

*Inconstitucionalidades del Nuevo Código
Procesal Penal*
*Unconstitutionality of the New Criminal
Procedural Code*

César Vásquez Arana*

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v14i17.942>

* Doctor en Derecho por la Universidad Alas Peruanas, maestro en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres, postítulo en Derechos Fundamentales por la Universidad Católica del Perú, Juez Superior Titular del Poder Judicial. Actualmente preside la Segunda Sala de Apelaciones - Crimen Organizado de Lima Sur.
E-mail: cvasquezarana@yahoo.es; c_vasquez@doc.uap.edu.pe

Lex



© Los autores. Artículo publicado por la Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual 4.0 Internacional (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>), que permite el uso no comercial, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre que la obra original sea debidamente citada.



La máquina (135 cm x150 cm). Diego Alcalde Taboada.

RESUMEN

Los sistemas procesales adquieren sus características de acuerdo a la ideología política que impera en una determinada época y la concepción del Estado y del sujeto en la administración de justicia, en cuanto a privilegiar el interés colectivo o el individual, el principio de autoridad o la libertad individual. Basándose en estos aspectos es que hoy en día en materia procesal penal se distingue básicamente que nuestro proceso penal se sujeta al modelo acusatorio, en donde el individuo ocupa el rol central, en donde el legislador debe establecer los mecanismos para que se respete su libertad, su derecho de defensa y su derecho a probar. Así, en este orden de ideas, en el presente trabajo se han identificado algunas inconstitucionalidades que no se conciben con el espíritu y sentir del nuevo modelo, dispositivos reñidos en algunos casos con las normas internacionales a los cuales el Perú está obligado por ser parte integrante, entre las que tenemos la condena del absuelto, la terminación anticipada, el cobro de costas y la prueba de oficio; riñendo estas disposiciones con el sentir y espíritu del Nuevo Código Procesal Penal, que se encuentra al servicio de los individuos para resolver los problemas o conflictos que entre ellos se susciten. La característica básica del sistema acusatorio es la división de funciones de acusar, defensa y fallo en órganos diferentes e independientes entre sí y su finalidad última es la resolución de conflictos. Este Código Procesal en comento ha revolucionado nuestro sistema procesal actual, con cambios sustanciales en el antiguo modelo, cuyo trámite se basa en el Código de Procedimientos Penales de 1940; por lo que nos parece oportuno que en este artículo se identifiquen las falencias constitucionales, incidentes a los tratados internacionales, a fin de garantizar la imparcialidad del juez, así como el respeto irrestricto a las garantías de que goza todo ciudadano sometido a un proceso penal, que evidentemente serán corregidos por reformas legales o por el órgano jurisdiccional, mediante control difuso o concentrado. Considero oportuno informar al lector que incidimos en ciertos temas que en nuestro parecer resultan lesivos a la Constitución, exponiendo nuestra inquietud, generalidades de la prueba en el proceso penal, el procedimiento de control constitucional, en espera de poder llegar a conclusiones que puedan satisfacer nuestra inquietud y contribuir de alguna manera con la adecuada implementación y la marcha del Nuevo Código Procesal Penal, cuya aplicación, debe estar exenta de cualquier abuso o exceso.

Palabras clave: *Nuevo Código Procesal Penal, Código de 1940, Código de Procedimientos Penales, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Constitución Política del Estado de 1993.*

ABSTRACT

The procedural systems acquire their characteristics according to the political ideology that prevails in a determined time and the Conception of the State and the subject in the justice management, in respect of giving privileges to the collective interest or the individual one, the authority principle or the individual freedom. Nowadays, based on these aspects, is that in procedural material it is basically distinguished that our procedural process is subjected to the accusatory model, in which the subject takes the main role, where the legislator must establish the mechanisms so freedom is respected, its Defense Rights and its Right for Evidence, so under this order of ideas in this paper some unconstitutionality have been identified, which are not consonant with the spirit and feeling of the new model, devices that in some cases are in conflict with the international regulations to which Peru is obliged to for being part of its members, having the sentence of the absolved, the early termination, the recovery of costs and the evidence ex officio, in conflict to the feeling and spirit of the New Procedural Code, which is at the service of the individuals to solve problems, or conflicts that might emerge between them. The basic characteristic of the accusatory system is the division of functions to accuse, defend, and the judgement in different and independent organs within them as well as its ultimate aim is the resolution of conflicts. This Procedural Code has revolutionized our present procedural system, with significant changes in our former model which procedure is based on the Criminal Procedural Code of 1940; for we consider convenient that in this article the Constitutional failings can be identified, international treaties incidents, in order to ensure the impartiality of the Judge, as well as the unrestrictive respect to the guarantees which all citizen submitted to criminal procedure have, which obviously will be corrected by legislative reforms or by the jurisdictional organ, by means of diffuse or concentrated control. It is convenient to inform to the reader that certain themes are highlighted, which we consider harmful for the Constitution, stating our concern, generalities of the evidence in the criminal procedure, the Constitutional Control Procedure, expecting to reach conclusions that can satisfy our concern and in some way with the appropriate implementation and the New Criminal Procedural Code underway, which application must be exempted of any abuse or excess.

Key words: *New Criminal Procedural Code, 1940 Code, Criminal Procedural Code, Inter-American Commission of Human Rights, The Political State Constitution of 1993.*

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL SISTEMA ACUSATORIO

Para entender el sistema acusatorio debemos tener en cuenta, aunque sea muy someramente, su origen histórico y respecto de ello podemos decir que su nacimiento se remonta a Grecia, de donde se extendió a Roma, y sus orígenes se vinculan con una concepción democrática, tan es así que fue adoptado por los antiguos regímenes democráticos y republicanos y prevaleció hasta el siglo XIII, cuando fue sustituido por el sistema inquisitivo. La denominación de Sistema Acusatorio toma ese nombre porque en él ubicamos de manera latente el Principio Acusatorio. El Principio Acusatorio implica la repartición de tareas en el proceso penal, puesto que el juzgamiento y la acusación recaen en diferentes sujetos procesales en donde el juez no puede efectuar investigaciones por cuenta propia ni siquiera cuando se cometa un delito durante el juicio, entendiéndose delante de él, en cuyo caso deberá comunicarlo a la autoridad encargada de la investigación; sin embargo, el Sistema Acusatorio no solo implica la separación de funciones entre juzgador, acusador y defensor sino también que trae consigo otras exigencias fundamentales tales como que necesariamente deben existir indicios suficientes de que un individuo ha cometido un hecho constitutivo de delito y no solo meras sospechas para poder realizar una imputación o iniciar un proceso, afectando de esta manera la dignidad del sujeto imputado. Del mismo modo, también se establece que debe haber igualdad de armas antes y durante todo el proceso, pues el derecho de defensa que tiene el imputado es una derivación del principio de presunción de inocencia e *in dubio pro reo* reconocido como un derecho fundamental; otra exigencia es que el imputado no tiene el deber de ofrecer prueba en su contra sino que la carga de la prueba le corresponde al fiscal como titular de la acción penal; así mismo también otra exigencia fundamental es que sin acusación no hay posibilidad de llevar a cabo juzgamiento alguno sobre la base del principio *nemo iudex sine actore*, es decir, sin acusación externa no puede iniciarse un proceso. Otra de las exigencias en este sistema es la evidente correlación que debe existir entre acusación y sentencia, y solo cuando el fiscal o el querellante pida la ampliación de acusación al juez, el órgano jurisdiccional no podrá sancionar al imputado por hechos no contemplados en la acusación inicial, pues la acusación debe contener todos los puntos o delitos que se atribuyen al imputado para no sorprender a la defensa y se respete el derecho de defensa que tiene el

imputado y limitar su competencia fáctica a los hechos objeto del proceso. Además, en este sistema se encuentra vigente también la exigencia de la interdicción de *reformatio in peius* que se debe seguir como garantía del imputado recurrente; esta prohibición implica analizar el derecho a recurrir el fallo ante un tribunal superior que se produce cuando la condición jurídica del recurrente resulta empeorada a consecuencia exclusivamente de su recurso, si el imputado recurre en forma exclusiva a un tribunal *A Quem*, a fin de mejorar su situación jurídica, el tribunal por este merito no podrá agravar su situación, en la medida que este debe sujetarse a la pretensión de las partes. Situación distinta acontece cuando el acusador público impugna también la sentencia, a fin de que se agrave la pena, en cuyo caso el tribunal hace suya la pretensión punitiva del agente fiscal y no se produce vulneración alguna a este principio general del derecho procesal.

1.1. Evolución del sistema acusatorio

Muchos autores nos manifiestan que el proceso penal y, por cierto, el Derecho Penal se encuentran íntimamente relacionados con el modelo político en el que se exterioriza y con el sistema de valores que nutre a este. Según sea el papel que una sociedad le asigne al Estado, el valor que reconozca al individuo y la regulación que haga de las relaciones entre ambos, será el concepto que desarrolle de delito (desobediencia a castigar, conflicto humano a solucionar o redefinir) y el tipo de proceso que se admita. En el decurso de la historia, la primacía de aquel dio lugar a un paradigma llamado “inquisitivo”; la del individuo, a otro denominado “acusatorio”. Y pensando en la conveniencia de lograr una síntesis entre las virtudes de ambas, se desarrolló el proceso penal llamado “mixto”, o con más precisión, “inquisitivo mitigado”.

Ni en el pasado ni en la actualidad es posible encontrar a alguno de aquellos dos primeros paradigmas procesales en estado “químicamente puro”. Sin embargo, será útil intentar poner de manifiesto los rasgos más característicos de cada uno, para facilitar la comprensión de muchas de las instituciones del proceso penal “mixto” de nuestros días, y de las actitudes oficiales —y aun sociales— frente al fenómeno delictivo. Porque el “inquisitivo” y el “acusatorio” son bastante más que simples modelos procesales; en realidad encarnan, representan manifestaciones abiertas o encubiertas de una cultura, pues expresan una determinada escala de valores vigente en una sociedad, en un momento o en un lapso histórico determinado.

Dentro de este contexto, los sistemas procesales son producto de la evolución de los pueblos y del grado de madurez política, y por consiguiente, las modificaciones que estos sistemas han venido sufriendo a través de la historia se deben a las transformaciones que han experimentado también las instituciones políticas del Estado, y dando como razones la norma en que aparecieron y la vigencia que han tenido dentro de la historia de la humanidad.

2. INCONSTITUCIONALIDADES DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

2.1. Consideraciones generales

La instalación del NCPP significa uno de los más grandes cambios que se han producido en nuestro país en materia de proceso, significando una remoción total de lo que significó el antiguo modelo inquisitivo mixto, basado en la escrituralidad y en una falta de independización de las funciones de investigación y de juzgamiento, introduciendo el nuevo modelo una serie de garantías para una adecuada investigación y mejorar el servicio de administración de justicia y a la vez garantizar los derechos de los ciudadanos que se encuentran sometidos a un proceso; pero dentro de este cuerpo normativo se ha podido establecer que existen algunas disposiciones que no se condicen con el debido proceso y sobre todo contravienen los tratados internacionales, que son las detectadas en este capítulo y descritas en el sumario y sobre las cuales versa el fondo de nuestro trabajo de investigación.

2.2. La condena del absuelto y la garantía de la doble instancia

El NCPP, en el artículo 419 inciso 2 establece que la Sala Penal Superior, en el trámite de las sentencias apeladas absolutorias podrá dictar sentencia condenatoria; esto consideramos que resulta ser una flagrante vulneración al derecho de defensa y al respeto a los tratados internacionales. Así, en este orden de ideas, el artículo octavo del Tratado de San José de Costa Rica establece que es derecho de todo ciudadano sometido a un proceso penal tener a su alcance un recurso válido de impugnación cuando el resultado le es desfavorable, y en este caso una persona que viene a la Sala Penal con una sentencia absolutoria no podría merecer una sentencia condenatoria, porque en este supuesto no tendría un recurso válido de impugnación, porque la condenatoria sería la segunda y última instancia, contraviniendo entonces de manera flagrante el Tratado en comento, en lo que se refiere a las garantías de administración de justicia, específicamente la doble instancia. Ni siquiera el Código de 1940, en desaparición por su obsolescencia contenía esta figura, por cuanto su artículo 301 en la última parte de este cuerpo legal establece: “En caso de sentencia absolutoria solo puede declarar la nulidad y ordenar nueva instrucción o nuevo juicio”. El fiscal supremo en lo penal Pablo Sánchez Velarde en su libro *Código Procesal Penal comentado* establece que la condena al procesado absuelto ha generado gran debate indicando que los pactos internacionales reconocen el derecho del justiciable a que su condena sea objeto de revisión; así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior; indica también el autor que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a recurrir del fallo ante un juez superior o tribunal.¹

¹ Pablo Sánchez Velarde, *Código Procesal Penal comentado* (Lima: Idemsa 2013), 433.

Lo señalado líneas arriba evidencia que esta disposición resulta una clara violación a los tratados suscritos por el Perú, porque más allá constituye una violación al derecho de defensa y sobre todo al derecho de todo ciudadano de impugnar una decisión judicial que no le favorece. En este orden de ideas existe un pronunciamiento de la Corte Superior de Arequipa que ha declarado inaplicable esta disposición, por reñir con los derechos señalados y sobre todo por desconocer los tratados internacionales (sentencia de vista en el expediente N° 00940-2009-52-0401-JR-PE-02). Así, en esta sentencia se ha declarado inaplicable para este caso concreto la última parte del artículo 419 del NCPP, en cuanto dispone que en caso de sentencias absolutorias podrá la Sala Superior dictar sentencia condenatoria.²

En esta línea de ideas, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República ha emitido importante pronunciamiento en la casación N° 280-2013, en donde ha declarado fundado el recurso de casación por inobservancia de garantías constitucionales personales, interpuesto por el condenado Víctor Chilón Durand, declarando nula la sentencia que le impuso pena de cadena perpetua por delito de violación sexual; siendo de recalcar que la sentencia de primera instancia declaró su absolución. Ha establecido la Corte Suprema, de manera clara e inequívoca, que es posible condenar al absuelto, pero tiene que disponerse la creación de un órgano de justicia y la incorporación del artículo que habilite el medio impugnatorio de carácter ordinario; así, esta decisión, en su punto decimotercero, sostiene que al haberse condenado al recurrente en una sola instancia limita su derecho a recurrir en impugnación. Pero de esta acertada decisión ya ha pasado algún tiempo y no se ha dispuesto lo pertinente, esto es, un recurso impugnatorio, y mientras tanto los procesos que se encuentren en este estado permanecerán detenidos.

2.3. La terminación anticipada y el error judicial

El NCPP ha considerado dentro de los procedimientos especiales el proceso de terminación anticipada en su artículo 468°. Esta disposición, que no es una novedad en nuestro sistema judicial, busca la simplificación judicial y sobre todo el descongestionamiento del sistema de administración de justicia, permitiendo que mediante un acuerdo de pena y reparación civil entre el imputado y el fiscal se imponga una sentencia por el juez que más que todo es una resolución que aprueba la legalidad del referido acuerdo; este procedimiento está basado en que el imputado acepte los cargos, no admitiendo ninguna actividad probatoria, aceptación que en muchos de los casos no es cierta, porque el procesado, guiado por la desesperación que le produce el encontrarse sometido a un proceso y con la incertidumbre que se presenta en su futuro, puede inclusive aceptar cargos que no son ciertos y que nos llevaría a aumentar el porcentaje de errores judiciales. Por eso, en muchos de los casos, a pesar del acuerdo y de la aceptación de los cargos, el juez tiene la facultad de dictar una sentencia absolutoria;

² Jorge Luis Salas Arenas, *Condena al absuelto* (Lima: Ideosa, 2011), 92-111.

así lo establece el inciso 6 del artículo 468° del NCPP, y esto también lo contemplaba el antiguo procedimiento de la Ley 28122, y también personas que habiéndose sometido a estos procedimientos especiales y aceptado los cargos han merecido una sentencia absolutoria.

El Tribunal Constitucional ha emitido sentencias en este sentido y se ha pronunciado por la terminación anticipada pero no ha efectuado un pronunciamiento de fondo, limitándose a sostener que habría algunos indicios de inconstitucionalidad en este procedimiento. El profesor y fiscal supremo Pablo Sánchez Velarde, en su libro *Código procesal Penal comentado*, indica que el hecho de que el imputado acepte los cargos solo debe ser tomado como una estrategia de defensa a fin de obtener respuesta punitiva menos intensa, que a su vez beneficia al sistema penal pues permite la descongestión del mismo. Por otro lado, la admisión de los cargos en este procedimiento no equivale a una confesión: porque cuando el imputado se acoge a este proceso, recibe un beneficio de reducción de la pena en una sexta parte, la cuál será adicional a la que reciba por confesión, y cuando no se llegue al acuerdo y este no sea aprobado, la declaración del imputado se tendrá como inexistente.³

Consideramos que este procedimiento contraviene los tratados internacionales porque tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen que toda persona tiene derecho a un proceso justo y al derecho a probar, pero como se ha mencionado líneas arriba, el agotamiento que produce un proceso en un ciudadano y los ofrecimientos legales de reducciones de pena pueden decidir al procesado para que se autoinculpe y con esto se aumente de manera considerable el margen de error judicial, más aún si en muchos de los casos es difícil verificar si la autoinculpación es verdadera o no.

El problema del margen de error sobre el que se basa todo el sistema merece algunas líneas. Habitualmente, los manuales de Derecho Procesal insisten en afirmar que el objeto del procedimiento penal es descubrir la verdad material o, en una formulación más reciente, emitir un fallo condenatorio solo cuando el juez o el tribunal logran tener la convicción absoluta sobre los hechos acusados. Se diría entonces que un sistema procesal, convenientemente asegurado por la presunción de inocencia, no puede fallar. Esto nos convence aún más de que el juez por ningún motivo puede ofrecer pruebas, cualquiera que fuere su motivación, porque con esto estaría sustituyendo la actuación de las partes y por ende perdería su imparcialidad.

Cómo deba enfrentarse este inevitable margen de error es un asunto que debe preocupar sensiblemente a la teoría de la prueba penal. El antiguo aforismo que atribuye mayor valor social a la absolución de un culpable que a la condena de un inocente parece inspirado, al menos intuitivamente, en una preocupación de este tipo. Sin duda, la reducción del margen

³ Pablo Sánchez Velarde, *Código Procesal...*, pág. 497.

de error tiene sentido como herramienta de protección de los inocentes. Sin embargo, su utilidad está vinculada también al mejor cumplimiento de la función de reforzamiento de vigencia de la ley como parte del sistema jurídico. Probablemente contará con muy poca aceptación pública y tendrá muy poco impacto sobre el reforzamiento del sentido de vigencia de la ley si la población percibe que la actividad judicial se desarrolla con un margen demasiado alto de desaciertos.

Una de las herramientas efectivas que reduce el margen de error en el sistema de justicia penal es la actuación y valoración de las pruebas. En consecuencia, la preocupación por el estado de la doctrina sobre las fuentes de prueba debe ser preocupación permanente de todos los agentes del sistema penal. La doctrina en referencia busca dar respuesta a preguntas tales como ¿cuándo condenar?, ¿cuándo absolver?, ¿cuándo estimar que una investigación está lista para pasar a juicio?, ¿cómo resolver los casos de duda?, ¿cómo enfrentar el dilema que corresponde a la sensación de estar frente al autor de un delito que parece no haber dejado huellas que lo vinculen al crimen? El error judicial es materia de comprensión y análisis para determinar de qué manera se le puede enfrentar y en qué forma podemos evitarlo; pero para absolver estas dudas y calmar su conciencia el juez no debería, desde nuestro punto de vista, actuar una prueba de oficio, porque en el nuevo modelo acusatorio esto es privilegio de las partes.

La Corte Suprema de la República en sentencia vinculante ha justificado las sentencias anticipadas, sosteniendo que al inicio del juicio oral se fijaron los términos del debate, y al ser preguntado el acusado si es responsable del delito materia de la acusación fiscal y responsable del pago de la reparación civil respondió afirmativamente, con aceptación de su defensa y sin exigencia de actuación probatoria; por lo que el Tribunal está autorizado a recorrer la pena en toda su extensión desde la más alta hasta la mínima, llegando incluso hasta la absolución.⁴ No obstante a ello, en nuestra opinión académica pensamos que la Corte Suprema puede reevaluar su decisión, porque una sentencia anticipada muchas veces es guiada por los motivos señalados líneas arriba, que lleva a autoinculparse al procesado.

2.4. La terminación anticipada y la garantía de publicidad de las audiencias

El artículo 468° del NCPP también señala que las audiencias en este procedimiento especial serán reservadas, lo cual contraviene el principio de publicidad que establece este Código, sobre todo en su artículo 357°, que a la letra dice que el juicio oral será público, y esto es porque esa es la razón de ser de la publicidad como un reflejo del control popular, por lo que no comprendemos cuál ha sido la razón del legislador de restringir esta garantía cuya

⁴ Sentencia con efectos vinculantes emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, de fecha 21 de setiembre del 2004, en la causa N° 1766-2004.

audiencia tiene el mismo sentir que cualquier otra sentencia, porque además la ciudadanía tiene también el derecho a enterarse de estos juzgamientos, ya que como lo señalan los tratadistas, el juicio oral constituye la etapa más importante del proceso, y esto es por la publicidad que los caracteriza, y en un procedimiento de terminación anticipada tiene las mismas características del debate y de la sentencia. Para Claus Roxin, los fundamentos de una sentencia están dados solo por aquello que fue expuesto oralmente; es decir, todo lo que sucede en el proceso, como la declaración del procesado, la producción de la prueba, la votación, debe ser producido oralmente. En contraposición al principio escriturista, “lo que no ha sido dicho no es tomado en cuenta”, y es considerado como no sucedido o no existente. En realidad, el principio de oralidad tiene la ventaja de la expresividad, frescura y rapidez, pero tiene como consecuencia el peligro de la falta de atención y del olvido.⁵ Se encuentra afectada con esta reserva una de las garantías de la Administración de Justicia contenida en el inciso 4° del artículo 139 de la Constitución del Estado, en donde se establece a la letra que es principio de la función jurisdiccional la publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley, disposición que en este caso y en ninguno justifica una reserva, por lo que considero que no existe ninguna razón para efectuar esta audiencia de manera reservada; siguiendo esta línea, el profesor Gimeno Sendra, en su *Tratado de Derecho Procesal Penal* sostiene que el juicio público es un derecho fundamental, no solo para el propio acusado sino para toda la sociedad. “El principio de publicidad de las actuaciones procesales es una conquista del pensamiento liberal. Frente al procedimiento escrito o justicia de gabinete, el movimiento liberal opuso la publicidad del procedimiento como seguridad contra el arbitrio judicial y eventuales manipulaciones en la constitución y funcionamiento de los tribunales, así como medio para el fortalecimiento de la confianza del pueblo en sus tribunales y en tanto instrumento de control popular sobre la justicia.”⁶ Por último, el artículo 6° de la Convención Europea de Derechos Humanos establece como garantía la publicidad de los procesos. Así, la Corte ha sostenido que el objetivo de la publicidad de los procesos es la de proteger a los litigantes contra una administración de justicia secreta, es decir, desprovista de control ciudadano, lo cual constituye el fundamento de la confianza en cortes superiores e inferiores.⁷

2.5. La prueba de oficio y la imparcialidad del juez

El inciso 2 del artículo 385 del NCPP faculta al juez de manera excepcional a que después de recibidas las pruebas pueda disponer, de oficio, la actuación de nuevos medios probatorios, a efectos de esclarecer la verdad; así mismo también podrá, según lo señalado en el inciso 1 de este artículo, ordenar de oficio una diligencia de inspección o reconstrucción; facultad probatoria de oficio que consideramos, en primer lugar, no guarda coherencia con lo señalado

⁵ Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal* (Buenos Aires: Editorial del Puerto, 2000), 114.

⁶ Vicente Gimeno Sendra, *Derecho Procesal Penal* (Madrid: Colex, 2000), 99.

⁷ Fabián Novak y Julissa Mantilla, *Las garantías del debido proceso* (Lima: Universidad Católica del Perú), 148.

en el inciso 3 del artículo 155 de este cuerpo legal, cuando indica que la ley establecerá los casos en que los jueces pueden ofrecer pruebas; consideramos que este dispositivo afecta la imparcialidad que el juez debe mantener en el proceso, evitando en todo momento sustituir a las partes. En este sentido, el profesor Pablo Sánchez Velarde se ha pronunciado sosteniendo que el juez puede ofrecer pruebas de oficio, cuando sea indispensable o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad, pero advirtiendo al legislador que ello no signifique que el juez por dicha vía reemplace la actuación de las partes, es decir, debe actuar neutralmente, con fines de esclarecimiento, cuidando que su intervención de oficio no se entienda como favorecimiento a alguna de las partes.⁸ En este punto, tenemos nuestras reservas y discrepancias, porque consideramos que por ningún motivo el magistrado debe participar activamente en el ofrecimiento probatorio, porque quiérase o no al ofrecer pruebas a su iniciativa ha tomado parte y algún objetivo persigue, evidentemente con el propósito de que el proceso culmine con éxito, pero en este caso consideramos que estaría reemplazando a las partes, con el beneficio de una y el perjuicio de otra.

2.6. Costas judiciales y la gratuidad de la justicia penal como función tuitiva

El NCPP ha establecido el pago de costas a las partes que resultan desfavorecidas con la decisión judicial, así como a los procesados que han sido absueltos cuando estos han provocado su propia persecución, al denunciar falsamente o confesado un hecho que no es verdad; la imposición de costas a los procesados condenados, al imputado absuelto o al actor civil contraviene una de las garantías de la administración de justicia contenida en el artículo 139° de la Constitución, inciso 16, donde se consagra que es principio la gratuidad de la administración de justicia para las personas de escasos recursos y para todos los casos en que la ley lo señale; en este orden de ideas, solo se estaría reservando la gratuidad del servicio judicial para personas de muy escasos recursos, cuando la ancha base de la sociedad que por distintas razones tiene que intervenir en un proceso penal no cuenta con recursos o con presupuesto para pagar las costas judiciales, lo que podría provocar que al hacer efectiva las mismas se graven sus remuneraciones o sus propiedades. La Ley Orgánica del Poder Judicial en el inciso 24 establece que la administración de justicia es gratuita, y en su literal d) establece que el servicio judicial es gratuito en los procesos penales, y en este mismo sentido el NCPP en el inciso 1 del artículo I del título preliminar establece que la justicia penal es gratuita, salvo las costas procesales; entonces al imponer el NCPP costas a las partes estaría contraviniendo normas expresas, como son la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial, y también este Código contendría un contrasentido al propalar que la justicia penal es gratuita, pero que hay que pagar costas, por lo que consideramos que este tema de costas debe ser analizado detenidamente.

⁸ Pablo Sánchez Velarde, *Código Procesal...*, 398.

3. NOCIONES Y PROCEDIMIENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD

3.1. Consideraciones generales

El principio de interdicción a la arbitrariedad ha consagrado con meridiana claridad que no existe ningún campo ni zona en el territorio peruano en que el desenvolvimiento de la autoridad y del Estado se encuentre fuera de control; en este orden de ideas, toda norma, así como la actividad de todo funcionario, está sometida al control constitucional, que en primer momento corresponde al control concentrado, en donde el control de las normas está encargado a un órgano jurisdiccional que en algunos países corresponde a una Sala de la Corte Suprema y en otros a un Tribunal Autónomo. En el caso del Perú, esta facultad la tiene el Tribunal Constitucional, encargado de dictar la inconstitucionalidad e invalidez de las normas que riñen contra la Constitución o los tratados internacionales, según lo contiene el artículo 200° y siguientes de la Constitución del Estado, como fiel reflejo de la corriente europeo-continental. Así también tenemos que el control constitucional en otras legislaciones está encargado a los magistrados del Poder Judicial, según lo prevé la corriente anglosajona, que en alguna forma ha sido también acogida por el Estado Peruano, que corresponde al control difuso al que se refiere el artículo 138°, segundo párrafo, de la Constitución del Estado, en donde el juez podrá controlar la inconstitucionalidad de las normas, pero para el caso concreto en cada proceso que es de su conocimiento.

Por otro lado, también existe como medio de control la interpretación de la ley penal ya sea en la forma auténtica o sistemática, en donde el juzgador o el intérprete buscarán el sentir y el propósito de la ley, según desarrollaremos oportunamente.

La interpretación del Tribunal Constitucional en materia de inconstitucionalidad de las leyes es incuestionable, pero se pone en duda cuando, confirmada la constitucionalidad de la ley, el Poder Judicial y las demás entidades con atribuciones jurisdiccionales a través del control difuso de constitucionalidad de esa misma ley pretenden inaplicarla en un caso concreto.⁹ El autor continua diciendo que sin embargo es mandato expreso de la ley Orgánica del Tribunal Constitucional (artículo 39) que los jueces deben aplicar una norma cuya constitucionalidad ha sido declarada por el Tribunal, disposición que se opone al mandato establecido en el artículo 138 de la Constitución, en donde se faculta al juez que cuando detecten incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal preferirá la primera, problema que se presenta porque la misma Constitución no ha establecido formalmente que sea el Tribunal Constitucional el supremo intérprete de la Constitución.

⁹ César Landa Arroyo, *Teoría del Derecho Procesal Constitucional* (Lima: Editores Palestra, 2004), 109.

3.2. Procedimiento de control constitucional

Como se ha referido, la Constitución de 1993, al igual que su homólogo anterior de 1979, había reservado el control constitucional a un órgano independiente del Poder Judicial que es actualmente el Tribunal Constitucional, órgano sucesor del Tribunal de Garantías Constitucionales. Así ha quedado consignado en el artículo 201° de la Constitución del Estado, en donde ha quedado establecido sin lugar a dudas que corresponde al Tribunal Constitucional el control de la Constitución. Así, en su artículo 202° señala que corresponde a este Tribunal conocer en instancia única la acción de inconstitucionalidad; conocer en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y acción de cumplimiento, y también conocer los conflictos de competencia.

3.3. Control concentrado y difuso de la norma

Como ya se ha señalado en repetidas oportunidades en esta investigación, el Derecho peruano ha asumido las dos formas clásicas de control constitucional de la norma. Así pues, siguiendo la corriente europea continental se ha encomendado al Tribunal Constitucional el control material de la norma, tal como lo establece el inciso 1 del artículo 202° de la Constitución, correspondiéndole a este Tribunal declarar la invalidez de una norma o de una parte de ella; por otro lado, también nuestra Constitución en el artículo 138°, segunda parte, recoge del sistema jurídico anglosajón el control difuso de la norma, que no es otra cosa que el control que efectúa cada juez en el conocimiento de los procesos, pero este control está limitado a la inaplicación de una norma o parte de ella solo para el caso concreto.

3.4. Formas de interpretación de la ley penal

Resulta de vital importancia para nuestro tema tener claro el procedimiento de interpretación de la norma legal, puesto que desde allí se puede concebir cuál es el sentir del Código Procesal Penal, cuáles son sus principios y objetivos y sobre todo cuál es el mensaje de sus principios, así como cuál ha sido la voluntad del legislador que lo dictó, aunque en principio consideramos que la voluntad del Código Procesal Penal es prestar al procesado todo tipo de garantía, bajo un modelo inspirado en el respeto al cuidado, cuidando de garantizar todos sus derechos. El profesor Landa Arroyo sostiene en su tratado de *Teoría del Derecho Procesal Constitucional* que solo a partir de la praxis del Estado democrático de Derecho y de desarrollo de los derechos fundamentales la interpretación jurídica se ha convertido en un factor principal de interés y de movilización de la teoría constitucional, dinámica que ha llevado a la construcción de una propia teoría de la interpretación constitucional.¹⁰

¹⁰ César Landa Arroyo, *Teoría del Derecho Procesal Constitucional...*, 215.

El profesor Landa Arroyo, cuando se refiere a las teorías de la interpretación constitucional, sostiene que sobre la base del orden supremo constitucional y sobre los problemas de la eficacia vinculante de los derechos fundamentales se puede decir que la interpretación constitucional se convierte en un problema jurídico del Derecho contemporáneo. Esto se afirma con la judicialización de la Constitución a través del rol de los tribunales constitucionales en tanto se convierten en los supremos intérpretes de la Constitución. Continúa Landa Arroyo citando al tratadista Joseph Esser, indicando que este proceso resulta opuesto en movimiento a las corrientes iusfilosóficas y a las teorías del Derecho, así como a la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y a la dogmática constitucional. Sobre estas bases se presentan sucintamente algunas teorías de interpretación constitucional.

Es sumamente importante poder enterarnos y estar preparados para realizar una interpretación de la norma, y en este sentido hemos encontrado un adecuado comentario del profesor Raúl Peña Cabrera en su tratado denominado *Estudio programático de la Parte General del Código Penal*, en donde sostiene que la ley como obra humana presenta imperfecciones, no solo porque a veces es imprecisa y oscura, sino porque la norma rige para el futuro; esto es, debe perdurar en situaciones distintas a las que originaron su nacimiento. Las transformaciones sociales son constantes y determinan la variedad de los casos humanos que se resuelven en el proceso penal; por ello, para aplicar la ley a los casos particulares es necesario comprender lo que ella dice en este sentido. Interpretación es aquella operación mental con la que se investiga y explica el significado de la ley.¹¹ Este concepto nos presenta un buen panorama para definir y concluir el tema materia de la investigación, en el sentido de que las normas no son perfectas y presentan imperfecciones; de allí la necesidad de interpretarlas y saber su significado. En el caso del Nuevo Código Procesal Penal, sus principios enunciativos se nos presentan como un Código sumamente garantista, sobre todo cuando dice en su título preliminar: a) que la justicia penal es gratuita (inciso 1 del artículo I Título Preliminar), b) que toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio (inciso 2 del artículo I Título Preliminar), c) que las resoluciones son recurribles, sobre todo las sentencias o autos que ponen fin a la instancia son susceptibles de recurso de apelación (inciso 4 del artículo I Título Preliminar), d) nadie puede ser obligado o inducido a declarar o reconocer culpabilidad (inciso 2 del artículo IX Título Preliminar), y e) la prevalencia de las normas de este título sobre cualquier otra disposición de este código (artículo X Título Preliminar), principios enunciativos que, como se puede apreciar del desarrollo de esta investigación, no se cumplen por disposición del propio Código Procesal Penal, hecho real y verificable que contraviene el espíritu de la ley procesal, y que necesariamente tienen que ser modificados por un trámite regular de modificación legislativa o vía de control constitucional.

¹¹ Raúl Peña Cabrera, *Estudio programático de la Parte General del Código Penal* (Lima: Grinjley, 1994), 207.

3.4.1. Clases de interpretación de la Ley. Como formas de interpretación de la ley tenemos las siguientes (según Peña Cabrera Raúl):

a. *Según el intérprete.* Puede ser:

- Interpretación auténtica.- La efectúa el mismo poder que la dictó, en este caso corresponde al Congreso; se puede llevar mediante exposición de motivos, declaración del orden legislativo o mediante normas interpretativas.
- Interpretación judicial.- Es la que interpretan los jueces y tribunales; esta norma solo obliga respecto a cada caso concreto.
- Interpretación doctrinaria.- Es la que hacen los juristas y estudiosos de la ley con la finalidad de comprender el texto exacto del sentido de la norma.

b. *Según los medios.* Según los medios, la interpretación de la ley puede ser:

- Interpretación gramatical.- Esta es la primera tarea del intérprete de la ley debido a que la palabra es el vehículo por el cual la ley expresa su voluntad. Este análisis lleva necesariamente a estudiar la manifestación verbal en un verdadero sentido gramatical. No es correcto entonces basarse en el diccionario de la lengua para explicar el significado vulgar de las palabras, porque los hábitos del lenguaje no identifican necesariamente los contenidos del diccionario.
- Interpretación teleológica.- Si la ley es clara, basta con la interpretación gramatical; sin embargo, puede ocurrir que la ley sea un tanto oscura. En tal caso, es conveniente apuntar a la intención de la norma, es decir, la *ratio legis*. La captación del espíritu de la ley implica el empleo de procedimientos lógicos y valorativos.
- Interpretación histórica.- La indagación de los antecedentes del precepto a través de sus fuentes, en la exposición de motivos, textos de los proyectos que le han precedido, normas anteriores a la ley que se interpreta, informes de comisiones revisoras, debates parlamentarios, constituye el marco histórico de donde ha emergido la ley; este elemento es complementario del teleológico antes señalado.
- Interpretación sistemática.- Se trata de un elemento complementario, y según este método la ley se interpreta teniendo en cuenta el terreno que le corresponde en el ordenamiento jurídico.

c. *Según los resultados.* Según los resultados, la interpretación puede ser:

- Extensiva.- Cuando las palabras empleadas tienen un alcance más allá de la letra.
- Restrictiva.- Esto es cuando la ley es vaga y genérica, por lo que es conveniente restringir la fórmula verbal al genuino sentido de la voluntad de la ley.

- Progresiva.- En la doctrina penal existe una corriente que propugna la adaptación de las leyes a las necesidades y concepciones del presente, a fin de recoger las permanentes transformaciones sociales, cumpliéndose con la recomendación que hace Maggiore de “hacer actuar la ley”.¹²

4. INCIDENCIAS DE LAS INCONSTITUCIONALIDADES SEÑALADAS

4.1. La prueba en el proceso penal

Antes de hablar de prueba debemos referirnos a su significado; así, el magistrado Pablo Talavera Elguera en su *Manual de Derecho Procesal Penal*, citando al tratadista Centis Melendo, nos indica que la palabra prueba deriva del término latín *probatio, probationis* que a su vez procede del vocablo *probos* que significa “bueno”. Por lo tanto, lo que resulta probado es bueno y se ajusta a su realidad, y probar consiste en verificar o demostrar la autenticidad de una cosa. Pero el lenguaje corriente nos enseña que el término prueba se utiliza también como equivalente al experimento; sin embargo, en realidad la actividad probatoria es siempre posterior al ensayo o experimento.¹³

La prueba en el proceso penal es sumamente importante, y sin este instrumento, la administración de justicia sería imposible, y a decir del profesor Talavera, señalado líneas arriba, sin la existencia de la prueba el orden jurídico sucumbiría a la ley del más fuerte, ya que no sería posible la solución de ningún conflicto en forma racional.

Para José Cafferata Nores, la prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente; esta noción llevada al proceso penal permitiría conceptualizar la prueba como un todo que pueda servir al descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en él se investigan y respecto de los que se pretende actuar en la ley sustantiva;¹⁴ continua exponiendo Cafferata, indicando que la prueba es el modo más confiable para descubrir la verdad real y a la vez la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales. La búsqueda de la verdad, fin inmediato del proceso penal, debe desarrollarse teniendo la reconstrucción conceptual del acontecimiento histórico sobre el cual aquel versa. La prueba es el único medio seguro de lograr esa reconstrucción de un modo comprobable y demostrable; además, conforme al sistema jurídico vigente en las resoluciones judiciales, solo podrán admitirse como ocurridos los hechos o circunstancias que hayan sido acreditados mediante pruebas objetivas, lo que impide que aquellas sean fundadas en elementos puramente subjetivos; esto determina que la convicción de culpabilidad necesaria para condenar únicamente puede derivarse de la prueba incorporada al proceso.

¹² Raúl Peña Cabrera, *Estudio programático de la Parte General...*, 208-211.

¹³ Pablo Talavera Elguera, *Diplomado en Derecho Procesal Penal* (Lima: Universidad Alas Peruanas), 15.

¹⁴ José Cafferata Nores, *La prueba en el proceso penal* (Buenos Aires: Ediciones De Palma, 1988), 3.

La prueba penal tiene como principal objeto crear el convencimiento del juez sobre la existencia o la no existencia de hechos de importancia en el proceso; así, Manzini definía la prueba penal como la actividad procesal inmediatamente dirigida al objeto de obtener certeza judicial según el criterio de la verdad real acerca de la imputación o de otra afirmación o negación que interese a una providencia del juez.¹⁵

La actividad probatoria es sin duda de fundamental importancia para el proceso penal y de ella depende la incorporación o ingreso de fuentes de prueba y en su desarrollo compromete la actividad de las partes, las que tienen deberes y derechos vinculados al aporte de pruebas y del juez que tiene a su cargo la admisión y exclusión de las pruebas propuestas; razonamiento que entendemos en el sentido de que la actividad probatoria corresponde a las partes como un derecho y un deber en el afán de la comprobación y sustento de su teoría de su caso, actividad probatoria que tiene como única finalidad lograr convicción en el juez sobre la veracidad de las afirmaciones efectuada por las partes; así, la convicción judicial está referida a la probabilidad o verosimilitud del hecho. De allí, como lo expone Manuel Miranda Estrampes en su tratado de *Mínima actividad probatoria*, al indicar que la convicción personal del juez es elevada al estatuto de legítima, cuando puede ser justificada razonablemente conforme a las evidencias actuadas en el proceso. Si no logra una justificación razonada, su convicción personal deberá permanecer en su fuero interno y no deberá ser impuesta a la sociedad como resultado del ejercicio de la jurisdicción.¹⁶

4.2. Error judicial

Todo sistema legal está formado por tres componentes: la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Como se ve y contra lo que normalmente se piensa, si bien el sistema legal está construido a partir de las leyes, se desarrolla a partir de la jurisprudencia. De allí la importancia de dedicar tiempo a la elaboración de criterios para resolver casos con la máxima de las atenciones.

El problema del margen de error sobre el que se basa todo el sistema merece algunas líneas. Habitualmente, los manuales de Derecho Procesal insisten en afirmar que el objeto del procedimiento penal es descubrir la verdad material o, en una formulación más reciente, emitir un fallo condenatorio solo cuando el juez o el tribunal logran tener la convicción absoluta sobre los hechos acusados. Se diría entonces que un sistema procesal convenientemente asegurado por la presunción de inocencia no puede fallar.

Cómo deba enfrentarse este inevitable margen de error es un asunto que debe preocupar sensiblemente a la teoría de las pruebas penales. El antiguo aforismo que atribuye mayor valor social a la absolucón de un culpable que a la condena de un inocente parece inspirado, al

¹⁵ Pablo Talavera Elguera, *Diplomado...*, 27.

¹⁶ Universidad Católica del Perú, *Derecho probatorio* (Lima: PUCP, 2008), 17.

menos intuitivamente, en una preocupación de este tipo. Sin duda, la reducción del margen de error tiene sentido como herramienta de protección de los inocentes. Sin embargo, su utilidad está vinculada también al mejor cumplimiento de la función de reforzamiento de vigencia de la ley como parte del sistema jurídico. Probablemente contará con muy poca aceptación pública y tendrá muy poco impacto sobre el reforzamiento del sentido de vigencia de la ley si la población percibe que la actividad judicial se desarrolla con un margen demasiado alto de desaciertos. Por lo demás, el efecto preventivo que se busca del sistema será deficientemente logrado si los potenciales infractores de la ley encuentran que el sistema puede ser burlado de manera muy simple manipulando las posibles fuentes de prueba del hecho delictivo.

Una de las herramientas efectivas que reduce el margen de error en el sistema de justicia penal es la actuación y valoración de las pruebas. En consecuencia, la preocupación por el Estado de la doctrina sobre las fuentes de prueba debe ser preocupación permanente de todos los agentes del sistema penal. Las doctrinas en referencia buscan dar respuesta a preguntas tales como ¿cuándo condenar?, ¿cuándo absolver?, ¿cuándo estimar que una investigación está lista para pasar a juicio?, ¿cómo resolver los casos de duda?, ¿cómo enfrentar el dilema que corresponde a la sensación de estar frente al autor de un delito que parece no haber dejado huellas que lo vinculen al crimen? El error judicial es materia de comprensión y análisis para determinar de qué manera se le puede enfrentar y en qué forma podemos evitarlo.

CONCLUSIONES

Al final de este trabajo, estamos en condiciones de emitir conclusiones basadas en el análisis y la comparación con las instituciones jurídicas de este país; así pues, presentamos las siguientes:

1. Que el texto del Código Procesal Penal contiene algunas disposiciones que no se conciden con los tratados internacionales, la Constitución del Estado y con la ley nacional.
2. Que tenemos al alcance en el país el procedimiento de control constitucional de las normas lesivas al orden legal establecido.
3. Corresponde al juez en vía de control difuso declarar la inaplicación de la norma.
4. Es posible establecer técnicamente, mediante el procedimiento de interpretación de la norma, cuál es el sentir del legislador que dictó el Código Procesal Penal.
5. Es posible la modificación legal mediante los mecanismos constitucionales, siendo necesario para ello la convergencia de los poderes del Estado, como son el Ejecutivo, Legislativo y Judicial, los mismos que cuentan con iniciativa legislativa.
6. El reparo en las concusiones señaladas —si bien es cierto no será posible evitar definitivamente el error judicial— hará viable la reducción a niveles mínimos.

REFERENCIAS

- Cafferata Nores, José. *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones De Palma, 1988.
- Gimeno Sendra, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Colex, 2000.
- Landa Arroyo, César. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Editores Palestra, 2004.
- Novak, Fabián y Julissa Mantilla. *Las garantías del debido proceso*. Lima: Universidad Católica del Perú.
- Peña Cabrera, Raúl. *Estudio programático de la Parte General del Código Penal*. Lima: Grinjley, 1994.
- Roxin, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editorial del Puerto, 2000.
- Salas Arenas, Jorge Luis. *Condena al absuelto*. Lima: Ideosa, 2011.
- Sánchez Velarde, Pablo. *Código Procesal Penal comentado*. Lima: Idemsa 2013.
- Talavera Elguera, Pablo. *Diplomado en Derecho Procesal Penal*. Lima: Universidad Alas Peruanas.
- Universidad Católica del Perú. *Derecho probatorio*. Lima: PUCP, 2008.

Recibido: 10/04/2016

Aceptado: 12/05/2016