° 052, es la autonomía otorgada al Ministerio Público (artículo 158), su labor prioritaria es iniciar el ejercicio de la función jurisdiccional con arreglo al principio de legalidad, en defensa de los intereses públicos tutelados por el Derecho, conforme lo ha afirmado el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0004-2006-AI⁴².

⁴¹ Chirinos Soto, Francisco, *Constitución de 1993, Lectura y Comentario*, Editorial Rodhas, Lima 1997, p. 346 – 347.

⁴² Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, 29 de marzo de 2006, Proceso de Inconstitucionalidad, Fiscal de la Nación contra el Congreso de la República. Síntesis: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación contra determinados extremos de la Ley 28665, de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial.

101. *De este modo, teniendo en cuenta lo dispuesto por el Art. 158 de la Constitución, la garantía institucional de la autonomía del Ministerio Público tiene por finalidad asegurar y proteger la libertad*

La Constitución Política del Perú vigente de 1993 (31 de diciembre 1993), reglamento al Ministerio Público en sus artículos 158, 159 y 160; estableciendo que esta institución es el titular del ejercicio público de la acción penal, derogándose los artículos convenientes de la normatividad Procesal Penal de 1940.

2.2.- Los sistemas procesales y su relación con el modelo constitucional (acusatorio) adoptado en el Perú.

Respecto al proceso inquisitivo, Montero Aroca explica que dicho proceso no fue y no puede ser un verdadero proceso, además señala que no existen necesariamente dos sistemas por los que pueda configurarse el proceso (inquisitivo y acusatorio), sino dos sistemas de actuación del Derecho Penal por los tribunales, y entre otros, los caracteres que señala sobre este tipo de proceso son: no hay una parte acusadora distinta del Juez y el acusado no es un verdadero sujeto del proceso, sino solo el objeto del mismo; los poderes del juez son amplios⁴³.

El modelo inquisitivo, según Rosas Yataco⁴⁴, contaba con algunas deficiencias que se resumen a continuación: 1) modelo predominantemente inquisitivo con el Código de Procedimientos Penales de 1940, cuyas características son el culto al formalismo, ritualismos a la escrituralidad, adopción del secretismo de la investigación (judicial) y la conducción de la investigación por el juez; 2) aunque el

de actuación de éste órgano constitucional, de moto tal que pueda cumplir eficazmente con las funciones que le ha recomendado la Norma Fundamental, evitando la dependencia y subordinación respecto de otros órganos, poderes o personas, sean éstos públicas o privadas. Para garantizar esta libertad de actuación, es preciso en otras cosas, que el Ministerio Público, en tanto que órgano constitucional autónomo, pueda contar con un estatuto jurídico básico que regule los derechos, obligaciones, incompatibilidades y beneficios de los fiscales, entre otros, de manera que se pueda preservar la imparcialidad en el desempeño de la función fiscal, así como, el tratamiento igualitario a los fiscales que se encuentren en el mismo nivel y jerarquía.

Disponble en la pág. Web: www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00004-2006-AI.html.

⁴³ Montero Aroca, Juan. *Los principios del proceso penal, Una explicación basada en la razón*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1997, p. 26-28.

⁴⁴ Rosas Yataco, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Pacifico Editores, Volumen I, 1ra Edición, Lima 2013, pp. 42-45.

proceso penal ordinario era la regla y el sumario la excepción, en la práctica ocurría todo lo contrario “la excepción se convierte en regla”; 3) el proceso penal se elaboró pensando en un tipo de criminalidad, pese a las sucesivas modificaciones (Código de 1940), sin embargo su elaboración y construcción se cimentó en los tipos de criminalidad de esa época; 4) el proceso penal sumario obvia los principios de la publicidad, oralidad, inmediación y concentración. El modelo acogido por el Código de procedimientos penales, al ser uno procesal penal mixto, evidenciaba algunas características propias de ambos sistemas, así, en el juicio oral, se tenía algunos principios como los de publicidad, contradicción e inmediación, pero con algunas limitaciones e inconvenientes que por el mismo sistema adoptado no se cumplían a cabalidad. Oré Guardia, manifiesta que el proceso penal mixto quedó organizado en dos etapas principales: el sumario o instrucción, con eminentes características inquisitivas y el plenario o juicio, con características del acusatorio⁴⁵.

Respecto de los procesos sumarios, según Burgos Mariños⁴⁶, había diversas razones de su inconstitucionalidad: 1) la investigación del hecho conducida por el Ministerio Público, pero únicamente como función pre procesal, el fiscal dirige la investigación preliminar, básicamente los actos iniciales de la investigación, pasada esta etapa pierde toda acción, 2) supremacía de la escrituralidad y siendo el eje central el expediente. Al respecto, aunque el proceso penal ordinario era la regla y el sumario, la excepción, la práctica demostraba todo lo contrario. Como suele suceder, la excepción se convierte en regla y en materia procesal penal no hubo excepción, toda vez que aproximadamente el 90% de los delitos del Código Penal se tramitan vía proceso sumario⁴⁷

Sobre el proceso acusatorio, siguiendo a Montero Aroca, dice que éste si es un verdadero proceso, por la existencia de un juez imparcial y dos partes parciales que

⁴⁵ Oré Guardia, Arcenio, *Manual de derecho procesal penal*, Ed. Alternativas, Lima 1996, p. 16.

⁴⁶ Burgos Mariños, Victor. *El proceso penal peruano; una revisión sobre su constitucionalidad*. *Revista Peruana de Doctrina & Jurisprudencia Penales*, Lima 2002, pp.91 y ss.

⁴⁷ Rosas Yataco, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Vol. I, Pacífico Editores 1ra Edición, Lima 2013, p. 42.

se enfrentan entre sí. Entre los caracteres que identifica en este modelo se tiene: las partes en el sistema acusatorio actúan en contradicción e igualdad; la regla es la libertad durante la realización del proceso; las pruebas deben ser introducidas por las partes, no por el juez que carece de poderes autónomos para investigar los hechos; el procedimiento es oral, inmediato, concentrado y público⁴⁸.

La determinación del modelo del proceso penal forma parte de la política criminal del Estado, como es sabido, el sistema acusatorio dista del sistema inquisitivo en las funciones diferenciadas del juez, que ya no realiza una investigación integral, sino el fiscal quien es el encargado de reunir los hechos que posteriormente permitan sustentar su acusación, el eje central es la acusación, como es conocido, el sistema acusatorio es garantista ello por elementos como el juicio previo, oral, público y contradictorio realizado ante un juez que no ha tenido contacto con la investigación y del saneamiento de la acusación en la fase intermedia⁴⁹.

Oré Guardia, nos dice que se requiere mucho más que un cambio de modelo para asegurar una real, positiva y profunda transformación del proceso penal, y que el sistema acusatorio, es el que mejor se condice con los postulados de la Constitución; es claro que **la Constitución no establece un modelo procesal en específico** (acusatorio y/o inquisitivo), **pero sí trata que el modelo aplicable sea el más adecuado, en concordancia con un Estado Social y Democrático de Derecho, como es el peruano**⁵⁰. El mismo autor agrega que el hecho que la Constitución no determine un modelo procesal o que no establezca el modelo procesal que debe aplicarse al sistema de justicia, implica que sus disposiciones no traen consigo características en estricto o propiamente dichas, sino, recoge principios, garantías, mecanismos de control, etc. Esto quiere decir, que no se

⁴⁸ Montero Aroca, Juan. *Los principios del proceso penal, Una explicación basada en la razón*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1997, p. 26-29. (el autor señala otros caracteres de los cuales indica no existe el menor atisbo crítico)

⁴⁹ Citado por García Caveró, Percy en, *El Derecho Procesal Penal frente a los retos del nuevo Código Procesal Penal*, Ara Editores, Lima 2009, p. 23.

⁵⁰ Oré Guardia, Arsenio, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Reforma, Tomo I, 1ra Ed, Lima 2011, pp. 71.

incluye el cómo **debe ser**, sino lo mínimo imprescindible que asegure que aquello que sea, **sea lo mejor**⁵¹.

El proceso de transición dice el profesor Missiego Del Solar, de un sistema a otro en el Perú, implica no solo un cambio de norma, sino también un radical cambio de mentalidad, y, uno de los principales requerimientos en todo proceso que se quiere catalogar de justo, es que el juez no puede asumir el papel de tal y parte. Refiere el autor, que el sistema mixto, influenciado por un sistema inquisitivo al ubicar al juez en un rol de instructor, lo que hacía era colocar a un sujeto más que perseguía al imputado. Sin embargo el otro sistema, es decir el acusatorio con evidente influencia garantista pretende básicamente encontrar una investigación con una orientación de equilibrio probatorio⁵².

2.3.- El Juez según la Constitución de 1979 y la inconstitucionalidad del procedimiento sumario (D.L. 124) en el modelo procesal penal de 1940.

Posterior a la promulgación del Código de Procedimientos Penales 1940, se dispusieron normas que inclinaron el Código en mención hacía un modelo con tendencia inquisitiva. Es así, que en el año 1969 se promulgó el Decreto Ley N° 17110, la importancia de este decreto fue que se instituye el procedimiento sumario o abreviado para infracciones penales menos graves. El procedimiento sumario tiene como principal característica la eliminación por completo del juicio oral, correspondiendo al propio juez penal emitir sentencia en base a lo actuado durante la etapa de la instrucción. En tanto transcurría el segundo gobierno de Fernando

⁵¹ Sobre el proceso de reforma de 1988 del Código de Procedimientos Penales italiano, ILUMINATTI sostuvo, *que la Constitución no imponía un modelo preciso para el procedimiento penal, pero el proceso acusatorio adversarial protegía mejor los valores inherentes a la Constitución*. ILUMINATTI “El fallido intento de adopción de un procedimiento adversarial en Italia”. Así en: Oré Guardia, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Reforma, Tomo I, 1ra Ed, Lima 2011, pp. 71-72.

⁵² Missiego Del Solar, Joaquín, *Derecho Procesal Garantista y Constitucional*, Fondo Editorial Remington, Medellín 2013, p. 275.

Belaúnde Terry, se expidió el Decreto Legislativo N° 124 que extiende la aplicación del proceso sumario a aproximadamente cincuenta y dos modalidades adicionales de delitos, y ordena sentenciar inmediatamente después de la instrucción⁵³.

Oré Guardia, sostiene que toda esta política legislativa no resultaba en lo más mínimo coherente desde ningún ángulo que pudiera analizarse con la promulgación de la Constitución de 1979, ya que obligó a replantear el proceso desde una perspectiva garantista. Sin embargo, los desatinos o despropósitos de nuestros legisladores tuvieron su punto más caótico con la dación del Decreto Ley N° 26689⁵⁴ que, insistiendo una vez más, amplía a 79.02% el número de delitos cuya tramitación debería desarrollarse a través del proceso sumario⁵⁵.

En 1981, cuando estaba vigente la Carta Fundamental del 1979, el gobierno constitucional tenía la obligación de adaptar las normas procesales a la normatividad constitucional, pero, lejos de derogar el Decreto Ley 17110 –y supuestamente para regular el proceso penal sumario-, promulgó el Decreto Legislativo 124, que, como ya se dijo, extiende la aplicación del proceso sumario, mantiene la estructura y características anotadas; luego se promulgó la ley 26147 para adecuar los tipos penales al Código de 1991. Lo que se ha conseguido con

⁵³ Oré Guardia, Arsenio, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Reforma, Tomo I, 1ra Ed, Lima 2011, pp. 67-68.

⁵⁴ D. Ley 26689, del 14 de noviembre de 1996, *Establecen delitos cuyos procesos se tramitarán en la vía ordinaria*. Los artículos que determinan el número de delitos cuyo trámite se desarrollaron a través del proceso sumario, así se tiene:

Artículo 1°.- Se tramitarán en la vía ordinaria, los siguientes delitos previstos en el Código Penal.

- a. En los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud: - Los de parricidio, previstos en el artículo 107. - los de asesinato tipificados en el artículo 108.
- b. En los delitos contra la libertad: - Los de violación de la libertad personal previstos en el artículo 152. – Los de violación de la libertad sexual previstos en el artículo 173.
- c. En los delitos contra el Patrimonio: - Los de robo agravado, previstos en el artículo 189.
- d. En los delitos contra la salud pública: - El de tráfico ilícito de drogas.
- e. En los delitos contra el Estado y la Defensa Nacional: - Todos los previstos en el Título XV.
- f. En los delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional: - Todos los previstos en el Título XVI.
- g. En los delitos contra la Administración Pública: - Los de concusión, - Los de peculado, - Los de corrupción de funcionarios.

Artículo 2°.- Todos los demás delitos previstos en el Código Penal se sujetan al trámite sumario establecido en el Decreto Legislativo N° 124.

⁵⁵ Oré Guardia, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Reforma, Tomo I, 1ra Ed, Lima 2011, p. 68.

todo está ilógica secuencia de hechos históricos es sacrificar las garantías procesales constitucionales y el proceso penal⁵⁶.

El Código de Procedimientos Penales, al decir de Oré Guardia, asume un sistema procesal mixto y, por ende, otorga al juez un papel preponderante durante todo el proceso penal, sea como instructor y como juez de juicio oral, con amplias facultades, entre ellas⁵⁷: dirigir la etapa de instrucción, tomando decisiones que incidan al inicio, proceso y finalización de esta etapa; tomar las medidas cautelares que considere necesarias; establecer la situación jurídica del procesado a través de la declaratoria de ausencia o contumacia, entre otros; regentar el juicio oral, quiere decir que tenía la potestad de verificar la adecuada actuación probatoria; admisión de pruebas y/o negación de las mismas; constatación de los interrogatorios y el adecuado desarrollo de estos; el respeto al debido proceso; velar por la ejecución de la sentencia; resolver las cuestiones de competencia; conocer sobre las solicitudes referentes a la refundición o acumulación de penas.

A decir del profesor Cubas Villanueva, hubo una involución, es decir, en tanto en 1940 teníamos un sistema procesal mixto para todos los delitos, con un proceso ordinario en el que se cumplían mínimamente las garantías, se tenía para el 2004, pleno siglo XXI, un sistema procesal inquisitivo, en teoría proscrito por la Constitución del Estado. El autor en mención nos habla del fracaso del sistema procesal mixto, so pretexto de acabar con la morosidad, la corrupción y la impunidad, y a mérito del Decreto Ley 17110 (que incorporaba al proceso penal sumario) como medida de emergencia con características que a continuación se detallan⁵⁸.

⁵⁶ Cubas Villanueva, Víctor. *El Nuevo Código Procesal Penal ¿Revolución Penal?*. Editorial Ali Arte, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1° Edición, Lima 2004, pp 15 y ss.

⁵⁷ Oré Guardia, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Reforma, Tomo I, 1ra Ed, Lima 2011, p. 331.

⁵⁸ Cuba Villanueva, Víctor. *El Nuevo Código Procesal Penal ¿Revolución Penal?*. Editorial Ali Arte, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1° Edición, Lima 2004, pp 14.

- a) Reducción de los plazos de investigación a la mitad con respecto al proceso ordinario, y reconocimiento de la facultad de decisión a los jueces instructores, concentrando en una sola persona las facultades de investigar y de juzgar, medida que atenta contra el principio de imparcialidad garantizado por la Constitución Política y por los tratados internacionales de Derechos Humanos.
- b) Reducción del proceso a la etapa sumarial, escrita y reservada. Al término de la instrucción el fiscal debe emitir dictamen o pronunciamiento sobre el fondo, y el juez, dicta la resolución correspondiente en mérito a las diligencias sumariales: sentencia o auto de sobreseimiento, obviando la etapa elemental o más importante del proceso, esto es, el juzgamiento.
- c) Los imputados comparecen al proceso en estado de total indefensión. El viejo código permite renunciar al derecho de defensa (art. 121°), lo que, sumado a la falta de defensores de oficio en los juzgados penales, determina que el proceso penal se desarrolle sin la participación del abogado defensor, de manera que se vulnera el principio de inviolabilidad de la defensa.
- d) Al no haber etapa de juzgamiento, lo cual atenta las garantías procesales como las garantías de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción, pues el magistrado dictaba las sentencia por el mérito de lo actuado, esto implica que la no necesidad de las audiencias, de manera que se termina por vulnerar la garantía del juicio previo. En suma, en este procedimiento se viola el derecho al debido proceso, pues se desconoce el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado.
- e) La sentencia puede ser recurrida ante la Sala Superior Penal, con lo que termina el procedimiento. El recurso de nulidad es improcedente.
- f) Este procedimiento estuvo reservado para los delitos leves.

En la doctrina nacional, Pérez Arroyo cataloga el sistema establecido por el Código de Procedimientos Penales de 1940, como uno de procesamiento insuficiente, arcaico y hasta perverso, y refiere que dicho modelo de proceso con sus principios y estructura, necesitaba un cambio, por lo que no se habría tratado de una iniciativa

legislativa innovadora, sino del resultado de una corriente jurídica internacional, la cual tuvo intentos de cambio del sistema procesal previos a la reforma actual; así – continúa el citado profesor-, mediante el Código Procesal Penal de 1991 (Decreto Legislativo 638), se logró poner en vigencia algunos preceptos procesales relativos al principio de oportunidad, detención preventiva, el mandato de comparecencia, la conducción compulsiva del reo al proceso, y la libertad provisional, que son antecedentes de la actual reforma procesal penal; siendo dos de ellos el aspecto troncal del sistema procesal instaurado por el Código Procesal Penal de 2004: el principio de oportunidad y la detención preventiva –denominada en el Nuevo Código Procesal Penal como, prisión preventiva⁵⁹.

Por su parte, Oré Guardia señala que el sistema del Código de Procedimientos Penales contenía un modelo mixto en tanto que la fase de instrucción obedece a un modelo inquisitivo y el plenario de Juicio Oral es de carácter acusatorio⁶⁰, Pérez Arroyo⁶¹, sostiene que dicha afirmación no es del todo exacta.

Desde el punto de vista del marco constitucional que debe acoger al sistema procesal, y centrándonos en la actual Norma Fundamental, se tiene que la Constitución de 1993, ha servido como marco supra legal al Código de Procedimientos Penales de 1940 y al Código Procesal Penal de 2004. En el primer caso, la Constitución surge casi cuatro décadas después de la puesta en vigencia del código de procedimientos penales; mientras que, en el segundo caso, el Código Procesal Penal ha sido redactado íntegramente, teniendo en cuenta el contenido y alcances de la norma fundamental actual.

⁵⁹ Pérez Arroyo, Miguel, *Política Criminal y Sistema de enjuiciamiento penal en la reforma procesal penal de 2004*, Gaceta Penal, Tomo 10, Lima 2010, p. 224-225.

⁶⁰ Oré Guardia, Arsenio y Ramos Davila, Liza, *El nuevo proceso penal, breves notas a partir de un enfoque económico*, disponible en: www.incipp.org.pe/index.php?mod=documento&com=documento-busqueda&seclD=1&search=ore&catID=8&button=Buscar

⁶¹ Pérez Arroyo, Miguel, *Política Criminal y Sistema de enjuiciamiento penal en la reforma procesal penal de 2004*, Gaceta Penal, Tomo 10, Lima 2010, p. 227.

Resulta entonces dificultoso identificar una convivencia armoniosa entre la Constitución Política de 1993 y el Código de Procedimientos Penales, al ser normas de distinto rango y, sobre todo, de distinto contexto temporal. En el Código de Procedimientos Penales no se puede identificar nítidamente una exigencia del principio acusatorio, no solo porque el avance de la ciencia procesal en el momento de su elaboración era aún menor, sino porque el esquema constitucional en el que fue pergeñada esta norma, no había puesto en vigencia tal esquema.

No obstante ello, la superposición temporal entre la Constitución Política de Perú de 1993 y el Código de Procedimientos Penales de 1940, viene durando casi treinta años, y la consecuencia de la incorporación del principio acusatorio en el plano constitucional, así como del sistema de garantías que se ha estudiado en los capítulos precedentes, arroja como saldo una posible incompatibilidad entre el Código y la Carta Fundamental, que se materializa, por ejemplo, en lo siguiente:

- En el Código de Procedimientos Penales, el juez es quien dirige la investigación, en la medida que los procesos penales desemboquen en un procedimiento ordinario, conforme a la ley N° 26689 (30 de noviembre de 1996), lo cual atentaría contra la facultad exclusiva de persecución del delito que es propia del Ministerio Público. Además, esta segunda investigación (luego de la que llevaba a cabo el fiscal en sede preliminar) resultaba un atentado flagrante contra la celeridad y economía procesal.
- La atribución del juez de no solo investigar, sino también la de sentenciar, dentro del proceso sumario, cuya historia inicia con la dación del D. Ley 17110 (para ocho delitos), pasando por el Decreto Legislativo 124, que amplía el número de delitos y finalmente con la entrada en vigencia de la Ley 26689 del año 1996, este tipo de proceso penal pasa a consolidarse como la vía predominante para la impartición de justicia, reservándose las normas del proceso penal ordinario para un muy pequeño grupo de delitos. Se tenía entonces, que el proceso sumario pasó a ser **vía ordinaria**, y el proceso

ordinario se convirtió en la práctica en una **vía especial**. Entonces, continuando con la atribución que tenía el juez –sentenciar-, se rompía con el principio acusatorio de base Constitucional⁶² establecido en el artículo 139 incisos 2 y 3 y a la vez el artículo 159 en sus incisos 3 y 4. Además de lo anterior se rompe con el derecho al debido proceso, puesto que se evidencia la contaminación con la que el juzgador se enfrenta.

- El proceso penal sumario no era público en el Código de Procedimientos Penales, debido al mandato de reserva establecido en su art. 73⁶³, más aún si se contrasta con lo establecido en Constitución de 1993 en su artículo 139 inc. 4, que dicta uno de los principios de la función jurisdiccional que es **la publicidad en los procesos**. Como dato anecdótico, la parte introductoria del Decreto Legislativo 124 establece que mediante esa norma se adecúa el sumario a la exigencia constitucional de publicidad⁶⁴

Avalos Rodríguez⁶⁵, identifica otras deficiencias:

- Las exigencias que impone la Constitución a la actividad demostrativa determinan que la sentencia condenatoria únicamente se puede fundar en actos que tienen lugar durante el juicio oral, no en actos realizados durante

⁶² Constitución Política del Perú. Poder Judicial.

Art. 139

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

⁶³ **Art. 73.**

La instrucción tiene carácter reservado. El defensor puede enterarse en el despacho del juez de las actuaciones a las que no haya asistido el inculpado, bastando para ello que lo solicite verbalmente en las horas útiles del despacho judicial. Sin embargo, el juez puede ordenar que una actuación se mantenga en reserva por un tiempo determinado cuando juzgue que su conocimiento puede entorpecer o dificultar en alguna forma el éxito de la investigación que lleva a cabo. En todo caso cesa la reserva cuando se ponga la instrucción a disposición del defensor durante tres días en el juzgado para que se informe de toda la instrucción a disposición del defensor durante tres días en el juzgado para que se informe de toda la instrucción, haya concurrido o no a las diligencias.

⁶⁴ La parte introductoria del Decreto Legislativo N° 124, en su último párrafo dice: *Que, de acuerdo a la Constitución, la Publicidad de los Juicios Penales es una garantía procesal que no está contemplada en el texto del Decreto Ley N° 17110, debiendo subsanarse esa omisión.*

⁶⁵ Avalos Rodríguez, Constante Carlos, *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales, El Nuevo Código Procesal Penal Peruano: tres cuestiones*, Jurista Editores, Lima 2007, pp. 299-300

la investigación, ni mucho menos en aquellos practicados durante la investigación preliminar. Así, esta exigencia de la Constitución de 1993 solo puede darse a nivel de juicio oral, en el que se fijan para el proceso penal, determinadas garantías como la del juez imparcial, derecho de defensa, igualdad de armas, intermediación y publicidad⁶⁶. Esto no se puede cumplir en el proceso sumario, en el que el juez sentencia luego de una investigación (instrucción) y no se tiene lugar a un juicio oral.

Al respecto, como sostiene Peña Cabrera, en un proceso de corte inquisitivo se confieren mayores facultades al juez, este representa el poder máximo y cuya función esencial es llegar a la verdad histórica, se representa la expresión del poder sin interesar que su desenvolvimiento pueda lesionar derechos del acusado, pues éste es considerado un objeto más del procedimiento, quien a lo largo de dicho tipo de proceso tiene que soportar los actos de coacción, y aceptar las pruebas que puedan surgir de estos, sin límite en su configuración⁶⁷.

En esta misma línea, añade el profesor Peña Cabrera, que el principio acusatorio separa nítidamente la actuación probatoria de la función de decisión del juez, entregándose ésta a órganos diferentes, por lo que el juez tiene como función primordial valorar los elementos probatorios incorporadas por las partes en el proceso; y cada una de ellas presenta una versión propia de su verdad a fin de verse finalmente favorecida en la decisión final⁶⁸.

⁶⁶ La Corte Suprema en ocasiones, no recurre al artículo 72° del Código de Procedimientos Penales para fundamentar normativamente la valoración en sede de sentencia condenatoria de las diligencias de investigación preliminar, sino que basa su proceder en el artículo 62°, se tiene así, la Resolución recaída en el R.N. N° 460-2004/Callao, de fecha 14 de junio de 2004 en la que la Sala Suprema Permanente –integrada por Pajares Paredes, San Martín Castro, Palacios Villar, Lecaros Cornejo, Molina Ordoñez- funda su sentencia de vista en la manifestación policial de la agraviada que se realizó con participación del representante del Ministerio Público sin que el titular de la acción penal efectuara observación alguna sobre tal circunstancia, por lo que, al amparo del artículo 62 del Código de Procedimientos Penales tiene efecto probatorio. Cfr. Avalos Rodríguez, Constante Carlos, *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales, El Nuevo Código Procesal Penal Peruano: tres cuestiones*, Jurista Editores, Lima 2007, p. 299.

⁶⁷ Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl, *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*, Editorial Rodhas, Lima 2007, p. 426.

⁶⁸ Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl, *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*, Editorial Rodhas, Lima 2007, p. 426.

Sobre la base de lo anterior, como ya se anotó, el Código de Procedimientos Penales contiene elementos del sistema inquisitorial, que hacen dificultosa su estricta coherencia con la Constitución de 1993 (p.e. el juez penal, siendo parte del Poder Judicial, con competencias constitucionales concretas, lleva a cabo una “instrucción” que no tiene amparo en la Norma Fundamental). El legislador ha entendido que esta incompatibilidad debe ser superada, y para ello puso en marcha la reforma procesal que se tiene en plena implementación. Una de las garantías fundamentales que caracteriza a la sistemática que pretende instaurar el Código Procesal Penal de 2004, y que lo alejan de un modelo inquisitivo, es **la imparcialidad** que debe primar en las decisiones de los jueces a la hora de decidir, la misma que no se puede garantizar cuando confluyen en el órgano decisor la potestad de sancionar y la decidir. Esto será materia de un análisis más profundo más adelante.

2.4.- La Constitución Política del Perú de 1993 y el rol del Juez Penal.

Nuestra Constitución Política regula el órgano jurisdiccional desde el artículo 138 al artículo 146, como fundamento principal tenemos aquel que dicta “la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial”, estando este integrado por la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determina su ley orgánica.

Por su parte la Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo N° 017-93-JUS, de julio de 1993, contempla la estructura de los órganos jurisdiccionales que administran justicia en nombre de la nación, señalando las funciones que cumplen.

En ese orden, el Código Procesal Penal de 2004, le otorga al juez, aparte de la función jurisdiccional que le es inherente, la función de contralor de garantías y derechos durante la investigación preparatoria, y estas funciones son diseñadas

dentro de un modelo acusatorio a fin de que se garantice un equilibrio; entonces, el artículo 323 señala que, en esta etapa, al juez encargado de la investigación preparatoria le corresponde realizar, a requerimiento del Ministerio Público o a solicitud de las demás partes, los actos procesales que puntualmente autoriza este Código, por lo que el juez encargado de la investigación preparatoria, está facultado para:

- Autorizar la constitución de las partes.
- Pronunciarse sobre las medidas limitativas de derechos que requieran orden judicial y, cuando corresponda, las medidas de protección.
- Resolver excepciones, cuestiones previas y prejudiciales.
- Realizar los actos de prueba anticipada.
- Controlar el cumplimiento de plazo en las condiciones fijadas en este Código.

El connotado profesor Montero Aroca, parte de la regla que dicta que, quien instruye no puede juzgar y que por ende resulta obvia aquella otra según la cual no se puede ser parte y juez al mismo tiempo y esto en atención con la esencia del proceso, donde hay dos partes (con características parciales) y un tercero imparcial que es el juez quien al mismo tiempo -por regla- no puede ser acusador. Refiere que la existencia de proceso, es por esas dos partes parciales y una imparcial⁶⁹.

2.5.- El Código Procesal Penal de 2004 y la Constitución Política del Perú de 1993.

En el caso del Código Procesal Penal de 2004, el proceso penal gira en torno a la acusación⁷⁰. Siguiendo la experiencia europea y la propia experiencia

⁶⁹ Montero Aroca, Juan, *Los principios del proceso penal, Una explicación basada en la razón*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1997, p. 94 – 97.

⁷⁰ Amboi Kal, García Caveró, Percy. Reyna Alfaro, Luis Miguel. Valdez Roca, Raúl. Vélez Rodríguez, Enrique, *el Derecho Procesal Penal frente a los retos del Nuevo Código Procesal Penal* Ara Editores, 1ra edición, Lima 2009, pp, 23

latinoamericana, nuestro país entendió que no es posible otro proceso que aquél que se sustenta en una correcta separación de funciones y con reglas generales como la oralidad, concentración y contradicción, además de ser regido por el principio de la inmediación. Este razonamiento, a decir de Del Rio Labarthe⁷¹, condujo a que el Código Procesal Penal de 2004 asuma dos reglas importantes que son la investigación y el juzgamiento, a cargo de órganos distintos.

Lo anterior lleva consigo un cambio de mentalidad en los operadores de justicia (Poder Judicial, Ministerio Público y Policía Nacional del Perú), ciertamente, claro es que también se tiene un enraizamiento en la cultura jurídica del sistema inquisitivo. Conforme se verá más adelante, luego de algunos intentos en la reforma procesal penal, en el año 2003 se promulgó el Decreto Supremo 005-2003-JUS, del 14 de marzo de 2003, es así como el Poder Ejecutivo impulsó la creación de una comisión de alto nivel cuyo propósito fue formular aquellas modificaciones y mecanismos necesarios para la final implementación del nuevo Código Procesal Penal⁷².

La Constitución Política del Perú de 1993, establece en el artículo 139° los principios y derechos de la función jurisdiccional, con una dirección y un corte acusatorio, el mismo que, como ya se mencionó iba de la mano de la experiencia en otras legislaciones y a decir del jurista chileno Carocca⁷³, una respuesta razonable, integral y coherente frente a la imperiosa necesidad de adaptar el sistema acusatorio y porque no decir de justicia penal a los requerimientos demandados por la sociedad actual.

⁷¹ Rio Labarthe, Gonzalo Del, *La etapa intermedia en el Nuevo Proceso Penal Acusatorio*, Ara Editores, Lima 2010, p 33.

⁷² Cubas Villanueva, Víctor. *El Nuevo Código Procesal Penal ¿Revolución Penal?*. Editorial Ali Arte, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1° Edición, Lima 2004, pp. 22 y ss.

⁷³ Carocca Pérez, Alex, *El nuevo sistema procesal penal*, Editorial La Ley, Santiago de Chile 2003, p. 9.

El anteproyecto del Código Procesal Penal, analizado por el jurista Cubas Villanueva⁷⁴, da cuenta de los motivos de la reforma procesal penal, en el que se puede destacar, primero, el derecho comparado, en razón que la mayoría de los países del continente sudamericano contaban con códigos modernos; segundo, la urgencia de adaptar la legislación local a los parámetros mínimos establecidos a los tratados internacionales de derechos humanos y como punto esencial del presente tema, adecuar la legislación a las disposiciones establecidas en la Constitución Política del Perú, el mismo que otorga la titularidad de la persecución penal al Ministerio Público; y, tercero, organizar la normativa procesal bajo un mismo modelo de persecución penal.

Entonces, finalmente la dación del Decreto Legislativo 957, nos otorga al Nuevo Código Procesal Penal, cuyas bases se edifican sobre el modelo acusatorio, y su relación con la Constitución de 1993, radica en la separación de los roles, (Fiscal a cargo de realizar la investigación y el juez encargado de la emitir una decisión), cuyo sustento se encuentra en la Constitución, y que es también requisito indispensable para llevar a la práctica el sistema acusatorio. Otro aspecto es la acción protagónica del representante del Ministerio Público como director de la investigación y, entre otras, las funciones del juez como del control de garantías de los derechos fundamentales de los sujetos procesales.

Finalmente, el proceso penal con el Nuevo Código Procesal Penal, dando un acierto en su estructura, en su Título Preliminar recoge los derechos y principios constitucionales que la Carta Magna prevé y que son a la vez de aplicación al proceso. A decir de Oré Guardia⁷⁵, refiere que el Estado Social y Democrático de Derecho como es el caso peruano no contiene en su Constitución un modelo procesal inquisitivo, ni acusatorio, pero que si procura que el modelo a aplicar sea

⁷⁴ Cubas Villanueva, Víctor, *Apuntes sobre el nuevo Código Procesal Penal en el nuevo proceso penal*, Librería y Ediciones Jurídicas, Lima 2004, p. 07.

⁷⁵ Oré Guardia, Arsenio, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Reforma Tomo I, 1ra Edición, Lima 2011, p. 71.

el mas adecuado, en ese orden de ideas, no se tienen dudas que el sistema que encaja mejor con las ideas constitucionales es el acusatorio.

3.- El rol del Ministerio Público como complemento de la actuación jurisdiccional.

Los artículos 250 y 158 de las constituciones de 1979 y 1993, respectivamente, establecen que el Ministerio Público es un organismo autónomo, jerárquicamente organizado, al que le corresponde la persecución del delito. En relación con las funciones que tenía, cuando era parte del Poder Judicial, se le han asignado funciones como: 1) promover de oficio, o a petición de parte, la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos ciudadanos y de los intereses públicos tutelados por la ley. 2) velar por la independencia de los órganos judiciales y por la recta administración de justicia. 3) representar a la sociedad en juicio, y finalmente 4) conducir desde su inicio la investigación del delito.

Entonces con la creación autónoma del Ministerio Público, mediante la normativa constitucional precitada, se sienta las bases para fijar un nuevo sistema procesal con eminente carácter acusatorio, donde las funciones de persecución y decisión se encuentran claramente separadas y diferenciadas. Sumado a ello y con la dación de la Ley Orgánica del Ministerio Público, conforme al mandato constitucional, los artículos 11 y 14 reconocen al fiscal como titular del ejercicio de la acción penal y de la carga de la prueba, así, este funcionario debía realizar los actos de investigación con plenitud de iniciativa y sobre todo de autonomía, con un órgano de auxilio de vital importancia como es, la Policía. Pero al establecer las obligaciones del Fiscal, la misma ley (artículo 94, inc. 2.) contraviene el texto expreso y claro de la Constitución disponiendo que “[...] denunciado un hecho que se considere delictuoso [...] si el fiscal considera procedente la denuncia, puede, facultativamente, abrir investigación policial para reunir la prueba indispensable o formalizarla ante el Juez Especializado en lo Penal [...]”. En ese sentido, como indica el profesor Cuba Villanueva, seccionó las facultades de investigación del

fiscal, reduciéndola al ámbito de la investigación preliminar o previa, y mantuvo la figura del juez instructor, proscrito por la Constitución⁷⁶.

La historia es conocida, pues con lo acotado anteriormente, desde el año 1981, se tenía a un fiscal que solo realiza la investigación preliminar en algunos casos, y en la mayoría de ellos solo califica el resultado de la investigación que la policía realizaba. Es claro que el proceso de reformas de los procedimientos penales, dentro de ellos el Código Procesal Penal de 1991 (con eficacia parcial), han sido normas que han entrampado las funciones de los miembros del Ministerio Público, razón por la cual no cumplían su papel constitucional. A ello le sumamos el cambio de mentalidad al asumir un nuevo sistema procesal (del inquisitivo al acusatorio) tan arraigado en los operadores del aparato judicial, no resulta, como hasta ahora se ve, tarea fácil.

3.1.- El Ministerio Público y la Constitución de 1979.

Antes de la Constitución Política del Perú de 1979, el Ministerio Público fue una institución pálida, tímida, secundaria y relegada a planos inferiores dentro de la estructura de la administración de justicia de aquel entonces, según el Código de Procedimientos Penales sus roles eran *acusar* y en el procedimiento civil, *dictaminar*, sin embargo, recién la Ley Orgánica sienta las bases del Ministerio Público como pieza clave del sistema acusatorio y en la línea de lo dispuesto por la Constitución de 1979.

En marzo de 1979 la Corte Suprema se pronunció formalmente en relación al anteproyecto de constitución, efectuando observaciones al mismo. Allí se expresó

⁷⁶ Cuba Villanueva, Víctor, *El Nuevo Código Procesal Penal ¿Revolución Penal?*. Editorial Ali Arte, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1° Edición, Lima 2004, pp. 21 y ss.

que la creación del Fiscal de la Nación resultaba incompatible, debido a las atribuciones que aquel tendría, con un poder judicial autónomo e independiente⁷⁷.

La historia para la final creación autónoma del Ministerio Público independiente del Poder Judicial, fue promovida por Mario Peláez Bazán, quien, desde los periódicos, promovió la individualización de ambas instituciones y aplaudió la separación de las mismas, basándose en la naturaleza de las funciones del Ministerio Público, en la historia y en el derecho comparado, rescatando además, las ideas del maestro Mario Alzamora Valdez, quien también defendía la independencia del Ministerio Público⁷⁸. Según Hurtado Pozo, la paternidad del anteproyecto de la Ley Orgánica del Ministerio Público correspondió a Nicanor Silva Salgado⁷⁹.

El Ministerio Público encuentra con la Constitución de 1979 su final independencia como ente autónomo y jerárquicamente organizado, al respecto el referido cuerpo legal en su artículo 250 crea al Ministerio Público y también otorga las misiones al mismo, entonces se le concede facultades constitucionales de vigilancia, control y defensa de la sociedad, de los derechos ciudadanos, del pueblo y a la vez de los intereses públicos o de una institución pública, como es el poder judicial⁸⁰.

Angulo Arana, refiere que el Ministerio Público surgió con potestades formidables, pero la regulación normativa y la casuística se presentaban como genuinos desafíos, constituyendo otras dificultades las costumbres nacionales, tales como la influencia del Poder Ejecutivo, en el nombramiento de los Fiscales Supremos⁸¹.

⁷⁷ Angulo Arana, Pedro. *La función del Fiscal, estudio comparado y aplicación al caso peruano. El Fiscal en el nuevo proceso penal*, Jurista Editores, Lima 2007, p. 465

⁷⁸ Angulo Arana, Pedro. *La función del Fiscal, estudio comparado y aplicación al caso peruano. El Fiscal en el nuevo proceso penal*, Jurista Editores, Lima 2007, p. 465

⁷⁹ Hurtado Pozo, José. *El Ministerio Público*, Eddili Editores, Lima 1984, p. 10.

⁸⁰ Constitución Política del Perú de 1979.

⁸¹ Cfr.: Angulo Arana, Pedro. *La función del Fiscal, estudio comparado y aplicación al caso peruano. El Fiscal en el nuevo proceso penal*, Jurista Editores, Lima 2007, p. 465

La opción asumida por la Constitución desde 1979, que le otorga al Ministerio Público la titularidad de la persecución penal, obligaba a adecuar el proceso penal a tal exigencia constitucional.

Dentro de los siete incisos que poseía el Artículo 250 de la Constitución de 1979, a continuación esgrimimos brevemente el análisis en relación a las funciones encomendadas al Ministerio Público en el nivel constitucional⁸²: 1) cuando el artículo 1° de la Ley Orgánica del Ministerio Público se estableció como función del Ministerio Público la defensa de los derechos ciudadanos, se comprendió la tutela de todo el título I de la Constitución; 2) el inciso 2 del artículo 250 se encarga de la independencia de los órganos judiciales y además por la recta administración de justicia, esta misión, agrega el autor, implicaba vigilar que se cumpliera lo establecido en el artículo 233 de la Constitución de 1979 (Capítulo IX – Poder Judicial, Garantías de la administración de justicia) y las normas existentes en la Ley Orgánica del Poder Judicial y demás códigos sustantivos y adjetivos; 3) el inciso 3, determina la representación de la sociedad en juicio; 4) el inciso 4 encargó al Ministerio Público la actuación como Defensor del Pueblo ante la Administración Pública; 5) el inciso 5 concedía facultad para vigilar desde la investigación del delito y otorgaba la función de promover la acción penal ante los estrados judiciales, lo que significa que los jueces y vocales únicamente administrarían justicia sin que pudiesen conocer de por sí la investigación del delito abriendo instrucción; 6) el inciso 6 obligaba al Fiscal Supremo y paralelamente a los fiscales provinciales y superiores o quienes hagan sus veces, emitir dictamen previo a todas las resoluciones, esto conlleva un mínimo de control, respecto la actividad jurisdiccional y, finalmente 7) el inciso 7 dejó abierta la posibilidad de que mediante ley se le concedieran nuevas atribuciones al Ministerio Público. Esta posibilidad aunada a comprender a toda una institución como lo era el Defensor del Pueblo, dentro de sí, la función de defender los derechos ciudadanos y también los intereses públicos, la supervigilancia directa a todo un poder, como lo es el Poder Judicial, y todos los

⁸² Angulo Arana, Pedro. *La función del Fiscal, estudio comparado y aplicación al caso peruano. El Fiscal en el nuevo proceso penal*, Jurista Editores, Lima 2007, p. 466 y ss.

demás poderes que pudieran interferir en la administración de justicia, su independencia y autonomía convertían al Ministerio en un contrapeso fundamental en la estructura del Estado, respecto los otros poderes. Entendiendo que en defensa del ciudadano, bien podía enfrentar al Ejecutivo y a toda la administración Pública. A la vista de todo lo anterior, en palabras de Angulo Arana, la Constitución de 1979 creó, en todo caso, una especie de cuarto poder estatal⁸³.

Un elemento que marcó la autonomía del Ministerio Público es cuando se promulga el D. Legislativo N° 052, del 16 de marzo de 1981 y publicado el 18 del mismo mes. Esta norma, denominada Ley Orgánica del Ministerio Público, ha sufrido múltiples modificaciones, para la reforma de esta institución y para adecuar su dinámica con el sistema acusatorio instaurado por el Código Procesal Penal.

3.2.- El Ministerio Público y la Constitución de 1993.

Como lo estableció la Constitución de 1979, el Ministerio Público mantiene en la Carta Magna de 1993 su relevancia constitucional siendo lo más importante –más allá de su contexto constitucional- los roles encomendados. La Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 159°, señala que el Ministerio Público cumple las funciones siguientes: 1) promover de oficio o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos que el Derecho tutela; 2) velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia; 3) representar en los procesos judiciales a la sociedad; 4) conducir desde su inicio la investigación del delito, para lo cual la Policía Nacional está obligada a prestar colaboración de los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función; 5) ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte; 6) emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos previstos por la ley; y, 7) ejercer la iniciativa legislativa en la formación de leyes⁸⁴.

⁸³ Angulo Arana, Pedro. *La función del Fiscal, estudio comparado y aplicación al caso peruano. El Fiscal en el nuevo proceso penal*, Jurista Editores, Lima 2007, p. 466 y ss.

⁸⁴ Constitución Política del Perú de 1993.

Como lo menciona Landa Arroyo⁸⁵, las funciones del Ministerio Público, junto a las del ámbito del proceso penal, son también de carácter constitucional. Montero Aroca⁸⁶ por su parte nos dice que el Ministerio Público tiene la titularidad de la acción penal, es decir, actúa de acuerdo con el Principio de Legalidad, y que los criterios de oportunidad al momento de ejercer la acción penal no rigen. El Ministerio Público debe realizar sus actuaciones con absoluta objetividad, esto es, agrega el autor, dejar fuera alguna acción por motivos de conveniencia particular. Esta también el control frente a los actos realizados por la Policía Nacional (dentro de la investigación), otro aspecto importante es, respecto de la posición del Ministerio Público frente a la Policía Nacional, en ese sentido tanto la Constitución como el Código Procesal Penal de 2004 asignan el rol de conductor de la investigación, esto traerá, como señala el mismo autor, el destierro del inconstitucional uso de los tristemente célebres atestados policiales y su tipificación del delito, además de su pronunciamiento sobre la culpabilidad o inocencia de una persona. El profesor Landa, finalmente resalta la relevancia que el artículo IV del Título Preliminar, donde en su párrafo final haya establecido claramente la naturaleza de las funciones del Ministerio Público, al señalar que los actos realizados por él, ni los actos realizados por la Policía Nacional tienen carácter jurisdiccional, siendo un punto de lógica consecuencia conforme los parámetros constitucionales.

Finalmente, el mandato Constitucional que establece la tarea de dirección de la investigación en cabeza del Ministerio Público y titular exclusivo y excluyente de la acción penal, instaurado por la Constitución de 1979 y ratificado por la de 1993, devinieron en una contradicción con el diseño del Código de Procedimientos Penales, pues la función persecutoria del Ministerio Público, en ciertos momentos del proceso (como la etapa de instrucción), se veía sobrepasada por la labor del juez penal.

⁸⁵ Landa Arroyo, Cesar. *Constitución y fuentes del Derecho*, Palestra Editores, Lima 2006, p.58.

⁸⁶ Montero Aroca, Juan y otros. *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*. Tirant lo Blanch, 9° edición, Valencia 2000, p.63.

3.3.- El Ministerio Público y el Código de Procedimientos Penales de 1940.

El Decreto Legislativo N° 52 (21 de abril 1981) Ley Orgánica del Ministerio Público modificó la sección dedicada al Ministerio Público en la Constitución de 1979; al margen de lo anterior, existen normas sueltas que señalan las funciones de los fiscales, así tenemos el artículo 91 del Código de Procedimientos Penales de 1940, donde establece las funciones de los representantes del Ministerio Público. Al respecto, Rosas Yataco nos enumera, las más importantes, se describen a continuación:

- Artículo 41°.- Los miembros del Ministerio Público no pueden ser recusados, pero si deben excusarse en los casos en que procede la inhibición.
- Artículo 91°.- A todas las diligencias de la instrucción deberá citarse al Ministerio Público, su concurrencia es obligatoria. El inculpado y la parte civil asistirán a las diligencias que el instructor crea necesarias.
- Artículo 198°.- El agente fiscal, al recibir la instrucción, si considera que se ha omitido diligencias sustanciales para completar la investigación, indicará las que a su juicio sean necesarias y solicitará del juez que se amplíe la instrucción. Si creyera que la instrucción ha llenado su objeto, expresará su opinión sobre el delito y la responsabilidad o inocencia del inculpado.⁸⁷

El Código de Procedimientos Penales de 1940, estableció un proceso con dos partes, por un lado la instrucción judicial y por otro el juicio, la Ley Orgánica del Ministerio Público de 1981, estableció el monopolio del ejercicio de la acción penal, entonces el Ministerio Público tenía a su cargo la conducción de la etapa preliminar, con las potestades de formalizar o archivar la denuncia, siendo potestad del Juez aprobar o rechazar el procesamiento del imputado, aprobada la formalización de la

⁸⁷ Rosas Yataco, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Pacifico Editores, Volumen I, 1ra Edición, Lima 2013, p. 296.

denuncia (auto de abrir instrucción), en esta etapa de investigación no existía un control judicial de los actos de investigación. Se optó así, por un **sistema mixto o acusatorio formal**, en el que la adquisición de fundamentos razonables –de ser el caso- constituía el pilar para formar el objeto procesal, para que se emita la acusación y se genere un debate contradictorio, que permita aceptar o rechazar la hipótesis que incriminaba al denunciado por parte del tribunal colegiado, encargado del juicio oral y la sentencia⁸⁸.

Del Rio Labarthe señala que la estructura establecida por el Código de Procedimientos Penales de 1940, sufrió diferentes transformaciones como la introducida por la Ley Orgánica del Poder Judicial, que en 1964 permitió al juez instructor emitir sentencias en los juicios sujetos al ejercicio privado de la acción penal; el Decreto Ley N° 17110 de 1969 creó el famoso “Juicio Sumario” que le permitía al juez de instrucción emitir sentencias en siete delitos de menor entidad; por último el Decreto Legislativo N° 124 de 1981 y el Decreto Ley N° 26147 de 1992, amplían la competencia de los jueces de instrucción a más delitos objeto del procedimiento sumario, estas modificaciones, que permitían a un juez **instruir y juzgar** crearon un proceso netamente inquisitivo⁸⁹.

Lo anterior se convirtió –entre otras- en la principal motivación para la reforma procesal penal, sin embargo se tiene algunas características inquisitivas del Código de Procedimientos Penales de 1940, que datan de su misma esencia. Se tiene así el desconocimiento de la función preparatoria, estableciendo que la etapa de instrucción tiene el objeto de reunir la prueba de realización del delito, intermediación judicial en todo el proceso (en el Código Procesal Penal de 2004 se da en el debate), el papel restringido de la víctima quien era considerado como objeto de

⁸⁸ Rio Labarthe, Gonzalo del, *La etapa intermedia en el Nuevo Proceso Penal Acusatorio*, Ara Editores, 1ra Edición, Lima 2010, pp. 29-33.

⁸⁹ Rio Labarthe, Gonzalo del, *La etapa intermedia en el Nuevo proceso penal acusatorio*, Ara Editores 1ra Edición, Lima 2009 p. 31. El autor cita a Hernández Rodríguez, quien sostiene que el proceso sumario al acumular funciones de instrucción y juzgamiento, crea un proceso netamente inquisitivo que no garantiza en nada la imparcialidad judicial.

prueba y no como sujeto de derechos, así, la sentencia se adopta con base en lo que el expediente informa.

3.4.- El Ministerio Público y el Código Procesal Penal de 2004.

La premisa por la cual parte la reforma procesal en el Perú es, volver a un sistema procesal donde las funciones de investigar y juzgar queden claramente diferenciadas por entidades distintas en su función y creación.

El Código Procesal Penal de 2004 en su Título Preliminar, según Rosas Yataco⁹⁰, contiene dos cuestiones de especial interés:

- Primero, al fiscal como director de la investigación se le encarga de manera exclusiva la realización de actos de investigación, en éste sentido, el juez de la investigación preparatoria permanece como juez de garantías, adoptando las medidas limitativas de derechos fundamentales, en éste punto, conforme menciona Del Rio Labarthe⁹¹, el fiscal contrae la conducción de la investigación desde el principio, estando obligado a actuar con objetividad (de ahí que se le exija practicar actos de investigación tanto de cargo como de descargo). Y,
- Segundo, el novísimo proceso penal encuentra su parámetro primordial en el principio de separación del trabajo, en el cual se entiende una clara distribución de responsabilidades en la investigación, cada ente es responsable de una acción específica y definida, así, el control de las acciones de la Policía le compete al fiscal y de las actuaciones de éste al

⁹⁰ Rosas Yataco, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Pacifico Editores, Volumen I, 1ra Edición, Lima 2013, p. 297.

⁹¹ Rio Labarthe, Gonzalo del, *La Etapa Intermedia en el Nuevo Proceso Penal Acusatorio*, Ara Editores, Lima 2010, p. 41

Juez, quien como se sabe, interviene en todos los supuestos que traigan consigo decisiones que contengan medidas limitativas de derechos⁹².

Por su parte, Del Rio Labarthe, en cuanto a la función investigativa, dice que al Ministerio Público se le designa la dirección de la investigación y no la etapa de la investigación preparatoria como tal, es así, señala el autor, que el Código Procesal Penal de 2004 en el artículo 323, establece las funciones del juez, -tales como autorizar la constitución de las partes, dar pronunciamiento respecto las medidas limitativas de derechos, resolver las excepciones, cuestiones previas y prejudiciales, realizar aquellas actos de prueba anticipada e inspeccionar o controlar el cumplimiento de plazo- cumpliendo una función de **control** con el fin de cautelar la función del Ministerio Público además del respeto a los derechos fundamentales que le asisten al imputado y las garantías que asisten a la víctima⁹³. El mismo autor añade que al asignarse al Ministerio Público la conducción de la investigación, no solo se asume la opinión de la doctrina dominante, sino que también responde a lo dispuesto por la Constitución Política del Perú de 1993, esto es, el artículo 159.4 que impone la conducción de la investigación, desde el inicio, al Ministerio Público, con ventajas -siguiendo al profesor San Martin Castro- como; la consolidación del principio acusatorio formal; garantiza un adecuado desenvolvimiento de la defensa, al desvincular al juez de la investigación; afirma la compatibilidad institucional de un Estado Democrático de Derecho (ya que resultaría imposible que el ejercicio del poder de persecución penal y el control de ese ejercicio recaiga en una misma persona)⁹⁴.

3.5.- El cambio de sistemas y la Constitución.

⁹² Doig Díaz, Yolanda, *El Ministerio Fiscal: director de la instrucción en el Código Procesal Penal peruano*, en Gimeno Sendra, Vicente, *El Ministerio Fiscal: director de la instrucción*, Iustel, Madrid, 2006, p.185

⁹³ Rio Labarthe, Gonzalo del, *La etapa intermedia en el Nuevo Proceso Penal Acusatorio*, Ara Editores, Lima 2010, p 48.

⁹⁴ Rio Labarthe, Gonzalo del, *La etapa intermedia en el Nuevo Proceso Penal Acusatorio*, Ara Editores, Lima 2010, p 37. El autor cita al connotado profesor nacional San Martin Castro.

Con más de sesenta años de presencia y vigor del Código de Procedimientos Penales de 1940, se tuvo la reforma y la renovación total del referido cuerpo normativo, dicho cambió de sistema procesal encontraba sus bases en la Constitución Política de 1979, así, se ha intentado la reforma de la norma procesal hasta en dos oportunidades, con resultados nada fructíferos.

El Código Procesal Penal de 1991, cuya vigencia fue parcial, ya que la aplicación integral fue sometida a *vacatio legis*, la misma que se extendió por tiempo indeterminado.

Luego de la entrada en vigor de la actual Constitución Política del Perú, por ley 26299, se creó una comisión especial cuyo encargo fue la de revisar la conformidad del texto Procesal Penal con el texto constitucional, así, se tuvo la publicación del proyecto de Código Procesal Penal de 1995, el mismo que fue observado por el Poder Ejecutivo, sin mayor avance al respecto.

El profesor Cubas Villanueva, nos relata claramente este cambio de sistemas desde la perspectiva legal, es así que nos grafica lo que él denomina la agonía de la reforma procesal hasta el año 2003, fecha en la cual mediante Decreto Supremo 005-2003-JUS del 14 de marzo del año en referencia, el Poder Ejecutivo impulso la creación de una Comisión de Alto Nivel, cuyo propósito fue proponer las modificaciones y mecanismos legales para la implementación del nuevo Código Procesal Penal⁹⁵.

3.6.- El Ministerio Público y el principio de imparcialidad.

⁹⁵ Cubas Villanueva, Víctor. *El Nuevo Código Procesal Penal ¿Revolución Penal?* Editorial Ali Arte, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1° Edición, Lima 2004, pp. 22 y ss.

El Ministerio Público, tiene reconocida su autonomía en la Constitución Política del Perú⁹⁶, asimismo, la Ley Orgánica del Ministerio Público⁹⁷, respeta la línea impuesta por la Carta Fundamental, entonces se parte del punto en el que la legislación peruana determina la objetividad e independencia otorgados por la Constitución y la Ley.

Ugaz Zegarra⁹⁸, siguiendo a Brieskorn Norbert, sostiene que la imparcialidad debe abordar a toda la justicia y al poder político, cualquiera que fuera éste, cuando se procura hablar en nombre de todos, en ese sentido, el Ministerio Público como una de las partes del sistema de administración de justicia, también debería ser guiado por el principio de imparcialidad.

Respecto de la imparcialidad del Ministerio Público, siempre siguiendo a Ugaz Zegarra⁹⁹, refiere que hay dos posturas, las cuales muy brevemente se resumen a continuación:

- Postura que sustenta que el Ministerio Público imparcial es parte de proceso penal.

⁹⁶ Artículo 158.- Autonomía del Ministerio Público

El Ministerio Público es autónomo. El Fiscal de la Nación lo preside. Es elegido por la Junta de Fiscales Supremos. El cargo de Fiscal de la Nación dura tres años, y es prorrogable, por reelección, solo por otros dos. Los miembros del Ministerio Público tienen los mismos derechos y prerrogativas y están sujetos a las mismas obligaciones que los del Poder Judicial en la categoría respectiva. Les afectan las mismas incompatibilidades. Su nombramiento está sujeto a requisitos y procedimientos idénticos a los de los miembros del Poder Judicial en su misma categoría.

⁹⁷ Artículo 5.-

Los Fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución. Siendo un cuerpo jerárquicamente organizado deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores.

⁹⁸ Ugaz Zegarra, Fernando, *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, Jurista Editores, Lima 2007, p. 689, siguiendo a Brieskorn Norbert, *Filosofía del Derecho*, Editorial Herder S.A, traducción de Claudio Gancho, Curso fundamental de filosofía N° 14, Barcelona, España, 1993, p. 162

⁹⁹ Ugaz Zegarra, Fernando, *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, Jurista Editores, Lima 2007, pp. 694 ss.

Esta postura defendida, entre otros, por Montero Aroca, Gimeno Sendra y Moreno Catena, parte de la premisa según la cual “imparcialidad personal: desinterés subjetivo e interés objetivo”, es decir cuando habla de la independencia del Ministerio Público hace referencia al desinterés subjetivo.

El autor explica tal situación desde las perspectivas de la administración y de la jurisdicción, así, en la primera, refiere que hay interés objetivo y desinterés subjetivo, ya que la administración siempre actuará persiguiendo el interés general o público, y que el desinterés subjetivo se trasluce en el sentido que no tendrá ningún interés particular; respecto de la segunda, indica que hay desinterés objetivo y subjetivo, ya que en la jurisdicción tiene siempre su actuación el derecho objetivo, en cuanto a las relaciones o situaciones jurídicas ajenas, así, la jurisdicción cumple un rol de tercero imparcial en cuanto a los asuntos que decide, tanto jueces como magistrados, al utilizar el derecho objetivo en casos determinados no van tras el interés general, sino la actuación de la ley para cada caso en concreto. Asimismo, continúa el autor, el juez o magistrado al actuar con desinterés objetivo, lo hace también con desinterés subjetivo, esto es, que no puede haber interés personal y propio en un caso concreto.

Según lo brevemente resumido, el autor, refiere que la acción del Ministerio Público, está más próximo a la Administración que a la jurisdicción, puesto que a la hora de desenvolver su actuación va a establecer cómo se sirve mejor al interés general, y ha de tener desinterés subjetivo por cuanto se tiene regulada, la abstención y en algunas regulaciones la recusación y la queja para separar a una persona en concreto de un asunto determinado. Y, con todo lo anterior, cuando la ley le otorga legitimidad al Ministerio Público, lo que hace es convertirlo en parte en un determinado proceso, por lo tanto, tratará de servir siempre al interés general, por ello, siguiendo a Montero Aroca¹⁰⁰, es que al Ministerio Público se le convierte en parte y ésta no llega a ser contraria a la esencia de su función ya que esta consiste

¹⁰⁰ Ugaz Zegarra, Fernando, siguiendo a Montero Aroca, *Principios del Proceso Penal*, editorial Tirant lo Blach, Valencia, España 1997, p. 55 y ss.

en la defensa irrestricta del interés público. Para concluir con esta postura, el autor refiere que el Ministerio Público al intervenir en una posición de parte en un proceso, la vigencia del principio de imparcialidad supone la ausencia de implicación directa o indirecta del funcionario fiscal en el caso concreto en que debe realizar su actuación.

- Postura cuyo argumento refiere que el Ministerio Público imparcial no es parte del proceso penal.

Esta postura, defendida por juristas como Vincenzo Manzini, Vélez Mariconde, Francesco Carnelutti, entre otros, parte de la premisa que el Ministerio Público es participante, más no parte, y que el Ministerio Público bajo el imperio de éste principio debe actuar con total objetividad, en pro de los intereses que le son encomendados, siendo el descubrimiento de la verdad, la misión encomendada y así finalmente se realice la justicia. El autor indica que tanto el órgano jurisdiccional como el fiscal, son responsables en conjunto para el éxito de la finalidad a lograr que es la justicia, en esta especie de relación se tiene a quien debe requerir una decisión justa y la otra parte, debe de otorgarlo. Por ello, dice que el Estado no es parte de la relación procesal que se da a consecuencia de la supuesta infracción a la ley, ya que siempre desarrolla su actividad mediante sus órganos, como un sujeto imparcial, aplicando con criterio objetivo de justicia el derecho a los justiciables. El autor, siguiendo a Carnelutti, define el Ministerio Público como una parte imparcial, éste es un modo de calificarlo, puesto que Carnelutti coloca la función del Ministerio Público dentro de la noción de función judicial.

Finalmente, se tiene que, sobre la imparcialidad del Ministerio Público, existen criterios diversos respecto de su imparcialidad o por su propia naturaleza –al ser acusador- ser eminentemente parcial, este debate que trae consigo ideas contrapuestas y al ser importante para fines de la presente investigación, resulta útil ampliar lo ya expuesto líneas arriba con algunas ideas de estudios realizados por connotados juristas nacionales e internacionales.

El notable jurista Italiano Carnelutti, sostenía que “[...] la misma razón por la cual el juez, colocado súper partes, debe ser imparcial, exige que el Ministerio Público, colocado inter-partes, sea parcial. El Ministerio Público imparcial es una contradicción en los términos¹⁰¹”, otros autores han sostenido lo mismo, refiriendo que el considerar imparcial al fiscal, deviene de la época en que aquél conformaba parte del Poder Judicial, se tiene incluso que algunos autores argentinos, sostienen que el Ministerio Público debe pertenecer al Poder Ejecutivo para así tener manifiesta su condición de parte y parcialidad¹⁰².

Connotados juristas como San Martín Castro, Peláez Bardales, Peña Cabrera, entre otros mencionan la imparcialidad del Ministerio Público como principio fundamental de la institución¹⁰³.

Como sostiene Angulo Arana, el debate ocurre desde un enfrentamiento de tipo dogmático entre dos modelos muy estructurados que se presentan como completos, casi demandando que las realidades sean las que se adapten a ellos; y, por ello, oponiendo las figuras del juez y del fiscal, a partir de dos términos concretos: uno persigue y el otro juzga, y de ello, se desprende que por juzgar el juez a él si le corresponde ser imparcial¹⁰⁴. Explica este autor que la imparcialidad en el fiscal consiste en que éste debe estar liberado de toda insinuación vinculante con el interés del indiciado, investigado, inculcado y acusado o de la víctima y/o agraviado; y añade que, la imparcialidad del fiscal se advierte claramente por cuanto su accionar no tiene siempre que estar fatalmente orientado solo a lograr la

¹⁰¹ Carnelutti, Francesco, *Principios del Proceso Penal en Derecho Procesal Civil y Penal, II Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas EuropaAmérica, Buenos Aires, Argentina, 1960, p. 44.

¹⁰² Angulo Arana, Pedro, *La función del fiscal, estudio comparado y aplicación del caso peruano. El fiscal en el nuevo proceso penal*, Jurista Editores, Lima 2007, pp. 196-197

¹⁰³ San Martín Castro, Cesar, *Ministerio Público y reforma de la justicia: algunos planteamientos de principio*, artículo en Revista de la Academia de la Magistratura, Número 1, Lima 1998, p. 34. Peláez Bardales, José Antonio, *El Ministerio Público*, Editorial Grijley, Lima 2003, p. 55. Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl, *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*, editorial Rodhas, Lima 2006, p. 320.

¹⁰⁴ Angulo Arana, Pedro, *La función del fiscal, estudio comparado y aplicación del caso peruano. El fiscal en el nuevo proceso penal*, Jurista Editores, Lima 2007, p. 197.

condena del denunciado, sino que, también, a absolver o sobreseer (si fuera el caso); y no solo a ofrecer prueba incriminatoria, sino a conseguir la prueba de descargo, que fuere argumentada y no pudiera conseguirla el procesado y que la imparcialidad da la idea de la posibilidad de una apreciación íntegra, citando a Lief Carter, concluye que aquello que es parcial es **incompleto**. Le falta una parte que requiere el todo. Una resolución imparcial no es neutral o desprejuiciada, es completa. Finalmente afirma que la imparcialidad tiene la virtud de convencer de que ha creado un ajuste completo de elementos¹⁰⁵.

3.7.- La Imparcialidad y el principio acusatorio en la reforma procesal peruana.

Se debe empezar, con lo dispuesto por el Código Procesal Penal de 2004, que en su artículo I del Título Preliminar, establece al principio de imparcialidad¹⁰⁶, principio que tiene correspondencia con la Constitución Política, respecto de ésta correspondencia y a fin de otorgarle calidad constitucional, se tiene lo establecido por el Tribunal Constitucional, al establecer que el derecho a ser juzgado por jueces imparciales es un derecho fundamental expreso que se funda a partir del principio de dignidad humana y del modelo de Estado democrático, ahora bien, el Tribunal Constitucional, sostiene que el derecho a ser juzgados por jueces imparciales no ésta reconocido como tal en la Carta Magna, esto, sin embargo, no ha sido impedimento para que el Tribunal Constitucional reconozca en él un derecho implícito que forma parte de un derecho expreso. Así, el derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139º inciso 3 de la Constitución¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Angulo Arana, Pedro, *La función del fiscal, estudio comparado y aplicación del caso peruano. El fiscal en el nuevo proceso penal*, Jurista Editores, Lima 2007, p. 200.

¹⁰⁶ "Artículo I: Justicia penal

1.- *La justicia penal es gratuita, salvo el pago de costas procesales establecidas conforme a éste Código". Se imparte con **imparcialidad** por lo órganos jurisdiccionales competentes y en un plazo razonable.*

¹⁰⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 6149-2006-AA/TC, p. 48.

Ahora bien, el derecho al juez imparcial entendido como parte integrante del debido proceso, proviene de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que establece como exigencia, aplicar de acuerdo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, tratados y acuerdos internacionales las disposiciones constitucionales mediante las cuales se reconocen los derechos fundamentales sobre las materias, es menester aclarar que estos tratados a los que se hacen mención hayan sido ratificadas por el Estado.

En la misma línea, respecto al derecho a un juez imparcial, éste tiene contenido constitucionalmente protegido y que está relacionado con lo que el Tribunal ha identificado como las dos vertientes de la imparcialidad, estas son, la subjetiva y la objetiva¹⁰⁸” y que por lo tanto resulta de gran importancia dentro de los fines del Código Procesal Penal citado.

Para fines de éste trabajo de investigación, siguiendo a Cruz Vegas¹⁰⁹, el juzgador debe tener la única y exclusiva tarea de decidir mediante la sentencia, sin injerirse en el rol de las partes procesales, de no ser así, e incluso de manera inconsciente se podría producir, la contaminación del juzgador y la pérdida de la imparcialidad de éste como una consecuencia lógica. Por tanto, el principio acusatorio requiere a un Juez imparcial como elemento imprescindible, ya que las garantías se pierden en el preciso momento en que el órgano decisor deja de ser un tercero imparcial, porque sin éste no puede decirse que exista un debido proceso, derecho de defensa, ni igualdad¹¹⁰.

3.8.- Intervención del Ministerio Público como titular de la acción penal.

¹⁰⁸ Expedientes N° 6149-2006-PA/TC, 6662-2006-PA/TC, Lima, 11 de diciembre de 2006.

¹⁰⁹ Cruz Vegas, Guillermo Alexander, *Juicio Oral, Problemas de aplicación del Código Procesal Penal de 2004*, Gaceta Penal y Procesal Penal, Gaceta Jurídica, Lima 2011, p. 168.

¹¹⁰ Calderón Sumarriva, Ana, citando a Alvarado Velloso, *análisis integral del Nuevo Código Procesal Penal*, San Marcos, Lima, 2006, p. 26

Para desarrollar este tema, en línea con la investigación, se puede partir con las razones que justificaron el cambio de modelo procesal penal en el Perú, en este sentido se tiene que, la actual Constitución Política del Perú (1993) y la Constitución Política de 1979, otorgan al Ministerio Público tanto la titularidad de la persecución penal como la carga de la prueba, entonces, en una lógica que venía también acompañada de influencia a través del derecho comparado –los países de la región como Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay, contaban ya con códigos modernos- y de la necesidad de adecuar la legislación a los estándares establecidos en los diferentes tratados internacionales de Derechos Humanos, es que fue imperiosa la necesidad de instituir toda la normativa procesal penal en un mismo cuerpo único y sistemático, bajo los parámetros de un mismo modelo de persecución penal.

En esta misma línea, el modelo procesal del Nuevo Código Procesal Penal, sostiene sus bases en el modelo acusatorio, teniendo como parámetros primordiales, la separación de funciones tanto de investigación como de juzgamiento, siendo la libertad del imputado la regla del proceso en su conjunto, en esa línea, se desarrolla tomando como base los principios de contradicción e igualdad de armas y la vigencia de la garantía de la oralidad.

Entonces, partiendo desde la Constitución, ésta consagra en el artículo 139°.3 el Derecho a la tutela jurisdiccional como aquel derecho de carácter procesal. Desde otra perspectiva, el artículo 159° inciso 1 y 5, otorga al Ministerio Público la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses públicos protegidos por el derecho, esta acción puede hacerse de oficio o a instancia de parte, siendo éste un encargo puntual en materia procesal o de persecución penal.

Ahora bien, respecto a la ley específica, el Código de 1940 establece que; uno, la acción penal es de tanto pública como privada; dos, en cuanto a la pública, ésta se efectiviza por el Ministerio Público, la que a su vez puede ser de oficio o a instancia

de la parte afectada, o por acción popular conforme a ley; y tres, la privada se ejecuta solo por impulso del supuesto ofendido, a través de la querrela y en atención a su procedimiento de carácter especial.

Por su parte, el Código Procesal de 1991, respecto de la acción penal establece en sus artículos, 1° y 3° que ésta es de naturaleza pública correspondiendo su ejercicio al Ministerio Público, salvo las excepciones previstas por la ley y el segundo de los artículos mencionados establece que ese ejercicio de la acción penal realizado por Ministerio Público contiene: el inicio de la investigación y la dirección de ésta, la acusación y su intervención en el juicio oral. Lo anterior fue de alguna forma previsto por la Ley Orgánica del Ministerio Público del año 1981, así, en su artículo 11° establece la titularidad de la acción penal pública al Ministerio Público, siendo ejecutada de oficio, o a instancia de la parte afectada, la acción popular era aplicada en casos de comisión inmediata o casos en contra de los cuales la ley concede expresamente.

Entonces, estando al breve resumen, se puede apreciar que en la actualidad, la exclusividad de promover la acción penal en aquellos delitos públicos recae en el afectado o cualquier ciudadano, en ese sentido y solo en esos casos están facultados a poner en conocimiento del Ministerio Público la comisión de un hecho delictivo, la importancia de lo anterior radica en el sentido que, antes de la entrada en vigencia de la referida ley, la parte afectada podía dirigirse directamente al Juez Penal, ahora, como ya es sabido, se tiene casi un monopolio por parte del Ministerio Público respecto de la acción penal, ya que el fiscal luego de evaluar la denuncia o conocida la noticia criminal decidirá respecto de la acción penal.

La intervención del Ministerio Público como titular del ejercicio público de la acción penal, es entonces una función constitucionalmente encomendada (Artículo 159.5 Constitución), entonces, la omisión en los casos legalmente procedentes importa conforme ley la comisión de un delito (Artículo 407° del Código Penal), la misma

que guarda relación con lo estipulado en el Art. IV del Código Procesal Penal de 2004.

Respecto de la acción penal, el profesor De la Rúa, la califica como un **poder jurídico**, mediante el cual, puesta en conocimiento del juez la configuración de un delito, se requiere la aprobación del proceso penal de manera formal mediante la correspondiente resolución motivada, la categoría de **poder** permite denotar la relación entre acción y jurisdicción como un nexo lógico, por su parte el término **jurídico**, subraya que su origen radica en el ordenamiento, siendo tanto su destino como su función, afirmarlo¹¹¹, ahora bien, el jurista De la Oliva Santos, respecto del **poder jurídico** refiere que está presente cuando lo ejercita el Ministerio Público, en completa sintonía y relación con sus funciones, las mismas que ha de realizar imperativamente¹¹².

Finalmente, y en esta misma línea Vélez Mariconde, sostiene que el Derecho Constitucional impone como poder jurídico a la acción penal y que el ejercicio de ésta, normativiza el derecho provocando en ella la actividad jurisdiccional del Estado¹¹³. Ahora bien, resulta necesario entonces establecer que el hecho denunciado que constituya delito, en efecto debe ser una *notitia criminis*.

4.- El Juez Penal y los Principios Constitucionales que guían su actuación en el proceso.

El juez penal está revestido de aquella función jurisdiccional que es la potestad (poder-deber) del Estado de administrar justicia, función que se hace a través de los órganos jurisdiccionales, quienes, a través de la ley sustantiva, resuelven los

¹¹¹ Rúa, Fernando de la, *Teoría General del Proceso*, Depalma Editores, Buenos Aires 1991, p. 64.

¹¹² De la Oliva Santos, Andrés; Argoneses Martínez, Sara; Hinojosa Segovia, Rafael; Muerza Esparza, Julio; Tome García, José Antonio, *Derecho Procesal Penal, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces*, Madrid 1993, p. 189.

¹¹³ Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, Marcos Lemer Editora, Córdoba 1986 T. II, p. 260.

conflictos de intereses. Entonces, en materia penal, descansa en el Juez dicha potestad. A decir de Oré Guardia, el juez es el llamado a ejercer la potestad jurisdiccional siendo su principal misión resolver el conflicto generado por el delito y para ello aplicará la ley penal. Además, continúa el autor, tiene la función y deber de actuar resguardando las garantías establecidas en la Constitución y en los tratados internacionales¹¹⁴.

4.1.- Principios constitucionales del Proceso Penal en relación con el tema.

La Constitución Política del Perú de 1993, establece en el artículo 139° los principios y derechos de la función jurisdiccional, por su parte y haciendo un breve repaso a la Constitución de 1979, se encuentra establecidos los principios y garantías de la administración de justicia en el artículo 233°¹¹⁵.

¹¹⁴ Oré Guardia, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Reforma, Tomo I, 1ra Ed, Lima 2011, pp. 329.

¹¹⁵ La Constitución Política del Perú de 1979, **Artículo 233**. Son garantías de la administración de justicia:

1.- La unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecer jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. Quedan prohibidos los juicios por comisión o delegación.

2.- La independencia en su ejercicio. Ninguna autoridad puede avocarse causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada ni cortar procedimientos en trámites ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Esta disposición no afecta el derecho de gracia.

3.- La publicidad en los juicios penales. Los tribunales pueden deliberar en reserva con la presencia de todos sus miembros, pero las votaciones son públicas.

Solo por razones de moralidad, orden público o seguridad nacional, o cuando están de por medio intereses de menores, o la vida privada de las partes, o cuando la publicidad menoscaba la recta administración de justicia, pueden los tribunales, por decisión unánime de sus miembros, disponer que el juicio por responsabilidad de funcionarios públicos, delitos de prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución siempre son públicos.

4.- La motivación escrita de las resoluciones, en todas las instancias, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos en que se sustentan.

5.- La indemnización por los errores judiciales cometidos en los procesos penales, en la forma que determina la ley.

6.- La de no dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

7.- La aplicación de lo más favorable al reo en caso de duda o de conflicto en el tiempo de leyes penales.

8.- La inaplicabilidad por analogía de la ley penal.

La doctrina al respecto hace una distinción o clasificación entre los referidos principios, así tenemos al connotado jurista Arsenio Ore Guardia, quien clasifica los principios referidos al imputado, a los órganos estatales y los referidos al proceso.

Respecto del primer grupo *–principios referidos al imputado–* están relacionados al procesado, garantizando los derechos que le son inherentes; el segundo grupo *– referidos a los órganos estatales–* busca dotar de independencia y la garantía que deben ofrecer los medios de control penal para que garanticen un debido proceso; finalmente el tercer grupo *–principios referidos al proceso–* estos tienen estrecha relación con el proceso penal, donde se ofrecen todas las garantías y derechos que deben corresponder a una efectiva tutela jurisdiccional y debido proceso para las partes intervinientes en el proceso penal¹¹⁶.

Por su parte Landa Arroyo¹¹⁷ nos brinda en detalle las bases Constitucionales del Nuevo Código Procesal Penal, que se puede resumir en:

9.- *La de no ser penado sin juicio ni privado del derecho de defensa en cualquier estado del proceso. El Estado provee la defensa gratuita a las personas de escasos recursos.*

10.- *La de no poder ser condenado en ausencia.*

11.- *La prohibición de revivir procesos fenecidos. Nadie puede ser juzgado nuevamente por hechos por los cuales haya sido absuelto o condenado por sentencia firme.*

12.- *La invalidez de las pruebas obtenidas por coacción ilícita, amenaza o violencia en cualesquiera de sus formas.*

13.- *La obligación del Poder Ejecutivo de prestar la colaboración que se le requiere en los Procesos.*

14.- *La prohibición de ejercer función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prescrita por la Constitución de sus miembros, no les dan posesión del cargo.*

15.- *El derecho de toda persona para hacer uso de su propio idioma. Si es necesario el Juez o Tribunal asegura la presencia de intérprete.*

16.- *La indemnización por el Estado de las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad de quien las ordena.*

17.- *El derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de la ley.*

18.- *La instancia plural y*

19.- *El derecho de los reclusos y sentenciados a ocupar establecimientos sanos y convenientes.*

¹¹⁶ Colchado Bolívar, Miriam; Ramírez Sedano, Vilma; Magallanes Aymar, Cesar. *Derecho Procesal Penal*, Librería y Ediciones Jurídicas, Lima 2004, p.23.

¹¹⁷ Landa Arroyo, Cesar, *Constitución y fuentes del Derecho*, Palestra Editores, Lima 2006, pp. 54 y ss.

- *La tutela procesal efectiva*, al respecto dice que, el artículo 139° de la actual Constitución, entra en concordancia con el artículo I del Código Procesal Penal donde se puede identificar algunos principios y derechos relacionados a la tutela jurisdiccional en el ámbito del procedimiento penal, asimismo afirma que la tutela procesal efectiva se pone de manifiesto en el debido proceso y en el acceso a la justicia, hace mención que el artículo 139.3° de la Carta Magna reconoce éste principio y que además su aplicación se hace extensiva a todos los tipos de procesos y procedimientos de origen distinto al judicial¹¹⁸;
- *La presunción de inocencia*, al respecto, el autor señala que dicha base constitucional constituye un importante derecho fundamental, además de ser un principio constitucional, asimismo, que como derecho fundamental tiene diferentes manifestaciones, dentro de éstas resalta aquella en la que se establece la detención del imputado únicamente por circunstancias excepcional, esto último concuerda con el artículo II del Título Preliminar del actual Código Procesal Penal;
- *El principio de ne bis in ídem*, este principio, conforme establece el autor, ha sido acogido por el legislador en el artículo III de Código Procesal Penal de 2004;
- *El rol del Ministerio Público*, al respecto se tiene más detallado lo correspondiente en el punto número 3 del presente trabajo, sin embargo, como base constitucional, el autor nos precisa, la forma como fue prevista en el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal y la concordancia con la Constitución, donde se le atribuye en exclusiva la titularidad de la acción penal, por lo tanto actúa de acuerdo al principio de legalidad;

¹¹⁸ Landa Arroyo, Cesar, *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Palestra Editores, Lima 2004, p. 196.

- *El rol del poder judicial*, al respecto dice el autor, que la Constitución reconoce la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, la excepción, conforme establece el artículo 139.1° es la justicia militar y la arbitral, en cuanto al Código Procesal Penal, éste ha establecido dos fases importantes que son, primero la dirección de la etapa intermedia del proceso penal y segundo la etapa del juzgamiento propiamente;
- *Principio de legalidad de las medidas limitativas de derechos*, el autor precisa que los derechos fundamentales son subjetivos y que estos no son absolutos, sino relativos y por lo tanto restringidos, dictada por una autoridad específica y en un proceso penal estas restricciones se han encargado a la autoridad judicial, el artículo IV del Título Preliminar del Código recoge lo previsto en la Constitución, artículo 139.5, el autor dice que lo que se busca es proteger el derecho de las personas a la certeza judicial y que constituye una agregación de principios de vital importancia como el de razonabilidad y el de proporcionalidad, siendo considerados como parámetros cuando se trate de limitar un derecho fundamental;
- *Ley procesal penal, vigencia e interpretación*, al respecto menciona el autor que éste artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal en relación con el Artículo 103° de la Constitución, el mismo que establece “ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo”, por otro lado, el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal establece que la ley procesal penal es de aplicación inmediata;
- *Legitimidad de las pruebas*, respecto de éste punto, el autor nos hace referencia a lo establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, y la valoración de las pruebas siempre y cuando estas hayan sido obtenidas a través de medios legítimos y que las obtenidas con afectación de derechos fundamentales carecen de valor legal, sobre esto

hace la distinción entre las teorías que existen al respecto, una denominada “teoría del fruto del árbol envenenado” que defiende la imposibilidad de que una prueba ilícita sea considerada y la segunda tesis que sostiene que la prueba ilícita debería ser válida, el autor sostiene que nuestra legislación se habría inclinado por la primera de las tesis, sin embargo hace la aclaración en el sentido que los jueces deberían valorar aquellos medios probatorios ilícitamente obtenidos tomando en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad, todo esto en razón -continúa el autor- que los derechos fundamentales no son necesariamente absolutos.

- *Derecho de defensa*, toda persona tiene el derecho a defenderse de manera eficaz y oportuna en cualquier estado del proceso, por su parte el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 establece este principio en concordancia con los preceptos que la Constitución dicta, el autor al respecto indica que, este derecho comprende a su vez la no autoincriminación, que si bien nuestra carta magna no lo prevé expresamente, si lo está en la Convención Americana de Derechos Humanos¹¹⁹.

4.1.1.- Acceso a la Justicia.

La justicia es gratuita, en materia penal a diferencia del civil, donde hay cuestiones patrimoniales¹²⁰. El derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva está compuesto para estos efectos por aquellos elementos constitucionalmente

¹¹⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José.
Artículo 8° Garantías Judiciales,

2) *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

La Constitución Política del Perú, artículo 55° establece que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

¹²⁰ Arbulú Martínez, *Derecho Procesal Penal*. Editorial San Marcos 1ra Edición, Lima 2013, p.43.

previstos como la gratuidad en el acceso a la administración de justicia, así como, para la interposición de medios impugnatorios¹²¹.

La función jurisdiccional no puede desmembrarse y delegar dicha función a personas ajenas, la unidad es regla general y la excepcionalidad a esta regla son la jurisdicción militar y arbitral¹²².

En esta misma línea, la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 24º, dispone claramente la gratuidad de la administración de justicia para las personas de recursos económicos limitados (a nivel de todas las instancias y especialidades), pudiendo accederse a ella en la forma prescrita por la norma. La referida gratuidad de modo general es o se presenta en materia constitucional, penal, laboral y agraria y en las demás que la ley establece. El artículo 299º del mismo cuerpo legal dispone la gratuidad de la defensa judicial de oficio para los denunciados, imputados i acusados, esto en materia penal a nivel de las etapas de investigación, en los juzgados y salas penales. Por su parte el Código Procesal Penal de 2004, en el numeral 1 del artículo I del Título preliminar dicta “la justicia penal es gratuita, salvo el pago de las costas procesales establecidas conforme a este Código”.

Como se mencionara líneas arriba, el Derecho a la gratuidad en el proceso penal, guarda una personal relación con el Derecho de acceso a la justicia, poner en movimiento el sistema de justicia es potestad del ciudadano, pasando del derecho penal privado o justicia por propia mano al derecho a la justicia asumido por el Estado contando para ello con un organismo estructurado, que asegura la tranquilidad social.

¹²¹ Se establece la dimensión de la gratuidad en la resolución 1606-2004-AA/TC del 11/05/2005.

¹²² Colchado Bolívar, Miriam; Ramírez Sedano, Vilma; Magallanes Aybar, Cesar. *Derecho Procesal Penal*, Librería y Ediciones Jurídicas, Lima 2004, p.22.

Rosas Yataco, siguiendo a Huerta Guerrero¹²³, señala que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha tenido un pronunciamiento sobre la relación entre los derechos de acceso a la justicia y los pagos que se exigen a los litigantes en el marco de un procedimiento judicial. Señala al respecto: que si bien es cierto una decisión judicial definitiva debería satisfacer el derecho al acceso a la justicia, ésta no resulta suficiente, toda vez que es necesario que quienes son parte de un proceso judicial puedan hacerlo sin temor de someterse a pagos obligados o desproporcionados como consecuencia de haber recurrido a los tribunales.

4.1.2.- Juicio Previo.

Nuestra actual normatividad procesal del 2004 en el artículo I inciso 2 del Título Preliminar y la Constitución Política del Perú de 1993, dentro del artículo 139.10 establecen el ejercicio del juicio previo como, aquel ejercicio del poder penal del Estado para la imposición de una pena se encuentra limitada por la realización de un proceso previamente establecido por el legislador.

Oré Guardia, conceptualiza el principio de juicio previo como, aquel que importa la regulación de un proceso que anteceda válida y legítimamente a la imposición de una sanción penal; esto es, que exista un proceso penal a través del cual se determine la responsabilidad penal del imputado conforme a los principios, garantías y derechos que nuestro ordenamiento jurídico reconoce¹²⁴. La actuación del juez penal dentro del proceso tiene que estar circunscrita en algunos principios y garantías, al respecto la existencia de un juicio previo exige como ya lo señalo el autor en mención, la realización de un juicio oral, público y contradictorio, en el que

¹²³ Huerta Guerrero. *El debido proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, pp.30 y ss. Citado por Rojas Yataco, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Pacifico Editores, Volumen I, 1ra Edición, Lima 2013, pp. 114-116.

¹²⁴ Oré Guardia, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Reforma, Tomo I, 1ra Ed, Lima 2011, pp. 120

se produzcan los medios probatorios que legitimen la imposición de una sanción, propio de un proceso con un sistema acusatorio.

4.1.3.- Juicio Oral.

Entendida la oralidad en el juicio, como aquella herramienta que permite que la información que producen los partes sustentados en sus teorías de caso, vayan al juez, para que en base a los datos obtenidos, tome o adopte una decisión. La principal característica que aporta la oralidad es la inmediación básicamente de los órganos de prueba, testigos o peritos, se dice que, quien mejor utilice la herramienta de la oralidad tiene mejor posición de ganar, siempre y cuando tenga, la oralidad, sustancia o contenido¹²⁵.

4.1.4.- Juicio Público.

Al respecto, la Constitución Política de Perú de 1993, establece la publicidad en los procesos como una garantía, salvo en los que establece la ley como es el caso de la violación sexual. Entonces, la publicidad va a permitir que la ciudadanía esté al tanto del juzgamiento, de ésta forma se le da transparencia al proceso y permite controlar de esa manera a los jueces y los demás sujetos procesales. Se considera que la publicidad también resulta importante para efectos de la imparcialidad del juez puesto que la mirada del público en las actuaciones de éste importa dirigir sus actos o decisiones sin la posibilidad de tener decisiones parcializadas.

¹²⁵ Arbulú Martínez, Víctor Jimmy, *Derecho Procesal Penal*, Editorial San Marcos, 1ra Edición, Lima 2013, pp. 44 - 45.

Respecto de lo anterior, Arbulú Martínez, siguiendo a Ferrajoli, dice: dadme el juez que queráis, parcial, corrompido, mi enemigo mismo si queréis, poco me importa, con tal de que nada pueda hacer sino en presencia del público¹²⁶.

El mismo autor añade¹²⁷, siempre siguiendo a Ferrajoli, respecto de la publicidad decía: los efectos de ésta llegan a su punto mas importante cuando se considera respecto de los jueces y asegurar honradez o probidad con el fin de brindar en sus decisiones la confianza de la sociedad. La referida publicidad constituye un estímulo tomando en cuenta situaciones no gratas en muchos momentos, por tanto, son necesarias todas aquellas facultades de conocimiento y sobre todo la actividad del espíritu; donde, como refiere el autor, un día de abandono implica el triunfo de la injusticia y como consecuencia la continuidad del sufrimiento para el inocente. Ante esto les urge como freno dentro del ejercicio de las funciones de un poder donde es tan difícil abusar. Los efectos resultan del carácter y la publicidad no los cambia, sin embargo, si se tiene a un juez ante una audiencia numerosa, menos posibilidad tendrá de dejarse llevar por su impaciencia, por su carácter, por el despotismo que minimiza o intimida a las partes básicamente a abogados y testigos, esto por la diferencia de consideración, en algunos casos halagüeñas y en otros humillantes. Se regirá entonces, ante los ojos del publico, con una dignidad sin vanidad y logrará conservar un sistema de igualdad. Sin embargo, sea cual fuere el efecto de la referida publicidad sobre parte exterior del magistrado, de todas formas, será saludable para la justicia y se tendrá siempre la atención de la opinión pública, la sociedad jugara el rol de testigos interesados en observar sus pasos. ¿Cómo huir de las miradas desconfiadas y vigilantes? ¿Cómo atreverse a cualquier ambigüedad cuando se lleva cuenta de todos sus movimientos? Aunque llevase la injusticia dentro de si, sería justo a pesar suyo por estar en un lugar en la que es difícil hacer nada sin suministrar pruebas en contra de sí mismo.

¹²⁶ Arbulú Martínez, Víctor Jimmy, *Derecho Procesal Penal*, Editorial San Marcos, 1ra Edición, Lima 2013, p. 45 Siguiendo a Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, editorial Trotta, Madrid 1995, p. 686.

¹²⁷ Arbulú Martínez, Víctor Jimmy, *Derecho Procesal Penal*, Editorial San Marcos, 1ra Edición, Lima 2013, p. 45. Siguiendo a Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, editorial Trotta, Madrid 1995, p. 686.

4.1.5.- Presunción de Inocencia.

Talvez, de los pilares que sostienen el sistema acusatorio como garantía es justamente la presunción de inocencia, la calidad de **inocente** de toda persona hasta que no se expida una resolución firme que establezca todo lo contrario, es uno de los aspectos más importantes que el Código Procesal Penal de 2004 orientado en el sistema acusatorio, mantiene como garantía, en estricto respeto de lo dispuesto en la Constitución Política del Perú artículo 2° inc. 24.e, el cual declara que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

Más allá de ser una garantía procesal, constituye también dentro de los sistemas democráticos un principio que limita el monopolio de la fuerza, resulta entonces de interés que los mecanismos procesales contengan características justas, es decir, no solo se trata de sancionar a quienes realmente ha cometido un delito, sino también, que quienes siendo inocentes son sometidos a un proceso, tengan la garantía de los mecanismos de defensa y que estos les permitan finalmente probar su inocencia, siendo la libertad y el goce de sus derechos los bienes jurídicos a recuperar en el menor tiempo posible¹²⁸.

Según Oré Guardia, en tanto no exista una decisión del juez que contenga una sentencia condenatoria y firme que fundamente la responsabilidad del denunciado, este principio constituye ese pilar fundamental que impide tratar y/o presentar al denunciado como culpable.¹²⁹

La presunción de inocencia y su actuación dentro de un procedimiento penal que se sigue contra de una persona, son proporcionales a la formación del objeto del

¹²⁸ Robles Trejo, Luis W. *Derecho Penal Constitucional. "La presunción de inocencia como derecho fundamental, principio y garantía en el Estado Constitucional"*, Gaceta Penal, Tomo 64, Lima 2014, pp. 317 – 318.

¹²⁹ Oré Guardia, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Reforma, Tomo I, 1ra Ed, Lima 2011, p. 124.

procedimiento. Esto se da, conforme indica el profesor Oré Guardia, en dos momentos y con diferentes perspectivas, así, la presunción de inocencia y sus efectos son potencialmente mas efectivos cuando el objeto ya indicado es incipiente, toda vez que se esta ante una presunta responsabilidad penal de la persona denunciada; por el otro lado, la presunción de inocencia tiene mayores chances de ser desestimada al momento de la oralización y esto se da por que se exige al Fiscal, conforme pasan etapas procesales, mayores elementos de convicción¹³⁰.

4.1.6.- In dubio pro reo.

Esta regla, supone para el juez la imposibilidad de condenar a una persona cuando no tiene plena convicción sobre los hechos sus responsables¹³¹.

La vigencia de la duda, según Cáceres Julca, tiene sus bases en el modelo procesal penal actual, sobre la verdad histórica -como aquella que se procura lograr cuando se quiere asegurar de la realidad de ciertos acontecimientos y de hechos ocurridos en el tiempo- que procura obtener la verdad material y la certeza sobre el *tema decidendum*, a través de la reconstrucción de los hechos; siendo así, uno de los objetivos fundamentales del proceso, convirtiéndose el *in dubio pro reo* en una de las mejores garantías frente al ejercicio de la acción penal por parte del Estado¹³². El autor, sobre el *in dubio pro reo*, nos dice que tiene como inicio la concepción valorativa en cuanto a la interpretación de la prueba, lo que implica que frente a la insuficiencia probatoria, no es factible hacer una interpretación negativa, sino otra de carácter positivo y por tanto favorable al denunciado.

¹³⁰ Oré Guardia, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Reforma, Tomo I, 1ra Ed, Lima 2011, p. 125.

¹³¹ Gozaini, Osvaldo Alfredo. *La presunción de inocencia. Del proceso penal al proceso civil*. En: *Revista Latinoamericana de Derecho*. Año III, N° 6 UNAM, México DF, 2006, p. 156.

¹³² Cáceres Julca, Roberto E. *Comentarios al Título Preliminar del Código Procesal Penal*, Grijley, Lima 2009, p. 143.

Normativamente, este precepto legal se encuentra establecido en la Constitución Política del Perú en el artículo 139, numeral 11, que a la letra dice: la aplicación de lo más favorable al procesado en caso de dudas o de conflicto entre leyes penales. A nivel internacional, encontramos éste importante principio la Convención Americana de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 8.2 y 14.2 respectivamente. Se podría definir el *in dubio pro reo*, como una regla de juicio que está compuesta por la presunción de inocencia, que impone al juzgador absolver al imputado si luego de realizar la correspondiente valoración probatoria subsiste la duda razonable e insuperable sobre la realización del hecho delictuoso¹³³.

Vemos entonces, que este principio opera en los casos donde pese a desarrollarse la actividad probatoria con las formalidades requeridas y establecidas en la ley y respetando además el contenido constitucionalmente de los derechos fundamentales, y tales pruebas dejan duda en el juez respecto a la existencia de responsabilidad del procesado, recae como consecuencia natural, la absolución.

El muy conocido postulado, **más allá de toda razonable**, se pone de manifiesto en este principio. Este postulado permite determinar, en cada caso concreto, el punto de partida a partir del cual se puede considerar el grado de credibilidad de una hipótesis y ver si ésta, es suficiente para determinar una decisión de absolución o condena.

Si con base al *in dubio pro reo* y la *duda razonable*, se absuelve, no basta con que señale que no está convencido o que se encuentra ante una duda esencial, significativa o de gran entidad que no le permite condenar. La sola expresión (real o fingida) de una duda en la determinación de los hechos probados no basta para justificar una sentencia absolutoria¹³⁴.

¹³³ Oré Guardia, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Reforma, Lima 2011, p. 135.

¹³⁴ Castillo Alva, José Luis. *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*. Grijley, Lima, 2013, p. 218.

4.1.7.- Igualdad de armas.

Cordón Moreno, al hablar del principio de igualdad de armas, lo califica como la igualdad de partes en el proceso, la denomina **sustantiva**, porque garantiza la igualdad de las partes en la aplicación de la ley y que dentro del plano procesal trata de asegurar que las partes en conflicto tengan los mismos medios procesales para defender y atacar, y de la igualdad de armas para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, se trata de garantizar a través de éste principio la armonía entre las partes, de modo tal que dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación¹³⁵.

Este principio, comporta aquella obligación de quienes administran justicia de establecer las condiciones objetivas para evitar arbitrariedades, ello obliga a dotar de los mismos medios de ofensiva y protección a cada una de las partes. Para Gimeno Sendra, este principio a de entenderse cumplido, cuando los medios de ataque y defensa así como, las posibilidades de alegar, probar e impugnar sean los mismos o tengan igual posibilidad¹³⁶.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que este principio para lograr sus fines, el proceso identificar y sanear aquellos elementos que no otorgan igualdad a quienes son llevados ante la administración de justicia. De esa forma es como a de ser atendida la igualdad ante la ley por los tribunales y la prohibición de alguna forma de discriminación. La presencia de circunstancias de desigualdad efectiva obliga a adoptar medidas de compensación que colaboren a disminuir o erradicar las deficiencias y obstáculos que no permitan o que, en todo caso, reduzcan la defensa eficaz de los intereses propios. Si estos medios de compensación reconocidos en diferentes partes del procedimiento no existieran, no se podría decir entonces que quienes están en condiciones de desventaja gozan

¹³⁵ Cordón Moreno, Faustino. *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. Editorial Aranzadi, Navarra 2002, p. 145 y ss.

¹³⁶ Gimeno Sendra, Vicente. *Derecho Procesal Penal*, Editorial Colex, Madrid 1997, p, 80.

de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en circunstancias de igualdad con quienes no afrontan ese tipo de desventajas¹³⁷. Este principio da principal preponderancia al rol del fiscal dentro del sistema acusatorio, como titular de la acción penal, que nuestro Código Procesal Penal contiene en su normatividad, la mayor expresión de este principio se da en la confrontación dialéctica entre las partes sobre los hechos objetivamente demostrables.

4.1.8.- Independencia e imparcialidad.

La independencia, establecidas en los artículos 139.2 y 146 de la Constitución Política, así como los artículos 2, 16, 186.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y, en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Como dijera Oré Guardia, el principio de independencia puede predicarse del Poder Judicial como respecto del juez. Siendo el Poder Judicial aquella institución que no guarda dependencia de ningún otro poder del Estado por tanto no se encuentra subordinado, Respecto del Juez, se le reclama su indisponibilidad ante presiones o mandados que otros poderes del Estado pudieran incoar en él, así como, de los sujetos procesales o ajenos al proceso, como partidos políticos, la prensa entre otros¹³⁸. Lo importante, dice Cordón Moreno, es garantizar la independencia de los Jueces y, para ello, no es preciso que éstos se constituyan en un verdadero poder del Estado, les basta con que su estatuto –del que deben formar parte esas normas de garantía y los medios de defensa de la misma- quede bajo la salvaguarda de la ley y que su órgano de gobierno –con competencias en materia de organización, funcionamiento y aplicación del estatuto orgánico- sea también independiente¹³⁹.

¹³⁷ Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 16/99 del 1 de octubre de 1999.

¹³⁸ Oré Guardia, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Reforma, Tomo I, 1ra Ed, Lima 2011, p. 109.

¹³⁹ Cordón Moreno, Faustino. *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. Editorial Aranzadi, Navarra 2002, p101-102.

Oré Guardia, sostiene que las sociedades consideradas como social y democráticas de derecho, reconocen en la independencia del Juez el fin de todo ordenamiento del Estado, toda vez que sobre el recae aquella potestad de aplicar el derecho¹⁴⁰, sostiene que el juez penal, debe estar regido a éste principio, porque este garantiza que el juez desarrolle su actividad sin influencia de ninguna índole. El significado de la independencia del juez, se basa en la ausencia de injerencias en la función jurisdiccional por parte de los otros poderes del Estado, la independencia, más que una posición o cualidad predicable de la organización jurisdiccional en su conjunto, hace referencia a cada juez en concreto y a la posición, de sumisión exclusiva a la ley, en que se encuentra a la hora de juzgar¹⁴¹, entonces el juez tiene como único referente a la Constitución y el resto de ordenamiento jurídico que tengan rango de ley¹⁴². Entendemos entonces que la injerencia no permitida es también a los demás órganos jurisdiccionales, sea cual sea su rango, y como ya lo vimos al inicio de éste título, así lo ha destacado entre otras, la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El juez, cuando decide un determinado caso, tiene la prerrogativa de libertad -al margen incluso del judicial- para así decidir respecto del asunto, exigiéndose únicamente que el fallo a tomar se sujete al Derecho, sometiéndose a la Ley. Entonces en lo referido -y no en otra cosa- reside la independencia judicial¹⁴³. Maier, al hablar de la imparcialidad, refiere que, a fin de garantizar la ecuanimidad

¹⁴⁰ Oré Guardia, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Reforma, Tomo I, 1ra Ed, Lima 2011, p. 110.

¹⁴¹ Cordón Moreno, Faustino. *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. Editorial Aranzadi, Navarra 2002, p103-104.

¹⁴² Oré Guardia, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Reforma, Tomo I, 1ra Ed, Lima 2011, pp. 332-333.

¹⁴³ Maier, B.J. Julio. *Derecho Procesal Penal Argentino*, Tomo I, Editorial Hammurabi, Buenos Aires 1989, p. 479-480. El autor sostiene que para que los jueces sean realmente independientes de todo poder del estado, incluso del mismo Poder Judicial, es que los permanentes, funcionarios estatales, gozan de estabilidad en sus empleos a perpetuidad y se retribuye sus servicios con una compensación salarial que determina el Congreso de la Nación, por ley, imposible de ser disminuida posteriormente, mientras permanezcan en sus funciones. Empero, la estabilidad y la retribución irreducible no son privilegios que obedecen a un fuero personal, prerrogativas prohibidas por la ley suprema, sino, antes bien, necesidades que surgen cuando se pretende garantizarle a la persona juzgada, que su juez obedecerá, al decidir su caso, a criterios políticos permanentes, determinados por la ley que establece los deberes y facultades de todos, y no a criterios circunstanciales o d el momento, o a órdenes e imposiciones de quienes ejercen los poderes del Estado.

se requiere como condición, sin ser la única ni suficiente, a la independencia. Entre otras condiciones para enfrentar un caso en calidad de Juez es la **Imparcialidad**, que resulta de vital importancia y que consiste en colocar frente a un determinado caso a una persona -Juez- y que éste abale el mayor índice de objetividad al enfrentarlo. Agrega el autor que la imparcialidad no se alcanza positivamente sino, -por así expresarlo- negativamente, para graficar mejor la idea del autor, respecto del primero se puede establecer como aquella mediante la cual se rodea al juez de garantías que impidan, abstractamente, interferencias así sean del mismo Poder Judicial u otros poderes al momento de decidir, en cuanto al segundo se entiende que consiste en excluir del caso al Juez que no garantiza dentro de su labor la objetividad que se requiere. Entonces, no solo se trata de criterios de carácter general que regulan la función del juez o la relación de éste con los poderes del Estado, sino, de la correlación del juez con el caso concreto puesto a su cargo¹⁴⁴.

El Tribunal Constitucional español, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace una distinción entre la imparcialidad subjetiva y la objetiva. Sobre la primera requiere en el juez considerar asuntos que le sean ajenos, en aquellos que no tenga interés de ninguna clase ya sea directa o indirectamente. En cuanto a la segunda, el Tribunal hace referencia a la necesidad de un contacto anterior del *tema decidendi* con el juez ya sea desde un aspecto funcional y orgánico, se excluya de esta manera todo tipo de duda razonable respecto de su imparcialidad¹⁴⁵.

4.1.8.1.- El papel que juegan la Imparcialidad y la búsqueda de la verdad, y el rol del Juez Penal frente a las partes en el proceso.

¹⁴⁴ Maier, B.J. Julio. *Derecho Procesal Penal Argentino*, Tomo I, Editorial Hammurabi, Buenos Aires 1989, p. 484-485

¹⁴⁵ Jaén Vallejo, Manuel. *Tendencias actuales de la jurisprudencia penal española*. Editorial Grafica Horizonte, Lima 2001, p, 37-38.

Sobre la imparcialidad del Juez, sostiene Montero Aroca que, este no puede al mismo momento ser parte en el caso a juzgar, y resulta notorio que las leyes tampoco lleguen a normarlo expresamente. Lo que las leyes regulan en estricto es la imparcialidad, vale decir, la deferencia del juzgador como no parcial, haciéndose referencia a algo nada objetivo, por no dejar de ser subjetivo¹⁴⁶.

Un juez parcializado no provee un proceso jurisdiccional. Encomendarse únicamente a la ley como criterio de valor para decidir, una especie de sometimiento al ordenamiento jurídico, mantenerse ajeno a los intereses en litigio y ser tercero entre las partes, resultan elementos esenciales que caracterizan la función jurisdiccional realizada por jueces. Cordón Moreno¹⁴⁷ nos refleja la imparcialidad en la suma de tres factores que nos hacen ver cuál es el rol del juez penal frente a las partes en el proceso, los cuales se resumen muy brevemente. 1) en primer lugar **la neutralidad**, el magistrado no puede ser parte en el litigio en que participa, sino que está llamado a resolver un problema o conflicto intersubjetivo (entre sujetos particulares o entre estos y el Estado), lo cual coloca al juez como un tercero, que no crea por sí el problema, sino que lo analiza y lo resuelve. 2) en segundo lugar **el desinterés**, los jueces desde la posición que ocupan (terceros), deben ser ajenos tanto a quienes intervienen en el proceso, sin afiliarse a ninguno de ellos, como al mismo objeto materia de litigio y, por tanto, debe carecer en ellos todo tipo de interés en que el resultado del litigio se dirija en beneficio de cualquiera de las partes de una forma u otra. Un punto importante, es establecer la relación de las funciones de investigar y juzgar y su atribución a órganos judiciales diferentes, y respecto de esto, continuando con el profesor Cordón Moreno, -siguiendo la jurisprudencia española- dice que, la separación de funciones de investigar y juzgar, y su atribución a órganos, constituye una pieza clave de un sistema acusatorio¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Montero Aroca, Juan. *Los principios del proceso penal, Una explicación basada en la razón*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1997, p.87.

¹⁴⁷ Cordón Moreno, Faustino. *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. Editorial Aranzadi, Navarra 2002, pp. 109 y ss.

¹⁴⁸ STC 32/1994 de 31 enero (RTC 1994, 32), así en: Cordón Moreno, Faustino. *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. Editorial Aranzadi, Navarra 2002, pp. 114.

En esta misma línea, la imparcialidad judicial, avala una contienda transparente e igualitaria, siendo su finalidad tutelar la efectividad del derecho a un procedimiento que incluya en su totalidad las garantías¹⁴⁹, en ese entender, y a decir del profesor San Martín Castro, una imparcialidad real debe tener completa vigencia del brocardo *iuxta allegata et probata*, que sería aquel donde el juzgador no realiza actos de investigación sobre hechos ni practica pruebas no ofrecidas por las partes¹⁵⁰, se entiende entonces que la tarea del juez debería ser únicamente la de fallar, caso contrario se estaría de manera inconsciente ante la contaminación y por tanto la pérdida de imparcialidad del juez.

Respecto del concepto de verdad, acudimos a J. Maier, quien dice que, es la relación de concordancia entre el pensamiento y el objeto pensado¹⁵¹. La verdad es un vocablo que proviene del latín *veritas* y, como tal, es una expresión abstracta que la persona usa para afirmar algo, es decir, la afirmación de la certeza¹⁵². Desde el punto de vista del Derecho Procesal Penal, señala el autor, que el proceso tiene como finalidad averiguar la verdad respecto de una hipótesis histórica ya sea positiva o negativa -constituyentes del objeto de procedimiento- por ello afirma que constituye un método de investigación debidamente normado. El autor, nos hace una diferencia entre la búsqueda de la verdad en el derecho civil y en el derecho penal, dice: a la contraposición, **verdad real o verdad formal**, no se llegó a una discordancia respecto de lo que significa la verdad, sino, por oposición entre formas procesales jurídicamente diferentes con principios también diferentes. Lo que pasa es que en materia civil, el procedimiento de averiguación de la verdad aparece de varias formas sujeta o condicionada, en relación a la normatividad prevista para el proceso penal. En líneas generales, el magistrado que decide un caso civil donde el principio a considerar preponderantemente es el de la autonomía de la voluntad,

¹⁴⁹ Pico I Junoy, Juan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 133.

¹⁵⁰ Sánchez Córdova, Juan, citando a San Martín Castro, *Problemas de aplicación del Código Procesal Penal de 2004*, Gaceta Penal y Procesal Penal, Gaceta Jurídica, 1ra Edición, Lima 2011, pp. 167 y ss

¹⁵¹ Maier, B.J. Julio. *El Derecho Penal Contemporáneo*. Palestra Editores, 1ra Edición, Instituto de Ciencias Penales, Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo 2008, p. 507.

¹⁵² Mamani Machaca, Víctor Roberto. *EL Juzgamiento en el modelo acusatorio adversarial*, Editorial Grijley, Lima 2015, p. 188.

representa el rol de un árbitro imparcial y éste carece de facultades de instrucción, es decir de carácter inquisitivo; por tal razón, no apela con interés a la averiguación de la verdad, así, para proteger su imparcialidad ante los intereses de las partes (privadas) y como cuestión propia de los intereses en disputa (disponible conforme el principio de la autonomía de la voluntad particular, citado). Por su parte, el juzgador penal escudriña, para averiguar la verdad, por mutuo propio, en la ley, tanto en oportunidades como en poderes que le impone, esta regla se funda, justamente, en la naturaleza pública de la pena estatal. Asimismo, la intervención de las partes para establecer el objeto de la investigación en los procesos civiles, es por mucho distinta a la que tienen esas partes en el proceso penal, en cuanto al tribunal penal: según se trate de uno o de otro litigio, respectivamente, el juzgador no tendrá la aptitud para determinar el objeto de la investigación y se encontrará en una posición de absoluta vinculación con las afirmaciones de las partes, o, por otro lado, estará facultado para intervenir en la fijación de la hipótesis que es el objeto de averiguación¹⁵³.

Finalmente, citando a Roxin¹⁵⁴, el proceso penal, logra su objetivo, aunque no se arribe necesariamente a conocer la verdad (no se logre la certeza, respecto de la imputación realizada) a pesar de conocerse dicha situación. Desde una perspectiva social, es concebida como un instrumento que permite llegar a la paz jurídica, se la identifica también como un instrumento para conseguir una respuesta que solucione el conflicto social tipificado penalmente, como un medio para que mediante una decisión fundamentada y dotada de autoridad ponga punto final a ese conflicto social (método de control social). Desde la perspectiva en estricto jurídico, el procedimiento penal es el medio impuesto por la ley para la realización del Derecho Penal Sustantivo y, en consecuencia, logra su cometido a través de la decisión que realiza la ley. En todo caso, el fallo penal puede no ser el correcto,

¹⁵³ Maier, B.J. Julio. *El Derecho Penal Contemporáneo*. Palestra Editores, 1ra Edición, Instituto de Ciencias Penales, Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo 2008, p. 514-515.

¹⁵⁴ Cfr. Roxin, Claus, *Strafverfahrensrecht*, II, pp. 2 y ss. Abordado en Maier, B.J. Julio. *El Derecho Penal Contemporáneo*. Palestra Editores, 1ra Edición, Instituto de Ciencias Penales, Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo 2008, p. 517.

visto desde un ángulo allegado con la búsqueda de la verdad, es más saberse esta situación, y, no obstante, lograrse el fin social y jurídico del proceso judicial, al punto de determinar que el fallo es completamente válido, incluso desde una perspectiva jurídica.

Gran parte de la doctrina sostiene que, no es posible lograr la verdad real al precio que fuera necesario. Se dice que la licitud en el descubrimiento de la verdad no necesariamente es real o efectiva. Únicamente aquello que pueda ser semejante con la defensa de lo que es el elemento central de los derechos humanos fundamentales por tanto resultan presupuestos ineludibles de la Constitución derechos como la libertad, la dignidad, la intimidad, etc.,¹⁵⁵ siendo la persona humana esencialmente libre, como fundamento de la vida en paz dentro de una democracia¹⁵⁶.

La doctrina y la legislación que aprueban y defienden la prueba de oficio –en la mayoría de casos- sostiene como principal fundamento y/o argumento, que el proceso penal debe alcanzar la verdad real y, con ello, la justicia. El ejercicio de ésta potestad, se dice, no vulneraría el principio acusatorio, ni los derechos al juez imparcial y a la defensa de las partes. El profesor Talavera Elguera¹⁵⁷, sostiene que la prueba de oficio constituye una excepción con debida justificación al principio de aportación de parte, ya que va en la línea de descubrir la verdad como fin esencial del proceso, de ahí que se encuentra normado por el artículo 385.2, y que, en momentos la persecución de la búsqueda de la verdad pueda exigir al magistrado participar y completar la actividad probatoria con la participación de ciertos medios probatorios incoados de oficio.

¹⁵⁵ Dicho de una jurisdicción: que no se puede declinar, en página de la Real Academia de la Lengua Española: <http://dle.rae.es/?id=LM6YReG>

¹⁵⁶ Ruiz Vadillo, Enrique. *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Editorial Comares, Granada 1995, p. 50 y ss.

¹⁵⁷ Talavera Elguera, Pablo, *La prueba en el nuevo Proceso Penal*, Academia de la Magistratura, Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ, 1ra Edición, Lima 2009, pp 51 ss.

4.1.8.2.- La imparcialidad y el principio acusatorio.

Vamos a empezar con lo dispuesto por nuestra Constitución Política del Perú en su artículo 138, que exige una justicia compatible con la normatividad o de conformidad con las leyes, por su parte el artículo 146 inciso 1, establece que las actividades jurisdiccionales están sometidos a la Constitución y a la Ley, lo anterior queda reforzado por lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 159°, según el cual, la función jurisdiccional esta revestida de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Finalmente debemos resaltar que la competencia de los tribunales y/o juzgados en única y exclusiva función jurisdiccional a excepción de la militar y la arbitral, tal como lo expresa la Carta Magna en su artículo 139 inciso 1¹⁵⁸.

El profesor español Cerdón Moreno, siguiendo al Tribunal Constitucional de su país, hace una distinción entre principio acusatorio y sistema acusatorio, así, sostiene que el principio acusatorio permite y garantiza el derecho de defensa del imputado, y que por su parte el sistema acusatorio debe ser entendido como el modelo de proceso penal, que entre sus características de mayor importancia es la división del proceso penal en dos fases, la de instrucción y la de juicio oral, cada uno de ellos a cargo de un órgano jurisdiccional distinto¹⁵⁹.

La imparcialidad es también, a decir de Jaén Vallejo, otra garantía esencial de la función jurisdiccional, especialmente ligada a la preservación del principio acusatorio¹⁶⁰.

Montero Aroca, nos dice sobre la calidad de imparcialidad que, en cualquier escenario donde el Derecho trabaje por la jurisdicción van a estar presentes siempre dos partes contrapuestas y enfrentadas entre sí, que por lo mismo son

¹⁵⁸ Rioja Bermúdez, Alexander. *Constitución Política del Perú y su jurisprudencia en nuestro Tribunal Constitucional*, Jurista Editores, Lima 2013, p.327.

¹⁵⁹ Cerdón Moreno Faustino, *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal* 2° Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, España 2002, p. 126.

¹⁶⁰ Jaén Vallejo, Manuel. *Tendencias actuales de la jurisprudencia penal española*. Editorial Grafica Horizonte, Lima 2001, p, 37

imparciales, éstas acuden a un tercero completamente imparcial quien es titular de la potestad jurisdiccional, es decir, el magistrado¹⁶¹”. El profesor Rosas Yataco¹⁶², abordando a Montero Aroca explica que el llamado proceso penal acusatorio constituye un verdadero proceso, esto en razón a un juez imparcial y dos partes enfrentadas entre con características parciales.

La imparcialidad del Tribunal viene a ser garantía primordial del debido proceso, efectivizada esencialmente en esa distancia normativamente determinada entre los magistrados y las partes¹⁶³.

Por su parte Alvarado Velloso, define la imparcialidad como una palabra que con significaciones diferentes a la ausencia de interés que usualmente se menciona en orden a definir la diaria labor del juez, entre los ejemplos que señala Rosas Yataco¹⁶⁴ y que considero relevante es la de: 1) prescindir de toda actividad o intromisión en la investigación de los hechos o en la formación de aquellos elementos que generen convicción, 2) la opinión del magistrado debe estar revestido de independencia, esto implica oídos sordos ante sugerencias de alguna de las partes de modo tal que puedan influenciarlo.

El autor hace un alcance interesante respecto de la comprensión del principio de imparcialidad y la importancia de ésta en la práctica, puesto que, al tratarse del nuevo modelo acusatorio garantista en el que muchas decisiones se resuelven

¹⁶¹ Montero Aroca, Juan. *Los principios del proceso penal, Una explicación basada en la razón*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1997, pp. 86-87.

¹⁶² Montero Aroca, Principios del Proceso Penal, pp29 y ss. Citado por Rojas Yataco, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Pacifico Editores, Volumen I, 1ra Edición, Lima 2013, pp. 118 y ss.

¹⁶³ Bacigalupo, Enrique. *El debido proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires 2005, pp. 93-94.

¹⁶⁴ Rosas Yataco, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Pacifico Editores, Volumen I, 1ra Edición, Lima 2013, pp. 120 y ss. Sobre el aporte de Adolfo Alvarado Velloso en: *Garantismo procesal versus prueba judicial oficiosa*, cit., pp. 252 y ss. en relación al principio de imparcialidad, entre los otros ejemplos señalados por el autor están: 3) ausencia de perjuicios de todo tipo, 4) no identificación con alguna ideología determinada, 5) completa enemistad frente a la posibilidad de dádiva o soborno, y a la influencia de la amistad, del odio, de un sentimiento caritativo, de haraganería, de los hechos de lucimiento personal, de figuración periodística, etcétera, 6) también es no involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso. 7) así como evitar de fallar según su propio conocimiento privado del asunto, y, 8) tampoco debe tener temor del que dirán ni al apartamiento fundado de los precedentes judiciales, etcétera.

teniendo en cuenta el debate oral entre fiscal y defensa, el juez debe respetarlo y hacerlo respetar. No debe inclinar la balanza a ninguno de los oponentes, se dan casos en los que la permisión normativa al juez en el ofrecimiento y actuación de la prueba de oficio produce un exceso que causa nulidad absoluta. Del mismo modo, cuando se le permite al juez que intervenga excepcionalmente en las preguntas a las partes en el interrogatorio o contra examen. Se vulneran así la imparcialidad y se inclina la balanza a una de las partes en perjuicio de la otra¹⁶⁵.

Para el profesor peruano Missiego Del Solar¹⁶⁶, es imposible concebir un proceso donde la imparcialidad no sea la premisa exigida al juez, asimismo, dice que en un procedimiento donde se coloca la presunción de culpabilidad por encima de la presunción de inocencia y donde el mismo magistrado al margen de las partes - aunque excepcionalmente como establece el Código- se avoca a buscar pruebas, es decir un procedimiento con influencia inquisitiva, se habla de las pruebas de cargo, entonces, dice el autor, hasta qué punto se puede hablar de imparcialidad. Entonces, el imputado, no solo va a tener al fiscal en la función de recolección de pruebas en su contra, sino además a un juez que al final del camino finalmente decidirá su suerte.

¹⁶⁵ Rosas Yataco, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Pacifico Editores, Volumen I, 1ra Edición, Lima 2013, p. 121.

¹⁶⁶ Missiego Del Solar, Joaquín, *Derecho procesal – Garantista y Constitucional*, Fondo Editorial Remington, Medellín – Colombia 2013, pp. 273 – 274.

CAPÍTULO II

LA PRUEBA DE OFICIO EN EL DERECHO COMPARADO.

La prueba de oficio ha sido objeto de crítica en la doctrina, con posiciones a favor y en contra a nivel intelectual como también legislativo. Se tiene así posiciones como las del connotado profesor Talavera Elguera, quien, refiere lo contradictorio que resulta, por un lado, proclamar en el proceso civil, la actuación del juez en la prueba y, por el otro, diseñar la figura de un juez inactivo por completo amparado en la imparcialidad, y que ello conlleva a una situación paradójica, advertida por Taruffo¹⁶⁷ indicando que el proceso civil se halla orientado a la búsqueda de la verdad, en tanto el procedimiento penal se muestra como uno que garantiza únicamente la defensa del acusado y a verificar si las pruebas obtenidas llegan o no a ser suficientes para superar la presunción de inocencia.

1.- La prueba de oficio y los sistemas procesales penales.

1.1.- Sistema Inquisitivo.

El profesor Vásquez Rossi, respecto de la inquisición, señala lo siguiente “[...] se dirigía fundamentalmente a la averiguación sobre la personalidad y conducta de quienes infringían los preceptos y al castigo de la desobediencia [...]”. Entonces, el basamento del proceso Inquisitivo está en una idea maniquea: el bien, los valores, son pertenecientes al Estado y en los individuos que han infringido, sea cual fuera, las disposiciones de convivencia en paz, está el mal¹⁶⁸. Por lo tanto, el pilar en el cual se funda este Sistema es el derecho penal de autor más no de acto, ya que por intermedio de éste sistema, lo que se buscaba esencialmente era la purgación de

¹⁶⁷ Talavera Elguera, Pablo, siguiendo a Taruffo en, *La prueba en el nuevo Proceso Penal*, Academia de la Magistratura, Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ, 1ra Edición, Lima 2009, p 52.

¹⁶⁸ Vásquez Rossi, Jorge E. “Derecho Procesal Penal” Tomo I, p. 203 y 204

las culpas, no iban necesariamente detrás de un delito, sino se buscaba incesantemente a un pecador en estricto¹⁶⁹.

Dentro de los sistemas procesales tenemos el Sistema Inquisitivo. En este sistema se caracteriza porque se conjugan en el juez, la función de investigar y la función de juzgar.

Armenta Deu sostiene que, el sistema inquisitivo aboca al juez la función de acusador, atribución justificable desde la perspectiva de tutelar un interés en la persecución de índole pública y acorde con la progresiva transición de la concepción del derecho de penar de privado a público. Asimismo, la autora resalta la pérdida de la imparcialidad en un sistema inquisitivo, en el sentido que el órgano judicial reunió en un único sujeto dos facetas sólo conjugables al precio de la pérdida absoluta de la imparcialidad como característica esencial de la función jurisdiccional¹⁷⁰. En esta misma línea, el profesor San Martín Castro, refiere que este proceso constituye el predominio absoluto del juez, que es al mismo tiempo acusador, contra un acusado colocado en situación de desigualdad¹⁷¹.

El sistema inquisitivo busca transmitir un mensaje, el objetivo es condenar, por ello, hay una reducción drástica o la pérdida de garantías, pues el fin del proceso no es conocer la verdad, sino el uso simbólico de la sanción. Este modelo es compatible con usos autoritarios del derecho penal¹⁷².

¹⁶⁹ Ordoñez Gómez, María Helena, Cano Murillo Diego Mauricio, *La resistencia del Sistema Penal Inquisitivo Perspectiva Histórico-Jurídica*. Bogotá 2003, p. 74, se encuentra en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS36.pdf>

¹⁷⁰ Armenta Deu, Teresa. Principio acusatorio y Derecho Penal. J.M. Bosch Editor, Zaragoza 1995. P. 56 – 57.

¹⁷¹ San Martín Castro, Cesar, *Derecho Procesal Penal*, Grijley Editores, Lima 2014, p. 38.

¹⁷² Otra muestra del uso simbólico del derecho penal es el derecho penal de autor. Así, podemos remitirnos a ejemplos históricos como la Ley española de vagos y maleantes, de 4 de agosto de 1933, referente al tratamiento de vagabundos, nómadas, proxenetas y cualquier otro elemento considerado antisocial y que posteriormente fue modificada para reprimir también a los homosexuales. También conocida como la Gandula, la ley fue aprobada por el consenso de todos los grupos políticos de seguridad república para el control de mendigos, rufianes sin oficio conocido y proxenetas. Por ser una ley que no sancionaba delitos sino que intentaba evitar la comisión futura de los mismos no incluía penas, sino medidas de alejamiento, control y retención de los individuos supuestamente peligrosos hasta que se determinara que se había acabado su peligrosidad.

Es necesario remarcar que en el sistema inquisitivo o, como lo afirma Peña Cabrera, en un modelo procesal inquisitorial, era el imputado quien tenía que demostrar con actos de prueba su inocencia, es decir, en este modelo el inculcado ingresaba al procedimiento bajo la presunción de culpabilidad, hecho que cambia a partir de la nueva ideología filosófico-humanista que penetra en las políticas penales a partir de fines del siglo XVIII, al ser el imputado, considerado un verdadero sujeto de derechos en el Proceso Penal, quien adquiere esta simbolización garantista, materializada en la **Presunción de inocencia**¹⁷³.

Por otro lado respecto del derecho de defensa, en éste sistema se caracterizaba por ser de plena indefensión por parte del imputado ya que destacaba el poder absoluto de los órganos estatales que asumían la jurisdicción penal, entonces éste sistema tenía su basamento en la concentración del poder sancionador y persecutor de una sola persona, las causas penales se iniciaban de oficio, esto es, el ofendido de los crímenes era el soberano, quien a través de los jueces y tribunales impartía justicia en el ámbito criminal, por lo tanto el juez (inquisidor) asumía una función dual e incompatible entre sí; la de acusar y juzgar a la vez, en tal virtud, la imparcialidad era improbable en la mente del juzgador.

Peña Cabrera¹⁷⁴, respecto de la búsqueda de la verdad, presente en el modelo inquisitivo, dice: resulta familiar la frase de que el proceso penal ha de alcanzar la verdad de los hechos que se enjuician, como meta cognoscitiva que encierra intenciones en puridad epistemológicas, desprovistas de una verdadera aproximación, a lo que conocemos como la realidad fáctica. Así, refiere que la cultura inquisitiva, bajo el cuento que el proceso penal habría de arribar a la verdad

Quedando así establecida podía ser utilizada arbitrariamente para la represión de las personas sin recursos. Tomado de: <http://lawcenter.es/w/file/view/725/un-poco-de-historia-la-ley-de-vagos-y-maleantes-de-1933-en-adelante>

¹⁷³ Peña Cabrera Freyre Alonso R, Derecho Procesal Penal, Sistema Acusatorio Teoría del caso y técnicas del litigación oral, Tomo I, Editorial Rodhas, 1ra Edición, Lima 2011. P 56-57

¹⁷⁴ Peña Cabrera Freyre, Alonso, *Derecho Procesal Penal, Sistema Acusatorio, Teoría del Caso y Técnicas de Litigación Oral*, Tomo II, Editorial Rodhas, Lima 2014, pp. 157 - 158.

material, como si dicho procedimiento haya de ser concebido como una reconstrucción cabal de los hechos, de recoger pieza por pieza, lo sucedido y así, armar el acertijo de forma perfecta.

1.1.1.- El sistema inquisitivo y la búsqueda de la verdad.

Una breve relación de hechos históricos otorgados por juristas permitirá ubicar el nacimiento de la búsqueda de la verdad en un sistema inquisitivo y por ende catalogarlo como uno de los fines del referido sistema.

Se tiene así, al profesor argentino Alvarado Velloso¹⁷⁵, quien cita el año 1000 después de Cristo, donde las sociedades europeas buscaban erradicar las recurrentes herejías que por esa época abundaban, Se forma así el **Concilio de Letrán**, donde la Iglesia Católica, pretendía una mejor comprensión de las enseñanzas de Jesús, las herejías basadas en impugnar el dogma católico, iban acompañadas en ese entonces, de otras cosas como negar algunas instituciones básicas de la religión, como el matrimonio, la autoridad papal, etc. La reacción de la Iglesia y algunos reyes fue severa, naciendo así en el Concilio de Verona la llamada **Inquisición Episcopal**, bajo el decreto *Ad Abolendum*, donde los obispos hacían inspecciones anuales de los pueblos donde se presentaban herejías, recababan informes y llegado el caso, juzgaban por si mismos a los sospechosos. La intención inicial era santa, por catalogarlo de una manera, pues el fin era buscar el arrepentimiento a través de la confesión y evitar se cometan nuevos pecados. Entonces, esta inquisición presenta tres características claras: búsqueda de pecadores, investigación de sus pecados y lograr la confesión.

Este mismo autor señala que los intereses materiales que invadieron la Iglesia, alejados de toda espiritualidad inicial, terminaron por convertir -con injerencia de los

¹⁷⁵ Alvarado Velloso, Adolfo, *Sistema Procesal, garantía de la libertad*, Rubinzal – Tomo I, Culzoni Editores, Buenos Aires 2009, pp. 93.

gobiernos seculares- en ilícitas algunas actividades que hasta ese momento eran solo pecados, nace así, a través del **Concilio de Letrán** de 1215 la tristemente recordada **Inquisición Papal**, que para efectos del Derecho Penal contiene gran importancia, la misión inquisitorial fue otorgada a dos órdenes religiosas, la Orden Dominica y la Orden de los Franciscanos, a quienes se les instruyó la tarea de búsqueda, investigación y castigo de los nuevos delitos eclesiales, los fines seguían siendo los mismos, confesión y arrepentimiento, solo que se agregó un medio o un método que era la tortura, la consigna era, ayudar al alma a sacar el pecado de su interior, y la sanción por el delito de herejía estaba acumulada con la condena de expropiación absoluta de los bienes del condenado –ya se tiene así un proceso de naturaleza penal- de esta forma, al ser este proceso llevado a cabo por la organización conocida como la Inquisición, pasó a la historia como **sistema inquisitorio**, y consistía en que el propio pretendiente o acusador de alguien, le imputaba la comisión de un delito a un resistente o ese alguien que cometía el delito. Esa simple imputación, la hacía ante el mismo como encargado de juzgarla oportunamente y quien acusaba tendría que ser quien probaba su afirmación, es decir la acusación. Este proceso no podía hacerse en público y entre sus características, detalla el autor, principales y propias del método, se tiene: el juicio se hacía por escrito y absoluto secreto; el juez era la misma persona que el acusador, bien porque a él se le ocurría o porque admitía una denuncia nominada o anónima; como quien acusaba juzgaba, se buscaba incansablemente la prueba de sus afirmaciones; comenzó entonces la **búsqueda de la verdad** real; para instrumentalizar la búsqueda de la verdad, se reguló la tortura¹⁷⁶. Para el profesor colombiano Parra Quijano, una clara manifestación de la metodología inquisitiva es cuando existe una confianza tendencialmente ilimitada en la bondad del poder y en su capacidad de lograr la verdad y que por lo tanto cuando se tiene ese poder, la prueba tiende a ser un monologo y afirmación, en vez de ser una forma de documento de trabajo que se somete a la discusión de los sujetos procesales y que finalmente la prueba merece su nombre cuando es producto de un dialogo frente a

¹⁷⁶ Alvarado Velloso, Adolfo, *Sistema Procesal, garantía de la libertad*, Rubinzal – Tomo I, Culzoni Editores, Buenos Aires 2009, pp. 93 ss.

un imparcial, entonces cuando es manifestación de poder es inquisitivo y cuando es producto como cualquier investigación empírica, la prueba se muestra en su esencia¹⁷⁷.

El Código de Procedimientos Penales en nuestro país, que actualmente sigue rigiendo y que se encuentra en liquidación a nivel nacional, se aprueba por ley N° 9024, de fecha 23 de noviembre de 1939, por el Presidente Oscar R. Benavides, consta de cuatro Libros que tratan sobre disposiciones generales, la instrucción, el Juicio y los Procedimientos Especiales, querellas y faltas. Se afirma que esta norma sería de corte inquisitorial, aunque se matiza estas afirmaciones señalando que con la presencia de un Ministerio Público se trata de un modelo mixto¹⁷⁸.

Con la irrupción de la Constitución de 1979, el diseño original del proceso ordinario quedó desfigurado, debido a la necesaria adaptación de la labor del fiscal en el iter del proceso. Así, la instrucción queda bajo la dirección del juez, quien puede reunir elementos de convicción para que el fiscal presente una acusación y se lleve a cabo el juzgamiento que es oral público y contradictorio, hasta llegar a una sentencia. Es decir, es el juez quien recaba toda la información al fiscal provincial, quien solo tiene una labor de impulso de la instrucción. El juzgamiento se realiza con una acusación fiscal controlada en una limitada etapa intermedia y generalmente por escrito, se dicta sentencia, que puede ser impugnada vía recurso de nulidad que debe conocer la Corte Suprema.

1.2.- Sistema Acusatorio.

Una característica importante que destaca el profesor San Martín Castro al describir este sistema es que rige el brocardio *iuxta allegata et probata*, esto implica que el

¹⁷⁷ Parra Quijano, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá 2013, p. 18.

¹⁷⁸ Arbulú Martínez Víctor Jimmy. *Derecho Procesal Penal, Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*. Tomo I. Gaceta Jurídica, 1° edición 2015. P. 29.

juez no realiza actos de investigación sobre los hechos ni practica pruebas que no sean ofrecidas por las partes en el proceso.

Para Alvarado Velloso, el sistema inquisitivo es un método doble en el cual dos partes totalmente desiguales contienden pacíficamente en igualdad jurídica afianzada por un tercero que actúa al efecto en carácter de autoridad, dirige y regula el debate para llegar finalmente a una decisión de la pretensión que se discute¹⁷⁹.

1.3.- Sistema mixto.

Con un diseño procesal penal francés, el Perú a través del Código de Procedimientos Penales promulgado en 1940, instauró un sistema procesal penal mixto disponiendo el proceso penal ordinario, que comprendía dos etapas, que de manera breve se resume a continuación:

La primera de ellas denominada **instrucción**, contenía algunas características del sistema inquisitivo, como las de ser escrita y reservada¹⁸⁰ y restricciones al derecho de defensa¹⁸¹, al término de la instrucción el fiscal emitía un dictamen y el juez elevaba, mediante informe, los autos a la Sala Penal Superior, ambos (dictamen e informe) con plazos establecidos. Finalmente, una vez los autos en la Sala Superior, estos eran remitidos al Fiscal Superior quien determinaba si formulaba o no acusación.

¹⁷⁹ Alvarado Velloso, Adolfo, *Sistema Procesal, garantía de la libertad*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires 2009, p. 157

¹⁸⁰ Código de Procedimientos Penales, De la Instrucción, Principio de la Instrucción.

Artículo 73.- La Instrucción tiene carácter reservado. El defensor puede enterarse en el Despacho del Juez de las actuaciones a las que no haya asistido el inculcado, bastando para ello que lo solicite verbalmente en las horas útiles del despacho judicial. Sin embargo, el juez puede ordenar que una actuación se mantenga en reserva por un tiempo determinado cuando juzgue que su conocimiento puede entorpecer o dificultar en alguna forma el éxito de la investigación que lleva a cabo. En todo caso cesa la reserva cuando se ponga la instrucción a disposición del defensor durante tres días en el juzgado para que se informe de toda la instrucción, haya concurrido o no a las diligencias.

¹⁸¹ En virtud de la previsión antes citada, los jueces negaban el acceso a copias del expediente a las partes a fin de llevar un legajo personal de las piezas del proceso.

La segunda etapa denominada de **juzgamiento**, contenía características del sistema acusatorio, bajo los principios de oralidad, publicidad, intermediación y contradicción.

Las cuestiones históricas que han ido sucediendo en la vida útil del Código de Procedimientos Penales de 1940, han traído a decir de Cuba Villanueva¹⁸², el fracaso del sistema procesal penal mixto, las razones que indica el autor, son las de ser un país pluricultural, multiétnico, multilingüe, la diversidad geográfica impedía por ejemplo en situaciones de impugnación de alguna resolución una adecuada administración de justicia toda vez que se tenía que concurrir hasta la capital del distrito judicial, lo mismo sucedía con la etapa de juzgamiento. Respecto de lo anterior, continúa el autor, so pretexto de acabar con la morosidad, corrupción y la impunidad y con el fin de acelerar los procesos, en 1969 se dictó el decreto ley 17110 para incorporar el proceso penal sumario, que como ya se mencionó anteriormente, fue parcialmente la solución hasta el año 1981, para éste año ya estaba vigente la Constitución Política de 1979, por lo tanto se tenía que adaptar las normas procesales a la normatividad constitucional. El mismo autor refiere que lo que correspondía era derogar el Decreto Ley 17110, sin embargo lo que se hizo fue promulgar el Decreto Legislativo 124, que mantenía la estructura establecida para el proceso sumario, además aumentaba el catálogo de delitos hasta el 50% de tipos penales. Posterior a ello se promulgo la Ley N° 26147 para adecuar los tipos penales al Código de 1991, y luego, cuando mediante la Ley N° 26689 de 1996, se aumenta el catálogo de delitos hasta el 90%, norma que se mantiene vigente hasta nuestros días.

Con las ya conocidas características tanto en el sistema inquisitivo y acusatorio, para Alvarado Velloso, hay posturas que procuran conjugar aspectos de lo inquisitivo con lo acusatorio, una suerte de convivencia, dice el autor, es habitual escuchar el comentario de autores que indiquen que es preferentemente dispositivo

¹⁸² Cuba Villanueva, Víctor, *El Nuevo Código Procesal ¿Revolución Penal?*, 1° Edición, Ali Arte Gráfico Publicaciones, PUCP, Lima 2004, pp. 13 – 17.

con algunas patrones inquisitivos o, por antípoda, que es esencialmente inquisitivo, con algunos rasgos dispositivos y que de todo ello surgen los **centristas** que están embarcados en la tarea de lograr un equilibrio entre las posiciones antagónicas. Este autor resalta que esa idea se ha impregnado en el pensamiento de los procesalistas, a través de la noción de equilibrio, de un medio adecuado o correcto entre dos opuestos, se ha convertido en una especie de fundamento que hoy adoptan –dice el autor- la mayoría de ordenamientos del continente¹⁸³.

El mismo profesor argentino Alvarado Velloso, refiere que de una lectura de la exposición de motivos de la mayoría de los códigos procesales, se señala que éstos mantienen pautas del dispositivo como del inquisitivo, con lo que nace el sistema **mixto**, sin embargo, indica el autor, las afirmaciones de la doctrina no son exactas, pues tanto **disposición como inquisición**, son enfoques que generan sistemas de procesamiento incompatibles en su esencia y que por ello no resulta posible plasmar racionalmente el sistema mixto. Sin embargo, para el connotado profesor nacional San Martín Castro, el sistema mixto contiene dos características esenciales –la misma que rompe el sistema inquisitivo- que son por un lado, la persecución judicial de los delitos no es un derecho de los particulares y, por otro lado, el juez no puede ser al mismo tiempo acusador¹⁸⁴.

1.4.- Sistema en el Perú.

1.4.1.- ¿Acusatorio puro?

El sistema acusatorio puro, adquiere el rótulo de puro, en atención a que, ha sido el primer sistema que se reconoce ha aparecido en la historia, por tanto, no habría

¹⁸³ Alvarado Velloso, Adolfo, *Sistema Procesal, garantía de la libertad*, Rubinzal – Tomo I, Culzoni Editores, Buenos Aires 2009, pp. 191 ss.

¹⁸⁴ San Martín Castro, Cesar, *Derecho Procesal Penal*, Grijley Editores, Lima 2014, p. 39.

recibido ningún tipo de influencia de otro sistema dentro de sus principios o de su propia estructura, tanto en su concepción como su forma procesal¹⁸⁵.

Históricamente, se podría decir que este sistema tiene sus inicios en los tiempos y lugares donde se fundan los caracteres de la democracia, (Grecia, Roma, sociedades germánicas), por ello y por regla general, los sistemas de enjuiciamiento acusatorios nacen en sociedades democráticas, así, el Jurista Vásquez Rossi, sostiene que es advertible que el sistema acusatorio surge en organizaciones políticas que han superado –o no llegaron- a regímenes de concentración de poder¹⁸⁶. En aquel entonces, Atenas tenía en su forma de proceso, características claras, es decir era oral, público, vigencia de la inmediación, concentración y continuidad, sumado a ellos se tenía también la separación de funciones, pues había, un acusado, un acusador y un tribunal que decidía. Similar situación sucedió en Roma, al pasar a la época republicana asume las formas democráticas que originan en el proceso penal, las formas acusatorias, así, a decir de Claria Olmedo, en Roma, el juicio tenía lugar de manera oral y pública, ante un tribunal presidido por el pretor, quien solo intervenía para los efectos de la conducción del debate entre acusador y acusado, sin influencias sobre la decisión¹⁸⁷.

1.4.2.- ¿Acusatorio adversarial?

Para el profesor Mixán Más, preceptos como el regulado en el inciso 3 del artículo 155 del Código Procesal Penal de 2004, que a su vez es la base de las permisiones

¹⁸⁵ Pérez Arroyo, Miguel, siguiendo a Vásquez Rossi, Jorge Eduardo, en *Derecho Procesal Penal, Política Criminal y sistema de enjuiciamiento penal en la reforma procesal penal peruana de 2004*, Gaceta Penal, Gaceta Jurídica, Tomo 10, Lima 2010, p. 238.

¹⁸⁶ Pérez Arroyo, Miguel, siguiendo a Vásquez Rossi, Jorge Eduardo, en *Derecho Procesal Penal, Política Criminal y sistema de enjuiciamiento penal en la reforma procesal penal peruana de 2004*, Gaceta Penal, Gaceta Jurídica, Tomo 10, Lima 2010, pp. 238 ss.

¹⁸⁷ Pérez Arroyo, Miguel, siguiendo a Vásquez Rossi, Jorge Eduardo, en *Derecho Procesal Penal, Política Criminal y sistema de enjuiciamiento penal en la reforma procesal penal peruana de 2004*, Gaceta Penal, Gaceta Jurídica, Tomo 10, Lima 2010, p. 239.

previstas para la dación de la prueba oficiosa establecida en el artículo 385 inciso 2, aunque tengan el carácter de excepcional, determinan que el modelo procesal regulado por el Código en mención no sea adversarial, sino solamente de tendencia adversarial¹⁸⁸.

Cierta parte de la doctrina sostiene que el modelo adoptado en el Perú es acusatorio garantista con ciertos rasgos adversariales. Lo adversarial trae consigo una separación de responsabilidades entre quien decide y entre las partes; la decisión fáctica como normativa son de un tercero ajeno con características de imparcialidad. Esto quiere decir que la obligación de investigar lo sucedido, de demostrar con pruebas los hechos y establecer la tesis pertinente es de las partes. Sin embargo, para evitar los excesos de las partes, está el Juez, y, por lo tanto, no se puede hablar de un sistema adversativo puro, sino de un sistema con tendencia a lo adversarial. Se sostiene que el modelo adoptado en el Perú no es acusatorio adversarial, en razón que en gran parte del procedimiento penal no hay partes contrapuestas, sino, solo en las audiencia preliminares y en la etapa de juzgamiento, donde se constata la presencia de las referidas partes, ya que en la investigación preliminar y preparatoria no sucede lo mismo, siendo estas las que contienen la etapa procesal de mayor duración, teniendo al Fiscal y al abogado como partes, siendo el primero el dueño del procedimiento penal a través de la investigación y el segundo como defensor cumple la función de un colaborador. Ejemplificando: si el abogado de la defensa considera pertinente la declaración de testigos de descargo, debe dirigirse al fiscal a cargo solicitando se les cite y se reciba la declaración presentada. El fiscal, ante lo solicitado evaluará si el pedido es pertinente, conducente y útil, en esa línea podrá aceptar o rechazar la solicitud. De ser rechazada, el abogado solicitará al juez de investigación preparatoria se realice un nuevo examen de la decisión fiscal, así, el magistrado -entre sus opciones-, puede confirmar la decisión del fiscal, dejando al defensor, de darse el

¹⁸⁸ Mixan Máss, Florencio, *Cuestiones epistemológicas y Teoría de la Investigación y de la prueba*, Ediciones BGL, Trujillo 2005, pp. 259 ss.

caso, sin sus testigos de descargo¹⁸⁹. Siguiendo con éste lineamiento, solo se tendría rasgos adversariales, en las audiencias preliminares y en el juicio oral.

1.4.3.- ¿Adversarial?

Para Peña Cabrera¹⁹⁰, un modelo procesal penal es adversarial, cuando el órgano jurisdiccional que haya de dirimir la causa, actúa como un verdadero ente imparcial, en la medida que aquel no se encuentra comprometido ni con la persecución penal del delito ni tampoco con la defensa, ha de desarrollar un papel neutral, quedando impedido de corregir los defectos que pueda presentar la acusación. Rasgo adversarial que no puede confundirse con el fiel apego al principio de legalidad material del órgano judicante en el sentido de que el proceso penal, versa sobre una conducta presuntamente constitutiva de un juicio penal, resultando que el juez debe asegurarse que la sentencia de condena haya de recaer sobre un hecho que revista dichas cualidades, pues si falta alguno de ellos, no le quedará otro camino que absolver al imputado, muy a pesar, de que la defensa no haya petitionado y/o argumentado la no presencia de algún elemento de tipicidad, antijuricidad, punibilidad. Tales facultades reposan en las exigencias mismas de un Estado Constitucional de Derecho, donde la pena y/o medida de seguridad, son sanciones que solo pueden recaer sobre conductas merecedoras de dicha reacción jurídica, donde la judicatura debe cautelar que el poder penal se concrete en los casos ya mencionados, ya que en el ámbito penal se resguardan intereses de mayor raigambre constitucional.

2.- Legislación comparada sobre la prueba de oficio en el Sistema Acusatorio.

¹⁸⁹ Villegas Paiva, Elky, *Constitución y proceso penal: una visión constitucional para entender el sistema procesal adoptado por la reforma procesal penal peruana*, Gaceta Penal, Tomo 72, Lima 2015, pp. 270-281.

¹⁹⁰ Peña Cabrera Freyre, Alonso, *Derecho Procesal Penal, Sistema Acusatorio, Teoría del Caso y Técnicas de Litigación Oral*, Tomo II, Editorial Rodhas, Lima 2014, p. 158.

En la legislación comparada, asegura Talavera Elguera, la tendencia no es a configurar modelos acusatorios puros, el autor citando legislaciones europeas, señala, entre otros, al Código de Procedimiento Penal Italiano y la Ordenanza Procesal Penal alemana, que facultan al juez a introducir prueba de oficio, mientras que en el ámbito anglo norteamericano, la regla N° 614 de las Reglas Federales de Evidencia de los Estados Unidos y la regla 43 D, de las Reglas de Evidencias de Puerto Rico, facultan al juez a llamar a testigos y peritos, así como a interrogarlos¹⁹¹.

2.1.- Legislación que acoge la prueba de oficio.

2.1.1.- Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica.

Redactado por Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Alfredo Vélez Marizconde entre otros, tiene entre sus fuentes a la Declaración Americana de Derechos del hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, entre otras.

Los artículos pertinentes a la prueba de oficio son:

Artículo 147. Objetividad, investigación judicial autónoma.

Salvo que la ley penal disponga lo contrario, el ministerio público y los tribunales tienen el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos y de cumplir estrictamente con los preceptos de los arts. 232, 250 y 272, párr. I.

Durante el juicio, los tribunales sólo podrán proceder de oficio a la incorporación de prueba no ofrecida por los intervinientes en las oportunidades y bajo las condiciones que fijan los arts. 285, 289, 316, 317 y 320.

¹⁹¹ Talavera Elguera, Pablo, siguiendo a Taruffo en, *La prueba en el nuevo Proceso Penal*, Academia de la Magistratura, Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ, 1ra Edición, Lima 2009, p 52.

Artículo 285. Anticipo de prueba.

El presidente del tribunal podrá ordenar, de oficio o a pedido de alguno de los intervinientes, con noticia a todos ellos, una investigación suplementaria a fin de recibir declaración a los órganos de prueba que, por algún obstáculo difícil de superar, se presume que no podrán concurrir al debate, adelantar las operaciones periciales necesarias para informar en él, o llevar a cabo los actos probatorios que fuera dificultoso cumplir en la audiencia o que no admitieren dilación.

A tal efecto, el tribunal designará a uno de sus vocales, quien presidirá la instrucción ordenada. Los actos se cumplirán en la forma prevista en el art. 258, párr. II.

Artículo 289. Prueba de oficio.

En la decisión, el tribunal ordenará, de oficio, la recepción de prueba pertinente y útil que considere conveniente, siempre que su fuente resida en las actuaciones ya practicadas.

Artículo 316. Otros medios de prueba.

Los documentos serán leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen. El tribunal, excepcionalmente, con acuerdo de todos los intervinientes, podrá prescindir de la lectura íntegra de documentos o informes escritos, o de la reproducción total de una grabación, dando a conocer su contenido esencial u ordenando su lectura o reproducción parcial. Las cosas y otros elementos de convicción secuestrados serán exhibidos en el debate. Las grabaciones y elementos de prueba audiovisuales se reproducirán en la audiencia, según su forma de reproducción habitual.

Todos los elementos de convicción podrán ser presentados a los peritos y a los testigos durante sus declaraciones, quienes podrán ser invitados a reconocerlos o a informar sobre ellos lo que fuere pertinente.

Si para conocer los hechos fuere necesario una inspección o una reconstrucción, el tribunal podrá disponerlo, aun de oficio, y el presidente ordenará las medidas necesarias para llevar a cabo el acto. Si el acto se realizare fuera del lugar de la audiencia, el presidente deberá informar sumariamente sobre las diligencias realizadas.

Artículo 317. Nuevas pruebas.

El tribunal podrá ordenar, aun de oficio, la recepción de nuevos medios de prueba, si en el curso del debate resultaren indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad.

También podrá citar a los peritos si sus dictámenes resultaren insuficientes; las operaciones periciales necesarias se practicarán en la misma audiencia, cuando fuere posible.

Artículo 320. Reapertura del debate.

Si el tribunal estimare imprescindible, durante la deliberación, recibir nuevas pruebas o ampliar las incorporadas, conforme al art. 317, podrá disponer, a ese fin, la reapertura del debate. Resuelta la reapertura, se convocará a los intervinientes a la audiencia, ordenándose la citación urgente de los que deban declarar o la realización de los actos correspondientes. La discusión final quedará limitada al examen de los nuevos elementos.

2.1.2.- Código Procesal Penal de Costa Rica.

La Ley N° 7594, Código Procesal Penal de Costa Rica en su Título II, referido al Procedimiento Intermedio, Capítulo II, Examen de la Acusación y la Querrela establece la admisión de la prueba de oficio en el artículo 320°, bajo los siguientes términos:

Artículo 320. Admisión de prueba para el juicio

El Tribunal del procedimiento intermedio admitirá la prueba pertinente para la correcta solución del caso, y ordenará de oficio la que resulte esencial. Rechazará la que considere evidentemente abundante o innecesaria. De oficio podrá ordenar que se reciba prueba en el debate, solo cuando sea manifiesta la negligencia de alguna de las partes y su fuente resida en las actuaciones ya realizadas.

Contra lo resuelto solo procede recurso de revocatoria, sin perjuicio de reiterar la solicitud de recibo de prueba inadmitida, como prueba para mejor resolver, ante el tribunal de juicio¹⁹².

Asimismo, se tiene presencia de la prueba de oficio en el Título III, referido al Juicio Oral y Público, Capítulo II, Sustanciación del Juicio, artículo 355, de la siguiente manera:

Artículo 355. Prueba para mejor proveer

Excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevas que requieran su esclarecimiento¹⁹³.

2.1.3.- Código de Procedimientos Penales de Ecuador.

Con una normatividad procesal penal instaurada poco antes de la peruana, el R.O. 360-S, 13-01-2000, entro en vigencia el 13 de julio de 2001.

El capítulo IV referido a la Sustanciación Ante el Tribunal de Garantías Penales en su artículo 300, establece:

¹⁹² La Ley N° 7594, Código Procesal Penal de Costa Rica, disponible en la Web: http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=220086#LinkTarget_1542

¹⁹³ La Ley N° 7594, Código Procesal Penal de Costa Rica, disponible en la Web: http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=220086#LinkTarget_1542

Artículo 300. Ampliación de los testimonios.

Terminada la declaración, el perito o el testigo regresará al lugar en que se encontraba antes de salir a declarar, del que no podrá retirarse hasta que el presidente declare abierto el debate.

2.1.4.- Código Procesal Penal de Venezuela.

El Decreto N° 9.042, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango de Ley, establece en el Libro Tercero, Título II, De los Procedimientos para el Juzgamiento de los Delitos menos graves, en la parte referida al Principio de Oportunidad y Acuerdos Reparatorios, lo siguiente:

Artículo 358. Otros medios de prueba.

Los documentos serán leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen. El tribunal, excepcionalmente, con acuerdo de todas las partes, podrá prescindir de la lectura íntegra de documentos o informes escritos, o de la reproducción total de una grabación, dando a conocer su contenido esencial u ordenando su lectura o reproducción parcial. Los objetos y otros elementos ocupados serán exhibidos en el debate, salvo que alguna de las partes solicite autorización al Juez para prescindir de su presentación. Las grabaciones y elementos de prueba audiovisuales se reproducirán en la audiencia, según su forma de reproducción habitual. Dichos objetos podrán ser presentados a los expertos y a los testigos durante sus declaraciones, a quienes se les solicitará reconocerlos o informar sobre ellos. Si para conocer los hechos es necesaria una inspección, el tribunal podrá disponerla, y el Juez presidente ordenará las medidas para llevar a cabo el acto. Si éste se realiza fuera del lugar de la audiencia, el Juez presidente deberá informar sucintamente sobre las diligencias realizadas.

2.1.5.- Código Procesal Penal de Perú.

El legislador peruano, tras varios intentos de aprobación de un Nuevo Código Procesal Penal –en los años 1995 y 1997- el 29 de julio de 2004, promulga mediante el Decreto Legislativo 957, un nuevo Código Procesal Penal, el mismo que, a criterio de los lineamientos de esta investigación, conserva algunos rezagos del sistema que se pretende abandonar (inquisitivo-mixto), que a la postre hacen peligrar la plena vigencia del modelo acusatorio y que van contra la esencia de éste.

Así, el Código Procesal Penal de 2004, establece la prueba de oficio en los artículos que a continuación se detallan:

Artículo 155. Actividad probatoria.

3. La ley establecerá, por excepción, los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio.

Artículo 385. Otros medios de prueba y prueba de oficio.

1. Si para conocer los hechos, siempre que sea posible, que no se haya realizado dicha diligencia en la investigación preparatoria o ésta resultara manifiestamente insuficiente, el Juez Penal, de oficio o a pedido de parte, previo debate de los intervinientes, ordenará la realización de una inspección o de una reconstrucción, disponiendo las medidas necesarias para llevarlas a cabo.

2. El Juez Penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El Juez Penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes.

2.2.- Legislaciones que no acogen la prueba de oficio.

2.2.1.- Código Procesal Penal de Bolivia.

El Código de Procedimiento Penal de Bolivia, Ley N° 1970 del 25 de marzo de 1999 establece en su Capítulo II “Preparación del Juicio” artículo 342, lo siguiente:

Artículo 342.

El juicio se podrá abrir sobre la base de la acusación del fiscal o la del querellante, indistintamente.

Cuando la acusación fiscal y la acusación particular sean contradictorias e irreconciliables, el tribunal precisará los hechos sobre los cuales se abre el juicio.

En ningún caso el juez o tribunal podrá incluir hechos no contemplados en alguna de las acusaciones, producir prueba de oficio ni podrá abrir el juicio si no existe, al menos, una acusación.

El auto de apertura del juicio no será recurrible.

La acusación podrá retirarse en cualquier momento del juicio, hasta antes de la deliberación del Tribunal.

2.2.2.- Código Procesal Penal de Chile.

El Código Procesal Penal, Ley 19696, publicado en el Diario Oficial del año 2000 actualizado al 11 de julio de 2002, párrafo 9° referido al Desarrollo del juicio oral en su artículo 336¹⁹⁴ establece:

Artículo 336. Prueba no solicitada oportunamente.

¹⁹⁴ Disponible en Web:

<http://web.uchile.cl/archivos/derecho/CEDI/Normativa/C%F3digo%20Procesal%20Penal.pdf>

A petición de alguna de las partes, el tribunal podrá ordenar la recepción de pruebas que ella no hubiere ofrecido oportunamente, cuando justificare no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento.

Si con ocasión de la rendición de una prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad.

2.2.3.- Código Procesal Penal de Republica Dominicana.

El capítulo III referido a la Sustanciación del Juicio en su Sección I sobre la Vista de la Causa, en su artículo 330¹⁹⁵, establece lo siguiente:

Artículo 330.- Nuevas pruebas.

El tribunal puede ordenar, excepcionalmente y a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen circunstancias nuevas que requieren esclarecimiento.

2.2.4.- Código Procesal Penal de Colombia.

La Ley 906 del año 2004¹⁹⁶ dentro del Título III referido a la Audiencia Preparatoria en su Capítulo I, específicamente en su artículo 361° establece lo referente a la prohibición de la prueba de oficio de manera corta y contundente.

Artículo 361. Prohibición de la prueba de oficio.

En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio.

¹⁹⁵ Disponible en Web:

http://www.poderjudicial.gob.do/documentos/PDF/codigos/Codigo_Procesal_Penal.pdf

¹⁹⁶ Disponible en Web: file:///C:/Users/USER/Downloads/LY_COD_PROCED_PENAL_DP.pdf

2.2.4.1.- El caso Colombia.

Al respecto, el Código de Procedimiento Penal Colombiano prohíbe al Juez de conocimiento realizar la práctica de la prueba de oficio, como garantía del principio de imparcialidad en el proceso, se sostiene que la imparcialidad del Juez es uno de los requisitos del debido proceso, que exige conforme la Constitución Política de Colombia¹⁹⁷, un Juez o Tribunal Competente y el respeto irrestricto de las formas propias de cada juicio, se tiene las garantías de igualdad de las partes y la imparcialidad judicial. Se sostiene que en el proceso penal no tenga participación en el tema probando y que no se puede hablar de una decisión imparcial, cuando esta proviene de la decisión de un juez que abandono en el proceso su rol de tercero con premisas de imparcialidad y se convierte en parte, al involucrarse en el proceso. La figura excepcional del decreto de prueba de oficio ha sido evitada por la legislación colombiana, ya que con lo anterior se busca evitar que el juzgador sustituyera a una de las partes en su deber procesal, hacerlo o permitir este carácter excepcional desquicia el correcto equilibrio propio del procedimiento, puesto que el juez ira necesariamente en contra del principio del debido proceso si practica dentro del proceso la prueba oficiosa¹⁹⁸.

Sin embargo y estando a lo anterior, en Colombia se ha propuesto la prueba de oficio, las mismas que han sido resueltas por los tribunales del país en referencia,

¹⁹⁷ Constitución Política Colombiana:

Art.4o. Igualdad.- es obligación de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger, especialmente, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

El sexo, la raza, la condición social, la profesión, el origen nacional o familiar, la lengua, el credo religioso, la opinión política o filosófica, en ningún caso podrán ser utilizados dentro del proceso penal como elementos de discriminación.

Art. 5º. Imparcialidad.- en ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia.

¹⁹⁸ La prueba de oficio en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano, Tesis de MArisol Giraldo Sepúlveda, Universidad Católica del Norte de Medellín, Medellín 2014, pp 14 -15. Disponible en Web: <http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/1193/La%20prueba%20de%20oficio%20en%20el%20Sistema%20Penal%20Acusatorio%20Colombiano.pdf?sequence=1>

así tenemos la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional de Colombia C-396/07¹⁹⁹, sobre **acción pública de inconstitucionalidad**, interpuesta por un grupo de ciudadanos de dicho país contra el artículo 361° del Código de Procedimiento Penal, que prohíbe expresamente al juez decretar prueba de oficio.

La demanda cuestiona el artículo en mención y que éste vulnera la Constitución, en razón que dicha prohibición de la prueba oficiosa implica el abandono del deber estatal de averiguar la verdad y pronunciar una sentencia justa, entonces un primer punto es que, el juez tiene el deber de encontrar la verdad para concretar la justicia, consagrada en su Constitución como un fin del Estado y un derecho. La demanda dictamina en el sentido que el impedimento legal para la prueba de oficio coloca al magistrado en una situación de árbitro que lo conmina a resolver controversias basándose solamente en base a la verdad que las partes ofrecen.

El debate constitucional tuvo posturas sobre el fondo del asunto que muy brevemente se resumen: **Ministerio del Interior y de Justicia**, posición, la norma demandada debe ser declarada exequible, la igualdad de armas debe primar en el modelo acusatorio, la prohibición de disponer prueba oficiosa, no exime ni limita al magistrado de su mandato y responsabilidad de garantizar el respeto de los derechos fundamentales, así como vigilar y garantizar de modo imparcial la aplicabilidad del principio de igualdad de armas, disponer prueba de oficio - conforme esta postura- implicaría asumir posición de parte. **Fiscalía General de la Nación** tuvo la siguiente postura, la norma es exequible, se sostiene que ésta prueba ataca el derecho a controvertir las pruebas que las partes ofrecen, a conocerlas para alistar la estrategia de defensa, por tanto disponer pruebas fuera de las audiencias normadas es sorprender a la contraparte, vulnerándose el derecho de defensa. **Ciudadanos: Bermúdez Muñoz**, solicitó que la exequibilidad de la norma planteada, sostiene que de aceptarse la prueba de oficio, se atentaría en contra de la presunción de inocencia, por cuanto al reemplazar la deficiencia de pruebas de alguna de las partes en el proceso se asume de por sí una posición de

¹⁹⁹ Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-396-07.htm>

parte y se deja sin efecto el principio de in dubio pro reo; **Pava Lugo**, con igual postura que las anteriores intervenciones. El **Ministerio Público**, solicitó se declare exequible la norma, el representante de ésta institución sostuvo que la Carta Magna asigna al Ministerio Público la misión de realizar el ejercicio de la acción penal y llevar a cabo la investigación de aquellos hechos que tengan los elementos de un delito, siempre que se den los motivos y circunstancias fácticas y necesarias que apoyen la moción de una posible existencia del mismo.

Finalmente, el Tribunal a cargo justifica la nulidad de la actividad probatoria de oficio por parte del juez, por elementos importantes como la neutralidad judicial y la igualdad de armas, y en tanto no haya en la etapa procesal el debate probatorio, la Corte entonces declara la exequibilidad del artículo 361 de la Ley 906 de 2004.

3.- Mecánica de la prueba de oficio.

Ore Guardia²⁰⁰, describe la actividad probatoria como la realización de los actos de todos los sujetos procesales dirigidos a la producción, presentación y valoración de elementos de prueba. La producción, sería la manifestación o declaración de voluntad hecha por el sujeto de la relación procesal, cuyo fin es introducir en el proceso un medio de certeza. La recepción, consiste en el hecho de tomar conocimiento, del modo prescrito por la ley, del elemento de prueba introducido en el proceso y finalmente la valoración que sería el análisis objetivo y críticorealizado por el juez sobre los resultados de la actividad probatoria.

La actividad probatoria, como se establece en el actual Código Procesal Penal de 2004, art. 155, le corresponde al fiscal, debiendo este al aportar pruebas con la finalidad que los hechos investigados sean esclarecidos, asimismo, a las otras partes del proceso, es decir acusado y parte civil, les corresponde aportar los elementos de prueba favorables a sus respectivas pretensiones. Es importante

²⁰⁰ Oré Guardia, Arsenio, *Manual de derecho procesal penal*, editorial Alternativas, lima 1996, p. 280.

mencionar lo referente al objeto de prueba, al respecto, Sánchez Velarde²⁰¹, señala que es todo aquello que debe ser investigado, analizado y debatido en el proceso.

Para Peña Cabrera²⁰², la actividad probatoria viene a configurar una serie de actos procesales, diligencias y actos de investigación encaminados a buscar una fuente de conocimiento relacionado con el hecho objeto de imputación, supone la realización de actos que despliegan efectos distintos, así, continua el autor, en la etapa sumarial o investigación Preparatoria, se constituyen en el recojo y acopio de medios de prueba, con la finalidad de que el proceso penal pueda concretar su objeto, estas diligencias (encaminadas a la investigación del delito e individualización del autor del delito), no representan necesariamente pruebas de cargo, el fin de éstas es preparar el juicio oral, entregando para tal efecto los elementos necesarios para los momentos procesales de acusación y defensa, y finalmente para la dirección del debate contradictorio cuya responsabilidad se le atribuye al juzgador²⁰³.

Recae sobre el fiscal la carga de la prueba, sin embargo, como sostiene Peña Cabrera²⁰⁴, no se constituyen en verdaderas pruebas en razón que ésta categoría cognoscitiva sólo puede ser fruto de un razonamiento jurisdiccional en el contexto de un juicio oral con las garantías de un principio acusatorio.

En el modelo de proceso penal instaurado en el Código Procesal Penal se tiene las diligencias propias de la Investigación Premilinar luego viene la Investigación Preparatoria, a cargo del Fiscal esta etapa pretende contar con los elementos probatorios que posibiliten ir a juicio, al respecto, el art. 321° del Código Procesal Penal, establece que el objetivo de la investigación preparatoria consiste en la

²⁰¹ Sánchez Velarde, Pablo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, editorial Idemsa, Lima 2004, p. 655

²⁰² Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl, *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*, Editorial Rodhas, Lima 2007, pp, 416 ss.

²⁰³ Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl, *Comentarios a la Legislación Anticorrupción*. Ediciones Legales, Lima 2002, p. 25.

²⁰⁴ Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl, *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*, Editorial Rodhas, Lima 2007, pp, 418 ss.

búsqueda y reunión de los elementos de convicciónn, de cargo y descargo, que posibilitan al Fiscal a cargo decidir si formula o no acusación.

3.1.- Mecánica de la prueba en general: ¿se prueban los hechos o las afirmaciones de las partes?

La actividad probatoria según el profesor español Ore Guardia²⁰⁵ es aquel grupo de declaraciones de voluntad, de razonamientos que provienen de las partes procesales, reguladas por la norma y que regularmente producen algún tipo de certeza o de admisión de probabilidad del hecho que representa su objeto, así como de sus consecuencias. En un modelo adversarial, la actividad probatoria se realiza de manera contradictoria, pública, oral y continuada, Rosas Yataco, sostiene que, la actividad probatoria constituye la única fuente legal de conocimiento y resulta imprescindible a la hora de tomar una decisión en el ámbito judicial²⁰⁶. Al respecto, para el profesor Cubas Villanueva²⁰⁷, hay tres momentos que distinguir en la actividad probatoria que son; la producción, la recepción y la valoración de las pruebas.

En cuanto a la producción y proposición, son aquellos actos de aportación de pruebas que se van incorporando al proceso de manera que se dilucide el objeto de la prueba y el Juez pueda adoptar una decisión, por ejemplo que el imputado solicite la declaración de un testigo que considere importante, o aquellos actos que realiza la Policía una vez conocido el hecho criminal, esto es las primeras diligencias, entre otras.

Respecto de la admisión, es el pronunciamiento sobre la admisibilidad del elemento de prueba.

²⁰⁵ Oré Guardia, Arsenio, *Manual de derecho procesal penal*, editorial Alternativas, lima 1996, p. 372.

²⁰⁶ Rosas Yataco, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Pacífico Editores Vol. II, Lima 2013, p. 846.

²⁰⁷ Cubas Villanueva, Victor, *El Nuevo Proceso Penal Peruano*, Editorial Palestra, Lima 2009, p. 271.

Finalmente, en la actuación va a ser determinante la labor intelectual del juez quien valorará los elementos de prueba para finalmente resolver.

El profesor San Martín indica que; lo que se va a probar son los hechos propuestos por la parte acusadora, Peña Cabrera²⁰⁸ al respecto menciona que la decisión que tome el magistrado debe recoger únicamente las informaciones que proporcionan las personas sometidas al interrogatorio y al contrainterrogatorio, incidiendo en un plano cognoscitivo, que se aleja en esa visión equívoca de la verdad histórica. Continúa el autor e indica que posterior a lo mencionado, a lo que se debe llegar ahora es a una versión de los hechos más aproximada posible a la verdad de lo sucedido, que es recogido en la noticia criminal, indica que tanto el fiscal y defensa construyen sus propias versiones con la finalidad de ganar en el litigio adversarial. Sin embargo resulta interesante cuando refiere que, no se trata de falsificar una verdad, no importa falsear los hechos, mediando una conducta inapropiada y anti-ética de los sujetos adversariales, sino, de mostrar una versión, cuya credibilidad y razonabilidad dependerá de cómo se construye la denominada teoría del caso.

4.- ¿La prueba de oficio desvirtúa o desnaturaliza la mecánica general de la actividad probatoria?

El destacado profesor nacional San Martín Castro, refiere que “el sustento constitucional de la prueba de oficio se encuentra en el valor justicia, en el derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional”²⁰⁹, el autor indica que a efectos de no colocar en riesgo el principio de imparcialidad del juez, se requiere los siguientes requisitos:

²⁰⁸ Peña Cabrera Freyre, *Derecho Procesal Penal, Sistema Acusatorio – Teoría del Caso, Técnicas de litigación oral*, Editorial Rodhas, Tomo II, Lima 2014, p. 159, el autor cita las obras de Alvarado Velloso, Adolfo, *Garantía y Libertad*, Rubinzal Culzoni Editores, Tomo I, Buenos Aires 2009, p. 157, al escribir sobre la descripción del método acusatorio de debate.

²⁰⁹ San Martín Castro, Cesar, *Prologo al libro Nueva Jurisprudencia Nuevo Código Procesal Penal* de Espinoza Goyena, Julio Cesar. Reforma, Lima 2009, pp. 18 – 19.

- El magistrado debe ajustarse a los hechos presentados en los requerimientos tanto de acusación como de defensa y debatidos en juicio.
- Las fuentes de prueba sobre las que se dará la actividad probatoria deben constarle al magistrado.
- Los sujetos procesales deben actuar en la actividad probatoria de oficio en su ejecución y pueden contradecirla.

Con lo anterior y de acuerdo con el connotado profesor, se defiende y protege el principio acusatorio, la imparcialidad judicial y el derecho de defensa respectivamente.

Talavera Elguera²¹⁰, sigue la línea o en todo caso defiende la prueba de oficio, refiere que no hay sistema acusatorio puro y que la imparcialidad no debe ser confundida con la pasividad o neutralidad absoluta del juez. Los elementos que para Talavera se exigen para la actuación de la prueba oficiosa son:

- Ser medio de prueba nuevo y haber sido ofrecido por las partes.
- La actuación de ésta nueva prueba debe realizarse luego de llevarse a cabo la realizada por las partes en juicio.
- Su utilidad para esclarecer la verdad debe ser manifiesta.
- El juez solo puede ordenar prueba sobre prueba.

El razonamiento al que Arbulú Martínez²¹¹ respecto de la prueba de oficio concluye es que, los juristas San Martín Castro y Talavera, reconocen el principio inquisitivo que se presenta con la prueba de oficio, sostiene que ésta, resulta una especie de disparo al aire ya que a lo largo del proceso le va a caer a cualquiera sea a favor o en contra, ya que en nombre de la búsqueda de la verdad, se puede afectar a

²¹⁰ Arbulú Martínez, Víctor, siguiendo a Talavera Elguera en *Derecho Procesal Penal*, 1ra Edición Editorial San Marcos, Lima 2013, pp. 799 – 800.

²¹¹ Arbulú Martínez, Víctor, siguiendo a Talavera Elguera en *Derecho Procesal Penal*, 1ra Edición Editorial San Marcos, Lima 2013, p. 800.

cualquiera de las partes. Continuando con el autor, refiere que aplicar la prueba oficiosa, no va a explicar o dilucidar nada, lo que en realidad va a hacer es inclinar la balanza a favor de alguna de las partes procesal, ya que ir a descubrir la verdad no es necesariamente una actividad académica, pero si tiene efectos en el juicio. Entonces, una justificación de la prueba de oficio como mecanismo procesal para la búsqueda de la verdad que otorga al magistrado dentro de sus atribuciones y facultades de dirección la iniciativa para averiguar y descubrir la verdad de los hechos sustentados mediante los alegatos, sin embargo, esta versión sobre el fin de los medios probatorios no resultaría tan valedera y es posible considerar que la actuación de la prueba oficiosa no nos lleva como se pretende a la búsqueda de la verdad, lo que hace es proporcionar elementos sobre los puntos controvertidos del proceso, que a la postre van a servir únicamente para el convencimiento del juez sobre lo discutido, al respecto Devis Echandía²¹², indica, sobre la finalidad de la prueba como aquella que está designada a producir en el juez esa certeza que le va a permitir decidir sobre los hechos, o lo que se podría decir como aquella certeza de que conoce la verdad, certeza que puede tener varias aristas es decir, puede ser moral subjetiva y real o por el otro lado puede ser legal objetiva y formal, esto variara de acuerdo al sistema de apreciación fijado.

²¹² Devis Echandía, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Editorial Temis, Quinta Edición, Tomo I, Bogotá 2002, p. 240.

CAPÍTULO III

LA LEGITIMIDAD DE LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO PENAL PERUANO.

1.- ¿La solución se encuentra en confrontar el llamado “modelo antiguo” y el actual modelo procesal penal?

El Perú ha tenido un sistema procesal cuya vigencia se ha prolongado por más de 70 años, teniendo como protagonista al Código de Procedimientos Penales. Esta norma, como ya se ha explicado, tiene aspectos positivos que, en el contexto en que fue emitida, le permitieron mantenerse vigente por varias décadas, así:

- El Código de 1940, fue concebido con un proceso básico, general, denominado ordinario, que tenía dos instancias. La primera de ellas, era una instancia compuesta, en la que se llevaba a cabo, primero, una investigación, denominada “instrucción”, a cargo de un juez penal de primer grado jurisdiccional. Esta etapa estaba orientada al acopio del material probatorio y tenía fines claramente determinados en el artículo 72 de la citada norma. Una segunda parte o etapa de la primera instancia se llevaba a cabo mediante el juzgamiento, el mismo que estaba a cargo de un tribunal de mayor calado. Se trataba de una triada de jueces superiores (jueces de segundo grado jurisdiccional!), que se encargaban del juzgamiento de las causas. La segunda instancia (a la que se llegaba a través del denominado Recurso de Nulidad), daba pie a discutir el caso ante el máximo tribunal de la República: La Corte Suprema, mediante sus salas penales compuestas por cinco Vocales (jueces supremos).
- Bajo el esquema antes anotado, no solo se garantizaba que la justicia penal sea aplicada por tribunales profesionales y de la máxima jerarquía, sino que, principalmente, se garantizó (sin que en 1940 -y en las cuatro décadas

posteriores- se haya tenido una noción clara del Ministerio Público como titular de la acción penal) que la función de investigar, y la de juzgar, se realicen por dos órganos funcionalmente diferentes.

- Todo lo anterior, claro está, se refiere a la redacción original y la concepción básica del Código de Procedimientos Penales. En 1982, con la incorporación en el sistema procesal del proceso sumario, mediante el Decreto Legislativo 124, este esquema fue matizado (incluso, en la misma lógica, previamente se había emitido el Decreto Ley 17110 en el año 1969, como ya se ha dejado sentado en los capítulos precedentes). Se dejó el proceso ordinario para casos muy graves, y, como ya se ha expresado, la mayoría de procesos penales se tramitó por la vía del denominado “proceso sumario”. Pero estas modificaciones o adaptaciones posteriores, no pueden llevar al olvido del esquema esencial y la utilidad del Código de 1940 o a tacharlo sin más como un código inquisitorial.

El avance de la sociedad peruana conllevó el aumento de la carga procesal; a la par, la exigencia de mayores garantías procesales evolucionó junto con la madurez de las democracias (p.e. la irrupción de la constitución de 1979 y posteriormente la de 1993, o la incorporación al derecho nacional de estándares internacionales para un juzgamiento correcto), entonces, el sistema procesal instaurado mediante el Código de Procedimientos Penales quedó desfasado:

- Bajo el esquema de las constituciones de 1979 y 1993, ya no es posible mantener a un juez penal realizando labores de investigación, aun cuando (en el proceso ordinario) esos jueces no sentencian.
- Las labores de investigación y promoción y sostenimiento de la acción penal, quedan reservadas de manera exclusiva, desde la Constitución, para el Ministerio Público, por lo cual, el proceso penal no puede construirse alejado de dicho mandato constitucional.

- El juicio oral debe incorporar determinadas garantías que solo un esquema acusatorio puede garantizar. El protagonismo ilimitado del juez en el juzgamiento es probadamente dañino para un juzgamiento imparcial.
- No puede sobrecargarse la labor de la corte suprema mediante el conocimiento de un recurso de segunda instancia. Esto resulta innecesario para garantizar el derecho a la pluralidad de instancia, y, además anquilosa al máximo tribunal judicial, quien debe (correctamente) dedicarse a labores primordialmente casatorias, de uniformización de la jurisprudencia.

La necesidad de adaptar el ordenamiento procesal de 1940 a estas nuevas exigencias devino en reformas o adaptaciones al procedimiento originario del Código de 1940. Ello, como ya se ha analizado en repetidas ocasiones en este trabajo, se ve representado por la puesta en vigencia del proceso penal sumario (D.Leg. 124), por tanto, no vamos a repetir los argumentos ya brindados, para explicar la inconstitucionalidad de dicha normatividad y los perniciosos efectos que tuvo sobre las garantías procesales del imputado.

Sobre la base de lo anterior, puede apreciarse que resulta falaz o por lo menos excesivo imputar la calidad de “inquisitivo” al Código de Procedimientos Penales, sin hacer matizaciones previas: lo verdaderamente inquisitivo resultó ser la adaptación realizada mediante el D. Leg. 124, pero ello no puede atribuirse *in totum*, al Código de 1940. Prueba de ello es que en la actualidad, el proceso penal sumario (y el ordinario) han sufrido una modificación y adaptación al esquema constitucional de garantías, mediante la dación del D. Leg. 1206, el mismo que ha establecido una serie de limitaciones a la labor de investigación del juez penal, así como una serie de garantías a favor del imputado (como la audiencia de detención preventiva, o la audiencia de presentación de cargos). Todo ello permite apreciar que una modificación a la legislación conexas al Código, o un ajuste de sus fases, permite adaptarlo con mediana solvencia al ordenamiento constitucional. Ello no podría ocurrir si se tratara de una norma puramente inquisitiva, como se ha pretendido.

Así, desde el punto de vista que se defiende en este trabajo, podemos apreciar que no resulta satisfactorio para encontrar una respuesta a la legitimidad de la prueba de oficio en nuestro ordenamiento, recurrir al antagonismo teórico que existe entre las definiciones del sistema inquisitivo (que se encarna, además, por los críticos, en la figura del Código de Procedimientos Penales) y el sistema acusatorio (que se pretende también encarnar en la figura del Nuevo Código Procesal Penal). Ni el Código de 1940, ni el de 2004, son ejemplos puros de los sistemas (inquisitivo y acusatorio) sobre los que se pretende ubicarlos. Por tanto, no es la ruta de la comparación entre modelos teóricos, la que se sigue aquí para identificar la falta de legitimidad de la prueba de oficio en el ordenamiento peruano.

2.- ¿La verdad justifica los medios (probatorios aportados por el juez)?

La doctrina que se pronuncia a favor de la prueba de oficio sostiene que el proceso debe alcanzar la verdad y como consecuencia de ello, la justicia. A partir de esta premisa, se entiende que la posibilidad de que el juez dicte la inclusión, actuación y valoración de un medio probatorio **suyo** (del juez) en el proceso, estaría justificada por el valor justicia, ya que se dice que el juez puede revertir la situación probatoria desventajosa evidentemente injusta. Así, Calderón Cerna²¹³, dice que se debe tender a tomar a la verdad como la correspondencia entre concepto y objeto en el proceso penal. El autor refiere que el conocimiento total o parcial sobre el hecho criminal, se tomará como criterio para verificar si ese aspecto cognitivo concuerda con los otros datos actuados en la investigación y si existe una correspondencia, se estaría alcanzando la verdad en materia de investigación; la no correspondencia, es decir falsedad, conllevará a la absolución del imputado.

²¹³ Calderón Cerna, Ceveriano, *El proceso penal ordinario, exégesis de los delitos agravados*, Ediciones Legales, Lima 2001, p. 36.

En el Perú, el profesor Talavera refiere cuatro condiciones para la aplicación de la prueba de oficio: primero, que debe tratarse de prueba novísima, es decir un medio de prueba que con anterioridad no haya sido ofrecida por los sujetos procesales, podría ser la prueba sobreviniente o no; en segundo lugar, la prueba oficiosa solo puede ser practicada por el juzgador siempre y cuando los contrarios hubieran ofrecido y practicado sus medios probatorios aportados en la etapa intermedia o al inicio del juicio; tercero, deben ser medios de prueba claramente útiles y nuevos como para esclarecer la verdad, además de la pertinencia, conducencia y licitud de la prueba nueva, finalmente en cuarto lugar, mediante la prueba de oficio el juez no puede sustituir a las partes. El autor señala que lo que el Código Procesal Penal de 2004 hace, es no otorgar una facultad supletoria sino excepcional²¹⁴.

La doctrina que defiende la aplicación de la prueba de oficio, refiere, respecto al principio de imparcialidad, que ésta no afecta y no se ve alterada por la incorporación y puesta en practica de la prueba de oficio y que en todo caso no se puede confundir imparcialidad con pasividad o con neutralidad del juez y que lo realmente importante a cuidar es que no exista una suplantación de las partes, tratándose de una facultad de carácter complementario que apunta a la realización de uno de los fines del proceso penal²¹⁵, no obstante, desde mi punto de vista, este argumento guarda estrecha relación con el fin de la búsqueda de la verdad en el proceso.

El profesor argentino Fermin Canteros sostenía que el juzgador, no se aleja de la imparcialidad al ir en búsqueda de la verdad, porque al momento de actuar la prueba oficiosa no sabe si esa búsqueda de la verdad va a beneficiar al actor o al demandado; pero con una crítica contundente a esta postura, Gutiérrez Miranda señala que tal razonamiento es cierto, pero a la vez muy peligroso, pues cuando el juez busca la verdad puede no saber a quién beneficiará, pero “sabe perfectamente

²¹⁴ Talavera Elguera, Pablo, siguiendo a Taruffo en, *La prueba en el nuevo Proceso Penal*, Academia de la Magistratura, Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ, 1ra Edición, Lima 2009, p 53.

²¹⁵ Talavera Elguera, Pablo, siguiendo a Taruffo en, *La prueba en el nuevo Proceso Penal*, Academia de la Magistratura, Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ, 1ra Edición, Lima 2009, p 52.

a quien él quiere beneficiar”²¹⁶. El profesor Parra Quijano²¹⁷, sostiene que lo correcto es que en el proceso se vaya en búsqueda de la verdad, pero aclara el autor que esa búsqueda no puede ser a cualquier costo o en todo caso no es a costa de cualquier cosa y definitivamente menos cuando se involucra el juez.

Más contundente aun es el jurista argentino Gargarella, quien ubica a la búsqueda de la verdad en los sistemas inquisitivos, en los que es el juzgador quien asume la dirección e iniciativa frente al sujeto enjuiciado, por lo que la denominada búsqueda de la verdad, convierte al juez en acusador; en ese sentido, este prestigioso autor refiere que dicha situación debe ser evitada, con la participación de un juez tercero, imparcial e independiente, en el marco de un proceso oral y público²¹⁸, que precisamente se ubican entre las características más importantes del sistema acusatorio.

En el ámbito europeo, y desde su perspectiva garantista, Ferrajoli señala:

“la separación del juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás... la garantía de la separación, así entendida, representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad del juez respecto a las partes de la causa, que, como se verá, es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio”²¹⁹

Para mayor abundamiento, Binder sostiene que el proceso puede, a lo sumo, reconstruir una verdad formalizada, entonces ésta -la verdad formal-, es entendida

²¹⁶ Gutiérrez Miranda, Néstor, *Derecho Procesal Garantista y Constitucional*,

²¹⁷ Parra Quijano, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, Librería Ediciones Del Profesional, Bogotá 2013, p. 28.

²¹⁸ Gargarella, Roberto, *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Tomo I Democracia, Editorial Ebeledo Perrot, Buenos Aires 2010, p. 287

²¹⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 567.

como aquella en la que el proceso penal en el marco del Estado de Derecho, supone el sometimiento de las sentencias penales a un máximo de certeza y de convencimiento, para que las resoluciones judiciales sirvan a la reafirmación de la seguridad jurídica; dicha verdad -limitada por una serie de presupuestos-, no refleja la entera realidad de los hechos objeto de esclarecimiento, sino solo una verdad formal²²⁰. Por otro lado, es de considerar, en todo caso, que la búsqueda de la verdad es una tarea atribuida al fiscal, quien en juicio demostrará la responsabilidad del imputado, siendo su actuación dirigida a la búsqueda de la verdad, y la tarea del Juez es resolver en base a la totalidad de insumos probatorios legítimamente aportados por las partes.

Sobre la base de lo anterior, resulta clara, a nuestro juicio la falta de sustento de la denominada “búsqueda de la verdad” como base para la legitimación de la iniciativa probatoria del juez. Por tanto, este argumento no desecha la inconstitucionalidad de la prueba de oficio, generada por la afectación de garantías procesales genéricas y específicas, como la presunción de inocencia, la imparcialidad judicial, la igualdad procesal, todas ellas con fundamento y sustento Constitucional plasmado también en el Código Procesal Penal de 2004, que han sido descritas y estudiadas en los capítulos precedentes. La prueba oficiosa quebranta las bases del principio acusatorio, y aplicarla como medio (o pretexto) para hallar la verdad, contradice las bases del referido sistema.

3.- Iniciativa probatoria del juez e imparcialidad.

En un sistema que no se duda en denominar acusatorio, en donde lo que se busca principalmente es el respeto irrestricto de los derechos fundamentales de la persona sujeta al proceso penal, la imparcialidad marca una clara diferencia en cuanto al tratamiento que se da a estas garantías en un sistema de corte inquisitivo; en esta línea de ideas, el principio de imparcialidad se encuentra expresamente reconocido

²²⁰ Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Dad-Hoc, Buenos Aires 1993, pp. 174.

en el Artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004²²¹, en coherencia con la Constitución Política.

La imparcialidad debe entenderse como la independencia respecto de las partes y del objeto litigioso, es decir, ausencia de cualquier interés. El nuevo código requiere entonces, un juzgador que tenga una **única función**, que es la de fallar, sin intervenir en la tarea de las partes, ya que, de hacerlo, produce la contaminación de su actividad y, como consecuencia, consciente o inconscientemente, la pérdida de imparcialidad. Asimismo, Del Rio Labarthe, señala que la imparcialidad protege dos intereses centrales: el derecho a ser juzgados desde el derecho, y la credibilidad de las decisiones judiciales²²²

Téngase presente que la aportación de pruebas en un sistema de corte acusatorio, proviene de las partes en el proceso. No obstante, en el Perú, además, se ha previsto una **atribución judicial** de aportar prueba en la etapa de juzgamiento, una vez culminada la actuación probatoria en todas sus fases (Artículo 385.2 del Código Procesal Penal de 2004). Si bien la norma rituaría señala que esta atribución es excepcional y debe operar siempre y cuando resulte indispensable o manifiestamente útil para esclarecer la verdad, la prueba de oficio, altera el principio de imparcialidad, ya que ésta se pierde en el momento en que el juzgador deja de ser un tercero imparcial y aplica la prueba oficiosa.

En el presente trabajo se ha evidenciado que el sistema acusatorio protege fuertemente la imparcialidad del juez, esto quiere decir que si se establece un sistema acusatorio en el plano normativo, la imparcialidad debe ser un valor central en el juez y el proceso, y esto significa que hay una cantidad de facultades que el juez podría tener en un sistema inquisitivo que son incompatibles con un sistema

²²¹ Artículo I: Justicia Penal.

1. La justicia penal es gratuita, salvo el pago de las costas procesales establecidas conforme a éste Código. Se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes y en un plazo razonable.

²²² Del Rio Labarthe, Gonzalo, *Independencia e imparcialidad de los jueces en el proceso penal*, Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 6, Gaceta Jurídica, Lima 2009, p. 261.

acusatorio. El respeto por la imparcialidad puede significar que personas culpables eventualmente queden libres, debido justamente a que el juez juega un rol eminentemente imparcial, sin iniciativa probatoria. Ese el costo que tendría que pagarse en un proceso penal democrático, al asumir un sistema como el que el Código Procesal Penal de 2004 establece.

En el sistema acusatorio, el Juez no podría decretar pruebas de oficio, y esto a razón que no existe prueba imparcial, las pruebas por la esencia de su naturaleza son parciales. En el ejemplo: el choque de dos autos en circulación, donde ninguno de los testigos que presencia el accidente conoce a los conductores y por tanto no tiene interés alguno para favorecer a alguno, sin embargo, estos testigos luego de haber observado el siniestro, al dar su versión de los hechos, arrojará que entre las personas que vieron habrá quienes dirán que el conductor "X" no se detuvo y otros dirán que el conductor "Y" venía a exceso de velocidad, estas personas no les interesa el resultado del proceso, entonces veremos que ninguno es imparcial. Se puede concluir diciendo que la versión de los testigos nunca es imparcial, con esto no se quiere decir que tal o cual testigo mienten, sino que el ser humano cuando relata una versión de la realidad va a estar afiliado a un extremo.

Lo anterior resulta necesario a fin de arribar a una primera premisa, entonces, si de los hechos sucedidos, se toma a un testigo que no tiene ningún problema de credibilidad, se verá obviamente, que tiene una versión de los hechos que es funcional a uno de los extremos, por lo tanto, es difícil o casi imposible encontrar una prueba neutra o imparcial.

Entonces se puede decir que, la prueba que se quiera en el caso que fuere, siempre va a ir en uno de los extremos, el solo hecho de buscar una prueba, de hacer incluso el ejercicio mental de buscar afilia a las partes a uno de los extremos, por ello se considera que tal situación compromete la imparcialidad, y que en el momento que el juez decreta la prueba de oficio, se le estaría obligando (así sea en mínimo grado) a uno de los lados.

Entonces, el sistema acusatorio peruano, parte de la premisa, en el que el juez en merito a la necesidad de impartir justicia y teniendo como fin la búsqueda de la verdad tiene la facultad, aunque sea excepcional, de decretar la prueba oficiosa, otro punto en el cual se sustenta la prueba de oficio es que con ésta, el juzgador no sabe a quién va a favorecer. El punto sería más bien, el juez no sabe si va a lograr probar lo que quiere probar, pero de que va a favorecer a alguien pues definitivamente va a favorecer a alguien.

La normatividad nacional establece la prueba de oficio, sin embargo, como ya hemos demostrado, el fundamento de la búsqueda de la verdad no la encaja dentro de un sistema acusatorio, en razón de que se considera a que ambos pertenecerían a dos sistemas diferentes, esto es el inquisitivo y el acusatorio. Es cierto que la búsqueda de la verdad y la imparcialidad al ser apreciadas, resultan plausibles, pero en realidad, para efectos del presente trabajo, se considera que entre estos dos, hay uno que está al alcance de la sociedad y hay otro que puede suceder a veces y otras no, se explica:

Lo deseable es que el sistema apunte a la búsqueda de la verdad y la sociedad quiere que un proceso termine con una sentencia que se ajuste a lo que en verdad paso, pero esto no resulta posible porque no se tiene los medios posibles para llegar a la búsqueda de la verdad, se espera siempre que el procedimiento alcance la verdad, pero la verdad es que en muchos casos ésta no se alcance, probablemente se alcance algo cercano a la verdad que talvez sea lo mejor a lo que podamos aspirar.

En cambio, la imparcialidad, depende del procedimiento, depende de la forma como se estructure el procedimiento, de la forma como se va a llevar a cabo, entonces si armamos un procedimiento que sea justo y equitativo para las partes que se enfrentan, se puede considerar que el resultado al que se llega es justo, por lo menos y en cuanto al procedimiento y la forma como se llevó a cabo, quizás no

respecto de lo que en verdad sucedió, pero tampoco conocemos un medio para llegar a la verdad absoluta.

4.- La prueba de oficio no es acogida por el modelo constitucional vigente en el Ordenamiento peruano.

Según lo estudiado hasta aquí, el camino más adecuado es analizar **hasta qué punto el Nuevo Código Procesal Penal de 2004 guarda relación con la Constitución**, al disponer y decretar la prueba de oficio, como una posibilidad de actuación del juez, en el juicio oral.

Son varios los principios y garantías constitucionales del proceso (estudiadas en el capítulo I) que dicho mecanismo de prueba judicial afecta:

- Respecto de la **igualdad procesal**, éste se encuentra contenido en la Constitución al derivarse del derecho a la igualdad ante la ley²²³ y el debido proceso²²⁴, asimismo, el Código Procesal Penal establece el referido principio, denominado también, igualdad de armas²²⁵, ahora bien, si este principio está instituido como un derecho fundamental de la Constitución, a criterio del presente trabajo, se pretende determinar de qué manera es que se vulnera la Carta Magna con la disposición de la prueba de oficio. Entonces

²²³ **Artículo 2.-** Igualdad ante la ley.

Toda persona tiene derecho:

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.

²²⁴ **Artículo 139.-** Principios de la función jurisdiccional.

Son principios y derechos de la función jurisdiccional;

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

²²⁵ Código Procesal Penal de 2004.

Artículo I.- Justicia penal.

3. Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en éste Código. Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia.

se tiene como criterio inicial, lo expuesto por el jurista Gimeno Sendra, al indicar que éste principio se ve vulnerado, cuando se crea por parte del legislativo privilegios procesales con evidentes carencias de fundamentación constitucional. En ese entender, dentro del sistema procesal se tiene al Ministerio Público, y las ventajas que tiene sobre el imputado, (recursos económicos, logística, apoyo de sectores como la Policía, etc.), entonces si se pone como fortalezas de este último a la presunción de inocencia y la imparcialidad del juez, se podría hablar tal vez de igualdad de armas, ya que esto contrarrestaría las ventajas materiales del Ministerio Público²²⁶. Si alguno de estos elementos se quiebra o debilita, no será posible la igualdad procesal, ya que se entiende, habrá igualdad de armas si existe un real enfrentamiento entre la acusación realizada por el fiscal y la defensa técnica y esto no se puede conseguir con la prueba de oficio.

- Otro aspecto por el cual se considera inconstitucional la prueba de oficio es porque vulneraría la **autonomía del Ministerio Público**, más aún si se toma en cuenta que la referida autonomía se encuentra reconocida por la Constitución Política de 1993²²⁷, en la misma línea, se reconoce también la autonomía a través de la Ley Orgánica del Ministerio Público²²⁸. En efecto, el Ministerio Público tiene entre sus principales funciones la carga de la prueba, la conducción exclusiva de la investigación del delito desde su inicio, la promoción de la acción penal, entre otros, por lo cual, no resulta

²²⁶ Gimeno Sendra, Vicente, *Derecho Procesal Administrativo*, Tirant to Blanch, Valencia 1991, p. 81.

²²⁷ **Artículo 158.-** Autonomía del Ministerio Público.

El Ministerio Público es autónomo. El Fiscal de la Nación lo preside. Es elegido por la Junta de Fiscales Supremos. El cargo de Fiscal de la Nación dura tres años, y es prorrogable, por reelección, solo por otros dos. Los miembros del Ministerio Público, tienen los mismos derechos y prerrogativas y están sujetos a las mismas obligaciones que los del Poder Judicial en la categoría respectiva. Les afectan las mismas incompatibilidades. Su nombramiento está sujeto a requisitos y procedimientos idénticos a los de los miembros del Poder Judicial en su respectiva categoría.

²²⁸ **Ley Orgánica del Ministerio Público.**

Artículo 5.-

Los fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que se desempeñaran según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución. Siendo un cuerpo jerárquicamente organizado deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores.

constitucionalmente posible que, en tales tareas estén superpuestas con otro órgano como el jurisdiccional. Con la prueba de oficio, se violenta el principio de autonomía del Ministerio Público, en razón que la carga de la prueba sirve para acreditar la responsabilidad del imputado. Cuando el Fiscal termina de acopiar la prueba incriminatoria para probar la culpabilidad del imputado, ya que -según su criterio- ha cumplido con los fines consustanciales al sistema acusatorio, el juzgador no puede inmiscuirse en dicha labor sin alterar el sistema constitucional de competencias reservadas al Ministerio Público.

- La prueba de oficio también atenta contra la **división de poderes**, que es una característica primordial del sistema acusatorio. En efecto, el Fiscal tiene como contraparte al imputado y su defensa, y supra partes se encuentra el juez. Asimismo, la esencia del modelo acusatorio es la división del proceso en dos fases y la realización, en cada una de ellas, de tareas diferentes: la de investigar y la de juzgar, estos roles están a cargo del fiscal (investigar) y juez (decidir). Así, la Constitución establece que el Ministerio Público, es uno de los principales intervinientes del sistema acusatorio y entre sus atribuciones está la dirección de la investigación y la carga de la prueba²²⁹; por tanto, al fiscal le corresponde destruir la presunción de inocencia que le asiste al imputado. De otro lado, órgano encargado de fallar tiene a su cargo el juzgamiento, por lo que le corresponde la valoración de la prueba aportada, y la confirmación o no del quebrantamiento de la presunción de inocencia y la consecuente declaratoria de culpabilidad o inocencia del imputado²³⁰.

²²⁹ Esto se ve también reflejado en el Código Procesal Penal de 2004:

Artículo IV.- Titular de la acción penal.

1. El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio.

2. El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado.

Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional.

3. Los actos de investigación que practica el Ministerio Público o la Policía Nacional del Perú no tienen carácter jurisdiccional. Cuando fuera indispensable una decisión de esta naturaleza la requerirá del órgano jurisdiccional, motivando debidamente su petición.

²³⁰ **Código Procesal Penal de 2004.**

Artículo V.- Competencia judicial.

Entonces, resulta atentatorio e inconstitucional que el juez practique pruebas de oficio, aunque sea de modo excepcional, por adoptar atribuciones propias del Ministerio Público, otorgadas por la propia Constitución Política del Perú.

- El Derecho a la Presunción de inocencia. Este es reconocido en la Constitución Política del Perú en el artículo 2° inc. 24.e, “toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. El principal aspecto sobre este principio es que el imputado es considerado un sujeto de derecho y no un objeto de prueba, como es considerado en los modelos inquisitoriales, donde el imputado tenía que demostrar su inocencia. Es importante lo señalado por el profesor Peña Cabrera, al decir que un proceso penal con clara influencia o en todo caso solventado por el principio acusatorio encomienda al fiscal la facultad persecutoria y la carga de la prueba, asimismo, es el órgano requiriente – Ministerio Público- el obligado a demostrar la responsabilidad del imputado, debiendo obtener las pruebas necesarias capaces de poder destruir el estado jurídico de inocencia o en todo caso no dejar duda razonable sobre la responsabilidad del imputado²³¹. Es importante se decía porque, el autor señala como subsidiario el **in dubio pro reo**, el mismo que se aplica cuando exista una duda razonable sobre la responsabilidad penal desde un criterio limitador del poder penal estatal y a favor de las libertades individuales.
- Continuando con el autor, refiere que, el principio de Presunción de Inocencia está ligado también con el *nemo tennetur sea ipso accusare*, que quiere decir que al imputado no le asiste el deber de proporcionar prueba en su contra, resulta importante, porque -en atención al principio materia de análisis- el imputado puede incluso mantenerse en silencio, ésta situación era diferente con el artículo 127 del Código de Procedimientos Penales, mediante el cual,

1. Corresponde al órgano jurisdiccional la dirección de la etapa intermedia y, especialmente, del juzgamiento, así como expedir las sentencias y demás resoluciones previstas en la ley.

²³¹ Peña Cabrera Freyre, *Derecho Procesal Penal, Sistema Acusatorio – Teoría del Caso, Técnicas de litigación oral*, Editorial Rodhas, Tomo I, Lima 2014, p. 43

la negativa a declarar o el silencio, podía ser considerado como un indicio de culpabilidad²³². Otro elemento que conlleva éste principio es la teoría de la mínima actividad probatoria, así, al ser la presunción de inocencia un presunción *Iuris Tantum*, puede desvirtuarse con una mínima actividad probatoria, al respecto, Ramos Méndez²³³, sostiene que se aplica la presunción de inocencia por falta de actividad probatoria, entendida ésta como la valoración de prueba –que supone, existan pruebas, que se haya desarrollado mínimamente actividad probatoria- entendida como aquella que necesita de un sustrato probatorio que no puede recaer sobre simples diligencias de instrucción y la actividad de valoración libre, entendida como el análisis del resultado que se obtiene de los medios de prueba a través de las máximas de experiencia comunes o especializadas.

- A decir de Andrés Ibáñez²³⁴, la imparcialidad se vincula con la presunción de inocencia, que obliga al juzgador el deber de asumir, basado en la neutralidad, la acusación como tesis que únicamente puede llevarle a la confirmación de la culpabilidad por intermedio de la comprobación meticulosa de los fundamentos probatorios de todos los elementos de la acusación, según se de el juicio.
- El *In dubio pro reo*, como ya se mencionó líneas arriba, es una de las garantías inherentes a toda persona y está fuertemente vinculado con la

²³² Peña Cabrera Freyre, *Derecho Procesal Penal, Sistema Acusatorio – Teoría del Caso, Técnicas de litigación oral*, Editorial Rodhas, Tomo I, Lima 2014, p. 44. El autor da cuenta al respecto que la referida estimación inconstitucional fue subsanada mediante la modificación efectuada por la Ley N° 27834 del 21 de setiembre de 2002, así el artículo 71° inc. d) del Código Procesal Penal, establece que el imputado tiene derecho a “abstenerse de declarar, y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia”.

²³³ Ramos Méndez, Francisco, *El proceso penal, sexta lectura constitucional*, J.M. Bosh Editor, Barcelona – España 2000, pp. 232 – 233.

²³⁴ Andrés Ibáñez, Perfecto, *Sobre prueba y proceso penal, en discusiones*, N° 3, Bahía Blanca, 2003. El autor es seguido por Cáceres Julca, Roberto en, *Comentarios al Título Preliminar del Código Procesal Penal*, Editora Grijley, Lima 2009, pp. 37-38.

presunción de inocencia²³⁵, para Nieva Fenoll²³⁶, ambos principios – presunción de inocencia y In dubio pro reo- son exactamente el mismo, y carece de todo sentido distinguirlos, y que lo realmente importante es que el juez no pierda de vista que el acusado es inocente ya que aún no se ha demostrado su culpabilidad. La pena se debe reservar solo cuando el tribunal haya llegado a un estado de certeza y convicción²³⁷, por ello es necesario, que el ordenamiento incline al juez hacia la inocencia, superando aquella tentación ancestral –con el sistema inquisitivo- de condenar al acusado, ayudando al juez a luchar contra ese impulso²³⁸, por ello que la prueba de oficio constituiría ese atisbo de, por un lado, mantener una cultura que busque sancionar o condenar al acusado y por otro, el no querer dejar finalmente de lado la costumbre inquisitiva que permita hacer entender que la función de investigar es de la fiscalía y la condenar o no, es tarea del Juez, sin embargo pareciera que inclusive el legislador no confiara en la labor investigativa del fiscal, por cuanto, ante su pasividad durante el proceso, puede aunque excepcionalmente, conllevar a decretar la prueba de oficio y por ende dejar de lado –aunque así no lo quisiera- la presunción de inocencia o como dijera Nieva Fenoll²³⁹ la importancia de presumir inocente al acusado. Aunque incluso para el autor citado existe un error estructural al denominarse **presunción de inocencia**, tema del cual no es pertinente abocarse en el presente trabajo.

- El derecho al juez imparcial. Este derecho forma parte del debido proceso, como señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es decir, se garantiza que el juzgador dentro del ejercicio de sus funciones tiene la mayor

²³⁵ Missiego Del Solar, Joaquín, *Derecho Procesal Garantista y Constitucional, Proceso Garantía y Libertad*, Fondo Editorial Remington, Medellín – Colombia 2013, p. 273.

²³⁶ Nieva Fenoll, Jordi, *La duda en el proceso penal*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid 2013, pp. 62, 63.

²³⁷ Peña Cabrera Freyre, *Derecho Procesal Penal, Sistema Acusatorio – Teoría del Caso, Técnicas de litigación oral*, Editorial Rodhas, Tomo I, Lima 2014, p. 43

²³⁸ Nieva Fenoll, Jordi, *La duda en el proceso penal*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid 2013, p. 63

²³⁹ Nieva Fenoll, Jordi, *La duda en el proceso penal*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid 2013, p. 63

objetividad para afrontar el juicio. Esto otorga a la vez, que la función de los magistrados en los tribunales generen la confianza necesaria a las partes, así como a la sociedad²⁴⁰.

- La facultad probatoria de oficio, afecta la garantía de imparcialidad del juzgador, que a su vez está ligada, implícitamente, a la Tutela Jurisdiccional efectiva, conforme lo establece el artículo 139.3 de la Constitución Política del Perú, dentro del cual se reconoce a un juez independiente e imparcial. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 04675-2007-PHC/TC²⁴¹, refiere que **la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8 inciso 1 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 inciso 1, de los cuales el Perú es parte y forman parte del derecho local (art. 55 de la Carta Magna) reconocen el derecho a ser juzgado por Juez imparcial y que esto constituye un elemento del debido proceso.**

Sobre la base de lo anterior, se tiene que la separación de funciones de instrucción y juzgamiento constituye una clara manifestación de la imparcialidad. Dentro de la legislación que no adopta la prueba de oficio –como se anotó en el capítulo II del presente trabajo- se tiene a la colombiana, al respecto y para acotar lo ya mencionado, respecto de la sentencia C-396/07²⁴² del 23 de mayo de 2007, ésta manifiesta que en el sistema acusatorio la imparcialidad judicial como garantía no solo consiste en la adopción de elementos externos al proceso, sino que también en el diseño de las reglas al interior del proceso, la sentencia mencionada señala los instrumentos para garantizar la imparcialidad objetiva los cuales son: 1) el funcionario que instruye no juzga, 2) se entiende la pérdida de la iniciativa

²⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 2 de julio de 2004, caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.

²⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional del 6 de enero de 2009, en el Recurso de Agravio Constitucional, disponible en: www.tc.gob.pe.

²⁴² Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-396-07.htm>

probatoria, al entenderse éste como un tercero imparcial que busca la justicia material y 3) la carga de la prueba le corresponde al Fiscal.

La pérdida de las facultades investigativas que se coloca como insignia del Código Procesal Penal de 2004, y se enarbola como un logro respecto del sistema anterior, se ve indiscutiblemente en crisis con la incorporación de la prueba de oficio habida cuenta de que esta afecta en su base el principio de imparcialidad, al quebrar la igualdad de las partes. En el lenguaje figurado, se habla de un juez que baja del estrado a desempeñar un rol propio de las partes, transgrediendo las funciones propias del sistema acusatorio, incluso a pesar de que ninguna de las partes lo hubiera planteado o solicitado, o, peor aún, en contra de la voluntad de las mismas, separándose de su función inherente, que es, administrar justicia. Se considera entonces, que el derecho a un juez imparcial está vinculado con aquel **derecho de las partes de someterse a un proceso en igualdad de condiciones**, porque se daría una situación de desigualdad, tanto para quien acusa como para quien es acusado, en clara desventaja éste último, ya que tendrá un adversario más a parte del Fiscal.

El tratadista argentino Jauchen, indica que en un sistema con rasgos acusatorios no le está permitido al juez afiliarse o entrometerse en el juicio decretando prueba oficiosa, citando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este autor recuerda que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al tratar el caso De Cubber, donde se resalta que las funciones de investigación del juzgador sobre los hechos e información que pueda ser útil para averiguar el caso, esto puede provocar, a pesar de las buenas intenciones, prejuicios a favor o en contra del acusado que definitivamente van a influir a la hora de decidir. Y aunque en el supuesto negado ello no suceda, es complicado evitar aquella idea o impresión de que el juzgador realice su función sin la imparcialidad que se necesita dentro de su actividad²⁴³. En esta misma línea, el ya referido Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el famoso caso **Piersack** declaró sobre la imparcialidad que el juez,

²⁴³ Caso de Cubber contra Bélgica, del 26 de octubre de 1984

que ésta debe otorgar garantías para expectorar cualquier tipo de duda legítima sobre la imparcialidad de su actuar, visto desde un punto de vista objetivo como establece el referido tribunal²⁴⁴. Entonces no es suficiente que el juzgador realice sus actos de manera imparcial, sino que resulta necesario que no exista la mas mínima apariencia de imparcialidad, porque lo que se juega es la confianza en los tribunales por parte de la ciudadanía debiendo inspirarla en todos sus estadios más si se trata de un proceso que no se duda en denominar acusatorio²⁴⁵.

En el plano legal, el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal, señala que la justicia penal, se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes, entonces, ésta exigencia puede verse afectada con la facultad que la norma procesal otorga al Juez en materia probatoria de disponer prueba de oficio. Claro está, que la legitimidad en el sistema anterior (aún vigente en algunos distritos judiciales), no era cuestionada, toda vez que la doctrina, jurisprudencia y legislación la reconocían, esto como ya se explicó oportunamente, por haber estado dentro de un sistema procesal mixto.

El Código Procesal Penal de 2004, restringe las facultades de investigación, esto en comparación con las que tenía en el Código de Procedimientos Penales, entonces se entiende que el Nuevo Código Procesal Penal, busca garantizar la imparcialidad del juez, por lo que otorga la responsabilidad de iniciativa probatoria al Ministerio Público y busca que el Juez sea un tercero imparcial que controla la investigación preparatoria.

En esta investigación, se considera que la prueba de oficio establecida en el artículo 385.2, -cuyo parámetro literal condiciona que debe tratarse de una disposición de carácter excepcional, que resulte útil para esclarecer la verdad y que sobre todo no reemplace la actuación de las partes-, resulta contraria al sistema acusatorio, por cuanto lesionaría la imparcialidad del Juez.

²⁴⁴ Sentencia del TEDH de 01 de octubre de 1982. Caso Piersack contra Bélgica.

²⁴⁵ Jauchen Eduardo M. *Derechos del imputado*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires 2005, p. 219.

Finalmente, y como conclusión, el propio Código Procesal Penal de 2004, Título Preliminar, Artículo X a la letra establece “Las normas que integran el presente Título prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizados como fundamento de interpretación”, se entiende entonces que, los principios recogidos en el Título Preliminar tienen prevalencia sobre las demás normas que el mismo Código establece y, ante la contrariedad de la prueba de oficio, con los principios constitucionales y con las disposiciones establecidas en el Título Preliminar, se deberá preferir a éstas últimas.

No se trata por lo tanto de una contraposición de modelos teóricos inexistentes en la práctica, como son el sistema inquisitorial y el acusatorio; se trata de un análisis de carácter constitucional de la sistemática del proceso penal vigente en el Perú. En este ámbito, como venimos mostrando, la prueba de oficio no tiene cabida en nuestro Ordenamiento.

5.- Alternativas.

Como se tiene detallado en el presente trabajo, luego de haber realizado el análisis de la prueba de oficio desde una perspectiva constitucional, con un resultado desfavorable para su aplicación dentro del sistema procesal que se implementa con el Código Procesal Penal de 2004, corresponde identificar algunas alternativas que, de ser el caso, podrían otorgarse a fin de no vulnerar el derecho de defensa de las partes en el proceso.

Ahora bien, indagar o investigar las razones por las cuales el legislador introdujo la prueba de oficio en el Código Procesal Penal de 2004 en relación con la Constitución Política del Perú de 1993, resultaría complicado, si a ello se suma el aporte realizado en el presente trabajo, al menos doctrinalmente, tendría serios inconvenientes, para su aplicación por cuanto violaría varios de los principios que la Carta Magna dispone.

Por otro lado, el sistema procesal penal que se implementa con el Código Procesal Penal de 2004, constituye un gran avance en nuestra sociedad, sin embargo, como todo suceso de desarrollo, –ya sucedió antes y volverá a suceder- éste sufrirá modificaciones con el transcurso del tiempo, gracias a ese constante afán de mejorar su aplicación en atención a las nuevas circunstancias que lo obligaran a ello, algunas decisiones serán acertadas y otras no seguramente; en esta misma línea y ante el posible panorama que se tiene con la prueba de oficio en el nuevo sistema procesal impuesto por el Código Procesal Penal, como aquella facultad de carácter excepcional, se corre el riesgo –como ya se mencionó anteriormente- de convertir aquella **excepción en regla**.

Al respecto se tiene como respaldo histórico, lo sucedido con el procedimiento sumario promulgado a través del Decreto Ley N° 17110 en el año 1969, ampliando posteriormente mediante el D.L. 124 el referido procedimiento a cincuenta y dos modalidades adicionales de delitos, siendo el punto más crítico la ampliación a un 79% de delitos (aproximadamente) mediante el Decreto Ley N° 26689 del año 1996, tal como ya se tiene detallado en los capítulos precedentes del presente trabajo, lo que apareció inicialmente para las infracciones penales menos graves termino siendo la regla general donde la vía ordinaria era el denominado “proceso sumario” y el procedimiento ordinario sería la excepción. Nada impide que este mismo fenómeno suceda nuevamente, pero esta vez con la prueba de oficio, lo único que no se puede determinar aún es cuándo ocurrirá; por ello, el otorgar aunque sea excepcionalmente la atribución de la prueba oficiosa al Juez, expone al proceso penal actual a convertir en regla aquella excepción a través de la prueba de oficio.

En atención a lo anterior y frente a la posición asumida por el presente trabajo respecto de la prueba de oficio, corresponde analizar brevemente algunas alternativas que podrían ser de utilidad, en aras de mejorar el nivel de procedimiento y sobre todo evitar que el juez disponga prueba oficiosa; lo cual se podría salvar si se modifica algunas características del procedimiento de admisión

de la prueba a juicio, sobre todo en la etapa intermedia, donde la práctica y el uso cotidiano han demostrado situaciones mejorables en el sistema procesal penal. Dichas posibilidades son, a nivel de propuesta, las siguientes:

- Ampliar el plazo para ejercer la potestad del investigado de presentar prueba en la etapa intermedia, aun cuando no lo haya invocado en su escrito de contestación.

Respecto de lo anterior y tal como se mencionará en el presente trabajo, la experiencia a trece años de implementación del Código Procesal Penal de 2004, -como se sabe, se realizó a través de un plan nacional de implementación que incluía periódicamente a los departamentos o distritos judiciales- demuestra que todas las partes, no llegan al juicio oral en igualdad de condiciones. En efecto, si bien las partes están investidas del principio de igualdad de armas, lo cierto es que, en la práctica dicha igualdad jurídica se ve afectada por factores extraprocesales vinculados a la propia dinámica del cambio de todo un modelo procesal. La adaptación de las partes, sus abogados y de los mismos jueces y fiscales, a la nueva dinámica del proceso toma tiempo, y en ese lapso, los errores más trascendentes son, indudablemente, los de la defensa, puesto que ésta tiene a su cargo la defensa de la libertad e inocencia del imputado. Un mal manejo de los plazos, o de las oportunidades procesales, puede llevar a la ausencia de una defensa correcta del imputado.

En ese contexto, recuérdese que en la etapa Intermedia, el juez recibe la acusación escrita por parte del fiscal, la misma que se corre traslado a los demás sujeto procesales, mediante notificaciones a los domicilios reales o procesales, para que en el plazo de 10 días las partes puedan realizar entre otros, ofrecer pruebas para el juicio, adjuntando la lista de testigos y peritos que deben ser convocados para el debate, con indicación de sus nombres,

profesión, etc., asimismo, se debe presentar documentos que no fueron incorporados antes, o señalar el lugar donde se hallan los que deben ser requeridos.

El problema surge cuando la defensa contesta la acusación sin adjuntar algún elemento probatorio trascendente, lo cual determina gravemente la indefensión en juicio oral, ya que el Código no prevé otro momento procesal para el ofrecimiento de las pruebas (de descargo) que ingresarán al juicio. Este suceso aumenta, nuevamente, las posibilidades de que el juez, en un intento de revertir la iniquidad, dicte de oficio la prueba que considera faltante o trascendente para su convencimiento.

El límite temporal de la presentación de la prueba debe ser, entonces, modificado y ampliado hasta el mismo acto de la audiencia de Control de Acusación.

- Ampliar las posibilidades del reexamen.

Al respecto se tiene en el Artículo 373 del Código Procesal Penal, el mismo que en el inciso 2 establece que, excepcionalmente, las partes podrán reiterar el ofrecimiento de medios de prueba inadmitidos en la audiencia de control, para lo cual se requiere especial argumentación de las partes.

En ésta misma línea, si bien es cierto se requiere para el reexamen que las pruebas hayan sido ofrecidas como medios probatorios y que éstas no hayan sido admitidas, el reexamen resulta beneficioso, sobre todo si no se tuvo una adecuada valoración de su utilidad. Asimismo, dotar a esta herramienta del carácter de excepcional, es correcto; no obstante, la clave resulta ser el alcance de lo **excepcional**, esto es, definir cuál es perfil de aquella prueba cuyas características permiten que se le considere apta para poder ser sometida a un reexamen.

Por esta vía (ampliar los supuestos de excepcionalidad de la prueba sometida a reexamen) se puede entonces ampliar al juez las posibilidades del reingreso de prueba previamente rechazada, lo que redundaría en una disminución de la necesidad de recurrir a la prueba oficiosa.

En efecto, si las partes tuvieran oportunidades más amplias de solicitar en el juicio oral el reexamen de las pruebas inadmitidas, se lograría, por un lado, ampliar el universo de pruebas de las que puede disponer el juez, y reducir la necesidad de acudir a la prueba oficiosa.



CONCLUSIONES.

- Como primera conclusión se tiene la importancia de la interpretación del rol del juez penal de conformidad con la Constitución, en el presente trabajo resultó vital analizar la importancia de la Constitución en el Derecho Penal y Procesal Penal, como aquella estrecha relación existente entre ambas y a decir de autores como Carbonell, el Derecho Penal acoge y define los valores a los que ha de servir el ordenamiento además, fundamenta y limita la actuación de los poderes públicos.
- Desde una perspectiva político-criminal, el proceso penal no debe configurarse como un sistema de persecución y sanción de ilícitos, en todo caso desde una perspectiva, abordada mayoritariamente en esta investigación, constitucional, se configura como un espacio de garantía de los derechos de los ciudadanos sometidos al mismo. Finalmente, a decir de connotados juristas, la política criminal actúa como correlato fundamental de un Estado Social y Democrático de Derecho, enarbolando el respeto irrestricto de la persona humana y su dignidad.
- La prueba de oficio no guarda correspondencia con el modelo constitucional vigente, por cuanto su actuación vulnera principios y garantías constitucionales del proceso, entre otros: la igualdad procesal, imparcialidad, presunción de inocencia, igualdad de armas. La prueba oficiosa quebranta las bases del principio acusatorio y aplicarla como instrumento para encontrar la verdad contradice los fundamentos del sistema en referencia.
- Los principios recogidos en el Título Preliminar del Código Procesal Penal tienen prevalencia sobre cualquier las demás normas que el mismo Código establece y, ante la contrariedad de la prueba de oficio con los principios

constitucionales y con las disposiciones establecidas en el Título Preliminar, se debe preferir a éstas últimas, y no recurrir a la prueba de oficio.

- El sistema puede ser ajustado a fin de ampliar los supuestos de admisión de la prueba a ser discutida en juicio, a fin de que se minimice la posibilidad de que el juez recurra a la prueba de oficio, sin tener que afectar la búsqueda de la verdad.



BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema Procesal, Garantía de la Libertad*, Rubinzal – Tomo I, Culzoni Editores, Buenos Aires 2009.
- AMBOS, Kai; GARCIA CAVERO, Percy; REYNA ALFARO, Luis Miguel; VALDEZ ROCA, Raúl; VELEZ RODRIGUEZ, Enrique, *el Derecho Procesal Penal frente a los retos del Nuevo Código Procesal Penal* Ara Editores, 1ra edición, Lima 2009.
- ANDRES IBAÑEZ, Perfecto, *Sobre prueba y proceso penal, en discusiones*, N° 3, Bahía Blanca, 2003. El autor es seguido por Cáceres Julca, Roberto en, *Comentarios al Título Preliminar del Código Procesal Penal*, Editora Grijley, Lima 2009.
- ANGULO ARANA, Pedro, *La función del Fiscal, estudio comparado y aplicación al caso peruano. El Fiscal en el nuevo proceso penal*, Jurista Editores, Lima 2007.
- ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy, *Derecho Procesal Penal, Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*, Tomo I Gaceta Jurídica, 1° edición 2015.
- ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor, *Derecho Procesal Penal*, 1ra Edición Editorial San Marcos, Lima 2013.
- ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de derecho procesal penal*, Marcial Pons, Madrid 2003.
- ARMENTA DEU, Teresa, *Principio Acusatorio y Derecho Penal*, J.M. Bosch Editor, Zaragoza 1995.
- ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos, *La prueba, reforma los procesos penales y derechos fundamentales*, Jurista Editores, Lima 2007.
- BACIGALUPO, Enrique, *El debido proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires 2005.
- BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires 1993.

- BURGOS MARIÑOS, Víctor, *El proceso penal peruano; una revisión sobre su constitucionalidad*, Revista Peruana de Doctrina & Jurisprudencia Penales, Lima 2002.
- CÁCERES JULCA, Roberto, *Comentarios al Título Preliminar del Código Procesal Penal*, Grijley, Lima 2009.
- CALDERÓN CERNA, Severiano, *El proceso penal ordinario, exégesis de los delitos agravados*, Ediciones Legales, Lima 2001
- CALDERÓN SUMARRIVA, Ana, *Análisis integral del Nuevo Código Procesal Penal*, Editorial San Marcos, Lima 2006.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant To Blanch, Valencia 1999.
- CARNELUTTI, Francesco, *Principios del Proceso Penal en Derecho Procesal Civil y Penal, II Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas EuropaAmerica, Buenos Aires, Argentina, 1960.
- CAROCCA PÉREZ, Alex, *El Nuevo Sistema Procesal Penal*, Editorial La Ley, Santiago de Chile 2003
- CASTILLO ALVA, José Luis. *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*. Grijley, Lima, 2013.
- CHIRINOS SOTO, Francisco, *Constitución de 1993, Lectura y Comentario*, Editorial Rodhas, Lima 1997.
- Código Procesal Penal de 2004.
- COLCHADO BOLÍVAR, Miriam; RAMÍREZ SEDANO, Miriam; MAGALLANES AYVAR, Cesar, *Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas, Lima 2004.
- CORDÓN MORENO, Faustino. *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. Editorial Aranzadi, Navarra 2002.
- CRUZ VEGAS, Guillermo Alexander, *Juicio Oral, Problemas de aplicación del Código Procesal Penal de 2004*, Gaceta Penal y Procesal Penal, Gaceta Jurídica, Lima 2011.

- CRUZ VEGAS, Guillermo Alexander, *Problemas de aplicación del Código Procesal Penal de 2004*, Gaceta Penal y Procesal Penal, Editorial Gaceta Jurídica, 1ra Edición, Lima 2011.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *El Nuevo Proceso Penal Peruano*, Editorial Palestra, Lima 2009.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El Nuevo Código Procesal Penal ¿Revolución Penal?*. Editorial Ali Arte, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1° Edición, Lima 2004.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; ARGONESES MARTINEZ, Sara; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio; TOME GARCÍA, José Antonio, *Derecho Procesal Penal, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces*, Madrid 1993.
- DEL RIO LABARTHE, Gonzalo, *Independencia e imparcialidad de los jueces en el proceso penal*, Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 6, Gaceta Jurídica, Lima 2009.
- DEL RIO LABARTHE, Gonzalo, *La etapa intermedia en el Nuevo Proceso Penal Acusatorio*, Ara Editores, 1ra Edición, Lima 2010.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Editorial Temis, Quinta Edición, Tomo I, Bogotá 2002.
- DOIG DIAZ, Yolanda, *El Ministerio Fiscal: Director de la instrucción en el Código Procesal Penal peruano*, en Gimeno Sendra, Vicente, *El Ministerio Fiscal: director de la instrucción*, Editorial Iustel, Madrid, 2006.
- ESPINOZA GOYENA, Julio Cesar, *Nueva Jurisprudencia Nuevo Código Procesal Penal*, Reforma, Lima 2009.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.
- GARCÍA CAVERO, Percy en, *El Derecho Procesal Penal frente a los retos del nuevo Código Procesal Penal*, Ara Editores, Lima 2009.
- GARCÍA CAVERO, Percy y otros. *El Derecho Procesal Penal frente a los retos del nuevo Código Procesal Penal*, Ara Editores, 1° edición, Lima 2009.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca 1996.

- GARCÍA TOMA, Víctor, *Interpretación y aplicación de la ley penal*, *Anuario de Derecho Penal 2005*, Lima 2005.
- GARGARELLA, Roberto, *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Tomo I Democracia, Editorial Ebeledo Perrot, Buenos Aires 2010.
- GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Administrativo*, Tirant to Blanch, Valencia 1991.
- GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Colex, Madrid 1997.
- GOZAINI, Osvaldo Alfredo, *La presunción de inocencia. Del proceso penal al proceso civil*, En: *Revista Latinoamericana de Derecho*. Año III, N° 6 UNAM, México DF, 2006.
- HUERTA GUERRERO, Luis Alberto, *EL debido proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Colegio de Abogados de Lima, Lima 2003.
- HURTADO POZO, José, *El Ministerio Público*, Eddili Editores, Lima 1984.
- HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal. Parte general I*, Grijley, Lima 2005.
- JAÉN VALLEJO, Manuel, *Tendencias actuales de la jurisprudencia penal española*. Editorial Grafica Horizonte, Lima 2001.
- JAUCHEN, Eduardo, *Derechos del imputado*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires 2005.
- LANDA ARROYO, Cesar, *Constitución y Fuentes del Derecho*, Palestra Editores, primera edición, Lima 2006.
- LANDA ARROYO, César, *Interpretación Constitucional y Derecho Penal*, Palestra Editores, Lima 2006.
- LANDA ARROYO, Cesar, *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Palestra Editores, Lima 2004.
- LANDA ARROYO, Cesar. *Constitución y fuentes del Derecho*, Palestra Editores, Lima 2006.
- Ley Orgánica del Ministerio Público.

- MAIER, B.J. Julio, *Derecho Procesal Penal Argentino*, Tomo I, Editorial Hammurabi, Buenos Aires 1989.
- MAIER, B.J. Julio. *El Derecho Penal Contemporáneo*, Palestra Editores, 1ra Edición, Instituto de Ciencias Penales, Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo 2008.
- MAMANI MACHACA, Víctor Roberto, *EL Juzgamiento en el modelo acusatorio adversarial*, Editorial Grijley, Lima 2015.
- MISSIEGO DEL SOLAR, Joaquín, *Derecho procesal – Garantista y Constitucional*, Fondo Editorial Remington, Medellín – Colombia 2013.
- MIXAN MÁSS, Florencio, *Cuestiones epistemológicas y Teoría de la Investigación y de la prueba*, Ediciones BGL, Trujillo 2005.
- MONTERO AROCA, Juan y otros, *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*, Tirant lo Blanch, 9º edición, Valencia 2000.
- MONTERO AROCA, Juan, *Los principios del proceso penal, una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanch alternativa, Valencia 1997.
- NIEVA FENOLL, Jordi, *La duda en el proceso penal*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid 2013.
- ORDOÑEZ GÓMEZ, María Helena; CANO MURILLO, Diego Mauricio, *La resistencia del Sistema Penal Inquisitivo Perspectiva Histórico-Jurídica*, Bogotá D.C. 2003.
- ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Manual de derecho procesal penal*, Ediciones Alternativas, Lima 1996.
- ORÉ GUARDIA, Arsenio, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Reforma, Tomo I, 1ra Ed, Lima 2011.
- ORREGO MORENO, Alfonso, *La prueba en el proceso penal*, Ediciones Jurídicas, Lima 1984.
- PAREJA PAZ SOLDAN, José, *Historia de las Constituciones Nacionales (1812-1979)*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima 2005, Segunda Edición revisada, corregida y aumentada.
- PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de derecho probatorio*, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá 2013.

- PELÁEZ BARDALES, José Antonio, *El Ministerio Público*, Editorial Grijley, Lima 2003.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho Procesal Penal, Sistema Acusatorio Teoría del caso y técnicas del litigación oral*, Tomo I, Editorial Rodhas, 1ra Edición, Lima 2011.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Comentarios a la Legislación Anticorrupción*. Ediciones Legales, Lima 2002.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*, Editorial Rodhas, Lima 2007.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho Procesal Penal, Sistema Acusatorio, Teoría del Caso y Técnicas de Litigación Oral*, Tomo II, Editorial Rodhas, Lima 2014.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho Procesal Penal, Sistema Acusatorio, Teoría del Caso y Técnicas de Litigación Oral*, Tomo I, Editorial Rodhas, Lima 2014.
- PÉREZ ARROYO, Miguel, *Política Criminal y Sistema de Enjuiciamiento penal en la reforma procesal penal peruana de 2004, Procedimiento Penal*, Gaceta Penal tomo 10, Lima 2010.
- PÉREZ ARROYO, Miguel, *Política Criminal y Sistema de enjuiciamiento penal en la reforma procesal penal de 2004*, Gaceta Penal, Tomo 10, Lima 2010.
- PÉREZ ARROYO, Miguel, *Derecho Procesal Penal, Política Criminal y sistema de enjuiciamiento penal en la reforma procesal penal peruana de 2004*, Gaceta Penal, Gaceta Jurídica, Tomo 10, Lima 2010.
- PICO I JUNOY, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Barcelona, 1997.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Constitución, Derecho y principios penales*, Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima 1990.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *El proceso penal, sexta lectura constitucional*, J.M. Bosh Editor, Barcelona – España 2000.

- RAMOS SUYO, Juan Abraham, *Criminología y Criminalística vinculante a la política criminal*, Grijley, Lima 2010.
- DEL RIO LABARTHE, Gonzalo, *La etapa intermedia en el Nuevo Proceso Penal Acusatorio*, Ara Editores, Lima 2010.
- RIOJA BERMUDEZ, Alexander, *Constitución Política del Perú y su jurisprudencia en nuestro Tribunal Constitucional*, Jurista Editores, Lima 2013.
- ROBLES TREJO, Luis, *Derecho Penal Constitucional, “La presunción de inocencia como derecho fundamental, principio y garantía en el Estado Constitucional”*, Gaceta Penal, Tomo 64, Lima 2014.
- ROJAS RODRÍGUEZ, Héctor Fidel, *Fundamentos del Derecho Administrativo sancionador*, Pacífico Editores, Lima 2015.
- ROSAS YATACO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Pacifico Editores, Volumen I, 1ra Edición, Lima 2013.
- DE LA RUA, Fernando, *Teoría General del Proceso*, Depalma Editores, Buenos Aires 1991.
- RUIZ VADILLO, Enrique, *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Editorial Comares, Granada 1995.
- SALAS BETETA, Christian, *EL proceso penal común*, Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
- SAN MARTÍN CASTRO, Cesar, *Derecho Procesal Penal*, Editora Jurídica Grijley, segunda edición, Lima 2003.
- SAN MARTÍN CASTRO, Cesar, *Derecho Procesal Penal*, Grijley Editores, Lima 2014.
- SAN MARTIN CASTRO, Cesar, *Derecho procesal penal*, Volumen I, Editora Jurídica Grijley, Lima 2006.
- SAN MARTIN CASTRO, Cesar, *Ministerio Público y reforma de la justicia: algunos planteamientos de principio*, artículo en Revista de la Academia de la Magistratura, Numero 1, Lima 1998.

- SÁNCHEZ CÓRDOVA, Juan, *Problemas de aplicación del Código Procesal Penal de 2004*, Gaceta Penal y Procesal Penal, Gaceta Jurídica, 1ra Edición, Lima 2011.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Idemsa, Lima 2004.
- SERRANO – PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón, *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*, Grafica Horizonte, Lima 1999.
- SOTA SÁNCHEZ, André, *Derecho Penal Constitucional*, Gaceta Penal, Tomo 77, Lima 2015.
- SOTA SÁNCHEZ, Percy André, *Derecho Penal Constitucional-programa penal de la Constitución Política de 1993 y el Derecho Penal Constitucional peruano*, Gaceta Penal, Tomo 41, Lima 2012.
- SOTA SÁNCHEZ, Percy André, *Derecho penal constitucional –programa penal de la constitución y el derecho penal constitucional peruano – Gaceta Penal*, Tomo 77, Lima 2015.
- TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La prueba en el nuevo Proceso Penal*, Academia de la Magistratura, Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ, 1ra Edición, Lima 2009.
- TIEDEMANN, Klaus, *Constitución y Derecho Penal*, Revista Española de Derecho Constitucional N° 33, Madrid, 1991.
- UGAZ ZEGARRA, Fernando, *La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales*, Jurista Editores, Lima 2007.
- UGAZ ZEGARRA, Fernando, siguiendo a Montero Aroca, *Principios del Proceso Penal*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España 1997.
- VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, Marcos Lemer Editora, Córdoba 1986.
- VILLEGAS PAIVA, Elky, *Constitución y Proceso Penal: una visión constitucional para entender el sistema procesal adoptado por la reforma procesal penal peruana*, Gaceta Penal – Derecho Penal Constitucional, Tomo 72, Lima 2015.

FUENTE – INTERNET

- Código Procesal Penal de Colombia, Ley 906 del año 2004, disponible en: file:///C:/Users/USER/Downloads/LY_COD_PROCED_PENAL_DP.pdf.
- Código Procesal Penal de Republica Dominicana, disponible en:
http://www.poderjudicial.gob.do/documentos/PDF/codigos/Codigo_Procesal_Penal.pdf.
- Código Procesal Penal de Chile, disponible en: <http://web.uchile.cl/archivos/derecho/CEDI/Normativa/C%F3digo%20Procesal%20Penal.pdf>.
- Historia Constitucional del Ministerio Público, obtenida de.: http://catalogo.amag.edu.pe/web/html/servicios/archivos_articulos/2003/Levano_Genesis.htm.
- La prueba de oficio en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano, Tesis de Marisol Giraldo Sepúlveda, Universidad Católica del Norte de Medellín, Medellín 2014, pp 14 -15. Disponible en Web: <http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/1193/La%20prueba%20de%20oficio%20en%20el%20Sistema%20Penal%20Acusatorio%20Colombiano.pdf?sequence=1>.
- La Ley N° 7594, Código Procesal Penal de Costa Rica, disponible en la Web: http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=220086#LinkTarget_1542.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del 6 de enero de 2009, en el Recurso de Agravio Constitucional, disponible en: www.tc.gob.pe.
- Sentencia a la Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 361 de la ley 906 de 2004 Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-396-07.htm>.
- Sentencia de 02 de julio de 2004, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr>.

- Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional de Colombia C-396/07, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-396-07.htm>.
- Sobre la ley de Vagos y Maleantes, disponible en: <http://lawcenter.es/w/file/view/725/un-poco-de-historia-la-ley-de-vagos-y-maleantes-de-1933-en-adelante>.
- Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, 29 de marzo de 2006, Proceso de Inconstitucionalidad, Fiscal de la Nación contra el Congreso de la República, Disponible en la pág. Web: www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00004-2006-AI.html.
- Oré Guardia, Arsenio y Ramos Dávila, Liza, *El nuevo proceso penal, breves notas a partir de un enfoque económico*, disponible en: www.incipp.org.pe/index.php?mod=documento&com=documento-busqueda&secID=1&search=ore&catID=8&button=Buscar
- Ordoñez Gómez, María Helena, Cano Murillo Diego Mauricio. “La resistencia del Sistema Penal Inquisitivo Perspectiva Histórico-Jurídica”. Bogotá D.C. 2003. P. 74: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS36.pdf>.
- Página de la Real Academia de la Lengua Española: <http://dle.rae.es/?id=LM6YReG>.
- Verheye Asalde, Yann, *El Ministerio Público a lo largo de la historia Constitucional peruana*. Artículo publicado en el número 368 de JURIDICA, Suplemento de Análisis Legal del Diario “El Peruano”, de fecha martes 16 de agosto de 2011. Disponible en la pg. Web: <https://javierjimenezperu.files.wordpress.com/2012/04/02-yann-ministerio-pc3bablico-historia-constit-presente-pasado-futuro.pdf>.
- www.mpfj.gob.pe.