

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

TESIS:

BASES PARA UNA TEORÍA RECURSAL EN LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO VIGENTE

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

Presentada por:

M.Cs. DAVID ALFREDO BARRETO CHICHE

Asesor:

Dr. JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA

Cajamarca, Perú

2023

COPYRIGHT © 2023 by
DAVID ALFREDO BARRETO CHICHE
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

BASES PARA UNA TEORÍA RECURSAL EN LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO VIGENTE

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

Presentada por:

M.Cs. DAVID ALFREDO BARRETO CHICHE

JURADO EVALUADOR

Dr. Juan Carlos Tello Villanueva
Asesor

Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco
Jurado Evaluador

Dra. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador

Dr. Alcides Mendoza Coba
Jurado Evaluador

Cajamarca, Perú

2023



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD

Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

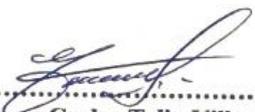
ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

MENCIÓN: DERECHO

Siendo las 18 horas, del día 24 de febrero del año dos mil veintitrés, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. JORGE LUIS SALAZAR SOPLAPUCO**, **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**, **Dr. ALCIDES MENDOZA COBA** y en calidad de Asesor el **Dr. JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado y el Reglamento del Programa de Doctorado de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se inició la SUSTENTACIÓN de la tesis titulada: **BASES PARA UNA TEORÍA RECURSAL EN LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO VIGENTE**; presentada por el Maestro en Ciencias, Mención en Derecho Penal y Criminología **DAVID ALFREDO BARRETO CHICHE**.

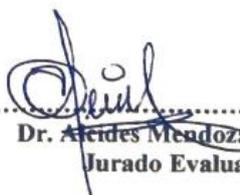
Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó ... APRO. B.P.R. con la calificación de ... Diecisiete (17) la mencionada Tesis; en tal virtud, el Maestro en Ciencias, Mención en Derecho Penal y Criminología **DAVID ALFREDO BARRETO CHICHE**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **DOCTOR EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Mención **DERECHO**.

Siendo las 19 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
Dr. Juan Carlos Tello Villanueva
Asesor


.....
Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco
Presidente - Jurado Evaluador


.....
Dra. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador


.....
Dr. Alcides Mendoza Coba
Jurado Evaluador

A:

Juan y Francisca: mis padres, a quienes les estoy eternamente agradecido por todo el apoyo brindado durante todos estos años, y sin quienes, no habría podido seguir avanzando.

Alex, José, Rocío, Lilia y Daniel, mis hermanos, con quienes, al transcurrir de los años, pasamos de todo un poco y sirvió para fortalecernos.

Melissa, mi esposa, porque desde que nos conocimos, hemos ido consolidando el amor que nos une.

AGRADECIMIENTOS

A mi asesor, por su apoyo y colaboración en la realización de la presente investigación.

A mis padres, Juan y Francisca, y a mis hermanos, Alex, José, Rocío, Lila y Daniel, por su apoyo constante y la confianza depositada en mí.

A Melissa, mi esposa, por todo el apoyo brindado durante todos estos años, porque nos trazamos un camino juntos, lo continuamos, y ahora, juntos, lo finalizamos.

“Por desgracia, es menos fácil de lo que se cree el dudar.
Los dos enemigos de la duda se denominan ignorancia y soberbia,
en el supuesto de que estas dos no sean una sola cosa.
Quien menos sabe, menos duda; pero es tan difícil saber ...”
Carnelutti, Cuestiones sobre el Derecho Penal.

“... nada es más fecundo en maravillas que
el arte de ser libre, pero no hay nada más duro que el aprendizaje de la
libertad ...”
Tocqueville, La democracia en América.

CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS	x
LISTA DE ABREVIACIONES	xi
GLOSARIO.....	xii
RESUMEN	xiii
ABSTRACT	xv
INTRODUCCIÓN	xvii
CAPÍTULO I	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	1
1.1. Problema de investigación.....	1
1.1.1. Contextualización o problemática	1
1.1.2. Descripción del problema.....	5
1.1.3. Formulación del problema.....	6
1.2. Hipótesis	6
1.3. Objetivos	6
1.3.1. Objetivo general	6
1.3.2. Objetivos específicos	7
1.4. Justificación	7
1.5. Ámbito de la investigación: Delimitación de la investigación	9
1.5.1. Espacial.....	9
1.5.2. Temporal.....	9
1.6. Tipo de investigación	9
1.6.1. De acuerdo al fin que se persigue.....	9
1.6.2. De acuerdo al diseño de investigación.....	9
1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan.....	10
1.7. Métodos de Investigación	10
1.7.1. Métodos Genéricos	10
1.7.2. Métodos propios del Derecho	11
1.8. Técnicas e Instrumentos de Investigación	12
1.8.1. Técnicas de investigación	12
1.8.2. Instrumentos de investigación.....	13
1.9. Estado de la cuestión.....	13
CAPÍTULO II	14
MARCO TEÓRICO.....	14
2.1. Marco <i>iusfilosófico</i>	14
2.1.1. Corrientes <i>iusfilosóficas</i> sobre el Derecho	14
2.1.2. Tres aspectos del positivismo jurídico.....	16
A. El positivismo jurídico como modo de acercarse al estudio del derecho	17
B. El positivismo jurídico como teoría.....	18
C. El positivismo jurídico como ideología.....	19
2.1.3. Positivismo incluyente y positivismo excluyente	20
2.1.4. Garantismo jurídico	22
A. Garantías penales.....	29
B. Garantías procesales penales.....	31

2.1.5. Justificación filosófica de la tesis.....	36
2.2. Marco constitucional	42
2.2.1. Constitucionalización del derecho procesal	42
2.2.2. Garantías constitucionales dentro del proceso penal.....	44
A. Debido proceso	47
B. Tutela jurisdiccional efectiva	52
C. Derecho de defensa	56
2.3. Marco teórico	60
2.3.1. Proceso	60
A. La causa del proceso y solución de conflictos	60
B. Finalidad del proceso	63
2.3.2. Proceso Penal.....	66
A. Concepto.....	66
B. Fines del proceso penal	67
C. Objeto del proceso penal	68
D. Sistemas procesales	70
2.3.3. Modelo procesal penal peruano	83
A. Los sistemas procesales en la historia procesal penal peruana.....	83
B. Modelo acusatorio contradictorio	87
2.3.4. Ministerio Público	91
A. Evolución histórica	91
B. El Ministerio Público en el sistema peruano.....	96
C. Ubicación o situación institucional del Ministerio Público	98
D. Organización	104
E. Funciones.....	111
F. Rol del Ministerio Público en el actual proceso penal peruano.....	114
2.3.5. Teoría recursal.....	121
A. El derecho fundamental al recurso en el proceso	122
B. Fundamento del derecho al recurso.....	127
C. Finalidad de los recursos o medios impugnatorios	137
D. Principios que amparan a los medios impugnatorios	141
E. Presupuestos de la impugnación	145
F. Recursos en el sistema procesal penal peruano.....	149
CAPÍTULO III	157
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	157
3.1. Forma de contrastación de hipótesis	157
3.1.1. Precisión sobre la forma de contrastación de hipótesis	157
3.1.2. Procedimiento de contrastación de hipótesis	159
3.2. Resultados de la primera categoría “Naturaleza jurídica <i>sui generis</i> de la actuación del Ministerio Público”	160
3.2.1. Discusión crítica de argumentos doctrinales	160
A. Función jurisdiccional.....	161
B. Función administrativa	164
C. Función legislativa.....	167
D. Función extrapoder	168

3.2.2. Toma de posición: “Función fiscal persecutora del Ministerio Público”	170
3.2.3. La función fiscal persecutora como fundamento para aplicar la teoría recursal	173
3.3. Resultados de la segunda categoría “Respeto de las garantías procesales”	176
3.3.1. Garantía del debido proceso - Derecho a la pluralidad de instancias	177
3.3.2. Garantía de tutela jurisdiccional efectiva – Derecho de acceso a los recursos legalmente previstos	181
3.3.3. Garantía del derecho de defensa	183
CAPÍTULO IV	187
FORMULACIÓN DE PROPUESTA	187
BASES PARA UNA TEORÍA RECURSAL EN LAS ACTUACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO	187
4.1. Fundamentos de la propuesta doctrinaria	187
4.1.1. Concepciones de la teoría recursal	187
4.1.2. Problemática respecto a la teoría recursal en la investigación preparatoria	188
4.1.3. Bases para una teoría recursal en las actuaciones del Ministerio Público	190
4.1.4. Principios que rigen los medios impugnatorios en el sistema fiscal	194
A. Principio de legalidad y especialidad	194
B. Principio dispositivo	194
C. Principio de trascendencia	195
D. Principio pro actione	196
E. Principio de jerarquía	196
F. Principio persecutor	197
4.1.5. Presupuestos de la impugnación fiscal	198
A. Presupuestos subjetivos	198
B. Presupuestos objetivos	199
4.1.6. Recursos en el sistema fiscal	200
A. Recurso de reevaluación	200
B. Recurso de elevación de actuados	201
4.1.7. Viabilidad de la propuesta	201
4.2. Modificación del Código Procesal Penal peruano vigente	202
CONCLUSIONES	206
RECOMENDACIONES	208
LISTA DE REFERENCIAS	209

LISTA DE ABREVIACIONES

CPP : Constitución Política del Perú

CdePP : Código de Procedimientos Penales

Exp. : Expediente

TC : Tribunal Constitucional

GLOSARIO

ius accusandi: vocablo que se traduce como poder de acusar, esta potestad debe ser entendida como un poder – deber otorgado al Ministerio Público, siendo el único ente que puede investigar un delito, y decidir si ejercita la acción penal o no.

Instancia: entiéndase a cada uno de los grados jurisdiccionales, administrativos o fiscales que se tiene establecido por la ley para resolver una cuestión de hecho o de derecho.

Sistema procesal: concepción abstracta que establece las ideas básicas de cómo se debe desarrollar un proceso.

Modelo procesal: concepción concreta que se basa en las manifestaciones de un sistema procesal, a fin de adoptar sus características en un determinado ordenamiento jurídico.

RESUMEN

El actual Código Procesal Penal establece una función específica al Ministerio Público, esto es, investigar delitos para posteriormente decidir si ejerce o no la acción penal. En esta etapa de investigación, el actual Código Procesal Penal, no ha establecido ningún recurso –aparte de la queja o elevación de actuados– para que las decisiones del Ministerio Público sean revisadas por un órgano superior, en base a ello, se formuló la siguiente pregunta ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para aplicar la teoría recursal a la actuación del Ministerio Público dentro de la etapa procesal de investigación preparatoria en el Código Procesal Penal peruano vigente?

La presente investigación pretende resolver el problema antes planteado en base a dos fundamentos hipotéticos, estos son; determinar la naturaleza jurídica de las actuaciones del Ministerio Público y el respeto de las garantías procesales del Debido Proceso (derecho a la pluralidad de instancia), Tutela Jurisdiccional Efectiva (derecho de acceso a los recursos legalmente previstos) y Derecho de Defensa.

El primer componente de la hipótesis, en base más que todo a una discusión filosófica, trata de establecer cuál es la naturaleza jurídica de las actuaciones del Ministerio Público, al respecto se han desarrollado cuatro posiciones, naturaleza jurisdiccional, administrativa, legislativa o extra poder, los mismos que traen consecuencias directas a la pregunta planteada, pues dependiendo de que naturaleza tenga, se puede establecer que tipos de recursos se puede interponer; sin embargo, ninguna de estas se encuentra exenta de críticas, por ende, al contrastarla, se llega a establecer que las actuaciones del Ministerio

Público tienen una naturaleza *sui generis*, única, diferente a todos los otros poderes, establecido como *ius accusandi*.

El segundo componente de la hipótesis, desarrollado en base a la teoría garantista, trata de otorgar las razones procesales garantistas del porque se debe aplicar la teoría recursal a las actuaciones del Ministerio Público, solo mediante ello se estarán respetando las garantías procesales de Debido Proceso (derecho a la pluralidad de instancia), Tutela Jurisdiccional Efectiva (derecho de acceso a los recursos legalmente previstos) y Derecho de Defensa.

Palabras clave. Ministerio Público. Teoría recursal, Naturaleza Jurídica de las actuaciones del Ministerio Público. *Ius accusandi*. Garantías procesales.

ABSTRACT

The current Code of Criminal Procedure establishes a specific function for the Public Ministry, that is, to investigate crimes in order to subsequently decide whether or not to pursue criminal proceedings. At this stage of investigation, the current Code of Criminal Procedure has not established any recourse –apart from the complaint or elevation of proceedings– so that the decisions of the Public Ministry are reviewed by a higher body, based on this, the following was formulated question What are the legal grounds for applying the recourse theory to the actions of the Public Ministry within the procedural stage of preparatory investigation in the current Peruvian Code of Criminal Procedure?

The present investigation intends to solve the problem raised above based on two hypothetical foundations, these are; determine the legal nature of the actions of the Public Prosecutor's Office and respect for the procedural guarantees of the Due Process (right to plurality of instance), Effective Jurisdictional Protection (right of access to legally provided resources) and Right of Defense.

*The first component of the hypothesis, based mostly on a philosophical discussion, tries to establish what is the legal nature of the actions of the Public Ministry, in this regard four positions have been developed, jurisdictional, administrative, legislative or extra-power nature, the same ones that bring direct consequences to the question posed, because depending on their nature, it can be established what types of resources can be filed; however, none of these is exempt from criticism, therefore, when contrasting it, it is established that the actions of the Public Ministry have a sui generis nature, unique, different from all other powers, established as *ius accusandi*.*

The second component of the hypothesis, developed based on the guarantee theory, tries to grant the guarantee procedural reasons why the recursal theory should be applied to the actions of the Public Ministry, because only through this will the due process procedural guarantees be respected. (right to plurality of instance), Effective Jurisdictional Guardianship (right of access to legally provided resources) and Right of Defense.

Keywords. *Public Ministry. Recourse theory, Legal nature of the actions of the Public Ministry. Ius accusandi. Procedural guarantees.*

INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia del actual Código Procesal Penal peruano, se estableció otorgar funciones específicas a cada actor procesal, así, se otorgó una función específica al Ministerio Público, la investigación de delitos, debiendo decidir posteriormente si ejerce o no la acción penal; sin embargo, este poder, *ius accusandi*, no ha sido del todo desarrollado, pues no se ha establecido los límites necesarios a fin de garantizar los derechos de las personas, si bien, el Código Procesal Penal establece el recurso de queja o elevación de actuados cuando se decide que no procede formalizar investigación preparatoria, aparte de este, no establece ningún otro recurso que se pueda interponer cuando el fiscal decide sobre otras cuestiones, acumulación de investigaciones, declaración de investigación compleja, denegatoria de queja, entre otras, por ende, uno de los límites que se debe desarrollar en la actuación del Ministerio Público es el referido a la garantía de la pluralidad de instancias, con la finalidad de garantizar que los sujetos procesales puedan impugnar decisiones fiscales que les pueda causar perjuicio acudiendo a un órgano superior.

Tratando de dar solución a este problema, se estableció como hipótesis que los fundamentos jurídicos para aplicar la teoría recursal a la actuación del Ministerio Público en la etapa procesal de investigación preparatoria dentro del Código Procesal Penal peruano vigente son: la naturaleza jurídica *sui generis* que posee la actuación del Ministerio Público, y el respeto de las garantías procesales del Debido Proceso (derecho a la pluralidad de instancia), Tutela Jurisdiccional Efectiva (derecho de acceso a los recursos legalmente previstos) y Derecho de Defensa.

Con el fin de contrastar la hipótesis, la investigación se dividió en cuatro capítulos. El primer capítulo, establece los aspectos metodológicos de la investigación, el mismo que permitió seguir el camino a fin de poder continuar con la investigación y poder llegar a contrastar la hipótesis.

En el segundo capítulo, se desarrolló todo lo concerniente al marco teórico, el mismo que está dividido en tres partes, un marco *iusfilosófico*, en el cual se establece la corriente filosófica en la que se encuentra inmersa la presente investigación, un marco constitucional, que sienta las bases constitucionales de la investigación, y por último, un marco teórico propiamente dicho, en el cual se desarrollan los ejes centrales de la investigación, tales como: proceso, proceso penal, Ministerio Público y Teoría recursal. Sin embargo, el desarrollo en todo este capítulo, no solo está destinado a establecer o reproducir teoría, sino que, en base a argumentos y posiciones, se discute y se toma posición respecto a temas relevantes para la investigación, tales como, el garantismo visto como la teoría filosófica que da sustento a la investigación, el modelo procesal penal peruano, el recurso como derecho fundamental, la función del Ministerio Público en un sistema inquisitivo acusatorio y mixto, entre otros.

El tercer capítulo, está dedicado a contrastar la hipótesis planteada, así, en un primer momento se discute y establece como la función única del Ministerio Público, *ius accusandi*, es un fundamento para aplicar la teoría recursal, y en un segundo momento, se argumenta porque se deben respetar los principios de Debido Proceso (derecho a la pluralidad de instancia), Tutela Jurisdiccional Efectiva (derecho de acceso a los recursos legalmente previstos) y Derecho de Defensa, a fin de aplicar la teoría recursal.

En base a estos resultados, es que se llega al último capítulo de la tesis, el cual es, la propuesta doctrinaria en cuanto a la creación de las bases de una teoría recursal para las actuaciones del Ministerio Público, propuesta que después, deberá plasmarse en la modificación del actual Código Procesal Penal peruano, debiendo incluir una sección dedicada a la teoría recursal en este cuerpo normativo. Por último, se establecen cuáles son las conclusiones a las que se arriba después de haber contrastado la hipótesis, así como las recomendaciones que se hacen, las mismas que van dirigidas a todos los operadores jurídicos.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. Problema de investigación

1.1.1. Contextualización o problemática

En el año 2004 entró en vigencia el Código Procesal Penal Peruano cambiando el modelo mixto del CdePP, por un modelo acusatorio, garantista con rasgos adversariales. Este cambio de modelo trajo diferencias muy marcadas entre ambos, uno de ellos es lo referente al otorgamiento de funciones propias a cada uno de los actores jurídicos, así, en este nuevo modelo, el Fiscal (Ministerio Público) es quien investiga delitos, decidiendo posteriormente si acusa o sobresee, y, el Juez es quien, por un lado, garantiza que no se vulnere los derechos del imputado, y por otro, quien sentencia.

Es en base a este panorama, y a los roles específicos asignados a cada actor jurídico, que una de las funciones otorgadas al Fiscal penal es la investigación de delitos, y es en el transcurso de esta función que el fiscal debe resolver cuestiones de hecho como de derecho, emitiendo, para dicho fin, disposiciones y providencias.

Ahora bien, ante una de las actuaciones del Ministerio Público, y tal vez la más primordial, como es la decisión de formalizar investigación preparatoria o *contrario sensu* la de no hacerlo, el Código Procesal Penal del 2004 prevé un recurso que el agraviado con dicha decisión puede interponer, el artículo 334, inciso 5 de este

cuerpo normativo establece que; “el denunciante o el agraviado que no estuviera conforme con la disposición de archivar las actuaciones o de reservar provisionalmente la investigación, requerirá al fiscal, en el plazo de cinco días, eleve las actuaciones al fiscal superior”; sin embargo, aparte de dicho recurso, no existe en este cuerpo normativo otro que puedan interponer las partes procesales (imputado y agraviado) ante la actuación del Ministerio Público (providencias y disposiciones) cuando les cause algún tipo de perjuicio.

Por ejemplo, no se sabe cómo actuar cuando el fiscal resuelve no llevar a cabo las diligencias solicitadas por la parte agraviada, declarándolas improcedente¹; del mismo modo, no se sabe si se puede recurrir ante el Fiscal Superior la decisión de declarar compleja la investigación,² o, si es posible recurrir la decisión de acumular investigaciones, entre otras circunstancias que se puedan presentar cuando el fiscal, en la etapa de investigación preparatoria, resuelve cuestiones de derecho.

Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que el derecho a recurrir se encuentra dentro de todo el proceso, así lo ha establecido la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San

¹ Dicha solicitud se puede verificar en la disposición No. 3 dentro de la carpeta fiscal No. 2083-2018.

² En la investigación No. 219-2018 - Asunción, el abogado defensor de uno de los imputados mediante escrito No. 03-2019, presentó “recurso de apelación” contra la disposición que declaraba compleja la investigación preparatoria, a fin de que el fiscal superior revoque dicha decisión; ante ello se puede observar cómo se hace uso de un recurso que no está establecido para las actuaciones del Ministerio Público, pero que es necesario porque se causa agravio.

José de Costa Rica) pues en su artículo 8, sobre Garantías Judiciales establece que: "Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior". Esas garantías mínimas deben ser protegidas dentro del contexto de las distintas etapas del proceso penal, que abarca la investigación, acusación, juzgamiento y condena³.

Por lo tanto, y como se puede observar, al no recoger el Código Procesal Penal ningún otro recurso, salvo el recurso de queja, se presenta un caso de anomia en este cuerpo normativo, generando indefensión en las partes procesales, pues siendo la investigación preparatoria (diligencias preliminares e investigación preparatoria propiamente dicha) parte del proceso penal, es necesario llenar este vacío, debiendo establecer si es posible aplicar la teoría recursal a la actuación del Ministerio Público (providencias y disposiciones) dentro de la investigación preparatoria.

Binder (1999), definiendo que son los medios de impugnación, establece que,

se puede entender [estos] desde dos perspectivas fundamentales: una, como un derecho de impugnación, ligado al valor "seguridad jurídica" y como un medio para evitar los errores judiciales en el caso concreto; [y] la otra perspectiva se basa en la necesidad social de que las decisiones judiciales sean correctas (o cumplan su función pacificadora), y el Derecho sea aplicado de un modo uniforme y equitativo. (p. 286)

³ Considerando 182 de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso Mohamed vs. Argentina, de fecha 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255.

Entonces, si los medios impugnatorios tienen esas perspectivas fundamentales, es correcto que estas también se apliquen a las actuaciones del Ministerio Público, porque al tomarse decisiones dentro de dicho ámbito, muchas veces se puede caer en errores, siendo necesario que un órgano superior revise tal actuación para así otorgar seguridad jurídica a las partes y respetar las garantías procesales penales del debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva y derecho de defensa.

Además, a fin de poder solucionar el problema arriba establecido, se tendrá que tomar una decisión en cuanto a la naturaleza jurídica de la función que ejerce el Ministerio Público, al respecto, Roxin (2000, p. 45), establece que “la fiscalía es una autoridad de la justicia que no puede ser atribuida ni al ejecutivo ni al tercer poder, sino que se trata de un órgano independiente de la administración de justicia que está entre ambos”.

Asimismo, Hurtado Pozo (1983, p. 12) manifiesta que;

las atribuciones del Ministerio Público son múltiples, variadas y amplias. Estas se manifiestan en los diferentes roles que desempeña el M. P.: defensor del pueblo ante la administración pública; defensor de los derechos de los ciudadanos y de los intereses públicos tutelados por la ley; guardián de la independencia de los órganos judiciales y de la recta administración de justicia; titular de la acción penal; y, por último, órgano ilustrativo de los órganos judiciales.

Por lo tanto, en base a lo arriba indicado, se hace necesario delimitar cual es la naturaleza de las funciones del Ministerio Público, es decir, si estas son jurisdiccionales, administrativas, o, por el contrario,

ninguna de ellas (únicas, por así denominarlas), y a partir de ello resolver el problema gravitante en cuanto a si se debe aplicar la teoría recursal a la actuación del Ministerio Público en la etapa procesal de investigación preparatoria.

1.1.2. Descripción del problema

El problema identificado en la presente investigación es, la ausencia de un dispositivo legal que establezca los recursos que se pueden utilizar en cuanto a la actuación del Ministerio Público (providencias y disposiciones) en la etapa procesal de investigación preparatoria, ya que, al analizar el Código Procesal Penal del 2004, se puede verificar que solo existe un “recurso” ante dichas actuaciones, el mismo que está recogido en el artículo 334, inciso 5 (queja), el cual establece que “el denunciante o el agraviado que no estuviera conforme con la disposición de archivar las actuaciones o de reservar provisionalmente la investigación, requerirá al fiscal, en el plazo de cinco días, eleve las actuaciones al fiscal superior”; sin embargo, no existe ningún otro recurso que algunas de las partes, dentro del proceso penal puedan hacer uso, evidenciándose una anomia, problema propio del ámbito normativo del Derecho, debiendo, por lo tanto, llenar ese vacío, teniendo en cuenta para ello la Teoría General del Derecho, y por ende la Teoría General del Proceso.

Es en base a lo descrito anteriormente que se formula la siguiente pregunta de investigación.

1.1.3. Formulación del problema

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para aplicar la teoría recursal a la actuación del Ministerio Público dentro de la etapa procesal de investigación preparatoria en el Código Procesal Penal peruano vigente?

1.2. Hipótesis

Los fundamentos jurídicos para aplicar la teoría recursal a la actuación del Ministerio Público en la etapa procesal de investigación preparatoria dentro del Código Procesal Penal peruano vigente son:

- a) La naturaleza jurídica *sui generis* que posee la actuación del Ministerio Público.
- b) El respeto de las garantías procesales del Debido Proceso (derecho a la pluralidad de instancia), Tutela Jurisdiccional Efectiva (derecho de acceso a los recursos legalmente previstos) y Derecho de Defensa.

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo general

Determinar los fundamentos jurídicos para aplicar la teoría recursal a la actuación del Ministerio Público en la etapa procesal de investigación preparatoria dentro del Código Procesal Penal peruano vigente.

1.3.2. Objetivos específicos

- a) Explicar los sistemas procesales del proceso penal.
- b) Explicar la naturaleza jurídica *sui generis* de la actuación del Ministerio Público.
- c) Analizar el contenido constitucional de las garantías procesales del Debido Proceso, Tutela Jurisdiccional Efectiva y Derecho de Defensa.
- d) Elaborar una propuesta doctrinaria en cuanto a las bases para una teoría recursal en las actuaciones del Ministerio Público, la cual se verá reflejada en una propuesta legislativa al Código Procesal Penal vigente en torno a los recursos procesales que se pueden interponer en la actuación del Ministerio Público.

1.4. Justificación

Desde un ámbito doctrinario, la presente investigación resulta ser de suma importancia, pues permite establecer los fundamentos que justifican la aplicación de la teoría recursal al sistema fiscal, ya que en el Código Procesal Penal de 2004 no existe –aparte de la queja– un recurso mediante el cual se pueda impugnar las actuaciones fiscales, las cuales pueden llegar a vulnerar algunas garantías que tienen los sujetos procesales, tales como el Debido Proceso, Tutela Jurisdiccional Efectiva y Derecho a la Defensa; siendo necesario por lo tanto establecer las bases para la creación de un sistema de recursos procesales penales fiscales con la finalidad de resguardar dichas garantías.

De la misma manera, con la presente investigación se llenará un vacío legislativo fundamental en el proceso penal peruano, el mismo que está referido a los recursos procesales dentro de la investigación preparatoria (investigación preliminar e investigación preparatoria propiamente dicha), siendo trascendental, puesto que si el Código Procesal Penal recoge una idea garantista, a fin de no vulnerar los derechos de los sujetos procesales dentro del proceso penal, es necesario que legislativamente también se vea enfocado ello, por lo tanto, para ser coherente y uniforme con el modelo procesal que predica el Código Procesal Penal vigente, es necesario – legislativamente hablando– que se reconozca los recursos procesales a utilizarse cuando se afecte el interés de algún sujeto procesal en la etapa procesal de investigación preparatoria.

Además de ello, y al resolver el problema principal referido al recurso procesal penal dentro de las actuaciones del Ministerio Público en la investigación de delitos, se deberá resolver otra arista que es trascendental para la presente investigación, el mismo que está referido a la naturaleza jurídica de la actuación del Ministerio Público; por lo tanto, en base a argumentos doctrinarios se establecerá de manera precisa cual es la naturaleza jurídica de dicha actuación, si esta es jurisdiccional, administrativa, extrapoder o por el contrario *sui generis*.

Asimismo, la presente investigación beneficia a la comunidad jurídica tanto local como nacional con el valor teórico que reviste al llenar un manifiesto vacío del conocimiento jurídico respecto a la aplicación de la teoría recursal a la actuación del Ministerio Público en la etapa de investigación preparatoria, pues con la presente investigación, los actores jurídicos

podrán conocer en que actuaciones del Ministerio Público es posible interponer un recurso a fin de salvaguardar garantías procesales.

1.5. Ámbito de la investigación: Delimitación de la investigación

1.5.1. Espacial

Espacialmente está delimitada a todo el ámbito nacional por tratarse de una investigación dogmática.

1.5.2. Temporal

Temporalmente la presente investigación está delimitada a partir del año 2004, año en el cual entró en vigencia el Código Procesal Penal.

1.6. Tipo de investigación

1.6.1. De acuerdo al fin que se persigue

La presente investigación es de tipo básica, pues la finalidad es incrementar el conocimiento doctrinario sobre la aplicación de la Teoría recursal a las actuaciones del Ministerio Público.

1.6.2. De acuerdo al diseño de investigación

La presente investigación en un primer momento tiene un alcance descriptivo, porque se dará a conocer la teoría del recurso procesal, así como las actuaciones del Ministerio Público en la investigación de delitos, es decir de donde nace y cómo se presenta el problema, facilitando así un cierto nivel de entendimiento. En un segundo

momento, tiene un alcance explicativo – correlacional, explicando los efectos que trae aplicar la teoría recursal a las actuaciones del Ministerio Público en la investigación de delitos, y por último, tiene un alcance propositivo, ya que en base a los fundamentos jurídicos que permiten aplicar la teoría recursal a la actuación del Ministerio Público se elaboró una propuesta legislativa expresada en la modificación del Código Procesal Penal del 2004, expresamente en el artículo 334, es decir en cuanto a los recursos que se puede usar en cuanto a las actuaciones del Ministerio Público.

1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

La presente investigación tiene un enfoque netamente cualitativo, puesto que el problema de investigación establecido y la solución que se pretende dar al mismo se sustentan básicamente en la argumentación jurídica.

1.7. Métodos de Investigación

1.7.1. Métodos Genéricos

Como métodos generales, se utilizó el método analítico, deductivo e inductivo. Por el primero, mediante un ejercicio mental se estudió la institución jurídica de la Teoría recursal, estableciendo los elementos componentes de dicha teoría, asimismo, se estudió, todas las etapas procesales del proceso penal peruano; así, una vez obtenidos los resultados de ambos estudios, se procedió a aplicar estos a la actuación del Ministerio Público dentro de la etapa procesal de investigación preparatoria.

Por medio del segundo, se obtuvo conocimientos de lo general a lo particular, así, se pudo establecer cómo se aplica la teoría recursal (general) a las actuaciones del Ministerio Público dentro de la etapa procesal de investigación preparatoria (particular). Y, por último, se hizo uso del método inductivo, ya que a partir de caso particulares, hipotéticos y jurisprudenciales (de manera extensa), se pudo establecer cómo debe reconocer el Código Procesal Penal Peruano del 2004 la teoría recursal dentro de la etapa de investigación preparatoria.

1.7.2. Métodos propios del Derecho

En cuanto a los métodos propios del Derecho utilizados en la investigación jurídica tenemos los siguientes:

A. Método dogmático

Consiste en el análisis de la letra del texto normativo, desde la perspectiva normativa, doctrinaria y jurisprudencial, descomponiendo dicho texto analíticamente para luego reconstruirlo en forma coherente, arrojando una construcción (interpretación) o teoría jurídica. En el presente caso, se parte del análisis del artículo 139 inciso 6 de la CPP, el mismo que recoge el derecho a la pluralidad de instancia, descomponiendo cuales serían los componentes de este derecho, para luego, reconstruirlo, pero desde la óptica de la actuación del Ministerio Público en la etapa de investigación preparatoria.

B. Método hermenéutico

Por el cual se desentrañó el sentido del texto expreso del artículo 334, inciso 5 del Código Procesal Penal Peruano, haciendo uso para ello de los diferentes métodos de interpretación, tales como literal, teleológica y sistémica.

C. Método argumentativo

Pues a través de razones lógicas se dio a conocer cuáles son los fundamentos por los que se debe aplicar la teoría recursal a las actuaciones del Ministerio Público dentro de la etapa de investigación preparatoria en el nuevo Código Procesal Penal Peruano.

1.8. Técnicas e Instrumentos de Investigación

1.8.1. Técnicas de investigación

Al tratarse de una tesis cualitativa, en la presente investigación se utilizó la técnica de registro de datos con la finalidad de captar la información existente del problema estudiado. En este sentido, usando esta técnica se revisó la documentación que se tiene a la mano, empezando por el estudio de la doctrina y la jurisprudencia, consignando ciertos datos de libros o documentos en una cédula, las mismas que sirvieron para sistematizar los contenidos de la investigación.

1.8.2. Instrumentos de investigación

El instrumento que se utilizó es la ficha de registro; en la cual se clasificaron todas las fichas que se obtuvieron; bibliográficas (datos identificatorios de la bibliografía), de anotación (donde se registraron la información más relevante de las fuentes bibliográficas) y las de comentario (donde se anotaron las dudas que surge de la revisión de la bibliografía).

1.9. Estado de la cuestión

A la fecha, no se ha encontrado ningún antecedente directo de la investigación que se pretende desarrollar. Haciendo la búsqueda en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI), no existe trabajo alguno sobre el tema que es motivo de la presente investigación.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Marco *iusfilosófico*

2.1.1. Corrientes *iusfilosóficas* sobre el Derecho

Para poder establecer que se entiende por Derecho, se han desarrollado a través de la historia diferentes corrientes *iusfilosóficas*, entre estas se tiene al *iusnaturalismo*, positivismo y, realismo jurídico, los mismos, que han adquirido distintas variantes.

Por *iusnaturalismo* se puede entender, sin tratar de profundizar en una teoría tan rica, como aquella que subordina la ley a la justicia, es decir que una ley para que sea tal debe ser justa, subordinando el derecho positivo a valores previos, del mismo modo Norberto Bobbio, establece que “la teoría del derecho natural es aquella que considera poder establecer lo que es justo y lo que es injusto de modo universalmente válido” (2002, p. 28).

El *iusnaturalismo*, a través de la historia, puede ser dividido en dos grandes grupos el *iusnaturalismo* clásico y el contemporáneo, el primero, a la vez, puede ser dividido en tres fases, clásico, medieval y moderno o ilustrado, es decir aquel que abarca desde la época griega y romana, hasta la etapa de la ilustración, por otra parte, el *iusnaturalismo* contemporáneo es aquel que se desarrolla a finales del siglo XIX hacia adelante.

Del mismo modo, Pérez Luño (2008), distingue dos grandes versiones de *iusnaturalismo*:

1) el *iusnaturalismo* ontológico, dogmático o radical, que postula un orden de valores producto de un objetivismo metafísico, del que pretenden derivar valores y principios materiales universalmente válidos para cualquier Derecho digno de serlo (Agustín de Hipona, Tomás de Aquino, la Escuela Española del Derecho Natural, el último Radbruch); 2) y el *iusnaturalismo* deontológico, crítico o moderado, que no niega la juridicidad de Derecho positivo injusto, pero establece los criterios para comprobar su disvalor y, por tanto, para fundamentar su crítica y su substitución por un orden jurídico justo (Kant, Stammler, Bloch, Fassó, Recaséns, Welzel, Erick Wolf). (p. 229)

Por otro lado, la teoría opuesta –por así decirlo– al *iusnaturalismo*, es la teoría del positivismo jurídico, si para la anterior una norma era válida solo si era justa, para la teoría positiva, una norma es justa sólo si es válida, es decir, solo es justo aquello que es ordenado, impuesto, por quien ejerce el poder en una determinada sociedad. Sobre este aspecto se profundizará en el apartado siguiente, pues es esta teoría la que da fundamento a la presente investigación.

Por último, el realismo jurídico, es entendido como aquella teoría que va en contra del *iusnaturalismo* y el positivismo jurídico, esta teoría, a decir de Norberto Bobbio (2002);

ha tratado de descubrir el momento constitutivo de la experiencia jurídica, no ya en los ideales de justicia en que se inspiran los hombres o en que estos dicen inspirarse, ni ya en los ordenamientos jurídicos positivos, sino en la realidad social en que el derecho se forma y se transforma, y en el comportamiento de los hombres que con su actuación hacen o deshacen las reglas de conducta que los gobiernan. (p. 33)

Parafraseando a Pérez Luño, se puede decir que el realismo jurídico, considera al derecho no como una norma o conjunto normativo, sino que considera a este como una dimensión social del derecho, es decir, que el derecho no es lógica (normativa) sino experiencia, traduciéndose esta como práctica en los tribunales (realismo jurídico norteamericano). Del mismo modo, hay otra versión del realismo jurídico, denominado escandinavo, esta versión concibe al derecho como un fenómeno psíquico colectivo. Dotando categorías provistas de eficacia social, promoviendo sentimientos de obligatoriedad en los destinatarios del derecho (2005).

2.1.2. Tres aspectos del positivismo jurídico

Norberto Bobbio, el gran jurista italiano, divide la teoría del positivismo jurídico en tres aspectos –con la finalidad de comprender mejor dicha teoría– demostrando que cada uno de estos aspectos puede dar lugar a un significado diferente, así, el positivismo puede ser entendido como, 1) un modo de acercarse al estudio de derecho, 2) una determinada teoría o concepción del derecho, y 3) como una determinada ideología de la justicia⁴.

⁴ “Por ‘modo de acercarse al estudio del derecho’, entiendo algo diferente de ‘método’; no se trata, en efecto, de los instrumentos o de las técnicas empleadas en la investigación ... sino más bien de la delimitación del objeto de la investigación, lo que revela cierta orientación hacia el estudio de algunos problemas más que de otros, y cierta actitud frente a la función misma de la investigación. Por ‘teoría’ entiendo un conjunto de aseveraciones vinculadas entre sí con las cuales cierto grupo de fenómenos son descritos, interpretados, llevados a un nivel muy alto de generalización y unificados después en un sistema coherente; no el modo de acercarse a una determinada realidad, sino de entenderla, de dar una descripción y una explicación global de ella. Por ‘ideología’ entiendo cierta toma de posición frente a una realidad dada; esta forma de posición está fundada sobre un sistema más o menos consciente de valores, se expresa en juicios de valor que tienden a ejercer cualquier influencia sobre la realidad misma, conservándola tal como es, si la valoración es positiva, modificándola, si la valoración es negativa”. (Bobbio, 1991, p. 45)

A. El positivismo jurídico como modo de acercarse al estudio del derecho

Parafraseando al gran jurista italiano, Norberto Bobbio (1991), se puede establecer que, por esta primera acepción, se entiende al derecho, como aquello que es, no como lo que debe ser, al derecho como hecho y no como valor, al derecho real, y no al derecho ideal, si se quiere usar una palabra para designar a este tipo de positivismo, se lo podría llamar “científica”.

En esta primera acepción de positivismo jurídico, positivista es, por consiguiente, aquel que asume frente al derecho una actitud a-valorativa objetiva o éticamente neutral; es decir, que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables (v. gr.: que emane de ciertos órganos mediante cierto procedimiento, o que sea efectivamente obedecida durante un lapso determinado por cierto grupo de personas) y no la mayor o menor correspondencia con cierto sistema de valores. (Bobbio, 1991, p. 47)

Sin embargo, esta posición no debe ser tomada como si *iusnaturalismo* y positivismo sean completamente incompatibles, pues, desde esta óptica, ambos pueden ser compatibles, ya que operan en dos planos distintos, el *iusnaturalismo*, da la valoración de justicia a las leyes con el fin de reformarlas, y el positivismo, interpreta las leyes con el fin de sistematizar mejor la teoría.

Teniendo en cuenta ello, el *iusnaturalismo*, con respecto al positivismo jurídico, no es más que una invitación dirigida al

jurista, para que tenga en cuenta que “frente al derecho, como frente a todo fenómeno de la comunidad humana, se puede adoptar, además de la actitud del investigador escrupuloso, imparcial, metódico, también la actitud valorativa del crítico, y que del ejercicio de esta segunda actividad dependen el cambio, la transformación y la evolución del derecho”. (Bobbio, 1991, pp. 92 - 93)

B. El positivismo jurídico como teoría

Siguiendo a Bobbio, se puede establecer que este segundo aspecto del positivismo jurídico, entendido como la concepción estatal del derecho, se encuentran vinculadas algunas teorías, que a menudo son consideradas como características del positivismo jurídico, así por ejemplo se tiene a las siguientes:

1) con respecto a la definición del derecho, la teoría de la coactividad, según la cual se entiende por derecho un sistema de normas que se aplican por la fuerza ...; 2) con respecto a la definición de norma jurídica, la teoría imperativa, según la cual las normas jurídicas son mandatos, con todo un cortejo de subdistinciones (mandatos autónomos o heterónomos, personales o impersonales, categóricos o hipotéticos, éticos o técnicos, abstractos o concretos, generales o individuales); 3) con respecto a las fuentes del derecho, la supremacía de la ley sobre las otras fuentes y la reducción del derecho consuetudinario ...; 4) con respecto al orden jurídico en su conjunto, la consideración del complejo de las normas como sistema al que se atribuye el carácter de plenitud o de ausencia de lagunas y, subordinadamente, también de cohesión o falta de antinomias; 5) con respecto al método de la ciencia jurídica y de la interpretación, la consideración de la actividad jurista o del juez como actividad esencialmente lógica. (Bobbio, 1991, pp. 50 - 51)

Teniendo en cuenta todas estas características, se puede establecer que, por este tipo de positivismo jurídico, se entiende aquel derecho que está relacionado con el poder coactivo del Estado, siendo además el único ente que crea derecho, teniendo el monopolio de creación de derecho, por lo tanto, toda decisión judicial presupone previamente la existencia de una regla, esta regla es dada por el Estado y, todas ellas constituyen una unidad.

C. El positivismo jurídico como ideología

Parafraseando a Norberto Bobbio (1991), se puede establecer que el positivismo jurídico como ideología hace referencia a que el derecho representa la creencia de ciertos valores, y que por el solo hecho de existir, le confiere a este un valor positivo, prescindiendo de toda consideración con el derecho ideal.

Esta atribución de un valor positivo al derecho existente se realiza a menudo a través de dos tipos diversos de argumentación: 1) el derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, esto es, de ser la emanación de una voluntad dominante, es justo, o sea, el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes coincide perfectamente con el que se adopta para juzgar su validez o invalidez; 2) el derecho, como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza en una determinada sociedad, sirve con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables, tales como el orden, la paz, la certeza y, en general, la justicia legal. (Bobbio, 1991, pp. 52 - 53)

De las posiciones antes establecidas, se deduce que la obediencia que todas las personas tienen de las normas jurídicas

es un deber moral, entendiéndose por este, “una obligación interna o de conciencia; en otros términos, la obligación debida por respeto a las leyes”. (Bobbio, 1991, p. 53)

2.1.3. Positivismos incluyente y positivismo excluyente

Dentro del positivismo jurídico, la distinción entre positivismo incluyente y excluyente está en determinar si el derecho tiene una conexión con la moral o no, es decir, si, entre los preceptos normativos existe o no una conexión con preceptos valorativos.

El positivismo excluyente, en la forma en que lo defiende prominentemente Joseph Raz, mantiene que la moral está necesariamente excluida de concepto de derecho. El positivismo incluyente señala que la moral no está necesariamente excluida ni necesariamente incluida. Declara que la inclusión es contingente o un asunto convencional (Coleman), que depende de lo que en realidad establezca el derecho positivo. (Alexi, 2008, p. 80)

Ambas formas de positivismo, excluyente e incluyente, defienden la posición de la separación del derecho y la moral, estableciendo que no existe una conexión necesaria entre derecho y moral; sin embargo, dicha separación, lo conceptualizan de diferente manera.

Por su parte, el positivismo jurídico excluyente sostiene que se puede evaluar el derecho sin hacer ninguna referencia a criterios morales, por ende, niega cualquier conexión del derecho con principios morales. Esta visión, a decir de Massimo la Torre, se basa en dos argumentos principales, el primero es el argumento de las fuentes sociales, según este, el Derecho es producto de fuentes

especiales, esto es, producto de hechos sociales, por lo tanto, para conocer que es el Derecho, basta con acudir a estas fuentes, hechos sociales, describirlos y analizarlos, el segundo argumento, señala que la aplicación, interpretación jurídica ya viene dada por la regla, así, esta regla es la que determina el significado y aplicación de derecho, siendo por lo tanto la interpretación jurídica, un ejercicio gramatical que no requiere una actitud reflexiva explícita o implícita (La Torre, 2012).

Por su parte, el positivismo jurídico incluyente, si bien establece que el Derecho no está vinculado a la moral, no niega que pueda darse esa conexión, porque permite la posibilidad de que principios morales estén abarcados o incluidos en las fuentes del Derecho, especialmente en la regla básica del ordenamiento jurídico, como es, la regla de reconocimiento⁵, así, el ordenamiento no solamente está constituido de reglas secundarias, que adscriben poderes, sino que, también existen principios, los cuales, también pueden formar parte del contenido de una regla de reconocimiento. Ahora, el hecho de que la moral pueda formar parte, no significa que necesariamente deba formar parte, es decir, puede haber una relación entre derecho y moral, pero esto no lleva a que dicha relación sea necesaria, toda

⁵ “Hart nos señala que todo sistema jurídico está conformado por reglas jurídicas, distinguiendo entre reglas primarias y secundarias. “las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer, estas reglas secundarias se ocupan de las reglas primarias. Ellas especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible”. (1963, p. 117)

Hart, en base a ello, establece que la regla de reconocimiento es “el remedio para poder determinar la certeza de las reglas primarias de obligación a través de la identificación de las mismas sobre la base de ciertos criterios últimos de identificación revestidos de autoridad”. (1963).

vez que los principios pueden no estar presentes en una regla de reconocimiento positiva (La Torre, 2012).

Teniendo en cuenta ello, se puede establecer que la diferencia entre ambos está en que, mientras el positivismo jurídico excluyente no permite que el Derecho pueda determinarse por principios morales, el positivismo jurídico incluyente no descarta dicha posibilidad, por el contrario, puede considerar que la moral pueda ser tomada en cuenta a fin de dar contenido al derecho positivo.

2.1.4. Garantismo jurídico

Antes de poder desarrollar lo pertinente a la teoría jurídica del garantismo penal, se hace necesario establecer como nace esta teoría, para ello, parafraseando a Luigi Ferrajoli, se puede establecer, de forma esquemática, tres paradigmas o modelos teóricos del derecho⁶, entre estos tenemos al paradigma jurisprudencial, el legislativo y el constitucional⁷.

El primero de estos, el paradigma jurisprudencial, hace referencia a la experiencia histórica del derecho romano, hasta antes de la codificación, tratándose de un sistema nomoestático, pues su norma de reconocimiento es la justicia o racionalidad. El segundo, el paradigma legislativo, abarca toda la época de la codificación, teniendo el Estado todo el monopolio de la producción normativa, a

⁶ Conviene precisar que se trata de tres paradigmas teóricos, que no describen ningún ordenamiento histórico real, y consisten en modelos conceptuales que solo identifican las normas de reconocimiento y los rasgos distintivos predominantes y caracterizadores de las correspondientes experiencias históricas (Ferrajoli, 2014, p. 17).

⁷ Se puede establecer que la corriente *iusfilosófica* detrás del paradigma jurisprudencial es el *iusnaturalismo*, y del paradigma legislativo es el *iuspositivismo*.

este sistema se lo podría caracterizar como nomodinámico, ya que la existencia y la validez de las normas se reconocen por su forma de producción. Por último, el paradigma constitucional, es otro cambio de paradigma, el cual comprende la época histórica después de la segunda guerra mundial, se podría establecer que este paradigma establece la subordinación de todo el ordenamiento a la Constitución, así, todo ordenamiento es un sistema nomodinámico y nomoestático a la vez, porque las normas adquieren existencia solo si son producidas mediante las formas prescritas por la ley, pero además, deben ser acordes con los postulados establecidos en la Constitución (2014).

Este último paradigma, concebido como la “continuidad [del] viejo paradigma positivista del estado legislativo, puede ser considerado como [fruto] de la introducción en el ordenamiento de un ulterior nivel normativo supraordenado a la legislación ordinaria; o bien, en una línea de radical discontinuidad, como una superación del positivismo jurídico, en sentido tendencialmente iusnaturalista o ético-objetivista” (Ferrajoli, 2014, p. 22).

Sin embargo, para Ferrajoli (2014), el nuevo paradigma no puede ser entendido en base a los supuesto establecidos anteriormente, pues este nuevo paradigma se concibe como garantías, esto es, como límites y vínculos impuestos al ejercicio de cualquier poder, este nuevo paradigma suele denominarse neoconstitucionalismo⁸;

⁸ “[Esta denominación suele usarse] por oposición, de un lado, al constitucionalismo clásico y, por otro, al viejo positivismo jurídico. Ambas oposiciones son erróneas a mi juicio. Lo es la que

sin embargo, para Ferrajoli, esta denominación es errónea, por lo que es preferible denominarlo “constitucionalismo jurídico”⁹, el mismo, que al ser entendido como una superación del positivismo jurídico, o como un segundo positivismo¹⁰, puede ser denominado como constitucionalismo *iusnaturalista* (constitucionalismo principalista, o simplemente principalismo) y constitucionalismo positivista¹¹ (constitucionalismo garantista o simplemente garantismo).

La primera orientación se caracteriza por concebir los derechos fundamentales como valores o principios morales estructuralmente distintos de las reglas, en cuanto dotados de una normatividad más débil, confiada no a su actuación o aplicación sino a su ponderación legislativa o judicial. A ella se [opone la] segunda orientación, caracterizada en cambio

enfrenta «neoconstitucionalismo» y «constitucionalismo» por la asimetría de los dos términos, el primero de los cuales designa un modelo teórico-jurídico empíricamente referido a los actuales ordenamientos dotados de constituciones rígidas, mientras que el segundo no designa ni un sistema jurídico ni una teoría del derecho, sino la doctrina política de la limitación de los poderes públicos en garantía de determinados ámbitos de libertad, realizada de hecho en ordenamientos dotados de sólidas tradiciones liberales, pero independiente de cualquier ordenamiento”. (Ferrajoli, 2014, pp. 24 - 25)

⁹ “La idea de constitucionalismo ... parece usarse como noción superadora del Estado de Derecho legislativo, es decir, como contrapunto al modelo del liberalismo decimonónico, y quizás su rasgo más sobresaliente reside en la existencia de un procedimiento efectivo de control de constitucionalidad de las leyes”. (Prieto Sanchis, 2018, p. 33)

¹⁰ “La política moderna como fuente primaria del derecho, nació, pues, con el primer positivismo, correspondiente a la formación del Estado soberano como titular del monopolio de la producción legislativa. El derecho se convierte así en un producto de la política y su principal instrumento de gobierno. Con el segundo positivismo, el constitucional, que positiviza el deber ser de la producción legislativa, la relación entre política y derecho se complica: el derecho sigue siendo un producto y un instrumento de la política, pero la política se subordina al derecho, y, más precisamente, a la esfera de lo no decidible estipulada en las constituciones” (Ferrajoli, 2014, p. 21).

¹¹ Al haber realizado ya esta distinción, se puede observar que Ferrajoli no se siente ajeno a la postura *iuspositivista*, pues el mismo acepta y defiende el carácter positivo de este nuevo paradigma, (Ferrajoli, 2013, p. 30), ahora bien, al haber, la discusión en torno a su teoría, estaría en base a la moral dentro del derecho, así, Ferrajoli, niega que la moral sea condicionante de validez de derecho (tal como lo afirma Alexi o Habermas), pues para él, la moral no puede condicionar la validez del derecho; sin embargo, ello no quita “que el derecho positivo ha incorporado gran parte de los contenidos o valores de justicia elaborados por el *iusnaturalismo* racionalista e ilustrado: el principio de igualdad, el valor de la persona humana, los derechos civiles y políticos, y, además casi todas las garantías penales y procesales de libertad y de certeza”, de ello, se podría establecer –si se quisiera agrupar en alguna de las clasificaciones del positivismo desarrolladas previamente– que la teoría de Ferrajoli podría estar incluido dentro del positivismo metodológico de Bobbio, o dentro del positivismo incluyente. Sin embargo, para comprender mejor ello, es necesario leer la obra de Ferrajoli, Garantismo una discusión sobre derecho y democracia, 2013.

por una normatividad constitucional fuerte, de tipo regulativo. Es decir, por la tesis de que, aparte de algunos principios puramente directivos, todos los demás constitucionales, y en particular los derechos fundamentales, se comportan como reglas, dado que implican la existencia o imponen la introducción de las reglas consistentes en las prohibiciones de lesión o en las obligaciones de prestación que son sus correspondientes garantías. (Ferrajoli, 2014, p. 28)

Es en este punto, donde se desarrolla la teoría de garantismo jurídico, pero no solo como el paradigma garantista desarrollado en el campo de derecho penal, mediante al cual se tutelaba la libertad personal, sino que dicha teoría, ha sido extendido, gracias al constitucionalismo rígido, a todos los derechos de libertad y los derechos sociales establecidos en la Constitución,¹² pues es esta la que “[diseña] el proyecto jurídico del futuro, esto es, los principios que las leyes ordinarias deben garantizar y actuar” (Ferrajoli, 2018, p. 68).

La teoría del garantismo jurídico, a grandes rasgos trata de establecer límites a todos los poderes (públicos, privados, políticos o económicos) quienes deben estar sujetos tanto a la ley como a los derechos fundamentales, los mismos que se encuentran en la Constitución, es decir se trata de “un modelo de derecho basado en la rígida subordinación a la ley de todos los poderes y en los vínculos impuestos a estos en garantía de los derechos, con preferencia de los derechos fundamentales sancionados por la constitución” (Ferrajoli, 2014, p. 29).

¹² Al hacer esta precisión, Ferrajoli, no solo trata de desarrollar una teoría para el derecho penal, sino que trata de que esa teoría sirva de base para todo el ordenamiento jurídico, como una teoría general del derecho.

Esta teoría está estrechamente vinculada con el constitucionalismo¹³, pues es a través de la Constitución donde se establecen los límites y garantías que debe seguir todo el ordenamiento jurídico, así, el derecho contemporáneo, no solo se ocupa en que las normas sean formalmente válidas, es decir con un procedimiento preestablecido, sino que sus contenidos debe ser acordes al programa constitucional desarrollado, vinculándolos así a las garantías y a los valores prescritos constitucionalmente¹⁴.

Siguiendo a Ferrajoli (2011), se entiende por garantías;

las prohibiciones o las obligaciones correspondientes a las expectativas positivas o negativas normativamente establecidas, por lo común, en forma de derechos subjetivos. Son garantías negativas las prohibiciones correspondientes a expectativas negativas, como todos los derechos a no ser lesionados por otros, del derecho real de propiedad a los derechos de libertad y al derecho a la vida; son, en cambio, garantías positivas las obligaciones correspondientes a expectativas positivas, como todos los derechos a prestaciones de otros, de los derechos de crédito a los derechos sociales, por ejemplo los derechos a la educación o a la asistencia sanitaria. Además, [son] garantías primarias (...) la suma de las garantías positivas y de las garantías

¹³ Ferrajoli establece que la teoría del garantismo jurídico podría ser considerado como un segundo positivismo o constitucionalismo, siendo [l]a única, importantísima diferencia entre constitucionalismo y paleo-positivismo —vinculada a la coincidencia, en el modelo paleo-positivista del estado legislativo de derecho, de la validez de las leyes con la existencia o vigencia, fruto de su producción con arreglo a las formas establecidas por el ordenamiento— consiste en el hecho de que el segundo, al carecer de normas constitucionales rígidas y, por tanto, de separación deóntica entre constitución y legislación, sustrae a la ciencia jurídica y a la jurisdicción la posibilidad de formular juicios jurídicos sobre la validez sustancial de las leyes. Es claro, sin embargo, que esta barrera ha caído ya en el paradigma constitucional, gracias precisamente a la positivación de los principios que el mismo incorpora (Ferrajoli, 2013, p. 26).

¹⁴ Esto conlleva una alteración en diversos planos del modelo positivista clásico: a) en el plano de la teoría del derecho, donde esta doble artificialidad supone una revisión de la teoría de la validez, basada en la disociación entre validez y vigencia y en una nueva relación entre forma y sustancia de las decisiones; b) en el plano de la teoría política, donde comporta una revisión de la concepción puramente procedimental de la democracia y el reconocimiento también de una dimensión sustancial; c) en el plano de la teoría de la interpretación y de la aplicación de la ley, al que incorpora una redefinición del papel del juez y una revisión de las formas y las condiciones de su sujeción a la ley; d) por último, en el plano de la metateoría del derecho, y, por tanto, del papel de la ciencia jurídica, que resulta investida de una función no solamente descriptiva, sino crítica y proyectiva en relación con su objeto (Ferrajoli, 2004, p. 20).

negativas, y garantías secundarias (...) las garantías jurisdiccionales de justiciabilidad que intervienen, en caso de violación de las garantías primarias y de los derechos correlativos, a través de la anulación de los actos inválidos y de la sanción por los actos ilícitos¹⁵. (pp. 39 - 40)

En cuanto al garantismo constitucional, que vendría a ser la base de toda la teoría garantista –no obstante, hay garantías propias en cada subordenamiento del derecho, como es el derecho penal– puede describirse en cuatro postulados o principios, esto es, legalidad, plenitud deóntica, jurisdiccionalidad y accionabilidad.

Mediante el principio de legalidad, se establece límites a cualquier poder, ya sea público o privado, ejecutivo, judicial o legislativo, estatal, extra o supraestatal, debiendo “existir normas primarias, no solo formales sino también sustanciales, que regulen su ejercicio, sometiéndolo a los límites y a los vínculos en qué consisten las garantías primarias correlativas a los derechos y a los intereses constitucionalmente establecidos, así como a las separaciones entre poderes que impidan sus confusiones o concentraciones” (Ferrajoli, 2014, p. 57).

El segundo, es el principio de plenitud deóntica, en base a este principio, al ser el derecho un sistema monodinámico, al existir una

¹⁵ A lo largo de su trayectoria, Ferrajoli ha sido congruente con su definición de garantías, así, en su obra publicada en 2018, El paradigma garantista - Filosofía crítica del derecho penal establece que “se podría entender por garantía cualquier obligación correspondiente a un derecho subjetivo: entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones). [Distingue], por tanto, entre garantías positivas y garantías negativas en función de que sea positiva o negativa la expectativa garantizada: las garantías positivas consistirán en la obligación de la comisión, las garantías negativas en la obligación de la omisión –esto es, en la prohibición– del comportamiento que es objeto de expectativa”. (p. 24)

expectativa, debe del mismo modo existir una garantía, y la obligación de satisfacerla, es decir, “donde quiera que existan derechos o intereses establecidos por normas primarias, deberán introducirse, como sus garantías primarias, los poderes-deberes correspondientes, es decir, la prohibición de lesionarlos y la obligación de tutelarlos y satisfacerlos, a cargo de funciones e instituciones de garantía primarias, a su vez separadas de cualquier otro poder” (Ferrajoli, 2014, p. 58).

El tercer postulado, es el principio de jurisdiccionalidad, mediante este principio se establece que, si existen normas y garantías primarias, deberán existir también, normas secundarias o garantías secundarias jurisdiccionales que garanticen la salvaguarda de esos derechos en caso existan violaciones; y al igual que el principio anterior, estas instituciones de garantía deben estar separadas de cualquier otro poder (Ferrajoli, 2014).

Por último, el cuarto postulado es el principio de accionabilidad, mediante este se establece que si existe una jurisdicción, deberá existir también, como garantía secundaria, la posibilidad de activarla por los titulares de los derechos y de los intereses lesionados y, además, con carácter complementario y subsidiario, la existencia de un órgano público capaz de suplir las posibles inercias o debilidades de aquellos de las partes (Ferrajoli, 2014, p. 60).

Son estos cuatro principios los que dan contenido a la teoría del garantismo jurídico; sin embargo, ello no quita que en determinado

subordenamiento existan a la vez garantías propias, tal como es el caso del derecho penal, ámbito que interesa en la presente investigación, porque la misma está limitada dentro del derecho procesal penal.

A. Garantías penales

La teoría del garantismo penal tiene dos elementos constitutivos, uno relativo a la definición legislativa y el otro a la comprobación jurisdiccional del hecho delictivo, dividiéndose de estos elementos las garantías penales y las garantías procesales respectivamente.

En cuanto a la primera, esto es, la definición legislativa, tal como lo ha denominado Ferrajoli (2018), hace referencia al convencionalismo penal;

el mismo que se basa en el principio de estricta legalidad. Este principio exige dos condiciones: el carácter formal o legal del criterio de definición de la desviación y el carácter empírico o fáctico de la hipótesis de desviación legalmente definidas. Según la primera condición, [la desviación] es la formalmente indicada por la ley como presupuesto necesario para la aplicación de una pena (...) Conforme a la segunda condición, la definición legal de la desviación se debe producir (...) solo [con] figuras de comportamiento empíricas y objetivas. (p. 69)

Ahora bien, dejando de lado esta base del garantismo penal, se puede establecer que este garantismo, opera en dos sentidos, uno, dirigido a establecer límites a la libertad de la comunidad, mediante la prohibición, investigación y castigo de delitos, de las

ofensas cometidas contra los derechos de los demás ciudadanos, y el otro, está dirigido a poner límites al poder punitivo del Estado mediante garantías penales y procesales; mediante las primeras, solo se deberían castigar aquellas acciones que vulneren bienes jurídicos valiosos para la sociedad, y no así acciones inofensivas, por el segundo, sólo podrán ser castigadas las acciones que constituyan delitos, siempre que se haya llevado una correcta investigación y a la vez un correcto juicio.

Estas dos direcciones del garantismo penal, comprenden los dos fines del derecho penal que justifican el poder punitivo, uno está referido a la prevención de los delitos, es decir las garantías dadas en contra de los ataques efectuados a los derechos de las demás personas, y el otro, a la prevención de las penas informales o excesivas, es decir, a las garantías que se impone al *ius puniendi* estatal, a fin de no castigar excesivamente¹⁶.

Las finalidades preventivas del primer tipo, o sea, la tutela de los ciudadanos frente a los posibles delincuentes, se procuran mediante las garantías, primarias y secundarias, que consisten en los límites impuestos a las meras libertades salvajes de los asociados por las normas penales, primarias y secundarias, que establecen, respectivamente, los delitos y las penas. Las finalidades preventivas del segundo tipo, es decir, la tutela de los posibles culpables del delito frente a los abusos punitivos, se persiguen a través de las garantías penales y procesales, primarias y secundarias estas, consistentes en límites

¹⁶ A decir de Ferrajoli, “un sistema penal, (...) está justificado únicamente si la suma de las violencias –delitos, venganzas y punitivas arbitrarias– que está en condiciones de prevenir es superior a la suma de la violencia contenida en los delitos no prevenidos y en las penas previstas” (2018, p. 57).

impuestos a la potestad punitiva por los derechos de libertad y por las normas procesales. (Ferrajoli, 2018, pp. 32 - 33)

Como se puede observar, este paradigma penal tiene dos ámbitos, el primero, de ellos, referido a las garantías otorgadas a los ciudadanos frente a la trasgresión que se haga de sus derechos, de ello, se ha ocupado de manera extensa la dogmática penal, estableciendo, cuando una acción constituye delito y como se debería castigar, por otro lado, en cuanto al segundo ámbito, este a la vez se puede disgregar en penales y procesales, en cuanto al primero, las garantías están dirigidas a salvaguardar los derechos de los sujetos que han cometido algún delito, tratando de establecer que las penas a imponer sean acordes con el hecho cometido, en cuanto a estas garantías, se puede hacer referencia a los principios penales que rigen el derecho penal, como son; principio de legalidad, lesividad, racionalidad, culpabilidad y proporcionalidad. En cuanto a las garantías procesales, se puede establecer que mediante estas se trata de salvaguardar los derechos intervinientes en un proceso penal, no solo de imputado, sino también de la víctima, del actor civil y de los terceros intervinientes.

B. Garantías procesales penales

En el acápite anterior, se hizo referencia a una de los elementos constitutivos del garantismo penal, el cual hace referencia al

principio de estricta legalidad, ahora bien, en este acápite, se hará referencia a la comprobación jurisdiccional o cognoscitividad procesal, el otro elemento constitutivo del garantismo penal, el cual, según Ferrajoli (2018),

afecta, naturalmente, a aquella única parte de los pronunciamientos jurisdiccionales que viene constituida por sus motivaciones, es decir, por las razones de hechos y de derecho acogidas para su justificación. Tal requisito viene asegurado por [el] principio de estricta jurisdiccionalidad, que a su vez exige dos condiciones: la verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis acusatorias en virtud de su carácter asertivo y su prueba empírica en virtud de procedimientos que permitan tanto la verificación como la refutación. (p. 72)

Ahora bien, al hablar de garantías procesales se hace referencia a las garantías que debe dotar el Estado, a fin de que su *ius puniendi* no restrinja aún más los derechos de las partes intervinientes en el proceso penal, haciendo referencia en este caso al principio de legalidad procesal, el mismo –que a decir de Ferrajoli (2018)– se articula en cuatro principios, jurisdiccionalidad, presunción de inocencia, ritualidad de los actos y publicidad del debate y el principio de contradicción, los mismos que a su vez consagran otras tantas garantías procesales.

Mediante el principio de jurisdiccionalidad¹⁷ se asegura que quien decida si un hecho constituye o no delito este a cargo de

¹⁷ Este principio, a través de la historia ha asegurado “la prevención de las venganzas y de las penas privadas: el tránsito de la justicia privada de la *faida* y de la venganza de sangre a la pública del derecho penal tiene lugar, efectivamente, cuando la aplicación de las penas y la investigación de sus presupuestos se sustraen a la parte ofendida y a sus próximos y se transfieren con carácter exclusivo a un órgano judicial, es decir, extraño, a las partes interesadas e investido con la potestad de decidir sobre sus razones contrapuestas” (Ferrajoli, 1995, p. 538).

un juez o grupo de jueces previamente establecidos. Al igual que la garantía penal de estricta legalidad, en donde solo son delitos y penas los previamente establecidos, mediante el principio de jurisdiccionalidad, solo los jueces previamente establecidos por ley pueden decidir si un hecho constituye o no delito, además de la pena a imponer; sin embargo, este principio no se agota ahí, es decir en la predictibilidad del juez, sino que también establece el derecho al juez natural, y la prohibición de los juzgados de facto.

Además de ello, este principio trae otra garantía que es esencial en el proceso penal, la independencia del Poder Judicial, la cual ya no puede ser entendida solamente como;

independencia del Poder Judicial frente al control popular (una suerte de incensurabilidad e irresponsabilidad política) (...), sino como independencia de cada juez frente al poder –ya sea este el poder del ejecutivo, o el poder de las jerarquías internas al orden judicial– y potencial conflictividad con el mismo, es garantía de una justicia no sometida a la razón de Estado o a intereses políticos contingentes. (Ferrajoli, 2018, pp. 122 - 123)

Por otra parte, el principio de presunción de inocencia¹⁸, establece que nadie puede ser considerado culpable hasta que se haya comprobado su responsabilidad en un juicio y la

¹⁸ En consecuencia -si es verdad que los derechos de los ciudadanos están amenazados no sólo por los delitos sino también por las penas arbitrarias- la presunción de inocencia no es sólo una garantía de libertad y de verdad, sino también una garantía de seguridad o si se quiere de defensa social: de esa seguridad específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica defensa que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo (Ferrajoli, 1995, p. 549).

sentencia recaída haya quedado firme, se trata por lo tanto de una garantía que dota de libertad, verdad y seguridad a la ciudadana, de libertad, porque solo mediante un juicio con todas las garantías se puede restringir la libertad de los ciudadanos, de verdad, porque solo mediante un juicio y con la carga de la prueba del órgano acusador se puede llegar a la verdad procesal a fin de establecer la responsabilidad penal de una persona, y además, dota de seguridad a la ciudadana, porque es el Estado quien debe dotar de las garantías necesarias a fin de que un juicio se lleve garantizando los derechos de todos los ciudadanos.

El Estado es el órgano encargado de dar todas las garantías necesarias a fin de que un juicio penal no trasgreda más los derechos de los ciudadanos, tratando de poner un límite al *ius puniendi*, así, entre estas garantías, se tiene; a) la acusación precisa respecto al hecho cometido y al delito previamente establecido, b) el interrogatorio, visto como un medio de defensa, donde el imputado si desea declara o se abstiene de hacerlo, c) la motivación de todas las resoluciones (en sentido extenso, tanto del Poder Judicial como del Ministerio Público), d) la carga de la prueba, porque quien afirma un hecho está en la obligación de probarlo, e) la pluralidad de instancias, pues se debe dotar a las partes la oportunidad de que un órgano superior o igual revise lo dictaminado en primera instancia, y f) la absolución por falta o insuficiencia probatoria.

En cuanto al principio de ritualidad de los actos y publicidad del debate, se debe tener en cuenta que todo el proceso penal está restringido a las formas y al tiempo preestablecidas en la ley, pues desde los actos de investigación, hasta la etapa intermedia, juicio oral y apelación o casación, la ley establece los plazos y las formalidades con las que estas deben darse, porque de no ser así, podrían ser declaradas nulas o inadmisibles, haciendo referencia en este extremo al principio de ritualidad.

Ahora bien, en cuanto al principio de publicidad de debate¹⁹, “los procedimientos de averiguación de la responsabilidad penal deben realizarse a la luz del sol, bajo el control de la opinión pública y, sobre todo del imputado y de su defensor” (Ferrajoli, 2018, p. 124).

Por último, el principio de contradicción, se basa en que el proceso debe darse en forma de conflicto, porque de un lado debe haber una parte acusadora, diferente al juez, el cual representa la expresión del interés punitivo del Estado, y por otra, una parte defensora, la cual es la expresión del interés del imputado de ser exonerado de acusaciones; en este aspecto, las partes deben tener las mismas potestades dentro de un proceso

¹⁹ Este principio rige el nuevo modelo procesal penal “acusatorio”, pues “los procesos medievales eran en cambio inquisitivos, en el sentido de que era secreta la recolección de las pruebas mientras que era pública, y espectacular la ejecución de la pena. Con la Edad Moderna sucede lo contrario, mientras que la pena se vuelve secreta, en el sentido de que su ejecución es en la medida de lo posible oculta y separada del mundo eterno (reclusión, penas capitales dentro de la cárcel y el alba, entre otras), el proceso, aunque sea sólo en vía de principio, se vuelve público y litúrgico” (Ferrajoli, 2018, p. 125).

(igualdad de armas), con la finalidad de que puedan ejercer una acusación o defensa en igualdad de condiciones.

Este conflicto dentro del proceso, que es una de las garantías de defensa más importantes dentro del proceso penal, tiene dos condiciones; en primer lugar, la diferenciación del juez con las partes en conflicto, y especialmente con el rol del órgano acusador, así como, la imparcialidad de este respecto a la materia en conflicto, y en segundo lugar la perfecta paridad de posiciones y poder entre las dos partes del contradictorio, lo que le da al imputado la facultad de controlar la actividad de la acusación, en particular sobre los momentos de formación y de discusión de las pruebas, el cual solo puede ser asegurado por su defensa técnica en cada estado y grado del juicio (Ferrajoli, 2018, pp. 125 - 126).

2.1.5. Justificación filosófica de la tesis

Desde que el hombre deja de vivir y pasa a convivir, dejando así su estado de soledad para empezar a vivir en un estado en sociedad es que nacen los conflictos, justamente por intereses opuestos, por lo tanto, siendo necesario que se logre la convivencia de los integrantes de una sociedad, es que se hace necesario solucionar los conflictos, para dicho fin, a través de la historia han existido diferentes sistemas, entre ellos se puede hacer mención a la autotutela, autocomposición y heterocomposición²⁰. Dentro de este

²⁰ Couture manifiesta al desarrollar estas formas de solución de conflictos manifiesta que ... a)

último, el que interesa por ahora es el proceso judicial, el mismo que lo que busca es resolver conflictos litigiosos dentro de un proceso judicial.

Este proceso judicial lo que busca es garantizar que los derechos fundamentales materiales de las personas cuenten con "... garantías procesales que permitan accionarlos ante los [órganos de administración de justicia]. La tutela de los derechos fundamentales a través de procesos conduce necesariamente a dos cosas: primero, que se garantice el derecho al debido proceso material y formal de los ciudadanos y, segundo, que el Estado asegure la tutela jurisdiccional" (Landa Arroyo, 2018, p. 496).

Estas supragarantías del derecho procesal han sido reconocidas por la CPP, así, en el inciso 3 del artículo 139 se ha establecido que; son principios y derecho de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Al hacer referencia a la garantía del debido proceso, se debe tener en cuenta, tal como lo manifiesta Landa Arroyo, que este "se descompone en: el debido proceso sustantivo, que protege a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales, y al debido proceso adjetivo, referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales" (2018, p. 498). Por otro lado, la garantía

La llamada autotutela, vale decir la reacción directa y personal de quien se hace justicia con manos propias. ... b) La sumisión o renuncia total o parcial. En este caso la parte perjudicada por el quebrantamiento de la norma sacrifica todo o parte de su derecho. ... La doctrina llama a estas formas autocomposición, o sea, solución del conflicto por las propias partes. c) El proceso. En este caso las partes dirimen su controversia ante la autoridad y quedan sometidas, expresa o tácitamente, a la decisión de esta. ... (1958, p.10).

de la tutela jurisdiccional efectiva hace referencia a los diferentes medios que el ordenamiento jurídico prevé en caso de lesión o amenaza de lesión de una situación jurídica, teniendo el “Estado la obligación de asegurar un conjunto de garantías institucionales que permitan el ejercicio del debido proceso de toda persona” (Landa Arroyo, 2018, p. 502).

Ahora bien, un Estado constitucional de Derecho, “define la normativización de la dinámica del Estado y los sujetos fundamentales, condicionando su existencia a la configuración de las reglas jurídicas que asignan las atribuciones, facultades, potestades, derechos, obligaciones, deberes, compromisos, permisiones ..., etc., al Estado y al individuo” (Londoño Ayala, 2018, p. 118).

Es en base a este modelo de Estado, que el derecho se identifica como un ordenamiento contenido de principios, directrices y normas jurídicas que guían todo el ordenamiento jurídico; por lo tanto, teniendo en cuenta el modelo de Estado y a la garantía de la tutela jurisdiccional, es que se delimitan un conjunto de principios y garantías jurisdiccionales implícitos y explícitos a fin de asegurar el derecho de los ciudadanos a obtener justicia. Dentro de estas garantías²¹ se tiene; a) juez natural, b) acceso a la jurisdicción, c) principio de igualdad procesal, d) derecho a un proceso sin

²¹ Se hace referencia a tales principios teniendo como fundamento lo desarrollado por Landa Arroyo (2018, p. 503 – 505).

dilaciones indebidas, e) deber judicial de producción de pruebas y f) derecho a la pluralidad de instancias.

Al haber llegado a la garantía que para la presente investigación interesa, se debe tener en cuenta que al hablar de la pluralidad de instancias nos referimos a una norma - principio, el mismo que ha sido recogido tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el cual en su artículo 8, sobre Garantías Judiciales establece: Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, así como en el 6 del artículo 139 de la CPP. Dicho principio hace referencia a "... que una parte, sea la presunta víctima o el presunto infractor, que no tiene éxito en la defensa de sus intereses en las instancias señaladas ... debe tener, como medida de revisión, la oportunidad de, al menos, una instancia de apelación ...” (Londoño Ayala, 2018, p. 121).

Ahora bien, volviendo a la idea de un Estado Constitucional de Derecho, se debe tener en cuenta que una de las características que rige este modelo es la fuerza irradiadora que posee la Constitución, esto quiere decir que todas las garantías y principios establecidos en la Constitución dotan de contenido a todo el ordenamiento jurídico²², esto es, a todos los subsectores del derecho, siendo lógico que dicha fuerza alcance también al Derecho Procesal Penal, por lo

²² Esto hace referencia al nuevo paradigma constitucional al que hacía referencia Ferrajoli, el mismo que se fue desarrollado en el apartado anterior.

tanto, si el actual modelo procesal penal peruano –acusatorio garantista con rasgos adversariales– tiene como unas de sus características la garantía de los derechos de las partes procesales, entonces dicho modelo debe respetar la garantía constitucional de la pluralidad de instancias en todo el proceso penal, ya se trate de la etapa de investigación, intermedia o juicio oral; siendo el Estado quien debe otorgar a los sujetos procesales las condiciones mínimas y necesarias a fin de que éstos hagan valer dicho principio en cualquier etapa del proceso penal.

Entonces, si se toma esta última idea como cierta, cabe hacer la siguiente pregunta ¿Por qué en la etapa de investigación preparatoria dentro del proceso penal no existe un sistema de recursos –aparte de la queja– a fin de que los sujetos procesales puedan recurrir la disposiciones o providencias que les cause agravio?, siendo justamente esta idea el problema sobre el cual versa la presente investigación es que se debe establecer cuáles son los fundamentos por los cuales se puede aplicar la teoría recursal a las actuaciones del Ministerio Público en dicha etapa procesal, partiendo para ello de la fuerza irradiadora de la Constitución, debiendo el principio de pluralidad de instancias irradiar todo el proceso penal.

Como se puede observar de lo desarrollado precedentemente, el paradigma en el cual se sustenta la presente investigación es el positivismo jurídico, y específicamente en la teoría garantista de Luigi Ferrajoli (2014), pues este es “un modelo de derecho basado

en la rígida subordinación a la ley de todos los poderes y en los vínculos impuestos a estos en garantía de los derechos, con preferencia de los derechos fundamentales sancionados por la constitución” (p. 29).

Por lo tanto, no basta que el Código Procesal Penal establezca entre su normas un único recurso en la etapa de investigación preparatoria (queja), tratando así de dar la percepción de que el nuevo modelo procesal garantiza los derechos de los sujetos procesales (ámbito solamente normativo), sino, que es necesario que se doten de las garantías procesales mínimas a fin de que los sujetos procesales puedan recurrir las actuaciones del Ministerio Público que les causen perjuicio, valiéndose para ello de los principios y derechos – pluralidad de instancia, derecho de defensa– que dota la Constitución (ámbito valorativo), teniendo en cuenta que la ausencia de una técnica procesal basada en la Constitución representa una omisión que atenta contra los derechos fundamentales de los sujetos procesales, teniendo el Estado el deber de garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales (Art. 44 de la Constitución).

Del mismo modo, es necesario la existencia de un orden normativo que establezca los recursos que se puedan hacer uso en la etapa procesal de investigación preparatoria, ya que sólo a partir de ello se daría previsibilidad y seguridad jurídica a los sujetos a fin de tener el derecho a recurrir cualquier providencia o disposición que les haya causado perjuicio en la etapa de investigación preparatoria, del mismo modo, se hace necesario que en un Estado constitucional de

derecho, se dé “(...) confianza [al] ciudadano en que será posible que cualquier eventual error pueda enmendarse por otro tribunal [y a la vez dar] seguridad de que un segundo órgano jurisdiccional examine el caso y, si fuere preciso remedie cualquier error que hubiere sufrido el (...) de primera instancia (...)” (San Martín Castro, 2015, p. 104), sirviendo éste último como un argumento para evitar la arbitrariedad.

Por último, si nuestro ordenamiento jurídico reconoce una serie de derechos a los sujetos procesales y a la vez una serie de mecanismos a fin de que estos se efectivicen, ello también se debe evidenciar en el proceso penal, en el presente caso, si se reconoce el derecho a la pluralidad de instancias, es necesario que también se den las garantías para efectivizar este derecho en el ámbito de la etapa procesal de investigación preparatoria en el Proceso Penal Peruano.

2.2. Marco constitucional

2.2.1. Constitucionalización del derecho procesal

El actual sistema jurídico, ya no se basa solo en una idea de Estado de derecho, en la cual, la Constitución era entendida como una norma meramente política, que carecía de contenido jurídico vinculante y que estaba compuesta únicamente por una serie de disposiciones regulatorias de la labor de los poderes públicos (Landa Arroyo, 2018), sino, que ahora la Constitución es vista como la norma suprema de todo el ordenamiento jurídico, cambiando así el

paradigma del sistema jurídico, ya no se trata solo de un Estado de derecho, sino de un Estado constitucional de derecho.

Este cambio de paradigma ha llevado a establecer que todo subordenamiento debe ser acorde con los postulados que establece la Constitución, así, si la Constitución sienta las bases de cada ordenamiento jurídico, es en estos en donde se deben ver reflejados las garantías constitucionales.

En cuanto al derecho procesal, y en lo que atañe en la presente investigación, el derecho procesal penal, la Constitución a sentado las bases en torno a las garantías que debe observar todo proceso penal, esto es, lo referente a quienes son los encargados de administrar justicia, quien es el ente encargado de la acción penal, como se debe desarrollar el proceso, entre otros; “por lo tanto la Constitución se ocupa –entre otros asuntos– de la conformación del proceso, [y] regula en términos generales el método de actuación de la jurisdicción, del Estado-juez” (San Martín Castro, 2015, p. 50).

Teniendo en cuenta lo anterior, se debe establecer ahora cual es la función que cumple el actual proceso penal, teniendo en cuenta para ello, los lineamientos que establece la Constitución.

Antes de este cambio de paradigma, se establecía que la función del proceso penal se circunscribía únicamente a la actuación del *ius puniendi* del Estado, es decir que el proceso penal era el instrumento que la Jurisdicción tiene para la exclusiva aplicación del *ius puniendi* del Estado; sin embargo, teniendo en cuenta este cambio de

paradigma, no se puede tomar la función del *ius puniendi* como única función del proceso, ya que aparte de esta, y de la interpretación de la Constitución, se puede agregar otras, tales como; la protección del derecho a la libertad, porque el proceso penal más allá de la aplicación del *ius puniendi*, debe declarar el derecho a la libertad del ciudadano inocente; derecho a la tutela de la víctima, pues el proceso penal debe servir como instrumento para la reparación de la víctima, tan igual que los derechos fundamentales del imputado a la libertad y defensa, son los derechos de la víctima a la obtención de una eficaz y rápida tutela de su pretensión resarcitoria; y la reinserción del imputado, pues con medidas alternativas a la prisión preventiva contribuirían a la efectiva reinserción del imputado (Gimeno Sendra, 2012).

2.2.2. Garantías constitucionales dentro del proceso penal

Como se estableció líneas arriba, en el actual proceso penal, la Constitución adquiere una gran relevancia

no sólo atendiendo a un criterio formal, según el cual nuestra Ley Fundamental ocupa en el ordenamiento una posición jerárquica de supremacía, sino también desde un punto de vista material, desde el que se observa que, en el proceso penal (...) los derechos en conflicto adquieren la naturaleza de fundamentales, ya que vienen integrados, de un lado, por el derecho de penar que ejercitan las partes acusadoras, a través del derecho a la tutela, y, de otro, por el derecho a la libertad del imputado que hace valer la defensa ... (Gimeno Sendra, 2012, p. 75)

Teniendo en cuenta esta noción, se puede establecer que las garantías procesales constitucionales adquieren una noción de

derechos fundamentales, porque son “derechos subjetivos públicos que se tienen frente a los órganos jurisdiccionales y que, en consecuencia, configuran un conjunto de facultades de los ciudadanos frente a los jueces y tribunales” (Ureña Carazo, 2014, p. 186).

Si se tiene en cuenta que los derechos fundamentales²³ garantizan la libertad de las personas, porque estos constituyen garantías de los individuos frente al *ius puniendi* estatal, entonces, las garantías procesales pueden ser entendidos como derechos fundamentales, en el sentido que estos “serían las leyes que garantizan la libertad o autonomía de cualquier persona frente a la arbitrariedad o abuso del poder público” (Ureña Carazo, 2014, p. 187).

Por ende, si estas garantías son entendidos como especie de escudos protectores de la dignidad humana y de la libertad, es necesario que estas se sitúen en la cúspide de todo ordenamiento jurídico, es decir, deben estar plasmados en la Constitución, sirviendo como directivas obligatorias para la elaboración de las leyes procesales, de la jurisprudencia y de la doctrina.

Teniendo en cuenta lo anteriormente descrito, y las normas constitucionales que establecen las reglas del proceso penal, las

²³ “Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas” (Ferrajoli, 2009, p. 19).

garantías procesales se pueden dividir en garantías genéricas y garantías específicas.

Las primeras son reglas generales, polivalentes, que inciden en el ámbito general o integral del proceso, además se proyectan a todas las etapas del proceso. En algunas ocasiones refuerzan el contenido de las garantías específicas y, en otras, incluyen determinadas garantías que no fueron formalmente incorporadas en la Constitución. Las garantías específicas son reglas puntuales, circunscriptas a una institución procesal o a un ámbito preciso del proceso. (San Martín Castro, 2015, p. 89)

Parafraseando a San Martín Castro (2015), se puede establecer que las garantías procesales genéricas del proceso penal son cuatro, a) debido proceso (artículo 139.3 de la Constitución y artículo III del Código Procesal Penal de 2004), b) tutela jurisdiccional (artículo 139.3 de la Constitución), c) defensa procesal (artículo 139.14 de la Constitución y artículo IX del Código Procesal Penal de 2004) y d) presunción de inocencia (artículo 2.24 de la Constitución y artículo II del Código Procesal Penal de 2004), de otro lado, las garantías procesales penales específicas, son numerosas, entre estas se puede enumerar, juez legal, *ne bis in idem*, cosa juzgada, debida motivación, publicidad, etc.; además, muchas de estas garantías integran el contenido constitucional de determinadas garantías genéricas.

Ahora bien, de las cuatro garantías genéricas mencionadas en el párrafo anterior, en el siguiente acápite solo se desarrollan tres de estas, debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva y derecho de defensa, puesto que solo estas han sido tomadas como componentes de la hipótesis planteada.

A. Debido proceso

Se puede establecer que el principio del debido proceso, es un derecho procesal fundamental, que no solo está destinado a regir en un determinado ámbito del derecho, sino que su fuerza obliga a todo el sistema jurídico, erigiéndose como una garantía que tiene todo sujeto contra el ejercicio abusivo del poder público, así también, se puede establecer que es un instrumento que incorpora un conjunto de requisitos a fin de que de una plena satisfacción a las pretensiones realizadas.

San Martín Castro, establece que el debido proceso indica “las condiciones mínimas del desenvolvimiento del proceso en los marcos fijados por la Constitución en cuya virtud el Poder Judicial [y cualquier otra entidad estatal] debe actuar de acuerdo con las reglas preestablecidas y que aseguran, ampliamente la participación de las partes en la solución de las controversias puestas en su conocimiento” (2015, p. 90).

Además, se puede establecer que el debido proceso se encuentra íntimamente ligado a la idea de justicia, y ello se refleja en lo siguiente; “i) Un acceso a la justicia no solo formal, sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables, ii) El desarrollo de un juicio justo, y iii) La resolución de las controversias de forma, tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección de derecho,

es decir, que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa” (Castillo Alva, 2020).

Parafraseando a Landa Arroyo (2018), se puede establecer que el debido proceso se descompone en dos vertientes, por un lado, en el debido proceso sustantivo, que protege a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales, y otro, en el debido proceso adjetivo, referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales.

Asimismo, el TC, en el expediente 3421-2005-PHC/TC, fundamento 5, ha establecido que “el derecho fundamental al debido proceso no puede ser entendido desde una perspectiva formal únicamente; es decir, su tutela no puede ser reducida al mero cumplimiento de las garantías procesales formales. Precisamente, esta perspectiva desnaturaliza la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, y los vacía de contenido. Y es que el debido proceso no sólo se manifiesta en una dimensión adjetiva -que está referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales-, sino también en una dimensión sustantiva -que protege los derechos fundamentales frente a las leyes y actos arbitrarios provenientes de cualquier autoridad o persona particular. En consecuencia, la observancia del derecho fundamental al debido proceso no se satisface únicamente cuando se respetan las garantías procesales, sino también cuando los actos mismos de cualquier autoridad, funcionario o persona no devienen en arbitrarios.

Respecto a su dimensión formal, el debido proceso está configurado por el conjunto de garantías que establecen como se debe desarrollar un proceso, desde su inicio hasta la ejecución de lo decidido (Castillo Córdova, 2010); así, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como; juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación, instancia plural, cosa juzgada, etc.).

En su dimensión sustantiva o material, el TC, en el Exp. No. 2424-2004-AA/TC ha establecido que esta dimensión está relacionada con los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer; asimismo, se puede establecer qué;

el debido proceso está conformado por el aseguramiento de la consecución del bien humano, que subyace al derecho fundamental al debido proceso. [Por lo tanto] está justificado considerar que la dignidad de la persona exige que el procesamiento al que se le someta con la finalidad de resolver un determinado conflicto, deba dar por resultado una decisión justa que es la única decisión digna. (Castillo Córdova, 2010, p. 25)

Como se puede observar, el principio del debido proceso, engloba otros principios procesales, es por ello que el TC, ha establecido que el debido proceso, puede ser entendido como un derecho de naturaleza compleja²⁴, un derecho constitucional

²⁴ Exp. No. 03075-2006-AA/TC, del 29 de agosto de 2006.

de naturaleza omnicomprensiva²⁵, o un derecho continente²⁶, pues en este principio se encuentran incluidos otros, más específicos, por lo tanto, el debido proceso carece de un ámbito constitucionalmente protegido de manera autónoma, por lo que su lesión se produce cuando se afecta el ámbito de una garantía que este consagra.

Entre las garantías incluidas dentro del debido proceso, se puede mencionar a; derecho a la prueba, derecho a la jurisdicción predeterminada por ley o al juez natural, proceso preestablecido por ley, derecho a la motivación, derecho a la presunción de inocencia, derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, derecho a la cosa juzgada y derecho a la pluralidad de instancia; de todos estos, el único al que se va a hacer mención es a este último, ya que es este el que interesa a la presente investigación.

a. Derecho a la pluralidad de instancia

En el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se establece que “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

²⁵ Exp. No. 00917-2007-PA/TC, del 18 de marzo de 2009.

²⁶ Exp. No.10490-2007-PA/TC, del 12 de noviembre de 2007.

las siguientes garantías mínimas: h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

Del mismo modo, el artículo 139 inciso 6 de la Constitución Política regula como principios y derechos de la función jurisdiccional: 6. La pluralidad de la instancia.

Ahora bien, el artículo antes referido establece pluralidad de instancias, no estableciendo a cuantas hace referencia, por lo tanto, se debe establecer que el contenido constitucionalmente garantizado de este principio, demanda que el legislador establezca como mínimo una doble instancia.

El derecho a la pluralidad de instancias busca que las decisiones judiciales puedan ser revisadas por un órgano superior, porque como se sabe, el error o falla humana en la interpretación del derecho es una probabilidad.

Además, se puede establecer que el fundamento del derecho al recurso es que mediante éste se pueden corregir errores o injusticias que puedan haberse cometido en las decisiones de primera instancia, generando así una doble conformidad judicial, otorgando mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado y brindando mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado; sin embargo, a efectos de que exista una doble conformidad judicial, es necesario que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral

de la sentencia recurrida. (Castillo Alva, 2020). Sin duda este último argumento, que da un control de garantía da una mayor seguridad de acierto, confiere confianza y sirve para evitar la arbitrariedad.

Asimismo, mediante el derecho a la pluralidad de instancias se da garantía que lo resuelto por un órgano jurisdiccional pueda ser revisado en instancias superiores a través de los correspondientes medios impugnatorios formulados y dentro del plazo legal establecido.

B. Tutela jurisdiccional efectiva

La tutela jurisdiccional efectiva se encuentra regulado en los artículos 1.1., 8.1, y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, del mismo modo, está regulado en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política, en la cual se establece como uno de los “principios y derechos de la función jurisdiccional: 3 (...) la tutela jurisdiccional.

Sin embargo, al igual que el principio anterior (Debido proceso), no se sabe con certeza a que hace referencia la tutela jurisdiccional, siendo necesario para ello recurrir, tanto a la doctrina, como a la jurisprudencia, por ello, Cafferata Nores establece que;

comprende el derecho de acceder a los tribunales sin discriminación alguna, el derecho de incoar un proceso y de seguirlo, el de obtener una sentencia o resolución motivada sobre la cuestión planteada, el derecho a

obtener una sentencia de fondo sobre esa cuestión, el derecho a la utilización de los recursos, el derecho a que la sentencia se ejecute.

De lo expuesto queda claro que la tutela judicial efectiva, también le corresponde a quien ha resultado menoscabado en su derecho a raíz de la comisión de un delito: a la víctima. (2000 pp. 45 – 46)

La tutela jurisdiccional, al igual que el debido proceso, engloba diferentes garantías, por ello, su desarrollo le corresponde al legislador, pero su aplicación le pertenece al Poder Judicial, en forma amplia, no solo haciendo referencia al ente denominado Poder Judicial o TC, sino a cualquier organismo encargado de administrar justicia en nombre del pueblo, por lo tanto, es necesario que estos órganos aseguren el derecho a los ciudadanos a obtener justicia, para lo cual es necesario delimitar un conjunto de principios y garantías jurisdiccionales implícitos o explícitos.

Al respecto, el TC²⁷ ha establecido que “el derecho a la tutela jurisdiccional es un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los que destacan el acceso a la justicia, es decir, el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente, y, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales. [esto último se desprende] tanto del artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

²⁷ Exp. No. 015-2001-AI/TC, del 29 de enero de 2004., fundamento 9

como del artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. De acuerdo con el primero “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”. Conforme al segundo “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención”.

De lo expresado en el párrafo anterior, se puede establecer que uno de los fundamentos de la tutela jurisdiccional es la efectividad, pues la tutela jurisdiccional que reconoce la Constitución debe contener otras garantías que efectivicen la tutela jurisdiccional. Es decir, la tutela jurisdiccional no se agota con el solo reconocimiento de este, sino que se hace necesario dotarla de mecanismos que posibiliten su cumplimiento pleno y rápido²⁸.

²⁸ En base a lo desarrollado precedentemente, se puede establecer que “el derecho a la tutela [jurisdiccional] efectiva (...) parte de una concepción garantista y tutelar para asegurar tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia. Se trata de un derecho genérico que se descompone en derechos específicos, entre los cuales se encuentran los derechos de acceso a la justicia y al debido proceso. Por un lado, el derecho de acceso a la justicia asegura que cualquier persona pueda recurrir a los órganos jurisdiccionales para hacer valer su pretensión, sin que se le obstruya o disuada de manera irrazonable. Por otro lado, el derecho al debido proceso, supone la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, así como de los principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso” (Landa Arroyo, 2018, p. 517).

Ahora bien, al igual que el debido proceso, la tutela jurisdiccional efectiva es una garantía continente, porque engloba a otras garantías, se puede establecer que su contenido está dado por las siguientes garantías, a) derecho al proceso, b) derecho a una resolución fundada en derecho, c) Derecho de acceso a los recursos legalmente previstos, d) Derecho a la firmeza, invariabilidad y a la cosa juzgada –efectividad de las decisiones jurisdiccionales– e) Derecho a la ejecución de lo decidido.

De todas estas garantías específicas, el que interesa para la presente investigación es el derecho de acceso a los recursos legalmente previstos, del cual se ocupará en las siguientes líneas.

a. Derecho de acceso a los recursos legalmente previstos

Este derecho se encuentra plenamente ligado al derecho de pluralidad de instancias, no basta con que se reconozca el derecho a la pluralidad de instancias, sino que se hace necesario el desarrollo de tal derecho, por lo tanto, se debe garantizar el acceso a un determinado medio de impugnación, es decir, cuáles son los presupuestos procesales razonables que condicionan su ejercicio y su alcance, así, se debe establecer los plazos, los sujetos legitimados a impugnar, el procedimiento, entre otros aspectos que hagan posible la impugnación.

Neyra Flores, citando a Maljar Daniel, establece que;

la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señalo que no basta con que estos recursos se encuentren previstos de modo expreso en la Constitución o la ley, o que sean formalmente admisibles, sino que se requiere, además, que sean realmente adecuados y eficaces para determinar si ha incurrido en una violación a los derechos humanos y para adoptar las medidas necesarias que permitan restablecer el derecho vulnerado. (2015, pp. 137 - 138)

Por lo tanto, se puede establecer que el fundamento de este derecho, se encuentra en someter a un Tribunal superior, el fallo condenatorio y la pena, conforme a lo prescrito por Ley, por lo tanto, se cumplirá²⁹ este principio cuando al recurrente se le permite el acceso a la instancia legalmente preestablecida o al ejercicio de los recursos establecidos por Ley (Gimeno Sendra, 2012).

C. Derecho de defensa

El derecho a la defensa es una de las garantías primordiales que tiene un sujeto dentro de un proceso, ya que a través de esta garantía se puede hacer valer todos los derechos a fin de limitar el poder estatal.

²⁹ Por otro lado, “se entenderá infringido tal derecho, cuando la Ley no prevea recurso alguno contra el fallo condenatorio dictado en primera instancia, o cuando no se admita el recurso “de plano” por una defectuosa notificación a la parte ... o mediante la invocación de la ausencia de requisitos fácilmente saneables, porque el referido derecho conlleva el de la obtención de una sentencia de fondo en la segunda instancia ...” (Gimeno Sendra, 2012, p. 147).

La constitución peruana, reconoce esta garantía en el artículo 139 inciso 4, erigiéndola como una institución imprescindible sin la cual no puede haber un proceso judicial, ello, porque es necesario, que un proceso se lleve a cabo respetando las garantías de las partes intervinientes, por ende, es necesario que dichas partes puedan participar en juicio en igualdad de oportunidades.

Del mismo modo, San Martín Castro, citando a Schlúchter, establece que esta garantía “expresa el respeto del ordenamiento jurídico ante la dignidad del hombre en un sentido muy profundo, además favorece a otro fin procesal que consiste en evitar decisiones injustas” (2015, p. 119), se establece que esta garantía hace referencia a la dignidad del hombre, porque no se ve a éste solamente como un objeto o un fin al cual se le debe imponer una pena sin la posibilidad de que éste se pueda defender, dando así sus argumentos, sino que, por el contrario, al ser un sujeto de derechos, tiene toda la potestad de hacer valer sus derechos a fin de defenderse de la imputación formulada en su contra.

El ejercicio del derecho de defensa, de acuerdo con la Sentencia 02028-2004-PHC/TC, tiene una doble dimensión: una dimensión material que hace referencia al derecho que tiene el imputado de hacer valer su propia defensa desde el momento en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de un hecho delictivo, y la otra, una dimensión formal, que supone el derecho

a contar con un defensa técnica, esto es, asesoramiento y patrocinio de un abogado de su elección durante todo el tiempo que dure el proceso. Estas dimensiones forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa.

Sin embargo, las dimensiones antes descritas no agotan el contenido de la garantía del derecho de defensa, pues mediante esta, se otorga al imputado la posibilidad de acceder al proceso ni bien tome conocimiento de que se le atribuye la comisión de un hecho delictivo, pudiendo designar un abogado defensor de su confianza o uno de oficio, también puede realizar “actos de alegación, prueba e impugnación que estimen necesarios en punto a hacer valer, con eficacia, el derecho fundamental a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente” (Gimeno Sendra, 2012, p. 259)

La garantía de defensa es una garantía procesal que;

comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y la de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúa ... esas actividades pueden sintetizarse en: la facultad de ser oído, la de controlar la prueba de cargo que podrá utilizarse válidamente en la sentencia, la de probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal, la de valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable según su posición, que excluya o atenúe la aplicación del poder penal estatal. (San Martín Castro, 2015, p. 120)

Si bien, al hablar de derecho de defensa, incide en mayor medida en el imputado, ello no debe ser visto así, pues debe tenerse en cuenta, que esta garantía también asiste a otras personas que intervienen en el proceso, tales como, actor civil, tercero civilmente responsable, agraviado, ello en base a que, en todo proceso, una persona tiene la capacidad de defenderse de toda pretensión, haciendo valer su interés legítimo, argumentando sus respectivas pretensiones, y rebatiendo los fundamentos de la parte contraria,³⁰ esto como expresión de la propia lógica contradictoria del proceso y del principio de igualdad de armas.

Se puede establecer que esta garantía también incide en gran medida en la víctima, a quien se le reconoce los derechos a la información y protección, teniendo plena facultad para intervenir en el proceso a fin de garantizar su pretensión reparatoria, y el derecho a la verdad (San Martín Castro C., 2015).

Del mismo modo, Cafferata Nores (2011), establece que paralelo al proceso de acusar y juzgar, también existe la idea de garantizar la defensa de la persona que reclama justicia penal, aquella agraviada por la comisión de un hecho delictivo, siendo

³⁰ Maier (1996, p. 544) establece que, al ser esta una garantía contra el poder estatal, algunos confunden que esta también alcance al Ministerio Público, como órgano de persecución penal. Pues si bien, se puede poner al Ministerio Público en pie de igualdad con el imputado, o incluso, por encima de él, al tener el poder de persecución penal estatal, ello no implica regular su derecho a la defensa y otorgarle oportunidades para ejercer este derecho, sino, que simplemente se le da las armas necesarias a fin de que cumpla su función. Cuando por algún error, se le niega alguna de sus atribuciones constitucionales, él tiene la potestad de solicitar la nulidad, pero no en base a la vulneración de su derecho de defensa, sino, de que no se ha cumplido el procedimiento establecido en la ley.

ello condición necesaria para la validez de cualquier juicio, debiéndose considerar esto como un deber (subsidiario) del Estado. Por ende, la garantía del derecho de defensa debe también abarcar la atribución de tener libre acceso a los tribunales para procurar y lograr el reconocimiento y la protección, aún penal, del derecho que se afirme violado.

2.3. Marco teórico

2.3.1. Proceso

A. La causa del proceso y solución de conflictos

Si se tendría que establecer como nace el proceso, se podría decir que una de las causas de este, es el referido a la solución de conflicto de intereses, porque, si se pone el supuesto que una persona vive sola, sin entrar en contacto con ninguna otra, no habría necesidad de tutelar los derechos, ya que esta podría disponer de cualquier bien, sin entrar en conflicto con nadie más; sin embargo, al ser este supuesto solo algo hipotético, pues ninguna persona puede vivir sola, sino que, necesita vivir en sociedad a fin de realizarse como persona, es que nacen los conflictos, porque muchas veces los bienes de uno serán queridos por otros.

Este conflicto de intereses se podría resolver de manera pacífica, pues ante el requerimiento de uno, el otro podría aceptar otorgarlo, sin necesidad de que se recurra al derecho,

resolviendo de manera pacífica; sin embargo, puede ocurrir lo contrario, es decir, la negativa de cumplir, necesitando para ello alguna forma de solucionar dicho conflicto, con la finalidad de que una sociedad no se vea destruida y pueda vivir en paz.

Ahora bien, con la finalidad de resolver los conflictos de intereses que puedan surgir dentro de una determinada sociedad, se han desarrollado diferentes sistemas, así, el primer sistema que se conoce es la autodefensa o autotutela³¹, ya que mediante el uso de la fuerza y la venganza se administraba justicia, se podría decir que esta forma de administrar justicia tiene su origen en las sociedades primitivas.

También se lo conoce como autodefensa y es la primera en aparecer y se identifica como “una forma primitiva y egoísta de solución”, en la cual el más fuerte o el más hábil impone por su inteligencia, su destreza o su habilidad, su solución al contrario. Aquí, el litigio se resuelve no en razón de a quién le asista el Derecho, sino de quién es el más fuerte o el más hábil. (Ascensio Romero, 2003, p. 19)

Como segundo sistema está la autocomposición, mediante la cual las partes buscan solucionar sus controversias mediante el trato directo o negociación.

³¹ “En los primeros tiempos se terminaba sólo por el uso de la fuerza: el más fuerte, el que ostentaba armas, el más veloz hacía prevalecer su voluntad sobre el débil, el indefenso, el lento. Y esto se presenta como claramente disvalioso, pues el uso indiscriminado de la fuerza no asistida por la razón genera destrucción. Por eso parece obvio que la fuerza debe ser erradicada de modo imprescindible para lograr la sobrevivencia de la sociedad misma como tal, pues descarto que el bíblico triunfo de David en su desigual lucha contra Goliat es una mera anécdota muy difícil de repetir en la historia: la regla es siempre igual: el pez grande se come al chico (Alvarado Velloso, 2009).

las formas unilaterales de solución autocompositiva se dan cuando una de las partes en conflicto, sea el actor o el demandado (pretensor y resistente, respectivamente), viene a dar solución al conflicto mediante la renuncia o desistimiento en el caso del pretensor, o del allanamiento o sometimiento a la pretensión por parte del demandado.

La forma bilateral de solución autocompositiva se da cuando ambos litigantes deciden dar fin al conflicto mediante un pacto, convenio o transacción. (Ascensio Romero, 2003, p. 26)

Como último sistema se tiene la heterocomposición, mediante la cual una tercera persona (elegida o no) resuelve un conflicto, este sistema nace a fin de evitar la autodefensa violenta y con el propósito de restablecer el orden social, en donde las partes se subordinan a un tercero (el Estado) a fin de que este decida poner fin a un conflicto, pues “todo el Derecho, ideado por el hombre para sustituir la autoridad de la fuerza, al momento de actuar imperativamente para restablecer el orden jurídico alterado se convierte o se subsume en un acto de fuerza: la ejecución forzada de una sentencia” (Alvarado Velloso, 2009, p. 36).

Mediante la heterocomposición la solución de conflictos pasó a ser una forma institucionalizada en la que dicho arreglo es dado por un tercero cuya principal característica es la de ser ajeno al conflicto y, desde luego, con capacidad reconocida por las partes o por el mismo Estado para solucionar la controversia.

Este sistema, se relaciona con el proceso³², entendido este, sin entrar aún al campo jurídico como un conjunto de actos coordinados para producir un fin, ya dentro del campo jurídico, se puede entender por proceso, una serie de actos coordinados para el logro de un fin jurídico, se podría hablar así, de un proceso legislativo, en el cual mediante actos consecutivos se logra dictaminar una ley, o del proceso para celebrar un contrato dentro del ámbito administrativo.

Sin embargo, el término proceso que ocupa ahora, es el referente al que se da dentro del derecho procesal, así;

Proceso procesal es el conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante los funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener, mediante la actuación de la ley en un caso concreto, la declaración, la defensa o la realización coactiva de los derechos que pretendan tener las personas privadas o públicas, en vista de su incertidumbre o de su desconocimiento o insatisfacción (en lo civil, laboral o contencioso-administrativo) o para la investigación, prevención y represión de los delitos y las contravenciones (en materia penal), y para la tutela del orden jurídico y de la libertad individual y la dignidad de las personas, en todos los casos (civiles, penales, etc.). (Devis Echandía, 1997, p. 155)

B. Finalidad del proceso

Entendido así el proceso, como una serie de procedimientos coordinados que conducen a un fin, se puede establecer que este cumple dos funciones, una privada y una pública,

³² Francesco Carnelutti, establece que “el proceso es el método, mediante el cual se obtiene el pronunciamiento oficial de mandatos jurídicos (concretos), ya preexistan o no preexistan leyes (jurídicas), de las cuales los mandatos concretos constituyan aplicación” (1971, p. 23).

parafraseando a Alvarado Velloso, se puede establecer que posee una función privada, porque es el instrumento que tiene todo individuo a fin de que el Estado de solución a su conflicto, del mismo modo, posea una función pública, porque es el Estado quien otorga una garantía a todos los ciudadanos a fin de que se puedan resolver sus conflictos, para ello, establece la forma como se llevará a cabo el debate y la forma como ha de ser resuelto (2009). De dicha función se puede establecer que el Estado niega la existencia de la autotutela, para tener así el monopolio de la solución de conflictos.

Por otro lado, se debe establecer cuál es el fin del proceso, y siguiendo a Devis Echandía, se puede establecer que el fin de proceso tiene dos vertientes: “el objetivo y el subjetivo. Para el primero el fin del proceso es la actuación del derecho objetivo en el caso concreto, y para el segundo la tutela de los derechos subjetivos y de la libertad y dignidad humanas” (Devis Echandía, 1997, pp. 156 - 157).

Sin embargo, y tal como lo establece el mismo Devis Echandía (1997), esas vertientes no se pueden tomar como ciertas, por un lado, porque el fin del proceso no es la actuación del derecho objetivo, sino que este es el medio que utiliza el Estado para la tutela del orden jurídico, por otro lado, tampoco se puede establecer que la finalidad sea la tutela de los derechos subjetivos, porque, de ser así, se le daría un contenido de interés solamente particular, convirtiéndolo en un instrumento a los fines

que persiguen las partes. Por lo contrario, cree que el principal fin del proceso es la satisfacción de un interés público y general: mantener la armonía y la paz social, y tutelar la libertad y la dignidad humana.

Sin embargo, esta afirmación no dese ser tomada como si fuera cierto, pues de esta, se podría establecer dos fines, uno abstracto y otro concreto, ya que, mantener la armonía y la paz social, es un fin que busca todo el derecho, siendo visto como un fin concreto, un fin que es intrínseco a la naturaleza del derecho, no se debe olvidar, que el derecho nace para organizar la vida en sociedad, con la finalidad de que una sociedad no se destruya y pueda vivir en armonía, es decir buscando la paz.

Por otro lado, el fin específico del proceso sería, tutelar la libertad y la dignidad humana, garantizando la efectivización de los derechos de una sociedad, pues solo mediante el proceso se pueden efectivizar los derechos otorgados o establecidos en el derecho objetivo, “logrando, cuando existen intereses contrapuestos, la composición justa del litigio, y cuando no, la declaración del interés tutelado por la norma o derecho subjetivo para resolver el problema de su incertidumbre o del requisito para su ejercicio” (Devis Echandía, 1997, p. 157).

Sin embargo, cada subordenamiento del derecho procesal tiene fines específicos, ya sea el proceso civil, laboral, administrativo o penal, del cual se ocupara en los apartados siguientes, ya que

es justamente en esta rama del derecho procesal donde se desarrolla la presente investigación.

2.3.2. Proceso Penal

A. Concepto

En el apartado anterior se estableció –de manera general– que se debe entender por proceso, algo como la teoría general del proceso; sin embargo, en este apartado, es necesario desarrollar lo pertinente al proceso penal, entendido este como una rama específica dentro del proceso.

Para Baumann (1986, p. 255), el proceso penal “es una relación jurídica que se desarrolla y modifica desde un acto procesal a otro. Existen derechos y deberes entre todos los intervinientes, especialmente entre el tribunal y la parte activa y pasiva y entre el Ministerio Público y el imputado”.

Para Clariá Olmedo (1996), el proceso penal puede ser entendido como un actuar coordinado y sucesivo entre todas las personas que intervienen en el proceso, dirigidos todos a una misma finalidad.

La labor es convergente y se muestra en una continuidad de actos concatenada y progresiva que en forma sistemática regula el derecho procesal penal objetivo. Esto es lo que se conoce por proceso penal. Institucionalmente se extiende como puente entre el delito y la sanción, por ser el único medio de convertir la imputación en punición. (Clariá Olmedo, 1996. p. 209)

Del mismo modo, Vásquez Rossi (1997, p. 20) establece que;

el proceso penal aparece como el método legal y necesario, ajustado a requisitos estrictos, para determinar, a través de la investigación y discusión, si en el caso cabe la imposición de una sanción punitiva. Esto es consecuencia del expreso mandato de la Constitución (...) [y] pactos internacionales que condicionan la imposición de una condena penal al juicio previo; esto es, a un debate en el que la acusación pueda ser contradicha por la defensa, se presenten pruebas y se alegue antes de la decisión tomada por los juzgadores designados de acuerdo con los requerimientos constitucionales (jueces naturales).

Por lo tanto, el proceso penal³³ puede ser entendido como un acto continuo de procedimientos –desde el principio hasta el final– dentro de un ámbito jurisdiccional, entre todos los actores intervinientes en este, teniendo por finalidad dar solución a un conflicto de intereses, es decir, determinar, si cabe la imposición de una sanción punitiva, investigándolo en un primer momento y juzgándolo posteriormente.

B. Fines del proceso penal

El proceso penal, al igual que todo proceso tiene dos fines, uno general y otro específico, el fin general, es el mismo que sigue todo el proceso en sí, el cual, en resumen, es la pacificación jurídica para mantener el orden dentro de una sociedad, logrando con ello la convivencia en armonía y paz³⁴.

³³ Suele afirmarse que, en su visión unitaria, el proceso civil es la regla de la cual el penal surge como especial. En realidad, uno y otro tienen sus particulares características que permiten un estudio autónomo, sin perjuicio de propender a la unificación doctrinal en los aspectos posibles. La diferencia más saliente radica en la naturaleza pública del derecho penal (Clariá Olmedo, 1996, p. 210).

³⁴ Para Cano Jaramillo, con la finalidad de obtener esta paz final, “es necesario realizar fines intermedios no necesariamente punitivos, tales como: (i) realizar la justicia y garantizar los

Por otro lado, el fin específico hace referencia al fin que persigue el proceso penal como unidad, distinguiéndose, a decir de Clariá Olmedo (1996) en mediato e inmediato.

El fin específico mediato coincide con la finalidad de la jurisdicción; actuación concreta del derecho penal y eventualmente del civil, que se resuelve en la obtención de la cosa juzgada puesta en práctica con la ejecución. El fin específico inmediato es el sustento de esa actuación del derecho, y se resuelve en la obtención de la verdad con respecto al elemento fáctico del objeto propuesto, fijándolo a través de la prueba en cuanto a su coincidencia con la realidad histórica. (p. 222)

Es decir, que lo que lleva tanto el fin mediato como inmediato, es verificar, mediante un juicio con todas las garantías, si un hecho denunciado constituye o no delito, ello de acuerdo a las normas contenidas en el derecho penal³⁵.

C. Objeto del proceso penal

Para poder establecer cuál es el objeto del proceso penal, se debe tener en cuenta que este se relaciona directamente con el fin del proceso penal, pues el fin de este solo es posible si se actúa sobre el objeto del proceso penal.

derechos humanos; (ii) buscar la prevalencia del derecho sustancial; (iii) restablecer los derechos (iv) proteger a las víctimas; (v) establecer imparcialmente la verdad, y (vi) solucionar de manera oportuna y alternativa el conflicto, sin necesidad de agotarse todas las fases de la actuación” (2013, p. 68); sin embargo, estas características no pueden ser definidas como el fin que persigue el proceso penal, sino más bien, como características y garantías que busca el proceso penal.

³⁵ Por otra parte, Montero Aroca establece que las finalidades del sistema procesal penal son, el descubrimiento de la verdad, pero no a cualquier precio, y el deber de garantizar los derechos de las personas que intervienen en el proceso penal, debiéndose disponer los medios adecuados para dichos fines (Montero Aroca, 2009).

Si se tiene en cuenta que el proceso penal tiene como fin la actuación de las normas penales para obtener la verdad del hecho, entonces, el objeto de todo proceso penal es la verificación del hecho denunciado, es decir, que “este no puede ser más que, (...) el hecho criminal imputado a una persona, elementos que determinan la extensión de la investigación y cognición judicial” (Montero Aroca, Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar, 2001, p. 99).

Por lo tanto, siendo ese el objeto del proceso penal, este sirve para poder determinar;

la responsabilidad de individuos concretos respecto de hechos definidos como infracciones delictivas por la ley sustantiva (principio de legalidad), lo que tiene incidencia directa no sólo respecto de la decisión, sino de la misma promoción, ya que no puede iniciarse una causa penal sino por hechos que, en principio, se ajusten a las descripciones de figuras de la parte especial de los códigos penales. (Vásquez Rossi, 1997, p. 20)

La determinación del objeto procesal –el hecho punible imputado a una persona– es esencial: (i) delimita los poderes del órgano jurisdiccional en orden a la conformación de la sentencia, pues definido el objeto no puede alterarse: congruencia y limitación del ámbito cognoscitivo y decisorio del Tribunal; (ii) las partes, deducidas la acusación y la defensa, no pueden alterarlas introduciendo variaciones esenciales –la mutación o ampliación de la pretensión–; (iii) identifica los efectos derivados de la cosa juzgada en relación con el *ne bis in idem* ... (San Martín Castro, 2015, p. 286)

D. Sistemas procesales

Al hablar de sistemas³⁶ procesales, se hace referencia a un conjunto de disposiciones que asume el Estado, con la finalidad de conocer la verdad dentro de un proceso y así resolver los conflictos dados, es decir, los sistemas procesales, establecen las ideas básicas de cómo se debe desarrollar un juicio, esto es, las partes intervinientes, los actos procesales, las instancias que se llevarán a cabo, todo esto con el único fin de conocer la verdad dentro de un proceso judicial.

Es decir, que los sistemas procesales son un “conjunto de disposiciones (...) empleadas dentro de una sociedad para resolver (averiguar y decidir) un conflicto de índole penal. La idea alude a un ‘método’ que disciplina la instancia inicial y su desarrollo, la contradicción, la acreditación, las impugnaciones y el pronunciamiento” (Vásquez Rossi, 1997, p. 187).

A través de la historia, han existido tres grandes sistemas que han sentado las bases a cada modelo procesal, estos sistemas procesales son, el acusatorio, inquisitivo y mixto³⁷.

³⁶ Von Bertalanffy establece que; “existen modelos, principios y leyes aplicables a sistemas generalizados o a sus subclases, sin importar su particular género, la naturaleza de sus elementos, componentes y las relaciones o fuerzas que imperen entre ellos (...) principios universales aplicables a los sistemas en general. Un sistema puede ser definido como un complejo de elementos interactuantes” (1976, p. 32).

³⁷ Montero Aroca establece que no es posible establecer que dichos sistemas se hayan manifestado en la historia de manera pura, sino que ello se hace con fines pedagógicos a fin de comprender mejor estos (2009).

Luigi Ferrajoli (1995, pp. 564 - 566), al realizar un análisis histórico³⁸ de estos tres sistemas establece que;

El proceso penal de la antigüedad, como se configura en Grecia y en la Roma republicana, tiene una estructura esencialmente acusatoria, a causa del carácter predominantemente privado de la acusación y de la consiguiente naturaleza arbitral tanto del juez como del juicio. (...). [Posteriormente], la acusación pública fue sustituida por la *fatal denuncian* y por la *oculta calumnia*, que se convirtieron en un instrumento de la tiranía. Nació así, con la *cognitio extra ordinem*, el proceso inquisitivo, tramitado y decidido *ex officio*, en secreto y sobre documentos escritos, por magistrados estales delegados del príncipe (...) basado en la detención del acusado y su utilización como fuente de prueba, muy pronto acompañada de la tortura (...). Ya el código termidoriano de 1795 y después el napoleónico de 1808 dieron vida a aquel “monstruo”, nacido de la unión del proceso acusatorio con el inquisitivo, que fue el llamado proceso mixto, predominantemente inquisitivo en la primera fase, escrita, secreta, dominada por la acusación pública y exenta de la participación del imputado, privado de libertad durante la misma; tendencialmente acusatorio en la fase sucesiva del enjuiciamiento, caracterizada por el juicio contradictorio, oral y público con intervención de la acusación y la defensa, pero destinado a convertirse en mera repetición o escenificación de la primera fase.

Teniendo en cuenta ello, corresponde en los apartados siguientes desarrollar lo concerniente a estos sistemas procesales, teniendo en cuenta para una mejor comprensión, que históricamente no se ha encontrado registro que el sistema el sistema inquisitivo y acusatorio, se hayan dado de manera pura.

³⁸ Sobre pasa en esta investigación desarrollar todo lo concerniente a la evolución histórica de cada uno de estos sistemas procesales, por lo que, para un mayor estudio, debe revisarse lo desarrollado por Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón, 1994, pp. 562 – 570, Neyra Flores, Tratado de Derecho Procesal Penal, 2015, pp. 46 – 87. Maier, Derecho Procesal Penal, 1996, pp. 257 – 391. Vásquez Rossi, Derecho Procesal Penal, 1997, pp. 111 – 141, Alvarado Velloso, El Garantismo Procesal, Tomo I, 2010, pp. 93 – 198.

a. Sistema acusatorio

Se puede establecer que este sistema, nace en algún momento histórico primitivo –Grecia y Roma– sistemas en los que aún se tenía una noción privada del delito, no existiendo diferencias entre los procesos civil y penal. Este es un “sistema bilateral en el cual dos sujetos naturalmente desiguales³⁹ discuten pacíficamente en situación de igualdad jurídica”⁴⁰ (Alvarado Velloso, 2010, p. 45).

Así, el proceso penal era concebido como una contienda entre partes situadas en igualdad, frente a un tercero imparcial. En esta situación el acusador era el ciudadano ofendido por el delito, el cual imputaba al acusado la comisión de un delito, solicitando la imposición de una pena (Montero Aroca et al., 2001).

De manera resumida, se puede llamar acusatorio a todo sistema que haga recaer las funciones de acusar, defensa y decisión en órganos distintos acusador, defensor y juez.

³⁹ La desigualdad natural de los hombres es evidente: todos somos diferentes ya que hay quienes son más que otros (no importa al efecto si la diferencia radica en el peso, altura, belleza, fuerza, inteligencia, astucia, etc.: siempre hay uno que es más que otro). Y esa desigualdad puede ser la fuente del ejercicio de la fuerza en la solución de los conflictos que aparecen en la vida real. Por ejemplo, quien es más rápido, puede robar una cartera y salir corriendo sin ser alcanzado, y su fuerza es su rapidez. De la misma forma, quien es más astuto puede vender un buzón a otro; quien es más grande puede pegar al más chico, etc. (Alvarado Velloso, 2010, p. 45).

⁴⁰ La igualdad jurídica no se corresponde con la igualdad física, ya que esta es natural al hombre en tanto aquella es dada por la ley para paliar esa desigualdad mediante el otorgamiento de una simple igualdad de trato. Y nada más. Adviértase que en el pleito del obrero contra el patrono, ambos siguen siendo quienes siempre son durante todo el curso del pleito, por mucho esfuerzo que haga el juez del sistema inquisitivo, son jamás podrá lograr una igualdad natural real entre ellos. Y es esta igualdad y no a otra a la que se refieren todos los Pactos que buscan la igualdad entre los hombres (Alvarado Velloso, 2010, pp. 45 - 46).

Mediante este sistema se concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes, y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. (Ferrajoli, 1995, p. 564)

De la definición dada por Ferrajoli, se pueden establecer cuáles son las características esenciales de este sistema, por un lado, la división de funciones en cuanto a la acción, jurisdicción y defensa, asimismo, las características dentro del proceso son la publicidad, contradicción, oralidad, concentración, inmediación y libre convicción.

i. Acción

El proceso puede ser iniciado en algunas ocasiones por cualquier ciudadano, esto, cuando el delito es considerado como un hecho público, que afecta a toda la sociedad, o por quien ha sido ofendido por el delito, en este caso el agraviado, aunque también puede ser iniciado por un representante de la sociedad, esto es, el Ministerio Público; sin embargo, mediante este sistema, el proceso no puede ser iniciado nunca por el Juez⁴¹.

⁴¹ "Esta facultad de instar y la inexistencia de un órgano oficial predeterminado para averiguar y perseguir penalmente, hace que en los procedimientos acusatorios puros no exista la denuncia ni una etapa preparatoria investigativa previa, siendo la acusación el medio idóneo para alcanzar la iniciación y desarrollo del proceso" (Vásquez Rossi, 1997, p. 191).

ii. Jurisdicción

En el sistema acusatorio, los poderes de las partes intervinientes están separadas, por lo tanto, el juez, es un tercero imparcial, distinto al acusador como al defensor, teniendo un papel más pasivo que activo, porque su decisión versara sobre lo que las partes puedan aportar al proceso, quedando en él, resolver conforme a lo aportado.

iii. Defensa

Una de las características principales de este sistema la separación de los actores jurídicos, y ello también se evidencia en la defensa, pues si por un lado hay un acusador con su tesis, también existe un defensor con su antítesis, así, el defensor, se encuentra en igualdad respecto del acusador, teniendo los mismos derechos para ejercer su defensa, por lo tanto, la declaración del acusado no puede constituir un medio probatorio, sino que este es un medio de defensa.

Asimismo, el imputado debe saber desde el primer momento quien lo acusa, de que lo acusa, y quienes son los testigos del hecho, desarrollándose el juicio con el objeto de probar el hecho que se le imputa.

iv. Características dentro del proceso

Estas son; publicidad, es decir, todo el proceso, desde el conocimiento, el desarrollo y el juicio, es público, abierto a toda la sociedad; contradicción, porque existen dos partes, quienes darán sus argumentos, acreditarán y alegarán sus tesis, generándose así una contradicción entre las partes; oralidad, la mayoría del proceso se lleva de manera oral, porque ello conlleva a que el juicio sea público y no reservado, existiendo así una inmediación entre quien juzga y las partes; concentración, ya que la audiencia se desarrolla como un acto único y continuo, sin dilaciones indebidas en el tiempo; inmediación, porque quien va a resolver, no se encuentra aislado de lo que sucede en el juicio, sino por el contrario se encuentra en una relación directa con las partes y con todo lo que se desarrolla en el juicio; libre convicción; pues el juez basa su decisión en torno al convencimiento que produjeron las partes en él, tanto con los argumentos dados como con las pruebas actuadas.

b. Sistema inquisitivo

Cuando se hace referencia al sistema inquisitivo, se debe tener en cuenta que esta palabra tiene su origen en el vocablo latino "*inquisitio*" el cual significa averiguar, preguntar, indagar, siendo estos sinónimos una de las

principales características de este sistema procesal, porque en este sistema, lo que más interesa es buscar, averiguar, cual es la verdad real en la comisión de un delito.

Se puede establecer que este sistema procesal nace como una superación del sistema acusatorio, siendo varios los factores⁴² que llevaron a ello, se podría mencionar como uno de estos el nacimiento del feudalismo, y posteriormente la influencia de la iglesia católica en todo el mundo; al margen de ello, este sistema tiene la “concepción de la autoridad política de índole absolutista, alejada de la participación y control popular y asentada sobre el funcionamiento de entidades institucionales oficiales, dotadas del más amplio poder y frente a las cuales el individuo carecía prácticamente de toda facultad” (Vásquez Rossi, 1997, p. 203).

De acuerdo con los orígenes y contexto político del sistema, es menester tener claramente en cuenta que el mismo encuentra su lógica explicativa en el fortalecimiento de la autoridad institucionalizada y en la creación de un aparato de defensa de la misma y de averiguación de todo aquello que puede constituir un peligro o una fisura de esa organización del poder. Así, primero en el antecedente imperial romano del procedimiento extraordinario principalmente utilizado para la persecución de crímenes contra la organización y religión del imperio y, siglos más tarde, en la lucha de la Iglesia contra la herejía y los cismas y de la monarquía contra quienes cuestionaban en cualquier forma su autoridad, la inquisición se dirigía

⁴² Se podría establecer que este sistema “nace como respuesta a la arbitrariedad que llegó a primar en el sistema [acusatorio], situación que fue aprovechada por la Iglesia Católica utilizándola como pretexto para ganar poder dentro de la estructura política y social, apoyando la estructura absolutista existente en esa época. Uno de estos cambios fue el de régimen político, se dio paso de la edad antigua a la edad media y en esta, la estructura política y económica predominante fue el feudalismo (Neyra Flores, 2015, pp. 67 - 68).

fundamentalmente a la averiguación sobre la personalidad y conducta de quienes infringían los preceptos y al castigo de la desobediencia. (Vásquez Rossi, 1997, p. 203)

En este sistema, el Estado es el único ente que monopoliza todo el poder, por eso, el delito ya no es considerado como una idea de daño a algún particular, sino, que es concebido como un desacato o incumplimiento de los mandatos de la autoridad, por ende, siendo así visto el delito, el Estado tiene la potestad a fin de averiguar la verdad “real”, valiéndose para ello de todos los medios posibles, realizando investigaciones secretas, utilizando medios de tortura, incomunicando al acusado, entre otras.

“En el fondo del proceso inquisitivo anida una idea maniquea: el bien, los valores, pertenecen al Estado; el mal está en los individuos que han infringido, de cualquier modo, los mandatos soberanos” (Vásquez Rossi, 1997, p. 204).

Si en el sistema anterior –acusatorio– uno de los rasgos esenciales era la separación de actores jurídicos, en este sistema, al querer descubrir la verdad real, no hay tal división, porque tanto el acusador como el juzgador recae en el mismo ente, en este caso, el Juez.

llamaré inquisitivo a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa. (Ferrajoli, 1995, p. 564)

De la definición dada por Ferrajoli, se pueden establecer cuáles son las características esenciales de este sistema, por un lado, la unión de funciones en cuanto a la acción y jurisdicción, no hay una defensa como tal, asimismo, las características dentro del proceso son ausencia de publicidad, investigativo y no contradictorio, discontinuidad, escrito y mediación.

i. Acción y jurisdicción

Este sistema se caracteriza por la unión entre acción y jurisdicción, ya que al haberse estatizado el poder, y al tenerse la noción que ante la comisión de un delito se atacaba al Estado en sí, se crean instituciones encargadas de resolver todo lo pertinente a las cuestiones punitivas, por lo tanto, va a ser este órgano (Juez) quien se va a encargar de decidir “cómo y cuándo iniciar la causa, de qué manera encuadrarla, de qué medios averigua[dores] valerse y qué valor atribuirle. Persecución y juzgamiento son una sola y misma cosa” (Vásquez Rossi, 1997, p. 206).

ii. Defensa

En este sistema no hay una paridad de partes, por lo tanto, no hay, técnicamente, una parte defensora, sino, una parte acusada, pues el imputado más que una parte, es vista como un objeto del proceso, aquel a quien se le

imputa haber cometido un delito, no teniendo la característica de inocente, sino, la de culpable, por ello, “se creyó que [la verdad] solo era factible encontrarla con la confesión [utilizándose para ello diferentes medios de tortura], de ahí que ella se convirtió en un medio de prueba y, luego, en la reina de todas las pruebas (*la probatio probatissima*)” (Alvarado Velloso, 2010, p. 56).

iii. Características dentro del proceso

Dentro de estos se pueden mencionar los siguientes, ausencia de publicidad; el desarrollo de todo el juicio se lleva a cabo en secreto, reservado, solo así el proceso sería efectivo y se lograría conocer la verdad; investigativo y no contradictorio, pues este sistema, con la finalidad de identificar la verdad real, lleva a cabo diferentes actos de investigación, así, establece una categoría para cada acto de investigación, prueba tasada, siendo la más importante la confesión, verificándose con ellos que no existe una contradicción, sino que, por el contrario, el Estado hace ver al imputado que no tiene ninguna forma de defenderse de lo acusado, porque con todos los actos de investigación se llegará a conocer la verdad; discontinuidad, el avance del proceso es progresivo, se parte de una hipótesis de culpabilidad, la cual se irá acreditando con los actos de investigación, por lo tanto, esta se realiza en momentos distintos, teniendo

plazos que cumplirse, muchas veces dilatados; escrito, “la discontinuidad y fragmentación del desarrollo de los procedimientos inquisitivos, lleva a la necesidad de fijar cada uno de los actos, los que son protocolizados a través de registros formales: el acto se convierte en acta” (Vásquez Rossi, 1997, p. 213); mediación, todas las características anteriores llevaban a que un distanciamiento entre el hecho investigado, el acusado y los juzgadores, ya que estos, tendrían que valorar toda la documentación aportada al proceso, sin necesidad de que haya un protagonismo.

c. Sistema mixto

Al observarse las grandes deficiencias que tenía el sistema inquisitivo, más que todo por cómo se buscaban los elementos de prueba (tortura) y como se llevaba a cabo el proceso, es que se busca una solución, así, se trata de conciliar ambos sistemas—acusatorio e inquisitivo⁴³— dando origen al sistema mixto.

Se puede establecer, históricamente, que este sistema nace con la Revolución Francesa, porque mediante esta, se propició la abolición de la monarquía en Francia y la

⁴³ “Es claro que a los dos modelos se pueden asociar sistemas diversos de garantías, tanto orgánicas como procesales: si el sistema acusatorio favorece modelos de juez popular y procedimientos que valorizan el juicio contradictorio como método de investigación de la verdad, el sistema inquisitivo tiende a privilegiar estructuras judiciales burocratizadas y procedimientos fundados en poderes de instrucción del juez, acaso compensados por vínculos de pruebas legales y por pluralidad de grados en el enjuiciamiento” (Ferrajoli, 1995, p. 564).

proclamación de la República, hecho que trajo reformas no sólo políticas, sino también en el sistema de enjuiciamiento, tratando de volver al sistema anterior, acusatorio, pero adecuándolo a las necesidades de la época.

Mediante este desarrollo histórico, la época de la ilustración, aparecen grandes pensadores, entre ellos Montesquieu⁴⁴, Beccaria⁴⁵ y Voltaire⁴⁶, quienes al no estar de acuerdo con el modelo precedente, tratan de dar luces de cómo debería desarrollarse el derecho penal y cuáles deberían ser las

⁴⁴ Montesquieu, en su libro "El espíritu de las leyes", establece como se debería llevar a cabo el procedimiento penal, el cual debería desarrollarse garantizando las libertades de las personas, teniendo en cuenta ello, establecía que "Triunfa la libertad cuando las leyes criminales sacan cada pena de la naturaleza particular del delito. Cesa entonces lo arbitrario; la pena no tiene su origen en el capricho del legislador, sino en la naturaleza de la cosa; no es el hombre quien ejerce violencia sobre el hombre" (1906, p. 274), del mismo modo ve la necesidad de crear un órgano estatal encargado de la acusación penal, pues "Sucede con frecuencia en los Estados populares que las acusaciones son públicas, permitiéndose cualquiera acusar a otro. De aquí la necesidad de establecer leyes adecuadas para defender la inocencia de los ciudadanos" (1906, p. 296).

⁴⁵ Beccaria, establece que no se puede usar la tortura para saber la verdad, pues toda persona es inocente hasta que se demuestre su culpabilidad, entonces, no se le puede tratar como culpable si está aún no se ha probado, así, establece que "Una crueldad consagrada por el uso entre la mayor parte de las naciones es la tortura del reo mientras se forma el proceso, o para obligarlo a confesar un delito, o por, las contradicciones en que incurre, o por el descubrimiento de los cómplices, o por no sé cuál metafísica e incomprensible purgación de la infamia, o finalmente por otros delitos de que podría ser reo, pero de los cuales no es acusado. Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo que le fue concedida. ¿Qué derecho sino el de la fuerza, será el que dé potestad al juez para imponer pena a un ciudadano mientras se duda si es reo o inocente? No es nuevo este dilema; o el delito es cierto o incierto; si cierto no le conviene otra pena que la establecida por las leyes, y son inútiles los tormentos porque es inútil la confesión del reo: si es incierto, no se debe atormentar un inocente, porque tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados" (1993, pp. 87 88).

⁴⁶ Voltaire, por su parte, criticó como se llevaban a cabo los procesos, basándose estos en los fundamentos dados por la iglesia católica y su dogma respecto a Dios, estableciendo que "(...) no hay Dios; se ha utilizado la confesión, la comunión y todos los sacramentos para cometer los crímenes más horribles: por lo tanto, no hay Dios" (2013, p. 50), argumentando además que no se pueden llevar a cabo los juicios tal como lo ha establecido la iglesia católica, porque gracias a esta, se habrían cometido los más grandes crímenes en contra de la humanidad, por ello, en su Tratado sobre la tolerancia, establece que "¿Seremos siempre los últimos en adoptar las sanas opiniones de las demás naciones? Ellas se han corregido, ¿cuándo nos corregiremos nosotros? Se ha necesitado sesenta años para hacernos adoptar lo que Newton había demostrado; apenas empezamos a osar salvar la vida de nuestros hijos por la inoculación; sólo practicamos desde hace poco tiempo los verdaderos principios de la agricultura: ¿cuándo empezaremos a practicar los verdaderos principios del humanitarismo? ¿Y con qué cara podemos reprochar a los paganos haber hecho tantos mártires cuando nosotros hemos sido culpables de la misma crueldad y en las mismas circunstancias? (2013, p. 49).

garantías de todas las personas, incluyendo a los imputados por un delito; siendo ello así, el proceso penal debía tener las siguientes características, publicidad y oralidad de los debates, libertad de defensa y juzgamiento por jurados.

Como se estableció en el primer párrafo de este acápite, el sistema mixto es la unión de los dos sistemas precedentes –acusatorio e inquisitivo– tratando de conciliar ambos sistemas, por una parte, conserva el respeto de la libertad de los ciudadanos y la exigencia de garantías para el proceso (sistema acusatorio), y por otro, establece el deber del Estado de mantener y restablecer el orden y la paz social, con lo cual se fundamenta que la persecución penal sea pública (sistema inquisitivo). Por ello, Maier afirma que;

de la inquisición perduran hasta nuestros días [una de sus máximas] la persecución penal pública de los delitos, por lo menos como regla, considerados los máximos exponentes del comportamiento desviado en el seno social, y, por ello, intolerables para el orden y la paz social, al punto que deben ser perseguidos por el mismo Estado y sin atención a ninguna voluntad popular. (1996, p. 449)

Ahora bien, se puede establecer que el sistema mixto, parafraseando a Leone, citado por Neyra Flores (2015), se basa en que:

El proceso debe nacer siempre una acusación, realizada por un órgano del Estado, así, del proceso acusatorio deriva la necesidad de la separación entre Juez y acusador y, del

proceso inquisitivo deriva la atribución del poder de acusación a un órgano estatal (teniendo en cuenta que el delito ya no afecta solo al agraviado, sino a toda la sociedad).

El proceso se despliega de acuerdo a los sistemas acusatorio e inquisitivo: una primera fase instructiva, inspirada en el proceso inquisitorio, con preponderancia de la escritura y una segunda fase de juicio, inspirado en el proceso acusatorio, informado con los principios de contradicción, oralidad y publicidad.

Por último, en cuanto a la selección de las pruebas, adquisición y la crítica de ellas quedan a la libre facultad del Juez, no siendo además este un mero expectante de la contienda, tomando contacto directo con las partes.

2.3.3. Modelo procesal penal peruano

En el apartado anterior, se desarrolló todo lo pertinente a los sistemas procesales que, a través de la historia, se han dado, por lo que, en este apartado toca desarrollar lo pertinente respecto al sistema que sienta las bases al proceso penal peruano.

A. Los sistemas procesales en la historia procesal penal peruana

Históricamente, se puede establecer que el sistema procesal peruano, en un inicio, tuvo clara influencia española, basada en

el sistema inquisitivo. Así, el primer cuerpo normativo que sirvió de base fue Las siete partidas (1807), el cual tuvo influencia en toda Iberoamérica hasta el siglo XIX, en la séptima y última partida –la cual posee 34 títulos y 363 leyes– se norma todo lo correspondiente al derecho penal y procesal penal, es decir a los delitos y al procedimiento penal, el cual era de carácter inquisitivo, admitiendo el tormento ante la insuficiencia de otras pruebas del delito, estableciendo los requisitos de procedencia o exclusión.

En el año 1863, entró en vigencia el Código de enjuiciamiento en materia penal, el mismo que tenía influencia del código español de 1848, basado en el sistema inquisitivo, así, las características principales de este código son; la división de etapas en sumario y plenario, el primero servía para investigar el delito, y el segundo para comprobar la inocencia o culpabilidad; se permitía la acusación particular y popular, debiendo el fiscal coadyuvar en la acusación realizada, pudiendo además el Juez actuar de oficio, el procedimiento era escrito y el imputado era incomunicado hasta que prestara su inductiva, además existía una profusión de impugnaciones (Catacora Gonzáles citado por Neyra Flores, 2015).

El Código de Procedimiento en Materia Criminal, el cual entró en vigencia el 2 de enero de 1920, tenía una definida influencia francesa, se basada en un sistema mixto, con prevalencia del sistema acusatorio, las características esenciales de este

sistema son; la acción penal pública, es decir, se ejerce de oficio por el Ministerio Público, salvo los casos de acción privada; la división del proceso en dos etapas –ambas dirigidas por un Juez– la instrucción, la cual era reservada, escrita y tenía por finalidad reunir los datos sobre el delito investigado y, el juicio oral⁴⁷, el cual estaba a cargo del Tribunal Correccional o del Jurado (el cual no rigió durante la vigencia del Código por falta de una ley de desarrollo), esta etapa era oral y pública, y estaba obligado la asistencia del Fiscal, del acusado y su abogado, todo con la finalidad determinar la culpabilidad o inocencia del acusado, para ello el Juez se basaba en todo lo que se desarrollaba en el juicio, exponiendo posteriormente las razones de su decisión. Contra los fallos del Tribunal Correccional procedía recurso de nulidad, no el de apelación, pudiendo la Corte Suprema absolver al acusado, pero no condenar al absuelto (San Martín Castro, 2004).

Posterior a este Código, entró en vigencia el CdePP de 1940, el cual, también se basó en un sistema mixto; sin embargo, si el anterior Código tenía una prevalencia al sistema acusatorio, este tenía una prevalencia al sistema inquisitivo⁴⁸, por ello, se puede

⁴⁷ Mediante este Código Procesal se buscaba dar un verdadero juicio oral, así se señaló en la exposición de motivos cuando se dice “la adición al procedimiento inquisitorial de una estación que los comentadores españoles llamaron plenario, porque en ella se busca la prueba plenaria, y en la que se concede al acusado, ajeno a la instrucción, que se defienda, añade a la crueldad, la ironía. ¿Cómo podrá el acusado defenderse contra las pruebas ya actuadas y concluidas?” (Neyra Flores citando a Guzmán Ferrer, 2015, p. 92).

⁴⁸ Zavala Loaiza, autor del Anteproyecto, cuyas bases fueron respetadas por la Comisión Revisora, decía que; “el Código de 1920 ... alcanzaba casi los linderos del régimen acusatorio ... que restándole valor a la instrucción, considerándola como etapa preparatoria, se da alcances al juicio que en verdad no tiene, ... [dado] que solo en la instrucción es posible hacer historia del

establecer que, durante la vigencia de este código, los derechos y garantías de los sujetos se vieron disminuidos.

Parfraseando a San Martín Castro (2004), se puede establecer que este código se caracteriza por tener una fase instructiva, la cual tiene por objeto reunir la prueba de que el delito se ha cometido, las circunstancias de cómo se cometió, y quien o quienes son los autores y cómplices del mismo; la sentencia que pone fin al juicio debe apreciar la confesión del acusado y las demás pruebas producidas en juicios; asimismo, en el juicio se puede dar lectura a las actas realizadas en la fase instructiva, pues en esta fase los actos desarrollados se consideraban como actos de prueba; la administración de justicia recae en jueces profesionales, eliminándose así al sistema de jurados y, por último, la acción civil derivada del delito es obligatoria.

Ante las constantes críticas al CdePP, es que se busca la reforma procesal penal, así, en el año 1991, conjuntamente con el Código Penal, se aprobó el Código Procesal Penal de 1991; sin embargo, esta no entró en vigencia, salvo algunas disposiciones como; el principio de oportunidad, medidas cautelares de carácter personal, libertades por exceso de detención y diligencias especiales.

delito, aprisionándolo en sus efectos, ... [mientras] que en el juicio es ... [en donde meramente] se aprecia, crítica e interpreta la prueba ..." (San Martín Castro, 2004, p. 34).

Posteriormente, en busca que se efectivicen las garantías procesales que establece la Constitución de 1993, es que en el año 2004 se aprueba el actual Código Procesal Penal, el cual, si bien fue aprobado en el año 2004, entró en vigencia paulatinamente, así, en julio de 2006, entró en vigencia en el distrito judicial de Huara, haciéndolo en Cajamarca el 2010.

B. Modelo acusatorio contradictorio

El actual código procesal penal, a decir de Neyra Flores (2015), se basa en un sistema acusatorio contradictorio, el cual, entre sus características sobresalientes se encuentran, la separación de funciones, siendo el único ente encargado de investigar, el Fiscal, y por otro lado el Juez se encarga de juzgar, existe una efectiva contradicción entre acusación y defensa (igualdad de armas), y la carga de la prueba lo tiene quien acusa.

Del mismo modo, San Martín Castro (2015), establece que;

el Código peruano, destaca dos ideas claves que permiten la denominación de acusatorio o adscrito al sistema acusatorio: la situación de igualdad y plenas posibilidades de contradicción ofrecidas a las partes, y el rol primordial del fiscal tanto en la incoación del proceso y del juicio, cuanto en la definición del objeto del proceso. (p. 41)

Sin embargo, no se puede establecer, que el sistema procesal que sienta las bases al proceso penal peruano sea el acusatorio, ya que uno de los pilares de este –tal como se estableció en el apartado correspondiente– es la facultad de que cualquier

persona pueda acusar a otra la comisión de un delito, facultad que el actual Código Procesal no contempla, pues quien es el encargado de perseguir el delito es el Ministerio Público, por eso, se cree que el sistema que rige el actual procesal penal, sigue siendo el sistema mixto.

Se establece que es el sistema mixto, porque como se puede verificar, una de las principales características del actual modelo procesal penal es la separación de funciones, un juez que juzga y un fiscal que investiga, apareciendo la figura del fiscal como ente investigador del delito, en un primer escenario, y como acusador en uno segundo, reconociéndose así que el delito no solo afecta al agraviado, sino que afecta a toda la sociedad, por lo tanto, existe la imperiosa necesidad de que sea perseguido públicamente por un órgano público autónomo (Ministerio Público); evidenciándose que el actual código procesal penal reúne una de las máximas del sistema inquisitivo (persecución pública del delito).

Por lo tanto, si este código procesal penal recoge una de las máximas del sistema inquisitivo, no se puede establecer que este sea un sistema acusatorio, ni tampoco un sistema “acusatorio moderno”, por lo tanto, el sistema que rige el actual proceso penal peruano sigue siendo el sistema mixto, con la diferencia, de que este tiene una prevalencia al modelo acusatorio.

Teniendo en cuenta esto, se debe dejar establecido que existe una diferencia entre un sistema procesal y un modelo procesal, pues a partir de los sistemas surgen otras manifestaciones que lo toman como punto de referencia sin llegar a adoptar todas sus características, a estas nuevas manifestaciones se los conoce como modelos procesales, los cuales, se podría establecer, son los sistemas procesales sumados a las características del ordenamiento jurídico imperante en un país, es decir, un sistema procesal es una concepción abstracta y, los modelos procesales son concepciones concretas, dadas en un determinado país.

Entonces, teniendo en cuenta esta definición, se puede establecer que el sistema procesal que rige actualmente es el sistema mixto, pero el modelo que asume el código procesal penal, es un modelo acusatorio⁴⁹ contradictorio, porque, “un esquema acusatorio no admite un monólogo del Juez con la prueba, sino que requiere un enfrentamiento entre las partes quienes mediante afirmaciones, refutaciones, pruebas y contrapruebas, argumentos y contra argumentos, podrán otorgarle una buena base para que (...) decida correctamente” (Jauchen citado por Neyra Flores, 2015, p. 109).

⁴⁹ Así, Vogler, citado por Neyra Flores, establece que “han sido dos grandes oleadas en el proceso de reforma procesal penal las que han introducido elementos del sistema acusatorio, la primera inspirada directamente por la ilustración europea y las innovaciones prácticas en las que los abogados del *Comon Law* inglés eran pioneros en los siglos XVII y XIX, (...) proyectada al mundo a través del dominio ideológico de Gran Bretaña (...) [y la segunda] al término de la segunda guerra mundial (...) esta vez bajo el liderazgo ideológico de Estados Unidos de América” (2015, p. 107).

Entre las grandes líneas rectoras que rigen este modelo procesal penal (acusatorio contradictorio) se pueden establecer las siguientes; a) respeto irrestricto de los derechos fundamentales de los imputados, teniendo como base la Constitución, por ende, el actual proceso penal recoge una idea garantista del proceso penal, estableciéndose las garantías mínimas a favor de los ciudadanos; b) separación de funciones de investigación y de juzgamiento, ya que hay un órgano autónomo que investiga y posteriormente acusa, como es el Ministerio Público, siendo este el titular de la acción penal, y hay un órgano autónomo encargado del juzgamiento, el Juez, quien no procede de oficio, porque esta labor recae en el Ministerio Público; c) el Juez no puede condenar ni a persona distinta de la acusada, ni por hechos distintos de los imputados, pues el proceso penal se basa en garantías a fin de controlar el *ius puniendi* estatal; d) el proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad, teniendo ambas partes –acusador e imputado– igualdad de armas a fin de hacer valer sus derechos; e) Se instaura un sistema de audiencias en todo el proceso, por ejemplo prisión preventiva, acusación, tutela de derechos, etc., los mismos que se rigen por los principios de inmediación, oralidad, contradicción, publicidad y oralidad; f) el juicio oral es la etapa estelar del proceso, ya que solo en esta se pueden probar los hechos imputados; g) la garantía de la oralidad es la

esencia misma del juzgamiento y; h) la libertad del imputado es la regla durante todo el proceso.

2.3.4. Ministerio Público

A. Evolución histórica

Para poder desarrollar todo lo concerniente a esta institución⁵⁰, se hace necesario comprenderla históricamente, así, Sánchez Velarde, citado por Rosas Yataco (2011), establece que no se puede establecer con certeza cuales son los antecedentes del Ministerio Público, estableciendo que su actuación en cuestiones de justicia lo vincula a los órganos de poder, así, esta institución surge como órgano defensor de los intereses del fisco, quien en la edad media, eran los mismos intereses que los del rey; sin embargo, con el transcurso del tiempo, su actuación se amplía al ámbito público, es decir, ya no se ocupa solo de los intereses económicos fiscales, sino también de la persecución de infracciones⁵¹.

⁵⁰ La figura del Ministerio Público es muy problemática, pues, a decir de Montero Aroca, no se puede ofrecer conceptos generales válidos para cualquier ordenamiento jurídico, así, en un ponencia que titulo el Ministerio Público en España (Un intento de explicación de lo inexplicable) estableció que “Si en un país imaginario unos hombres políticos, con responsabilidades de gobierno, preocupados por el presente de su Ministerio Público y deseos de reformarlo cara al futuro, convocaran a una mesa redonda o un ciclo de conferencias e invitaran a juristas de distintos países, para que cada uno de ellos explicara, con la necesaria brevedad, lo que es y lo que significa política y jurídicamente el Ministerio Público en sus respectivos países, el resultado podría ser lo más parecido a la Torre de Babel que imaginarse pueda” (2009, págs. 132-133), asimismo, en la misma ponencia, Montero Aroca señala que James Goldschmidt estableció que, el Ministerio Público es una figura proteiforme, haciendo referencia a Proteo, figura mitológica que podía asumir cualquier forma, tal como león, pantera, dragón, jabalí, árbol, agua y fuego. (2009), dando a entender así, que el Ministerio Público es una figura que puede asumir cualquier forma que un determinado ordenamiento jurídico quiera que tome.

⁵¹ Es en este punto donde se puede establecer la diferencia entre el Ministerio Público penal, quién es el encargado de la persecución penal pública, y el Fisco, o lo que vendría a ser la SUNAT, como el ente del estado encargado de recaudar, es por ello, que no se debe confundir entre Fiscal y Fisco.

Por otro lado, siguiendo a Levene (1993), se puede establecer que

En cuanto a los orígenes del Ministerio Público, [se puede recordar] a los "*tesmoteti*" de Grecia; a los "*praefectus urbis*", "*procuratores cesaris*", "*curiosi*" o "*patronus fisci*" de Roma; los sayones de los francos y visigodos; los actores o "*missi dominici*" de Cario Magno; el promotor del derecho canónico; el abogado fiscal y el abogado patrimonial del derecho medieval español, y la Ordenanza de Moulins, en Francia (1679), que lo reglamentó; allí se lo llama "*parquet*". (p. 289)

Sin embargo, no se comparte esta definición, pues, para poder hablar de los antecedentes históricos se debe considerar como estos a aquellos que otorguen al Ministerio Público la función de acusador, o el órgano encargado de la persecución penal pública, pero sin dejar de lado, que su origen se asienta en la defensa de los intereses económicos de Rey. "Esto se evidencia si se considera el significado etimológico de la palabra fiscal del latín *fiscus* (cesto o canastilla donde se recogían los tributos)" (Rosas Yataco, 2011, p. 33).

Se establece que el origen del Ministerio Público está en Francia, y, parafraseando a Maier (1993), se puede establecer que de aquí parten los *procurers du roi* y los *advocats du rol*, quienes hasta la reforma de los siglos XIII y XIV eran representantes del rey, fundamentalmente en asuntos privados, no ejerciendo ninguna función pública; así los *procurers du roi* eran los mandatarios del rey (los hombres de la pluma), mientras que los *advocáis du roi* eran quienes abogaban por el rey oralmente frente al tribunal (los hombres de la palabra).

Posteriormente en Francia, con la transformación de la organización social⁵², en camino hacia el absolutismo (los comienzos del Estado moderno, el Estado-Nación), los *procurers du roi* se convirtieron, principalmente en los denunciadores de la corona, procediendo así sus primeras actividades en el proceso penal, “mediante dicha denuncia se abría la inquisición general y a la que seguía, inclusive por promoción de ellos, la inquisición especial; [sin embargo era] el juez (...) quien dominaba la inquisición; el procurador sólo podía anexarse al procedimiento⁵³” (Maier, 1993, p. 24).

Si bien no se puede establecer que el Ministerio Público, tal como hoy se conoce, se haya desarrollado en la época de la inquisición –en esta etapa, el inquisidor era la persona que investigaba y juzgaba, residiendo en él toda la soberanía del Estado, bastando así solo la figura del inquisidor para la realización completa del Derecho Penal– es en esta etapa que se sienta una base fundamental para el desarrollo posterior del Ministerio Público, porque es aquí cuando se establece que la

⁵² Michel Foucault, establece que “Cuando en el siglo XIV la feudalidad tuvo que enfrentarse a las grandes revueltas campesinas y urbanas, buscó apoyo en un poder, un ejército, una fiscalidad centralizada, y de golpe nacieron los procuradores del rey, las acusaciones de oficio, la legislación contra los mendigos, vagabundos, ociosos y enseguida los primeros rudimentos de policía, una justicia centralizada; el embrión de un aparato estatal jurídico que supervisaba, duplicaba, controlaba las justicias feudales con su fiscalidad, pero les permitía funcionar” (1979, p. 49)

⁵³ Ese es el desarrollo inicial en Francia, ejemplo que, por su difusión literaria y su importancia expansiva, es más conocido. Su evolución en España depende de la ya explicada en el Derecho francés, como el mismo nombre –Ministerio fiscal (trasladado a los países hispanoamericanos)– que recibe normalmente en ese ámbito lo indica. Similar es la evolución en Alemania. *Das Fiskalal* (de fiscal = *procurator*, en latín) fue la institución que, dicho de manera general, ocupó el lugar de los *procurers du roi* en el Derecho franco, con el mismo origen y función (Maier, 1993, p. 25).

persecución del delito no puede estar en manos de los particulares, sino que esta función debía ser asumida por el Estado.

Los párrafos arriba descritos, podrían establecer los antecedentes primarios del Ministerio Público; sin embargo, si entendemos al Ministerio Público, en su moderna función acusatoria o, dicho de otro modo, en su función de persecución penal de los delitos de acción pública, se puede establecer que ello se debe a un “desarrollo contemporáneo, un oficio público posterior a la transformación de la inquisición histórica e, inclusive, a las propias ideas del Iluminismo” (Maier, 1993, p. 29).

Por lo tanto, si bien, su nacimiento se puede desprender de la revolución francesa, no es exactamente este momento histórico su nacimiento, sino que ello se debe más que todo, al advenimiento posterior, esto es, la crítica política y el advenimiento del orden napoleónico, inmediatamente posterior.

Así, el nacimiento del Ministerio Público tal como se conoce, se debe a la construcción del Estado de Derecho desarrollado en Europa continental⁵⁴, como bien señala Roxin, citado por Maier, “la reforma del procedimiento penal no sólo se llamó oralidad, publicidad participación ciudadana en los tribunales que

⁵⁴ Sin embargo, para Peña Cabrera Freyre, “la tradición histórica del Ministerio Fiscal no hunde sus raíces en el sistema jurídico continental europeo, sino en el marco del sistema jurídico del *common law*, cuando en el modelo mixto aparece la figura del *prosecutor* o *attorney*, una figura distinta al juez y a la propia víctima, a quién se le encarga la excitación de la acción penal pública, esto es, la promoción de la pretensión penal ante la judicatura; fijándose así, el requisito del *Nemo iudex sine actore*” (Peña Cabrera Freyre, 2016, p. 21).

administran justicia penal, sino, también, creación del Ministerio Público” (1993, p. 29); y ello porque, con este nuevo sistema que tomó las bases del sistema inquisitivo, porque la persecución del delito le corresponde al Estado, la creación del Ministerio Público está ligado a la abolición del proceso inquisitivo, separando las funciones de decisión y de persecución, del mismo modo, el Ministerio Público es construido más como órgano de persecución del delito que como parte del proceso, por lo tanto, se convierte en un órgano de persecución objetivo e imparcial a semejanza de los jueces, teniendo como una de sus funciones la averiguación de la verdad, además, siendo así construido, tiene la función de controlar a la policía, a fin de que las actuaciones de estos sean acordes con un estado de derecho⁵⁵.

Por ende, el Ministerio Público es una creación artificial (legal) que sirve para hacer posible el proceso, pues tanto la función de juzgar como acusar deben recaer en entes diferentes, así, el Ministerio Público se convierte en parte acusadora que debe actuar de acuerdo a la ley, de ello se desprende dos características esenciales, una, referida a que es una parte procesal pública, que responde a la idea de que el delito afecta

⁵⁵ “Se recuerda, en el nacimiento del moderno ministerio público de Berlín, las palabras del ministro de justicia prusiano, von Mühlner, al describir su función como ‘custodio de las leyes’, perseguir a los contraventores de la ley. pero, también proteger a los oprimidos. Años más tarde (1846), el más famoso jurista alemán. Cari Friedrich von Savigny. También ministro berlinés, en compañía de su colega Uhden. reemplazante de von Mühlner. terminó de acuñar este tipo de ministerio público en el famoso dictamen que escribieron: un ministerio público presidido por la ley y la verdad, con la obligación de descubrir la verdad objetiva, inclusive a favor del imputado, de recurrir decisiones en su favor, control de la legalidad de las acciones policiales e intermediario entre policía y tribunales, esto es. un ministerio público como sujeto objetivo e imparcial del procedimiento penal” (Claus, 1993, p. 41).

a toda la sociedad y que lo por lo tanto debe perseguirse públicamente, y la otra, es que su actuación debe basarse en la legalidad (Montero Aroca, 2009).

B. El Ministerio Público en el sistema peruano

Como se estableció en el considerando anterior, no se puede establecer que los antecedentes del Ministerio Público estén en la época de la inquisición; sin embargo, a pesar de ello, se puede considerar como antecedente más remoto “al funcionario que defendía la jurisdicción y los intereses de la hacienda real en los tribunales del Consejo de Indias. Esta función se fortalece al instalarse, en Layo de 1542, la Real Audiencia, la Cancillería de Indias y luego, la del Cuzco” (Rosas Yataco, 2011, p. 34).

A través de la historia del derecho peruano, se puede establecer que, desde su nacimiento, el Ministerio Público se encontraba adscrito al Poder Judicial, en el CPP de 1823, no se hacía referencia alguna al Ministerio Público. La constitución de 1826, regulaba la existencia de un Fiscal que integraba la Corte Suprema, por otro lado, en la Constitución de 1828 se estableció que la Corte Suprema de Justicia estaría comprendida de siete Vocales y un Fiscal.

En 1863 se promulgaron y entraron en vigencia el Código Penal y el Código de Enjuiciamiento en Materia Penal, en este último cuerpo normativo se regula jurídicamente sobre el Ministerio Público, siendo considerados titulares de la acción penal

conjuntamente con la parte agraviada, si bien, se le otorga funciones propias, ello no quita que institucionalmente este adscrito al Poder Judicial, y ello continuó durante la dación de las demás constituciones, del mismo modo, en las leyes orgánicas del Poder Judicial de 1912 y 1963, se regulaba al Ministerio Público como institución autónoma, pero que formaba parte del Poder Judicial.

Recién en la Constitución de 1979 se reconoce el carácter autónomo y jerárquicamente organizado del Ministerio Público, separándolo del Poder Judicial, lo cual ha sido reafirmado por la Constitución de 1993, en la cual, en su artículo 158 se establece que “El Ministerio Público es autónomo”, estableciendo en su artículo 159 que corresponde al Ministerio Público:

1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.
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. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir 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 que la ley contempla.
7. Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso, o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación.

Del mismo modo, la Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto Legislativo 052, en su artículo 1 establece que;

El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación.

C. Ubicación o situación institucional del Ministerio Público

Desde su nacimiento, el Ministerio Público no ha tenido un desarrollo estable en cuanto a sus funciones y su ubicación, ello se debe a que durante su historia nació en un determinado ámbito del poder, perteneciendo así al Rey, posteriormente pasó a otro ente, siendo parte integrante del Poder Judicial, para finalmente, ser considerado como un ente autónomo. Este desarrollo, ha logrado que el Ministerio Público sea un híbrido, por un lado, se convierte en un funcionario imparcial, ligado a los principios de objetividad e imparcialidad, y por otro, es un representante de la administración pública, siendo el ente encargado de la persecución pública del delito

Si bien es cierto, en la actualidad se tiene consenso en que el Ministerio Público es un organismo autónomo, sigue abierta la discusión en cuanto a que rama del gobierno estatal pertenece,

para poder establecer ello, se han desarrollado diferentes posturas, pudiéndose agrupar estas del siguiente modo: a) Dependencia institucional del Poder Judicial, b) Dependencia institucional del Poder Ejecutivo, c) Dependencia institucional del Poder Legislativo y d) Como cuarto poder u órgano extrapoder.

a. Dependencia institucional del Poder Judicial

Como se estableció en el acápite anterior, en el desarrollo de la historia, el Ministerio Público ha sido parte integrante del Poder Judicial⁵⁶, dependiendo funcionalmente de este.

Se dice, que el Ministerio Público pertenece institucionalmente al Poder Judicial porque, tal como lo establece Cerletti y Folgueiro “influye directamente en la administración de justicia” (1993, p. 114), pudiendo colegirse de ello, que la administración de justicia es una potestad que solo compete al Poder Judicial, y no así, a otros organismos estatales.

Respecto a ello, se debe tener en cuenta, que el sistema que imperó años atrás, fue el sistema inquisitivo, sistema en el cual, la función de investigar y juzgar se encontraba en una sola persona, el Juez; por lo tanto, si se crea un Ministerio Público, encargado de la investigación, se hace necesario, que este forme parte del Poder Judicial, con la finalidad de

⁵⁶ Un referente histórico respecto a esta posición se puede encontrar en lo desarrollado por Compte Massach (s.f.).

que el poder de administración de justicia no se vea dividida, así “el objetivo quedaría claramente logrado al extender al órgano encargado de la persecución penal el encuadramiento político que le corresponde al Poder Judicial en un Estado de Derecho, de manera de poder contar con un resguardo sólido de legalidad y control de los demás poderes” (Rusconi, 1993, pp. 63 - 64).

Del mismo modo, parafraseando a Vélez Mariconde, se puede establecer, que la función judicial de Estado en el ámbito penal, no se agota con el ejercicio de la jurisdicción, sino que abarca otras tareas a fin de realizar el derecho sustantivo. Al tener en cuenta que el Derecho Penal tutela intereses considerados públicos, entonces el Estado no tiene sólo la obligación de juzgar, sino también la de perseguir el delito, por lo tanto, estas dos tareas, persecución y jurisdicción son dos especies de una misma función, esto es, la función judicial del Estado (Maier, 2008); por ende, el Ministerio Público, al tener la función de perseguir el delito, se hace indispensable que pertenezca al Poder Judicial.

b. Dependencia institucional del Poder Ejecutivo

Como se estableció en los antecedentes históricos del Ministerio Público, éste en su nacimiento, tenía como su

función intervenir en los intereses del rey⁵⁷ (soberano), es por ello, que aún se discute, si esta institución debe pertenecer al Poder Ejecutivo⁵⁸.

Esta posición surge con la finalidad de establecer un sistema vertical respecto a la persecución pública del delito, al respecto, Cerletti y Folgueiro establecen que el Ministerio Público debe pertenecer al Poder Ejecutivo⁵⁹, porque este administra directamente la política criminal del Estado (1993), por ende, si esta –la persecución del delito– es una política de Estado, entonces es necesario que el órgano encargado de dicha función debe pertenecer al Poder Ejecutivo.

Del mismo modo, Montero Aroca (2008) establece que el Ministerio Público se encuentra integrado al Poder Ejecutivo, pues es un instrumento para el cumplimiento de la política criminal, la cual no es más que una parte de la política interior.

Desde esta posición se entiende que la única forma mediante la cual se pueden efectivizar las políticas sociales

⁵⁷ Al respecto, Cerletti y Folgueiro establecen que “muerto el rey, éste [el Ministerio Público] quedó huérfano hasta nuestros días. Muerto el soberano, ¿quién es el ‘soberano’?” (1993, p. 114).

⁵⁸ Un referente histórico respecto a esta posición se puede encontrar en lo desarrollado por Comte Massach (s.f.).

⁵⁹ Sobre la posición del Ministerio Público como dependiente del Poder Ejecutivo desde el punto de vista de la organización, se puede ver a Baumann (1986, p. 166), aunque sostiene que “(desde la ley de organización judicial alemana) funcionalmente es un órgano de la administración de justicia”.

diseñadas por el Ejecutivo –siendo una de ellas justamente la persecución pública del delito– es que el Ministerio Público forme parte de éste.

Además, con dicho fin, lo que se lograría es tener un “órgano ... lo suficientemente informal y flexible como para tener capacidad de asignar sus recursos humanos y materiales de manera inteligente según los casos que se le presentan, evitando, por una parte, la dispersión de esfuerzos, y concentrándolos, eventualmente, por la otra” (Rusconi, 1993, pp. 67 - 68).

Del mismo modo Montero Aroca (2008) establece que el Ministerio Público depende funcionalmente del Poder Ejecutivo, porque el poder de acusar, atribuido al Ministerio Público, fue expropiado a los particulares y se atribuyó al Poder Ejecutivo, siendo así una competencia que se integra a éste dentro del ejercicio de las decisiones políticas.

c. Dependencia institucional del Poder Legislativo

Respecto a esta posición, si bien no ha tenido gran acogida, se establece que el Ministerio Público debe ser parte del Poder Legislativo “porque materializa justamente la política legislativa” Cerletti y Folgueiro (1993, p. 114).

Es decir, mediante esta posición, el Ministerio Público debería ser designado por el Parlamento, respondiendo

funcionalmente ante este, ello permitiría el acceso –un poco más directo– de la población en el desarrollo político-ideológico en el programa de persecución penal, del mismo modo, la integración del Ministerio Público al Poder Legislativo permitiría que cualquier función que realice el Ministerio Público sea legítima, pues una de las características que tiene la intervención del Poder Legislativo, en cualquier función de gobierno, es de legitimarse por sí misma⁶⁰, porque justamente su función es otorgar legalidad a cualquier acción que realice.

d. Como cuarto poder u órgano extrapoder

Aparte de las tres posiciones expuestas, hay una cuarta, mediante la cual se establece que el Ministerio Público es una institución que no depende de ningún otro poder (o mejor dicho, de órgano alguno que ejerza funciones administrativas, judiciales o legislativas). Por lo tanto, se lo puede organizar con autonomía suficiente, para poder ejercer sus funciones, pudiendo considerarlo como un cuarto poder (Rusconi, 1993).

Del mismo modo, Cubas Villanueva establece que “... si bien es parte de la estructura del Estado, no constituye un nuevo

⁶⁰ Rusconi, citando a Bluntschli, establece que “no se puede desconocer la histórica primacía del poder que legisla sobre los demás; se ha dicho que éstos pertenecen sólo a órganos particulares, mientras que la legislación al cuerpo entero del Estado. En sentido similar, y por una revalorización del Poder Legislativo en los Estados modernos, se ha manifestado” (1993, p. 69).

Poder, como el Ejecutivo, Legislativo o Judicial, sino un órgano extra poder encargado de la persecución del delito, por lo que las funciones que le atribuyen lo vinculan con los mismos” (2016, p. 202).

Es decir, bajo este argumento, el Ministerio Público no integra ninguno de los otros poderes, por el contrario, el sólo establecería un poder más, un cuarto poder, como establecen los autores citados, o, actuando fuera de éstos, como un órgano extrapoder, debiéndose entender por esto, como un órgano fuera de los tres poderes clásicos.

D. Organización

La organización⁶¹ del Ministerio Público está vinculada a la organización del Poder Judicial, ello quizás se dé, por la pertenencia, en años anteriores, del Ministerio Público al Poder Judicial.

El Ministerio Público, al igual que el Poder Judicial, es un órgano jerárquicamente organizado, así lo establece el artículo 5 de su Ley Orgánica – Decreto Legislativo No. 052, teniendo órganos superiores e inferiores, por lo tanto, existe una relación jurídica que vincula entre sí a todos los órganos que la integran,

⁶¹ “El Ministerio Público, pese a tener una función claramente diferenciada de la jurisdiccional, posee una organización que sigue los esquemas del Poder Judicial. La actividad de los fiscales aparece atomizada, librada en gran medida a criterios heterogéneos y carente de coordinación. Las diferentes jerarquías guardan más correspondencia con las etapas del proceso que con esquemas diferenciados de responsabilidad funcional, resultando en una clara debilidad de las agencias fiscales primarias, precisamente aquellas por las que ingresa la mayor cantidad de causas” (Cruz, 2001, p. 6).

existiendo poderes de subordinación, lo cual logrará asegurar la unidad en las acciones que se deban tomar.

Asimismo, se puede establecer que el Ministerio Público es un órgano jerárquicamente organizado porque existe superioridad entre los órganos que lo componen, así como competencias específicas entre órganos superiores e inferiores.

Parafraseando a Luis Bramont Arias, se podría establecer que en cuanto a la organización del Ministerio Público se deben distinguir dos aspectos, uno, referido a la organización corporativa, es decir, a los organismos correspondientes, y el otro, referido a la organización del personal, relacionado este aspecto con los individuos que lo integran (Cubas Villanueva, 2016).

La organización corporativa, tal como se estableció líneas arriba, se refiere a los organismos que integran el Ministerio Público, además, dicha distribución está en relación con los niveles de los juzgados –jueces de primera instancia, salas superiores y salas supremas– por otro lado, la organización del personal hace referencia a la jerarquía a la que se encuentran vinculados los individuos integrantes de la presente institución.

De acuerdo a la Ley Orgánica del Ministerio Público, éste se encuentra organizado del siguiente modo:

a. Fiscal de la Nación

Es el máximo representante del Ministerio Público, extendiendo su autoridad a todos los funcionarios integrantes de este, asimismo, se puede establecer que el Fiscal de la Nación es el responsable de que se cumplan las funciones que la Constitución y la ley le asignan como titular de la acción penal y como órgano encargado de la persecución penal pública.

Para ser elegido Fiscal de la Nación es necesario ser Fiscal Supremo, y es justamente la Junta de Fiscales Supremos quien elige al Fiscal de la Nación, el periodo de mandato es de tres años, prorrogable por reelección sólo por otros dos.

Entre las principales funciones del Fiscal de la Nación se puede establecer que este; preside la junta de Fiscales Supremos, nombra a los fiscales provisionales de todas las jerarquías, ejercita ante el TC la acción de inconstitucionalidad de las leyes, ejercita las acciones civiles y penales a que hubiere lugar contra los altos funcionarios señalados en el Artículo 99 de la Constitución Política del Estado, previa resolución acusatoria del Congreso, designa Equipo de Fiscales para casos complejos, entre otras funciones.

b. Fiscalías Supremas

Actualmente existen cuatro fiscalías supremas, fiscalía suprema en lo penal, en lo civil, en lo contencioso administrativo y una de control interno.

De acuerdo al artículo 6 de la Ley de Carrera Fiscal, ley 30483, para ser elegido fiscal supremo se exige, además de los requisitos generales: 1. Ser mayor de cuarenta y cinco (45) años, 2. Si es magistrado, haber ejercido el cargo de fiscal superior titular o fiscal adjunto supremo cuando menos diez (10) años y si no lo es, haber ejercido la abogacía o desempeñado docencia universitaria en materia jurídica por quince (15) años, 3. Haber aprobado la evaluación prevista por el Consejo Nacional de la Magistratura y 4. Participar en el programa de inducción.

Se estableció que existen cuatro fiscales supremos, por lo tanto, sus funciones dependen del área en el cual se encuentren, ya sea en el ámbito penal, civil y contencioso administrativo, por el contrario, el Fiscal Supremo de Control Interno se encarga del control disciplinario y la evaluación de la función y servicio fiscal, de las distintas fiscalías.

c. Fiscalías Superiores

Estas se encuentran distribuidas en todo el territorio nacional, formando así distritos fiscales, actualmente existen

34 distritos fiscales, y en cada uno de ellos existe una Fiscalía Superior, ya sea, en lo penal, civil y familia y control interno.

De acuerdo al artículo 7 de la Ley de Carrera Fiscal, ley 30483, para ser elegido fiscal superior o fiscal adjunto supremo se exige, además de los requisitos generales: 1. Ser mayor de treinta y cinco (35) años, 2. Si es magistrado, haber ejercido el cargo de fiscal provincial titular, fiscal adjunto superior titular, o juez especializado o mixto titular durante cinco (5) años y si no lo es, haber ejercido la abogacía o desempeñado la docencia universitaria en materia jurídica, por un periodo no menor de diez (10) años, 3. Haber aprobado la evaluación prevista por el Consejo Nacional de la Magistratura, 4. Aprobar el curso de ascenso del nivel correspondiente en la Academia Nacional de la Magistratura, para el porcentaje de acceso cerrado o abierto si se trata de magistrados titulares, o aprobar el curso de formación de aspirantes para este nivel de la Academia de la Magistratura para postulantes que ingresen a la carrera fiscal que no sean magistrados titulares, en este último caso no es requisito para postular pero sí para jurar el cargo.

d. Fiscalías Provinciales

Al igual que la anterior, estas se encuentran distribuidas en todo el ámbito nacional, pero el número de fiscales

provinciales depende del número de habitantes en cada distrito fiscal.

De acuerdo al artículo 7 de la Ley de Carrera Fiscal, ley 30483, para ser elegido fiscal provincial o fiscal adjunto superior se exige, además de los requisitos generales: 1. Ser mayor de treinta (30) años, 2. Haber sido fiscal adjunto provincial, juez de paz letrado o secretario o relator de sala al menos por cuatro (4) años o haber ejercido la abogacía o desempeñado la docencia universitaria en materia jurídica, por un periodo no menor de cinco (5) años, 3. Haber aprobado la evaluación prevista por el Consejo Nacional de la Magistratura, 4. Aprobar el curso de ascenso del nivel correspondiente en la Academia de la Magistratura, para el porcentaje de acceso cerrado o abierto si se trata de magistrados titulares, o aprobar el curso de formación de aspirantes para este nivel de la Academia de la Magistratura para postulantes que ingresen a la carrera fiscal que no sean magistrados titulares, en este último caso no es requisito para postular pero sí para jurar el cargo.

Dentro de las funciones del Fiscal Provincial penal, que es lo que interesa en la presente investigación, y de acuerdo al actual Código Procesal Penal, conduce desde su inicio la investigación del delito.

e. Fiscales Adjuntos

Los Fiscales adjuntos, brindan apoyo a los fiscales supremos, superiores, o provinciales, según el rango al que pertenezcan, encontrándose a su disposición, por ende, las funciones que éstos cumplen son las mismas que se les asignan a sus jefes inmediatos en el rango que corresponda.

De acuerdo al artículo 9 de la Ley de Carrera Fiscal, ley 30483, para ser elegido fiscal adjunto provincial se exige, además de los requisitos generales: 1. Ser mayor de veintiséis (26) años, 2. Haber ejercido la abogacía o desempeñado la docencia universitaria en materia jurídica, por un periodo no menor de tres (3) años; o haberse desempeñado como asistente de función fiscal por un periodo no menor de tres (3) años. Para el caso del ejercicio de la abogacía y la docencia universitaria, los periodos en una y otra condición son acumulables, en tanto no se hayan prestado de forma simultánea, 3. Haber aprobado la evaluación prevista para tal caso por el Consejo Nacional de la Magistratura y 4. Aprobar el programa de inducción.

f. Las juntas de fiscales

Las juntas de fiscales son órganos de gobierno del Ministerio Público, estos se organizan de acuerdo a los rangos de los fiscales, así, existe una junta de fiscales supremos, el cual constituye el más importante entre los tres, ya que es en esta

Junta donde se elige al representante del Ministerio Público, esto es, al Fiscal de la Nación, por otro lado, en la Junta de Fiscales Superiores se elige al Presidente de la Junta de Fiscales Superiores, el cual, tiene entre sus funciones representar al Ministerio Público en el ámbito del distrito judicial de su competencia, del mismo modo, la Junta de Fiscales Provinciales elige al Presidente de la Junta de Fiscales Provinciales, quien, tiene entre sus funciones presentar iniciativas y propuestas al Presidente de la Junta de Fiscales Superiores en materias de su competencia y coordinar los criterios de actuación común en el ejercicio de sus funciones, entre otros.

Se puede establecer que las Juntas de Fiscales son de importancia dentro de este organismo, porque en un sistema democrático es necesario que los propios integrantes elijan a quienes los representarán ante los demás órganos o instancias.

E. Funciones

Al Ministerio Público se le han atribuido múltiples funciones, ello quizás se deba a su poco desarrollo durante toda su vida histórica, o a la falta de precisión sobre sus funciones y pertenencia.

Esta falta de precisión se ve reflejada en el ordenamiento peruano, tanto en su ley orgánica como en la Constitución, en

ambos se puede verificar que se le establecen diversas funciones, en diversos ámbitos, no teniéndose certeza de cuáles son sus funciones.

Por ejemplo, la Constitución, establece en su artículo 159, que le corresponde al Ministerio Público:

1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.
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. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir 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 que la ley contempla.
7. Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso, o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación.

Del mismo modo, en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público se establece que;

El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil. También velará por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la presente ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la Nación.

Como se puede observar de ambos textos legales, el Ministerio Público no sólo desempeña funciones en la administración de justicia, sino que estas son muy diversas; así, el Ministerio Público también desempeña el rol de defensor de la legalidad, de los derechos ciudadanos y de los intereses públicos; velar por la independencia de los órganos judiciales, y representante de la sociedad en juicio.

Sin embargo, de todas estas funciones, tal vez la más resaltante es el que otorga al Ministerio Público la defensa de la legalidad, erigiéndose, como defensor de la legalidad.

Esta idea, fue establecida desde la organización del Ministerio Público como tal, así, Roxin (1993, p. 41), citando a Savigni y Uden, establece que;

el fiscal, como custodio de la ley, debe estar facultado a operar en el procedimiento contra el acusado desde un comienzo, en el sentido de que sobre todo, la ley sea satisfecha. En esa posición fundamental –prosiguen los autores– el fiscal ocupa una posición que lo obliga tanto a la protección del acusado como a actuar contra él.

Entonces se puede establecer que “el fiscal es un funcionario guardián de la legalidad, que únicamente ha de servir al derecho; como tal debe intervenir siempre que estén en juego normas de carácter imperativo o los derechos fundamentales de los ciudadanos ...” (San Martín Castro, 2015, p. 202).

Teniendo en cuenta el fundamento anteriormente descrito, se puede agregar que dicha expresión debe entenderse como

“promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad” (Gimeno Sendra, 2012, p. 215), lo cual, indudablemente lleva a que el fiscal deba actuar cuando se cometa un delito, defendiendo la legalidad; es decir interviniendo en los hechos que la ley establece como delito, pero al mismo tiempo, debe preservar que no se vulneren los derechos del imputado, los mismos que se encuentran previstos en la ley, velando también en la protección del imputado, de ahí la necesidad de que el Ministerio Público deba buscar tanto los elementos de convicción de cargo como de descargo.

F. Rol del Ministerio Público en el actual proceso penal peruano

Teniendo en cuenta el actual Código Procesal Penal, se puede establecer que el Ministerio Público es el titular del ejercicio público de la acción penal (Art. IV), por ende, se le confiere dos roles fundamentales en cuanto a esta función, una de ellas, es la conducción de la investigación preparatoria, teniendo la facultad de archivar la investigación o formalizar la misma, para posteriormente decidir si acusa o sobresee, y la otra función es la de actuar como acusador en el juicio oral, con la obligación de intervenir en todo el desarrollo de este.

a. Conductor de la investigación

El actual proceso penal se divide en tres etapas estelares, investigación preparatoria, etapa intermedia y juicio. Es en

la primera etapa, investigación preparatoria, donde el Ministerio Público se desenvuelve como un ente ungido de poder, ya que es el único ente que puede investigar la comisión o no de delitos.

Por ende, el rol del Ministerio Público como conductor de la investigación preparatoria permite, por un lado, acentuar la forma acusatorio del proceso penal, pues ya no es el Juez quien investiga, y, por otro lado, permite dinamizar la tarea de investigación, ya que el Ministerio Público puede hacer la investigación más flexible, desarrollando trabajo en equipo y coordinando con la policía en cuanto a las acciones a realizar.

La investigación preparatoria⁶² es el conjunto de actuaciones dirigidas por el Ministerio Público, que buscan averiguar si se ha cometido o no un hecho delictivo, sus circunstancias y quien es la persona que ha cometido tal hecho (autor) y quienes han participado en el mismo (partícipes), “es lo que se denomina la determinación del hecho punible y la de su autor, para de ese modo fundamentar la acusación y, también las pretensiones de las demás partes, incluyendo la resistencia del imputado” (San Martín Castro, 2015, p. 302).

⁶² “En la doctrina especializada se es de la opinión que el nuevo modelo de investigación implica la transformación de esta en una etapa puramente preparatoria del juicio criminal, entregado a los fiscales del ministerio público y quienes deberían, con el auxilio de la policía, conducir la investigación y ejercer la acción penal pública” (Peña Cabrera Freyre, citando a Baytelam y Duce, 2016, p. 181).

Se podría establecer que la investigación es dinámica y cognoscitiva. Dinámica porque el fiscal debe recoger una serie de evidencias, elementos de convicción, que guarden relación con el hecho delictivo que se viene investigando, y además es cognoscitiva, porque estos medios de investigación le permiten al fiscal tomar conocimiento preliminar de las cosas, ajustando el relato fáctico que se desprende de la noticia criminal (Peña Cabrera Freyre, 2016).

En base a esta posición institucional, le corresponde al Ministerio Público, tomar las decisiones acerca del futuro de la investigación, para ello, debe realizar las diligencias que estime convenientes para la investigación, asimismo, debe provocar audiencias ante el juez de investigación preparatoria, ya sea para restringir derechos o para buscar elementos de convicción, y además debe decidir el cierre de la investigación.

Durante su intervención en el proceso penal el Ministerio Público dicta providencias, disposiciones y requerimientos; sin embargo, es durante la etapa de investigación donde el Ministerio Público hace uso de estas facultades, porque es en esta etapa donde el Ministerio Público despliega todas las facultades de manera autónoma.

Las providencias, se dictan para ordenar materialmente la etapa de investigación, así, por ejemplo, se pueden dictar providencias para agregar documentos, para programar diligencias o para reprogramar diligencias frustradas, entre otras.

Las disposiciones, por el contrario, se dictan cuando se tiene que resolver una cuestión de hecho o derecho, por lo tanto, deben ser motivadas, por ejemplo, se dictan disposiciones cuando se dispone que no procede formalizar investigación preparatoria, cuando se apertura una investigación, cuando se formaliza investigación, cuando se dispone conducir compulsivamente a una persona, entre otras.

Por último, los requerimientos se dictan cuando el Ministerio Público necesita la autorización judicial para llevar a cabo algún acto y, al igual que las disposiciones, deben ser motivadas, por ejemplo, se puede dictar un requerimiento cuando se necesita levantar el secreto de las comunicaciones, cuando se acusa o sobresee, entre otras.

Durante toda esta etapa, el Ministerio Público está sometido a dos principios, el de legalidad y el de objetividad.

Mediante el primero, el principio de legalidad⁶³, el fiscal se registrará únicamente por la Constitución, la ley y demás normas

⁶³ Montero Aroca establece que “tratándose del principio de legalidad en la actuación del Ministerio Público, su correcto entendimiento debe llevar a asimilarlo más a la actuación de la

que integren el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, el fiscal actuará con independencia de criterio, sin la interferencia de ningún ente; sin embargo, ello no quita, que deba seguir las directivas que emita la Fiscalía de la Nación, pero siempre que dichas directivas sean generales, y no particulares.

Mediante el segundo, principio de objetividad, el fiscal debe indagar con plena objetividad e independencia los hechos constitutivos del delito, debiendo realizar los actos de investigación sobre los hechos que determinen y acrediten la responsabilidad o la inocencia del imputado, las circunstancias que permitan comprobar la imputación y las que autoricen eximir o atenuar la responsabilidad.

Esto último es posible porque el Ministerio Público, materialmente representa el interés público de realización de la justicia, el cual tanto puede contraponerse como coincidir con el de la defensa. Como el fiscal debe vigilar la observancia de las leyes, no puede lógicamente tener un interés subjetivo en el caso concreto distinto de la correcta aplicación de la ley. (San Martín Castro, citando a Serra Dominguez , 2015, p. 209)

Administración Pública, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, que a la actuación de los tribunales, sometidos únicamente al imperio de la ley. El Ministerio Público, integrado en el Poder Ejecutivo, es un instrumento de éste para el cumplimiento de la política criminal, que no es más que una parte de la política interior” (2008, p. 125 – 126); sin embargo, no se comparte esta posición, pues Montero Aroca llega a dicha conclusión porque establece que el Ministerio Público se encuentra funcionalmente dentro del Poder Ejecutivo; sin embargo, el Ministerio Público es un ente autónomo, y si bien, entre sus funciones esta la defensa del interés público, pues es el titular de la acción penal, a diferencia del Poder Ejecutivo, sus decisiones también están basadas en aplicar la ley en un caso en concreto, el cual es sometido a él porque es el único ente encargado de investigar delitos.

En este apartado, se debe establecer porque el Ministerio Público no es un ente imparcial, al igual que el Poder Judicial, para ello, se debe tener en cuenta el desinterés objetivo y desinterés subjetivo, se establece que el Poder Judicial actúa con desinterés objetivo, porque siempre debe aplicar el derecho objetivo respecto de relaciones o situaciones jurídicas ajenas del mismo, ahora bien, si la jurisdicción actúa siempre con desinterés objetivo, el juez, debe actuar con desinterés subjetivo, es decir, no puede tener ningún interés personal y propio en el asunto concreto, de ahí que se regule la inhibición o recusación (Montero Aroca, 2008).

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede establecer que en el Ministerio Público existe un interés objetivo pero un desinterés subjetivo, en cuanto a lo primero, se debe tener en cuenta que la actuación del Ministerio Público está dirigida a servir mejor el interés general, esto en cuanto a la persecución del delito, por ende, estará tomando una decisión respecto de algo que no le es ajeno, de ello se puede desprender el por qué el Ministerio Público esté sujeto en su organización a los principios de unidad y dependencia, quedando vinculado a las órdenes que pueda impartir el superior en su escala jerárquica. Ahora, en cuanto a lo segundo, el Fiscal debe tener desinterés subjetivo, es decir, no debe tener ningún interés personal y propio en el asunto

concreto, pues de tenerlo, las partes pueden solicitar su apartamiento del proceso, o el mismo puede solicitar la exclusión del proceso, pero no por imparcialidad sino por objetividad (Montero Aroca, 2099).

b. Acusador público

En el acápite anterior se estableció que el Ministerio Público desarrollaba su función investigativa en la etapa de investigación preparatoria; sin embargo, la función de acusador público lo desarrolla en la etapa intermedia, cuando decide acusar, y en la etapa de juicio oral.

Después de la investigación preliminar, y habiendo formalizado la investigación preparatoria, el fiscal debe decidir si acusa o sobresee. Mediante la acusación el fiscal cumple con su obligación jurídica – pública de ejercitar la acción penal, pues como se sabe, es el titular de la acción penal, por ende, es el único, en la comisión de delitos públicos, que puede decidir si acciona o no el *ius puniendi* estatal.

En esta etapa, ya no se puede establecer que el fiscal sea imparcial, porque el fiscal se convierte en parte de proceso, actuando como parte acusadora, por ende, si ha decidido acusar, es porque tiene toda la convicción de que el imputado a cometido un delito, y por ello buscará que se lo sancione penalmente. “En esta condición de parte

acusadora no solo debe sostener los cargos en todo el curso del proceso –si se cumple, claro está, los requisitos y condiciones legales pertinentes–, sino que está autorizada a interponer los recursos y medios de impugnación legalmente previstos” (San Martín Castro, 2015, p. 209).

2.3.5. Teoría recursal

Se puede entender por recurso⁶⁴, la petición formulada por una de las partes para que el órgano que emitió una resolución o su superior la revise, ello con la finalidad de corregir los errores de juicio o de procedimiento que se hayan cometido.

Antes de entrar a desarrollar todo lo correspondiente a la parte procesal de la teoría recursal en el proceso penal peruano, resulta necesario desarrollar lo pertinente en cuanto al fundamento filosófico del “derecho al recurso”, si bien, la teoría recursal es mucha más amplia porque desarrolla todo lo concerniente a los recursos, el análisis del derecho al recurso es de suma de importancia, pues solo así, se podrá conocer el fundamento, o la base de dicha teoría, para ello, se tomará la idea de que el derecho al recurso, es un derecho fundamental.

⁶⁴ “Los orígenes del instituto se encuentran en todas las formas primitivas que implicaban una manera de lograr la intervención de una autoridad superior que remediase lo que se entendía lesivo al derecho de quién solicitaba la revisión de lo decidido. Pero es dentro del Derecho Romano donde aparecen las primeras regulaciones específicas; al respecto, Florian cita la frase de Ulpiano: "Nadie ignora cuan frecuente y necesario sea el uso de la apelación toda vez que corrige la iniquidad o la impericia de los que juzgan". La *provocatio ad populum* de la época republicana puede ser considerada como un importante antecedente, especialmente en cuanto aparecía como un recurso del imputado y como un medio de control popular de las decisiones de los magistrados. Ya en la época del Imperio se encuentra regulado el recurso de apelación con las características básicas con las que ha llegado hasta nuestros días, pasando por el Derecho italiano medieval, Las Partidas y el Derecho indiano” (Vásquez Rossi, 1997, pp. 466 - 467).

A. El derecho fundamental al recurso en el proceso

Discurrir sobre este punto no es tarea sencilla, para ello, es necesario introducir temas de filosofía del derecho, pues se trata de saber cuál es la justificación para que un derecho sea considerado como “fundamental”.

Como primer punto, se debe establecer que se entiende por derechos fundamentales, y siguiendo la teoría garantista del maestro Luigi Ferrajoli, se puede establecer que estos –los derechos fundamentales– son;

todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas. (Ferrajoli, 2009, p. 19)

No es tarea en la presente investigación desarrollar cual es el fundamento de los derechos fundamentales; sin embargo, se puede establecer que las diversas doctrinas *iusfilosóficas*⁶⁵ pretenden establecer que el fundamento de dichos derechos se encuentra en la dignidad humana.

⁶⁵ En la historia del derecho, diferentes escuelas de pensamiento filosófico han intentado justificar la existencia de los derechos humanos o derechos fundamentales. Así, hay quienes han visto el problema de la fundamentación como un tema históricamente superado, pasando por doctrinas iuspositivistas, realistas, de Derecho natural y doctrinas contractualistas; sin embargo, parece que en todas hay algún acuerdo en establecer que los derechos fundamentales son una realidad normativa innegable e íntimamente vinculado al ser humano (Letelier Loyola, 2013).

Pero ¿qué es la dignidad humana?, al respecto, es difícil establecer un concepto consensuado, quizás ello se deba, tal como lo establece Von Münch (1982) a que, al hablar de dignidad humana, se deba acudir a un estudio de carácter interdisciplinario (teología, filosofía y ciencia política) y depende de las circunstancias culturales e históricas de la sociedad. Produciendo ello, que el concepto de la dignidad de la persona, no sea, en modo alguno un concepto absoluto⁶⁶.

No obstante, a pesar de lo establecido en el párrafo anterior, se tratará de dar una aproximación al concepto de dignidad, para ello, se acudirá a la noción de dignidad que propone Kant, así, en su obra la *Metafísica de las costumbres*, establece que;

La humanidad misma es una dignidad; porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad), en virtud de la cual se eleva sobre todos los demás seres del mundo que no son hombres y sí que pueden utilizarse, por consiguiente, se eleva sobre todas las cosas. Así pues, de igual modo que él no puede autoenajenarse por ningún precio (lo cual se opondría al deber de la autoestima), tampoco puede obrar en contra de la autoestima de los demás como hombres, que es igualmente necesaria; es decir, que está obligado a reconocer prácticamente la dignidad de la humanidad en todos los demás hombres, con lo cual reside en él un deber que se refiere al respeto que se ha de profesar necesariamente a cualquier otro hombre. (Kant, 2008, pp. 335 - 336)

⁶⁶ “La misma medida de un poder público puede violar la dignidad de una mujer, pero no la de un hombre; el mismo acto estatal puede vulnerar la dignidad de una persona de edad, pero no la de un joven; la misma medida de un poder público puede transgredir la dignidad de un civil, pero no afectar a la de un soldado durante un período de formación” (Von Münch, 1982, p. 18).

De dicha definición, se puede establecer que la idea de dignidad está vinculada a la idea de autonomía del hombre. Siguiendo a Peces Barba, citado por Letelier Loyola, se puede establecer que “esta vinculación tiene dos momentos: en el primero, la autonomía significa la capacidad de elección, la capacidad de decidir libremente, libertad psicológica que no garantiza que la elección sea correcta, en el segundo, la autonomía significa libertad o independencia moral y de su ejercicio se resaltan las elecciones correctas del hombre” (2013, pp. 146 - 147).

Teniendo en cuenta ello, se puede establecer que la dignidad puede ser entendida, como el valor que tiene cada persona, y que clama respeto a su condición de ser humano, por lo tanto, dicho respeto impide que su vida o su integridad sea sustituida por cualquier otro valor social (Fernández, 2000).

Aunado a lo anterior, se puede agregar que la dignidad hace referencia a que la persona es un fin en sí mismo y nunca un medio, por lo tanto, al no poder el Estado tomar como objeto a la persona, es que los derechos fundamentales, en base a la dignidad humana, garantizan la libertad de las personas, constituyendo garantías de los individuos frente al *ius puniendi* Estatal, entonces, los derechos procesales pueden ser entendidos como derechos fundamentales, en el sentido que estos “serían las leyes que garantizan la libertad o autonomía de cualquier persona frente a la arbitrariedad o abuso del poder público” (Ureña Carazo, 2014, p. 187).

Siendo ello así, resulta lógico que el derecho al recurso sea considerado como un derecho fundamental, solo mediante este derecho, las partes tienen la posibilidad de recurrir una decisión que les es para ellos injusta, o arbitraria, o que contiene algún error, por lo tanto, el derecho al recurso garantiza la libertad de las personas, basados en su dignidad humana, frente a la arbitrariedad o abuso del poder estatal.

Todo lo desarrollado en líneas anteriores trató de explicar, en base a conceptos filosóficos, por qué el derecho al recurso debe ser considerado como un derecho fundamental; sin embargo, también se debe tener en cuenta que existen dos fundamentos más para establecer porque un derecho debe ser considerado como derecho fundamental, el primero, es un fundamento inmediato, tomado como justificación de aquello que dota de imperatividad a los derechos, en cambio el segundo, es un fundamento mediato, que se corresponde con el valor que lo sustenta.

En cuanto al primero, esto es, el fundamento inmediato, se establece que los derechos fundamentales son creaciones humanas, pues los hombres han acordado, mediante un pacto, otorgarse, reconocerse y garantizarse mutuamente, así, el derecho al recurso, sería un derecho fundamental porque “ha existido consenso en que aquellos son una especificación normativa, aplicable a un área particular de la conducta de los

hombres, del valor superior que es la dignidad humana” (Letelier Loyola, 2013, p. 148).

Lo anterior se puede constatar, si se mira los albores del siglo XX, pues desde esta época los Estados han acordado que en situación de guerra, donde se pone en riesgo la libertad, la igualdad y la dignidad de las personas, se deben respetar ciertos derechos en favor de los combatientes y también de la población civil. Así, entre los derechos procesales, se ha mantenido ileso el derecho del condenado de recurrir la sentencia dictada en su contra (Letelier Loyola, 2013).

Respecto al segundo fundamento, fundamento mediato, se establece que un derecho es fundamental si este ha sido incorporado en alguna norma positiva, ya que solo así los consensos a los que se ha arribado, y que buscan el desarrollo de la humanidad y la vida en armonía, puede gozar de una vigencia universal y coercibilidad.

Como se estableció en el punto anterior, el derecho al recurso es el resultado del consenso de los hombres, a fin de que aquel que se sienta perjudicado por alguna decisión pueda recurrirla; sin embargo, dicho consenso debe traducirse en alguna norma positiva universal, es decir, debe ser plasmado en los catálogos de los acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales.

Hablando estrictamente del derecho al recurso, se puede observar que éste ya ha sido reconocido en diferentes tratados

de derechos fundamentales, así, en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se 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, conforme a lo prescrito por la ley".

Del mismo modo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en su artículo 8, sobre Garantías Judiciales establece que: "Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".

Como se puede observar, por todo lo anteriormente establecido, el derecho al recurso es un derecho fundamental, por lo tanto, el Estado tiene la obligación de garantizar la plena vigencia de este derecho fundamental.

B. Fundamento del derecho al recurso

Para establecer cuál es el fundamento del recurso, se han elaborado diferentes posiciones, la primera, hace referencia al reconocimiento de la fiabilidad humana, es decir a la posibilidad latente de errores que pueda existir en la aplicación de normas; la segunda, se basa en la necesidad de que la certeza alcance su plenitud cuando la parte agraviada por una resolución judicial estime que esta no es adecuada a derecho (insatisfacción

subjetiva de la parte perjudicada por la resolución judicial) (San Martín Castro, 2015) y por último, el tercer fundamento –sobre todo en el ámbito penal–y basado en los tratados internacionales, se establece que “la segunda instancia adquiere pleno significado ... como manifestación de un derecho del inculpado a ser condenado sobre la base de un doble convencimiento: el del juzgador de primera instancia, por un lado y, además, el del órgano de apelación” (Letelier Loyola, citando a Vegas Torres, 2013), ello en base a que los tratados internacionales garantizan solo al condenado el derecho de recurrir.

a. La falibilidad de los juzgados

El primer fundamento hace referencia a que los recursos sirven para recurrir los errores judiciales en los que se podría incurrir⁶⁷ (la falibilidad de los juzgados), ello teniendo en cuenta que quienes resuelven las cuestiones de derecho son personas, por lo tanto, es predecible que puedan caer en errores.⁶⁸ Además, este fundamento también hace referencia a que un órgano superior estará mejor calificado

⁶⁷ “Los recursos de quienes intervienen en un procedimiento para evitar las consecuencias perjudiciales de las decisiones de los tribunales, en pos de demostrar su injusticia (agravio) y, de lograrlo, conseguir que la decisión atacada sea revocada, en su caso transformada en otro de sentido, modificada o reformada, o incluso eliminada; fueron mecanismos nacidos históricamente durante el desarrollo del procedimiento inquisitivo, antes como instancias de control burocrático que como garantías de seguridad para los súbditos sometidos a una decisión de autoridad” (Maier, 1996, pp. 705 - 706).

⁶⁸ El mismo fundamento lo establece Villa Stein (s/f, p. 22 – 23), Oré Guardia (2010, p. 12), Palacio (1998, p. 12) y Frisancho Aparicio (2014, pp. 18 - 20).

para resolver las cuestiones impugnadas, ello en base al conocimiento y experiencia que posea.

Sin embargo, no se puede establecer que dicha posición sea la as acertada, pues de ser así, se estaría dando a entender que el sustento del recurso se basa en la desconfía que tiene el sistema de lo que se resuelva en primera instancia, es decir, que como se tiene conocimiento que en primera instancia pueden resolver equivocadamente, entonces debe existir un órgano superior que corrija dicho error, si ello fuera así, entonces ¿Por qué no someter directamente el asunto en conocimiento del órgano superior?.

Por otro lado, tampoco se puede establecer que el fundamento recaiga en que el órgano superior está mejor calificado para resolver las cuestiones planteadas, pues ello no se puede garantizar, más aún si se tiene en cuenta, que el órgano superior no va a estar en contacto con las pruebas ofrecida (Letelier Loyola, 2013).

Por lo tanto, en base a estos argumentos, no se puede establecer que este primer postulado sea el fundamento del recurso; sin embargo, ello no quiere decir que dicho postulado sea inútil, al contrario, como se verá más adelante, este postulado sirve como base para establecer la finalidad del recurso.

b. La certeza en su máxima plenitud

En cuanto al segundo postulado, esto es, la necesidad de que la certeza alcance su máxima plenitud, tampoco se puede establecer que sea el fundamento de la teoría recursal, si bien es cierto, al igual que el fundamento anterior, este fundamento sirve para establecer la finalidad del recurso, empero, no puede ser establecido como su fundamento, porque la certeza jurídica no solo se logra mediante la impugnación, sino que esta puede ser alcanzada solo en primera instancia, sin necesidad de impugnar, por lo tanto, si bien es cierto mediante la impugnación se podría dar más seguridad jurídica, ello no es el fundamento del recurso.

Por otro lado, en base a este mismo argumento Vegas Torres citado por Letelier Loyola, establece que; "... la segunda instancia adquiere pleno significado, no como mecanismo de depuración de las infracciones cometidas durante la primera, sino como manifestación de un derecho del inculpado a ser condenado sobre la base de un doble convencimiento: el del juzgador de primera instancia, por un lado, y, además, el del órgano de apelación" (2013, p. 159).

Sin embargo, dicha posición tampoco se puede tomar como cierta, pues no se debe olvidar que el derecho al recurso no solo le ha sido otorgado al imputado, sino también a las

demás partes dentro de un proceso, por lo tanto, dicho argumento tampoco puede ser tomado como fundamento si es que solo sirve para una de las partes intervinientes en el proceso.

c. Como garantía del imputado

Hasta acá se podría decir que estas posiciones son de antigua data; presentes en todo manual de derecho procesal; sin embargo, el tercer argumento es de data reciente, porque se basa en el análisis que se hace respecto a lo que los tratados internacionales han establecido en cuanto a este derecho.

Este fundamento se basa sobre todo en que el recurso es una garantía del imputado, y, a la vez limita el *ius puniendi*. Si se tiene en cuenta que en el actual modelo procesal el imputado es un sujeto de derecho, entonces resulta lógico que en el sistema recursal, otorgando garantías al imputado, las decisiones puedan ser revisadas en base a la libertad, ya que esta puede verse afectada de forma injusta, ilegal y arbitraria.

En dicho orden, la libertad, como bien jurídico fundamental, que legítimamente puede ser cercenada en un proceso penal, debe obedecer al dictado de una resolución que se corresponda con la idea de legalidad material y justicia. Por consiguiente, el derecho a recurrir las resoluciones habría de fundarse en un derecho inherente del imputado, quién al ser objeto de una sentencia de condena, tenga la potestad de que un órgano jurisdiccional superior la

revise, a fin de cautelar la legalidad de la resolución de vista; y, con ello, que la privación de libertad del condenado se ajuste a los cánones del Debido Proceso y de la legalidad material. (Peña Cabrera Freyre, 2011, pp. 13 - 14)

La conclusión más resaltante de esta posición es la exclusión del acusador (Ministerio Público) como sujeto amparado por esta garantía, por ende, este no podría recurrir la sentencia. Para fundamentar esta posición se la analizará en base a tres perspectivas, las mismas que se basan en lo desarrollado por Letelier Loyola (2013):

1. La función limitadora de las garantías, pues las garantías procesales están destinadas a contener los posibles abusos del Estado, como limitantes al *ius puniendi*, por lo tanto, deben actuar en favor del imputado y no en contra de este.

2. Los poderes del Estado en la persecución penal. Siendo el Estado el único que ostenta el poder de perseguir penalmente el delito y castigarlo posteriormente, tiene toda la potestad de limitar los derechos del imputado, por ende, si tiene todo este poder, no es posible que pueda recurrir una sentencia porque ya tuvo la oportunidad de conseguir una sanción.

3. Las indeseables consecuencias de conceder al acusador un recurso contra la sentencia condenatoria. La primera hace referencia a la incapacidad que tuvo el Estado de

conseguir una sentencia condenatoria a pesar de todo el poder que ostenta, colocando así al sujeto con la posibilidad de que pueda sufrir una condena. La segunda es, que, si en segunda instancia se condena al absuelto, entonces esta sería la primera condena del imputado, por lo tanto, se debería otorgar la posibilidad de que éste pueda impugnar dicha resolución.

Como se puede observar de lo antes desarrollado, esta posición establece que el derecho al recurso, es una garantía solo del acusado: sin embargo, esta postura no puede tomarse como fundamentación del derecho al recurso, ya que no se debe olvidar que las garantías judiciales no solo protegen al acusado, sino que son garantías dirigidas a proteger a todo sujeto procesal dentro de un proceso.

Además, se debe tener en cuenta que quien está facultado para recurrir es aquel a quien se le ha causado un agravio, precisando que el agravio debe conjugar dos elementos, la indefensión y la afectación, el primero debe entenderse como el impedimento ilegítimo o arbitrario en el ejercicio de las garantías del debido proceso, el segundo consiste en la pérdida o restricción de un derecho.

Teniendo en cuenta ello, no cabe dudas que las demás partes en un proceso penal (agraviado del delito y Ministerio

Público) pueden interponer un recurso, ello porque las garantías son dadas para todas las partes en un proceso y no solo para una de ellas, no se debe olvidar que “las garantías procuran asegurar que ninguna persona pueda ser privada de defender su derecho vulnerado (por el delito) y reclamar su reparación (incluso penal) ante los tribunales de justicia” (Cafferata Nores, 2000, p. 14), por lo tanto, el agraviado de un delito tiene toda la potestad a fin de poder recurrir una decisión⁶⁹.

Respecto al Ministerio Público, se establece que este no podría recurrir, porque “el acusador goza solo del derecho al proceso, pero carece de derecho alguno sobre la pena” (Letelier Loyola, 2013, p. 162); sin embargo, ello no es del todo cierto, pues no se debe olvidar que el Ministerio Público, en el proceso, cumple dos roles fundamentales y muy diferenciados, en la investigación, es el conductor de este, y en el juicio, es la parte acusadora, por ende, en esta etapa está facultado para solicitar un pena, porque está convencido de que el acusado ha cometido un delito, teniendo toda la potestad sobre la pena que se debe imponer, por lo tanto, ante una sentencia absolutoria tiene toda la potestad para solicitar que se le imponga una pena.

⁶⁹ Del mismo modo Sagués, citado por Cafferata Nores (2011, pp. 186 - 187) establece que ““si de lo que se trata es de arribar a fallos justos, tanto se perjudica a la justicia en una sentencia de primera instancia por una condena arbitraria, como por una absolución o sobreseimiento improcedente”.

d. Como garantía de las partes procesales

El fundamento del derecho al recurso se basa en la garantía otorgada a las partes procesales dentro de un proceso, teniendo como base la teoría garantista desarrollada por Luigi Ferrajoli, por lo tanto, el fundamento se basa en que el recurso es una garantía otorgada por el Estado a fin de que los justiciables puedan ejercer este derecho, pretendiendo evitar que las decisiones sean injustas; sin embargo, ello no quita, que la finalidad del recurso sea solucionar errores judiciales y de que lo resuelto alcance un mayor grado de certeza.

El recurso es una garantía procesal porque es al mismo tiempo una garantía de legalidad y una garantía de responsabilidad contra la arbitrariedad. Siendo los jueces independientes, y se debería agregar acá al Ministerio Público en la etapa de investigación, y aunque estén sometidos a la ley, la principal garantía contra la arbitrariedad, el abuso o el error, es la impugnación y su reexamen. Si no existe un doble examen, los principios de imparcialidad y de sujeción de los jueces y fiscales tan sólo a la ley quedarían privados de garantía, pues la arbitrariedad, el abuso o el error no serían censurados y reparados en una segunda instancia (Ferrajoli, 1996).

Las garantías sirven como límite al *ius puniendi* del Estado, por ende, el Estado tiene la obligación de realizar todas las acciones necesarias a fin de garantizar la plena efectivización de dicha garantía, por ende, si existe una primera posición, primera instancia, que resuelve una cuestión manifestando así una primera voluntad (originaria), entonces es necesario que el Estado desarrolle otra voluntad, una segunda, a fin de revisar lo que se decidió si es que esta causa algún agravio (revisora).

Por ende, el fundamento de los recursos es que estos son una garantía en su doble dimensión, una, para las partes en el proceso, quienes si se les causa algún perjuicio tienen la posibilidad de recurrir el fallo, y la otra, para el Estado, quien debe desarrollar todos los mecanismos necesarios a fin de que no se vulnere el derecho al recurso, y además de realizar todas las acciones necesarias a fin de que dicho derecho se efectivice.

Se debe tener en cuenta que al existir una expectativa (recurrir decisiones que causen agravio), debe del mismo modo existir una garantía (derecho al recurso), y la obligación de satisfacerla (sistema recursal), es decir, “donde quiera que existan derechos o intereses establecidos por normas primarias, deberán introducirse, como sus garantías primarias, los poderes-deberes correspondientes, es decir, la prohibición de lesionarlos y la obligación de

tutelarlos y satisfacerlos a cargo de funciones e instituciones de garantía primarias” (Ferrajoli, 2014, p. 58).

C. Finalidad de los recursos o medios impugnatorios

Como se estableció en el apartado anterior, hay dos argumentos respecto de los medios impugnatorios, que, si bien no son el fundamento, son la finalidad de todo recurso, así, el primero hace referencia a la falibilidad jurisdiccional, y, el segundo a la certeza en su máxima expresión.

a. La falibilidad jurisdiccional

Se podría decir que la falibilidad es algo inherente a la condición humana, por ende, resulta lógico que, dentro de un proceso, las cuestiones que se resuelvan no sean infalibles, cayendo en errores, por lo tanto, los recursos buscan corregir los errores que puedan haber surgido.

Si trasladamos esta posición a la sentencia, se puede observar que la falibilidad está aún más presente, porque en la delicada tarea de juzgar sobre la responsabilidad penal o inocencia de una persona, donde los hechos deben quedar probados a través de una serie de pruebas, es muy probable que en esta labor se pueda errar, por lo tanto, resulta lógico que mediante un recurso se pueda corregir el error cometido.

Sin embargo, los errores no solo se pueden dar cuando se juzgue la responsabilidad o inocencia de una persona, sino

que estas se pueden presentar en cualquier parte del proceso, pues el error está en la esencia del ser humano, por lo tanto, este es susceptible de incurrir en errores o vicios, ya sea por desconocimiento, ignorancia, equivocación o de manera dolosa.

Teniendo en cuenta lo establecido en los párrafos anteriores, se puede concluir que la finalidad de los recursos es corregir los errores que se haya cometido, por lo tanto, lo que faculta a las personas a recurrir un acto procesal es que ese acto es potencialmente falible (Iberico Castañeda, s/f).

Al llegar a este punto, es necesario hablar sobre los errores que pueden darse dentro del proceso, así, la doctrina ha distinguido entre errores y vicios, y, siguiendo a Frisancho Aparicio se puede establecer que los vicios pueden ser *vitios in procedendo* y *vitios in iudicando*; a su vez, los errores pueden ser tanto de hecho como derecho.

Los vicios pueden ocurrir por defecto de trámite (inobservancia de la norma ritual) o por defecto en la estructura de la resolución, traduciéndose en defectos de motivación. Los vicios se pueden clasificar en *vitios in procedendo* y *vitios in iudicando*, los primeros, es decir los vicios *in procedendo* consisten en la desviación o apartamiento de las formas señaladas en el Código Procesal para la dirección, gobierno, y decisión del proceso, y ello

puede conllevar a la afectación de una de las partes, impidiendo la defensa plena de sus derechos (Frisancho Aparicio, citando a Rubianes, 2014).

Además, los vicios *in procedendo*, pueden ser de estructura o garantía, serán de estructura cuando se afecten el trámite propio del proceso, cuando se rompa con la armonía lógica de pensamiento que debe existir en el proceso, o con el procedimiento que se establece con el proceso, en cambio, serán de garantía cuando se desconocen los derechos de las partes procesales, y lo cuales el funcionario está obligado a respetar.

Por otro lado, se debe establecer que cuando se hace referencia a vicios *in iudicando* se hace referencia estrictamente a los errores, y éstos se presentan cuando se hace uso indebido, aplicación, inaplicación o interpretación errónea de una norma, ya sea de carácter material o sustancial, a su vez, los errores pueden ser de hecho o derecho. Los errores de hecho se presentan en el proceso de apreciación probatoria, y podría suceder cuando no se analiza la totalidad de las pruebas, o se otorga una eficacia probatoria inexistente o diferente. Por otro lado, los errores de derecho se presentan cuando se hace un raciocinio incorrecto de la norma, es decir, no se aplicó la norma, o se aplicó indebidamente o, no se interpretó correctamente, produciendo ello errores en la aplicación del derecho.

b. La certeza alcanza su máxima expresión

Otra de las finalidades del recurso, es que lo resuelto puede alcanzar un mayor grado de certeza, ya que va a ser revisado una segunda vez, en algunos casos por el mismo magistrado que resolvió, y otras por un superior, otorgando mayor certeza de lo que se resolvió primigeniamente.

Por ende, si lo resuelto primigeniamente es revisado nuevamente, y se llega a la misma conclusión, entonces se otorga mayor grado de certeza a los justiciables, pues existiría una gran probabilidad de acierto en la solución.

Maier afirma al respecto, en base al principio de doble conformidad, que el

derecho al recurso se transformaría en la facultad del condenado de poner en marcha, con su voluntad, la instancia de revisión –el procedimiento para verificar la doble conformidad– que, en caso de coincidir total o parcialmente con el tribunal de juicio, daría fundamento regular a la condena –dos veces el mismo resultado = gran probabilidad de acierto en la solución– y, en caso contrario, privaría de efectos a la sentencia originada. (1996, p. 713)

Sin embargo, se tiene que tener en cuenta que el derecho de recurso no solo alcanza a los recursos que se puedan usar contra una sentencia, ya que, en base a las garantías que debe promover un Estado, el derecho al recurso puede hacerse valer ante cualquier resolución que cause perjuicio, por ende, la certeza no alcanzará su máxima expresión solo

en la sentencia, y en favor del acusado, sino que esta alcanzará su mayor expresión en cualquier acto que pueda ser recurrido, pues siempre es mejor dos o más opiniones que una sola.

D. Principios que amparan a los medios impugnatorios

a. Principio de legalidad y especialidad

Como se puede observar, este principio está presente en todo el derecho, ello quizás se deba a la garantía que se le debe otorgar a las partes procesales, en base a esto, se puede establecer que el principio de legalidad en los recursos hace referencia a que solo se puede interponer un recurso que este previamente establecido en la ley. De esto se desprende que los recursos solo pueden ser creados legislativamente y, no así por la jurisprudencia.

Además, en el Acuerdo Plenario No. 5-2009/CJ-116 se señala que uno de los principios que regula el régimen jurídico de los recursos es el de taxatividad, el cual estipula que la admisión de todo recurso está condicionada a que se encuentre taxativa o expresamente previsto en la ley.

Por otro lado, el principio de especialidad hace referencia a que cada recurso tiene su propia regulación, pues éste está diseñado para cada situación específica, por lo tanto, no se admite un recurso cuando a tal situación le corresponde otro.

Del mismo modo, Hitters establece que, en base a este principio se entiende que cada resolución, generalmente, tolera un solo carril de impugnación y no varios (2000).

b. Principio dispositivo

Este principio establece que los recursos solo pueden ser interpuestos o incoados por las partes legitimadas dentro de un proceso, por ende, el reexamen de alguna resolución o disposición tendrá lugar en la medida que alguno de los sujetos procesales haya interpuesto su respectivo recurso.

Si se tiene en cuenta que los recursos se articulan y desenvuelven a pedido de parte, ello lleva a establecer dos características importantes, en primer lugar, la vigencia absoluta del principio dispositivo, pues sea cual sea el error en el acto procesal la iniciativa de revisión viene generada por el interés de quien resulta agraviado por la decisión, siendo, por lo tanto, una vía opcional o facultativa. En segundo término, se debe tener en cuenta que, a partir de la decisión voluntaria de impugnar, se abre una nueva etapa en el proceso, la cual estará a cargo exclusivo del órgano que debe resolver el recurso (mismo magistrado o tribunal superior) (Gozaini citado por Iberico Castañeda, s/f).

c. Principio *pro actione*

Lo que se pretende a través de este principio es que, al momento de efectuar la calificación de un medio impugnatorio, y antes de rechazarlo o declararlo inadmisibles por el supuesto incumplimiento de algún requisito previsto para su interposición, se debe otorgar al sujeto procesal la posibilidad de que pueda subsanar el error cometido, con la finalidad de preservar el derecho al recurso, porque, más allá de las formalidades que se deben seguir para la admisión de un recurso, se debe tener en cuenta el agravio que se puede ocasionar.

Pero ello solo será posible siempre que el error cometido en la presentación del recurso no se deba a una actitud negligente o maliciosa del interesado, y que además no dañe la regularidad del procedimiento ni los intereses de la parte contraria (Iberico Castañeda, s/f).

d. Principio de trascendencia

Para la imposición de un recurso es necesario que quien lo interponga sea aquel a quien se le causo un perjuicio o agravio con alguna resolución.

Es decir, que un recurso solo podrá ser interpuesto por una persona que se ha visto perjudicada con alguna decisión, pues ve que lo resuelto no está de acuerdo con lo que solicitó, existiendo así un perjuicio en sus intereses.

e. Prohibición de la *reformatio in peius*

Este principio pone un límite al órgano superior, pues la impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no puede ser modificada en su perjuicio, no pudiéndose emitir una nueva resolución que agrave la situación del imputado.

“La interdicción de la *reformatio in peius* proviene de un célebre pasaje de Ulpiano: *licet enim nonnunquam bene latas sententias in peius reformet*, esto es, prohíbe que la condición jurídica de un recurrente resulte empeorada por obra exclusiva de su propio recurso” (San Martín Castro C. , 2015, p. 652).

Sin embargo, esta garantía solo opera cuando el imputado es el único impugnante, pues si otras partes también impugnan la misma resolución si opera la *reformatio in peius*.

f. Limitada competencia del Tribunal Superior. Efecto parcialmente devolutivo

Este principio pone un límite a lo que el tribunal superior puede conocer, encontrando el ente superior su límite en base a los puntos cuestionados en la resolución recurrida, es decir, en base a los motivos de agravios.

Sin embargo, ello no quita la posibilidad de que el Tribunal Superior pueda conocer de temas que sean necesarios a fin de resolver la pretensión impugnativa, no excluyéndose así

denominada especificación implícita, la cual hace referencia a la extensión de un motivo concerniente a una cuestión a todas las otras que estén lógicamente vinculadas a ella. (San Martín Castro, 2015)

Esta excepción se basa en que el Tribunal Superior puede examinar otros puntos para mejorar o extender los beneficios a otros recurrentes, pues el Tribunal puede revocar o modificar una resolución aún a favor del imputado, si bien esta proscrita la *reformatio in peius*, no así, la *reformatio in melior*.

E. Presupuestos de la impugnación

Los presupuestos de la impugnación, son presupuestos generales que deben ser observados en todas y cada una de las instancias. Estos orientan todos los medios impugnatorios existentes en el proceso penal, condicionando la admisibilidad de la pretensión en el ejercicio de los recursos, por lo tanto, las partes deben observar todos estos presupuestos a fin de obtener la tutela efectiva de sus pretensiones.

Siguiendo a San Martín Castro (2015), se puede establecer que los presupuestos de la impugnación se clasifican del siguiente modo, i. Presupuestos subjetivos: agravio y carácter de parte, y ii. Objetivos: actos impugnables y formalidades.

a. Presupuestos subjetivos

i. Agravio

El agravio es el presupuesto material imprescindible para todo recurso, porque está basado en la injusticia que la resolución judicial provoca en alguna de las partes, en consecuencia, solo la parte a quien una resolución le es desfavorable tiene toda la potestad de impugnarla, aperturando así una nueva etapa procesal.

ii. Carácter de parte

Este presupuesto, aunado al anterior, hace referencia a que solo la parte legitimada como sujeto procesal dentro de un proceso puede recurrir aquella resolución que le genere agravio.

Por ende, para que el Tribunal Superior pueda hacer un control de una resolución que cause perjuicio, ello debe ser solicitado por aquella parte procesal que se encuentre afectado por una resolución, deduciendo cual es el recurso idóneo, fundamentando las razones por las cuales acude al superior y señalando en que consiste su pretensión.

b. Presupuestos objetivos

i. Actos impugnables

Este presupuesto hace referencia a que solo son recurribles las resoluciones que la ley establece como tales, y que solo son recurribles de acuerdo al recurso que la ley establece.

El actual Código Procesal Penal establece que la ley identifica cuales son las resoluciones recurribles (principio de taxatividad) estableciendo que recurso puede interponerse (idoneidad o adecuación del recurso a una determinada resolución). “De esto último dimana un segundo principio: la singularidad del recurso, que indica que en cada caso corresponde un recurso y no puede ser interpuesto sino uno por vez” (San Martín Castro citando a Vescovi, 2015, p. 660).

ii. Formalidades

El último presupuesto de la impugnación son las formalidades, pues el recurso que contiene la manifestación de voluntad de la parte legitimada, está sujeto a diversas condiciones formales, tales como; tiempo, lugar y modo.

Por el tiempo en los recursos se entienden los plazos que fija el actual Código Procesal Penal para su

interposición, y, en su caso, formalización o fundamentación, teniendo las partes procesales la carga de interponer el recurso en el plazo fijado, ya que, de no hacerlo, la resolución impugnada adquiere firmeza.

La vulneración del plazo, tal como lo ha expuesto la Corte Suprema en la Ejecutoria Suprema, Queja No. 1336-2006, de 12-04-07, es insubsanable y determina la inadmisibilidad del medio de impugnación deducido.

Por el lugar, se hace mención a que los recursos impugnatorios, por regla general, se interponen ante el juez que emitió la resolución recurrida, la única excepción, es el recurso de queja, que se interpone directamente ante el órgano superior.

Por último, en cuanto al modo, los recursos solo pueden presentarse de manera escrita, si bien existe la excepción cuando se interpone el recurso en la misma audiencia de forma oral, como segundo acto, dicho recurso debe fundamentarse por escrito.

Además de la forma escrita, el modo de las impugnaciones establece que están deben estar fundamentados, estableciendo la expresión de los agravios, esta expresión de agravios, y de acuerdo con San Martín Castro (2015), tiene tres componentes, que apuntan a su concreción y tienden a evitar

impugnaciones no meditadas o irreflexibles, estos tres componentes son; i) precisión de las partes o puntos de la decisión que causan agravio o una lesión a sus legítimas expectativas procesales, ii) indicación de los fundamentos de hecho y de derecho que apoyen sus agravios, y iii) mención de la pretensión concreta, es decir indicación de cuál es la decisión que se persigue.

F. Recursos en el sistema procesal penal peruano

El actual Código Procesal Penal establece cuatro recursos que se pueden interponer, esto es, recurso de reposición, apelación, casación y queja, no estableciendo la elevación de actuados como un recurso, ello quizás se deba a que se tiene la concepción que en el proceso penal solo son recurribles los actos procesales emanados del Poder Judicial, y no así, los actos emanados por el Ministerio Público; sin embargo, en la presente tesis, se toma a la elevación de actuados como un recurso que opera en torno a una actuación del Ministerio Público, el cual es, la improcedencia a formalizar investigación preparatoria.

a. Recurso de Reposición

El recurso de reposición es un medio impugnatorio dirigido a atacar un decreto que ha causado agravio a alguna parte, y cuyo reexamen está a cargo del mismo órgano jurisdiccional que expidió el decreto.

Lo que fundamenta la existencia de este recurso es la economía procesal, pues busca evitar una doble instancia, ya que es el mismo ente que emite el decreto el que resolverá el recurso, ello, también tiene fundamento en la naturaleza de las resoluciones que se impugnan, los decretos, según los cuales solo se impulsa el desarrollo del proceso, disponiendo actos procesales de simple trámite, que no indiquen en las pretensiones principales.

El plazo para la interposición del recurso es de dos días, contados desde el día siguiente de la notificación del decreto o, de la fecha en que tuvo conocimiento de dicho decreto la parte impugnante.

b. Recurso de Apelación

Se puede establecer que el recurso de apelación es el recurso clásico que procede frente a sentencias y autos equivalentes, cuya finalidad consiste, de un lado, obtener un segundo pronunciamiento judicial sobre la cuestión venida en grado y, de otro, provocar la retroacción de las actuaciones al momento de cometerse la infracción de normas o de garantías procesales (San Martín Castro, 2015).

La apelación prolonga el proceso a través de un nuevo procedimiento, el cual se desarrolla ante un Tribunal superior, en este nuevo procedimiento se repite el debate,

pero limitado, pues solamente se podrán actuar pruebas nuevas o aquellas que fueron indebidamente denegados en primera instancia, pero que por su pertinencia, necesidad y utilidad debieron actuarse.

Las resoluciones que pueden ser cuestionadas a través del recurso de apelación de acuerdo a lo establecido en el artículo 416 del actual Código Procesal Penal son las siguientes:

- a) Las sentencias.
- b) Los autos de sobreseimiento y los que resuelvan los medios técnicos de defensa planteados por los sujetos procesales, o aquellos que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia.
- c) Los autos que revoquen la condena condicional, la reserva de fallo condenatorio o la conversión de la pena.
- d) Los autos que se pronuncien sobre la constitución de las partes y sobre aplicación de medidas coercitivas o de cesación de la prisión preventiva.
- e) Los autos expresamente declarados apelables o que causen agravio irreparable.

Por otro lado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 414 del actual Código Procesal Penal el plazo para interponer el

recurso de apelación es de 5 días cuando la resolución cuestionada es una sentencia, y de 3 días contra los demás autos interlocutorios, plazo que se computará desde el día siguiente a la notificación de la resolución.

c. Recurso de Casación

El recurso de casación es un recurso extraordinario, a través del cual se acude a la Corte Suprema con la finalidad de que, en determinadas resoluciones, revise la aplicación que se ha hecho en la instancia inferior de las leyes materiales y procesales. Se establece que es un recurso extraordinario porque opera únicamente en virtud de los motivos establecidos expresamente por el legislador, reducidos a comprobar si se ha proveído equívocamente (*error in iudicando*) o se ha procedido de forma indebida (*error in procedendo*) (San Martín Castro, 2015).

Por lo tanto, no es una instancia más del proceso en la cual se vuelva a llevar a cabo un enjuiciamiento fáctico o jurídico sobre la pretensión, sino que se trata de un recurso dirigido exclusivamente a anular la resolución recurrida, pues se habría cometido errores de hecho o de derecho.

Por otro lado, a fin de poder interponer el recurso de casación, se requiere que se verifique alguna causal que establece el artículo 429 del actual Código Procesal Penal:

- a) Casación Constitucional, que es aquella causal que funciona cuando en la resolución cuestionada se ha inobservado o aplicado indebidamente o interpretado erróneamente, garantías constitucionales de carácter procesal o material.
- b) Casación procesal, esta causal procede cuando existe inobservancia de una norma procesal y esta acarrea la nulidad del acto.
- c) Casación material o sustantiva, ocurre cuando se efectúa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas necesarias para su aplicación, es decir, por ejemplo, cuando se aplicó una norma jurídica que no se subsumía en el hecho.
- d) Casación por error *in cogitando*, procede cuando la resolución impugnada ha sido expedida con manifiesta ilogicidad de la motivación, lo que resulta evidente del propio tenor de esta.
- e) Casación jurisprudencial, la cual puede ser alegada cuando la resolución cuestionada se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, o, en su caso, por el TC.

Por último, de acuerdo a lo establecido en el artículo 414 del actual Código Procesal Penal el plazo para interponer el recurso de casación es de 10 días.

d. Recurso de queja

Se puede establecer que el recurso de queja se diferencia de los demás recursos, en que no busca directamente la revocación de la resolución impugnada, sino que busca obtener la admisibilidad de otro recurso que ha sido denegado previamente, para lo cual el superior directamente controlará si la resolución de inadmisibilidad del inferior se ha ajustado o no a derecho.

El recurso de queja procede contra las resoluciones expedidas por el juez que declara inadmisibile el recurso de apelación y contra las resoluciones emitidas por la Sala Penal Superior que declara inadmisibile el recurso de casación.

Por último, de acuerdo a lo establecido en el artículo 414 del actual Código Procesal Penal el plazo para interponer el recurso de queja es de 3 días.

e. Recurso de elevación de actuados

Contra la disposición de improcedencia a formalizar investigación preparatoria, el agraviado con dicha decisión puede, en el plazo de cinco días, interponer el recurso de elevación de actuados o queja contra la disposición que declara el archivo de la investigación, con la finalidad de que un fiscal superior, resuelva la disposición recurrida.

El fiscal superior, recibido el recurso a la decisión de improcedencia a formalizar investigación preparatoria emitido por el fiscal provincial, contará con un plazo de cinco días para emitir su disposición, en consecuencia, podrá; (i) Ordenar la formalización de la investigación preparatoria, en cuyo supuesto, por el principio de jerarquía que rige en el Ministerio Público, el fiscal provincial tendrá que cumplir la disposición de su superior; (ii) Ratificar el criterio del fiscal provincial, en este supuesto se constituye cosa decidida y la investigación se archiva de forma definitiva; y, (iii) Ordenar la realización de diligencias adicionales al fiscal Provincial a fin de emitir una nueva disposición.

El efecto de la disposición de improcedencia a formalizar investigación preparatoria es el de prohibir una investigación por los mismos hechos, así, el TC en la sentencia No.2725-2008-PHC-/TC, estableció que la decisión del fiscal de no formalizar denuncia penal si bien no constituye en estricto cosa juzgada, pues se trata de una garantía exclusiva de los procesos jurisdiccionales, se le reconoce un estatus inmutable o de cosa decidida, siempre y cuando se estime en la resolución que los hechos investigados no constituyen ilícito penal.

Si bien, el Ministerio Público no resuelve conflictos con la calidad de cosa juzgada, sus decisiones si tienen la calidad de cosa decidida; sin embargo y de acuerdo con Hurtado

Poma (2021), se prefiere llamarle cosa decidida fiscal para diferenciarlo de la cosa decidida a secas o administrativa que es impugnabile por el proceso contencioso administrativo, a diferencia del primero que es inimpugnabile e inmutable; la resolución de archivo fiscal no es cosa juzgada, pero es semejante y con los mismos efectos, que no permite una reapertura del caso sobre el cual ya existe una “clausura definitiva”.

En la misma línea, la Comisión Interamericana en el Informe No. 01/95, relativo al caso 11.006 del 07 de febrero de 1995 ha señalado que: La decisión del Fiscal no promoviendo la acción penal mediante la denuncia o requerimiento de instrucción correspondientes, al estimar que los hechos que se le pusieron en su conocimiento no constituyen delito es un acto de esencia típicamente jurisdiccional –como toda actividad del Ministerio Público– que adquiere el carácter de inmutable e irreproducible surtiendo los efectos de la cosa juzgada, una vez firme. De este modo, al igual que una decisión judicial recaída, es definitiva y en consecuencia trasciende en sus efectos con caracteres prohibitivos para procesos futuros basados en los mismos hechos materia de decisión.

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1. Forma de contrastación de hipótesis

Cuando se inició la presente investigación, se hizo con la finalidad de dar solución a la siguiente pregunta ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para aplicar la teoría recursal a la actuación del Ministerio Público dentro de la etapa procesal de investigación preparatoria en el Código Procesal Penal peruano vigente?, para ello, se estableció como hipótesis que, los fundamentos jurídicos para aplicar la teoría recursal a la actuación del Ministerio Público en la etapa procesal de investigación preparatoria dentro del Código Procesal Penal peruano vigente son: La naturaleza jurídica *sui generis* que posee la actuación del Ministerio Público y el respeto de las garantías procesales del Debido Proceso (derecho a la pluralidad de instancia), Tutela Jurisdiccional Efectiva (derecho de acceso a los recursos legalmente previstos) y Derecho de Defensa, por ende, en este apartado de la presente investigación, corresponde contrastar la hipótesis anteriormente establecida.

3.1.1. Precisión sobre la forma de contrastación de hipótesis

En este capítulo se debe dejar sentado que tanto la discusión de resultados y la contrastación de hipótesis forman una sola, porque los objetivos sobre los que versa la presente investigación están implícitos dentro del marco teórico, los mismos que se pueden verificar dentro del capítulo II.

Respecto a la forma de contrastación de la hipótesis, se aclara lo siguiente: a) la elección de la hipótesis se hizo teniendo en cuenta los efectos prácticos o las consecuencias que acarrea establecer los fundamentos para aplicar la teoría recursal a la actuación del Ministerio Público en la etapa procesal de investigación preparatoria dentro del Código Procesal Penal peruano vigente, asumiendo criterios en base al análisis dogmático de la institución del Ministerio Público y de los principios de Debido Proceso (derecho a la pluralidad de instancia), Tutela Jurisdiccional Efectiva (derecho de acceso a los recursos legalmente previstos) y Derecho de Defensa y, b) en la discusión de los argumentos, se brindan razones no solo basadas en las consecuencias jurídicas, sino tomando como punto de partida la doctrina existente sobre ello, la misma que fue desarrollada en el marco teórico, es por eso que a lo largo de este capítulo se brindan argumentos propios, pero remitiéndose constantemente a las posiciones desarrolladas y adoptadas dentro del marco teórico.

Así, con esta forma de contrastación, lo que se busca es establecer que los fundamentos para aplicar la teoría recursal a la actuación del Ministerio Público en la etapa procesal de investigación preparatoria dentro del Código Procesal Penal peruano vigente son: a) La naturaleza jurídica única que posee la actuación del Ministerio Público y b) El respeto de las garantías procesales del Debido Proceso (derecho a la pluralidad de instancia), Tutela Jurisdiccional

Efectiva (derecho de acceso a los recursos legalmente previstos) y Derecho de Defensa.

3.1.2. Procedimiento de contrastación de hipótesis

Teniendo en cuenta los criterios plasmados y detallados en el planteamiento del problema y en el capítulo II, referente al marco teórico, corresponde en esta parte de la investigación establecer si, a) la naturaleza jurídica única que posee la actuación del Ministerio Público y b) el respeto de las garantías procesales del Debido Proceso (derecho a la pluralidad de instancia), Tutela Jurisdiccional Efectiva (derecho de acceso a los recursos legalmente previstos) y Derecho de Defensa son fundamentos para aplicar la teoría recursal a la actuación del Ministerio Público en la etapa procesal de investigación preparatoria dentro del Código Procesal Penal peruano vigente.

De la formulación de la hipótesis, se puede verificar que esta se encuentra compuesta por dos categorías, una referida a la naturaleza jurídica única que posee la actuación del Ministerio Público y otra, referida al respeto de las garantías procesales del Debido Proceso (derecho a la pluralidad de instancia), Tutela Jurisdiccional Efectiva (derecho de acceso a los recursos legalmente previstos) y Derecho de Defensa.

Por ende, en líneas posteriores se tendrá que contrastar dichas categorías de forma separada, así, primero se contrastará la categoría correspondiente a el porque la naturaleza jurídica única

que posee la actuación del Ministerio Público es un fundamento para la aplicación de la teoría recursal, para ello, teniendo en cuenta la base doctrinaria desarrollada en el ítem 2.3.4 se discutirá en torno a las posiciones desarrolladas en cuanto a la naturaleza jurídica del Ministerio Público, para posteriormente establecer cuál es dicha naturaleza jurídica, después de haber tomado dicha posición, se argumentará porque dicha función es un fundamento para aplicar la teoría recursal a las actuaciones del Ministerio Público.

Posteriormente, se contrastará la segunda categoría de la hipótesis, es decir, se establecerá porque el respeto de las garantías procesales del Debido Proceso (derecho a la pluralidad de instancia), Tutela Jurisdiccional Efectiva (derecho de acceso a los recursos legalmente previstos) y Derecho de Defensa, son fundamentos para aplicar la teoría recursal a la actuación del Ministerio Público en la etapa procesal de investigación preparatoria dentro del Código Procesal Penal peruano vigente, para ello, en base al garantismo de Luigi Ferrajoli, se darán fundamentos del porqué estos principios –los mismos que fueron desarrollados en el ítem 2.2.2– fundamentan la aplicación de la teoría recursal.

3.2. Resultados de la primera categoría “Naturaleza jurídica *sui generis* de la actuación del Ministerio Público”

3.2.1. Discusión crítica de argumentos doctrinales

Como se vio en el literal C, del acápite 2.3.4 existen diferentes posturas en cuanto a la ubicación institucional del Ministerio Público,

establecer donde se ubica el Ministerio Público es de suma importancia, pues solo así, se puede establecer cuál es su naturaleza jurídica, es decir, si es jurisdiccional, administrativo, legislativo o extrapoder

A. Función jurisdiccional

La primera posición establece que el Ministerio Público depende del Poder Judicial, porque influye directamente en la administración de justicia, además, se establece que el Ministerio Público, encargado de la investigación, forma parte del Poder Judicial con la finalidad de que el poder de administración de justicia no se vea dividida, por ende, la naturaleza de sus acciones sería jurisdiccional.

Sin embargo, hoy en día no es posible establecer que el Ministerio Público sea un órgano que pertenece al Poder Judicial, dicha posición, podría tener cabida en un antiguo sistema, como fue el inquisitivo, en donde el poder no podía ser dividido, porque el Juez era quien investigaba y quien juzgaba; sin embargo, con el actual sistema que impera, sistema acusatorio, ello no es posible, pues los poderes en cuanto a la administración de justicia han sido divididas. Del mismo modo se debe tener en cuenta que el modelo que asume el Estado peruano, es un modelo acusatorio, garantista con rasgos adversariales, en el cual, las funciones y poderes están plenamente divididos e identificados.

Por ende, no es posible establecer que el Ministerio Público forme parte del Poder Judicial, porque se tratan de dos instituciones totalmente autónomas, y con poderes completamente diferenciados, a quien le corresponde investigar y acusar, *ius accusandi*, es el Ministerio Público, y a quien le corresponde juzgar, *ius puniendi*, es al Poder Judicial.

Del mismo modo, no se debe olvidar que el proceso es un conjunto de procedimientos, todas las etapas llevan a una sentencia, en este caso, la etapa preparatoria es un procedimiento dentro del proceso, el cual no puede ser jurisdiccional, porque esto solo se logra mediante un juez al final de un proceso, por lo tanto, la etapa de investigación podría ser un procedimiento investigador, en donde el fiscal, sin tener jurisdicción, porque ello solo lo ostenta el Poder Judicial, puede resolver un conflicto, esto en base a su función de persecutor del delito (Devis Echandía, 1997).

Si bien es cierto, la jurisdicción solo le corresponde al Poder Judicial, no se debe olvidar que la administración de justicia es mucho mayor, no solo se refiere a la administración de justicia ejercida por el Poder Judicial, ya que, existen otros órganos que pueden administrar justicia, como el Ministerio Público, justicia arbitral, comunidades campesinas y nativas, por ende, si bien, tanto el Poder Judicial y el Ministerio Público son dos entes totalmente diferentes, en el proceso penal, tienen que estar totalmente coordinados, pues no es posible una sentencia sin

que se haya llevado a cabo una investigación, así, un ente depende de otro, pero con funciones totalmente diferenciadas.

Otro aspecto a tener en cuenta, es lo referente a los elementos clásicos de la jurisdicción, se dice que un órgano tiene jurisdicción si entre sus funciones posee las facultades de *notio*, *vocatio*, *coertio*, *iudicium* y *executio*, es decir, facultades de conocer un litigio, convocar a las partes, coercionarlas a que acudan, resolver sobre el fondo y ejecutar lo decidido, teniendo en cuenta estas facultades, y si se traslada a las actuaciones del Ministerio Público, se puede evidenciar que el Ministerio Público no cuenta con facultades jurisdiccionales, pues si bien tiene las potestades de conocer un hecho delictuoso, porque investiga delitos, convocar a las partes, cuando hace sus diligencias, coercionar a las mismas si es que no acuden a las citaciones, no posee las potestades de *iudicium* y *executio*, pues si bien, en la etapa de investigación decide si procede o no formalizar investigación preparatoria, no resuelve sobre el fondo del asunto, es decir si corresponde o no imponer una sanción penal, sino, que la solución que da sobre el mismo, versa en determinar si corresponde o no continuar con las investigaciones, del mismo modo, el Ministerio Público no puede ejecutar sus decisiones.

Por ende, si bien el Ministerio Público, no tiene jurisdicción, si tiene otra función, como órgano persecutor, el cual le permite administrar justicia, porque es un órgano dotado de poder.

Aparte de lo indicado anteriormente, se puede establecer que existe una diferencia muy marcada entre el Ministerio Público y el Poder Judicial, así, el Poder Judicial, es un ente que actúa con desinterés objetivo dentro de un proceso, propiamente en el juicio, pues es un tercero que aplica –a fin de resolver un conflicto– el derecho objetivo respecto a relaciones jurídicas ajenas, de otros, por lo tanto, con su accionar, no busca servir a un interés general, sino solamente particular, función muy distinta al Ministerio Público, ya que este, al tener la potestad de perseguir el delito, lo realiza como una función pública, dirigida a servir el interés general, y si bien, lo puede realizar dentro de una investigación en concreto, ello lo realiza en base a un fin común, como es la persecución del delito.

Por lo tanto, en base a los argumentos antes descritos, se puede establecer que el Ministerio Público no es un ente que integra el Poder Judicial, por lo tanto, no tiene funciones jurisdiccionales.

B. Función administrativa

La segunda postura establece que si bien el Ministerio público es el órgano encargado de la persecución del delito, se debe tener en cuenta que dicha función es una política de Estado, y esta política es administrado directamente por el Poder Ejecutivo, por ende, a fin de que existía un sistema vertical para la consecución de dicho fin, es necesario que el Ministerio Público dependa del Poder ejecutivo, siendo ello así, el

Ministerio Público ejecutaría políticas de Estado, cumpliendo una función administrativa.

Sin embargo, para poder establecer si el Ministerio Público ejerce funciones administrativas, se debe tener en cuenta que el Poder Ejecutivo desarrolla actividades administrativas mediante las cuales busca satisfacer intereses de la comunidad en general o de otras entidades que no pueden cumplirlas por sí mismos, siempre con la finalidad del beneficio común, es por ello, que ejecuta políticas de Estado, tales como, la persecución del delito.

Sin embargo, ello, no puede llevar a establecer que el Ministerio Público pertenezca al Poder Ejecutivo, ya que, si bien ejecuta una política de Estado, como la persecución del delito, su actividad no lo realiza en abstracto, como si lo ejecuta el Poder Ejecutivo, sino que dicho desarrollo se da en un caso en concreto, el cual es sometido por imperio de la ley dentro de un proceso penal, pues investiga delitos.

En base a ello, se debe tener en cuenta que si el Estado, Poder Ejecutivo, tiene la función pública de ejecutar políticas para enfrentar la criminalidad, también existe el deber de que se persiga la comisión de un delito y que se castigue a los culpables, y es justamente la persecución del delito que recae en el Ministerio Público.

Por otro lado, no se puede tomar como fundamento que, pertenece al Poder Ejecutivo a fin de que exista un sistema

vertical en la función de persecución del delito, porque si ello fuera así, todo órgano dotado de poder pertenecería al Poder Ejecutivo, pues todos estos entes ejecutan políticas de Estado, tales como la SUNARP, SUNAT, entre otras; sin embargo, ninguno de estas pertenece funcionalmente el Poder Ejecutivo, si bien ejecutan políticas de Estado, lo hacen autónomamente, porque se les ha dotado de dicho poder, no siendo necesario, para ejecutar dichas políticas, que pertenezcan al Poder Ejecutivo, sino que para ello es suficiente que haya coordinación, no se debe olvidar que una de las finalidades del Ejecutivo es apoyar a que otras instituciones ejecuten políticas.

Además, el Ministerio Público no pertenece al Ejecutivo porque no ejecuta políticas de Estado, ejecuta solamente una, la persecución del delito, que justamente, para dividir el poder, ha sido otorgado al Ministerio Público con la finalidad de que éste sea el único ente que ejecute dicha política, por ende, al haberse otorgado dicho poder al Ministerio Público es que hay una separación entre el Ejecutivo y el Ministerio Público, el Ejecutivo se encargará de otras políticas, pero de la persecución del delito se encarga el Ministerio Público.

Por lo tanto, en base a los argumentos antes descritos, se puede establecer que el Ministerio Público no es un ente que integra el Poder Ejecutivo, por lo tanto, no tiene funciones administrativas.

C. Función legislativa

Se establece que el Ministerio Público es parte del Poder Legislativo porque materializa –justamente– la política legislativa, con ello se lograría, un acceso –un poco más directo– de la población en el desarrollo político-ideológico en el programa de persecución penal.

Sin embargo, aceptar lo arriba expuesto, traería dos consecuencias que no se condicen con la institución del Ministerio Público, el primero, es que, si el Ministerio Público formara parte del Poder Legislativo, sería el Congreso quien debe designar a los fiscales, y el segundo, es que el Ministerio Público ejercería funciones legislativas.

Respecto a lo primero, si se dejará al Poder Legislativo nombrar a los fiscales, ello llevaría a crear inseguridad jurídica, pues podrían nombrar a fiscales que favorezcan sus intereses.

Respecto a la segunda consecuencia, no es posible establecer que el Ministerio Público ejerza funciones legislativas, se debe tener en cuenta que el legislador establece los límites de una tutela para determinadas categorías de intereses, mediante la dación de normas generales y abstractas; sin embargo, el Ministerio Público no da normas, este se encarga de investigar la comisión de delitos por una o varias personas en concreto, ello, dentro de los límites que establece el derecho objetivo.

Por último, no se puede aceptar que el Ministerio Público pertenezca al Poder Legislativo, porque si ello fuera así, el poder de investigar delitos, estaría en un ente que ya tiene otro poder, el cual es dictar leyes, si ello se diera, no habría una división entre el que crea derecho (dictas leyes penales) y el que investiga delitos, siendo ello arbitrario, por ende, es necesario que estos poderes se encuentren separados, quien dicta las leyes no puede ser el mismo que investiga delitos.

Por lo tanto, se puede establecer que el Ministerio Público no es un ente que integra el Poder Legislativo, no ejerciendo funciones legislativas.

D. Función extrapoder

La última posición establece que el Ministerio Público no integra ninguno de los otros poderes, por el contrario, se trataría de un poder más, un cuarto poder, o, actuando fuera de éstos, como un órgano extrapoder, como un órgano fuera de los tres poderes clásicos.

La base de este fundamento se encuentra en la clásica división de poderes realizada por Montesquieu, en el cual, siguen existiendo tres poderes, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y el Ministerio Público vendría a ser otro poder, o uno que actúa fuera de estos poderes.

Sin embargo, actualmente, ya no se puede hablar que el Estado esté dividido únicamente en estos tres poderes, por ejemplo, la potestad jurisdiccional ya no es solo función del Poder Judicial, tal como se estableció en sus inicios con la división de poderes establecido por Montesquieu (1906), pues dicha función también la ejercen otros entes, tales como los militares, comunidades campesinas, comunidades nativas, ondas campesinas y los árbitros.

Por ende, no se puede establecer que el Ministerio Público sea un órgano extrapoder, porque éste también ejerce un poder, y un poder muy importante para la sociedad, tal como la persecución del delito, del mismo modo, tampoco es un cuarto poder, porque el Estado, hoy en día, no solo está compuesto por esos tres poderes, al cual se le sumaría el Ministerio Público, sino, que el Estado hoy en día está conformado por diversas instituciones, cada una unguida de un poder específico, así por ejemplo la SUNAT, que tiene como potestad la administración de tributos; INDECOPI, que protege al consumidor, entre otros, entonces, todos estos organismos autónomos están unguidos de poder, tal como el Ministerio Público, por lo tanto, no se puede establecer que el Ministerio Público sea un cuarto poder, como si solo existieran estos poderes en el actual Estado Constitucional de Derecho.

3.2.2. Toma de posición: “Función fiscal persecutora del Ministerio Público”

Como se vio en el acápite anterior, ninguna de las posiciones desarrolladas doctrinalmente da cuenta de que función ejecuta el Ministerio Público, pues estas no son, jurisdiccionales, legislativas, administrativas o extrapoder. Intentar argumentar que el Ministerio Público ejerce algunas de estas funciones trae más problemas que soluciones, por lo tanto, queda ahora establecer que función desarrolla el Ministerio Público.

Para establecer cuál es la función que desempeña el Ministerio Público, primero se debe hacer una precisión en cuanto a la clásica división de poderes, porque tal como lo establece Carnelutti (1971), “más que tres funciones o tres poderes del Estado, son tres formas de actividad jurídica, o más precisamente, tres formas o tres métodos de producción del derecho” (p. 35); sin embargo, actualmente no solo estos tres órganos producen derecho, porque si se tiene en cuenta que la persecución penal pertenece exclusivamente al Estado por imperio del interés público en la realización del derecho penal, entonces de esto se deriva que la promoción de la acción penal sea encargado a un ente autónomo, tal como el Ministerio Público, por ende, en este ejercicio de poder, el Ministerio Público también es un órgano productor de derecho, pues tiene que determinar si una conducta es delictiva e investigarla o decidir que ello no procede.

El Ministerio Público también es un ente que produce derecho, ya que se le ha encomendado un poder muy valioso, como es la persecución del delito y promoción de la acción penal, pues tal como lo establece Schmid “de los preceptos del derecho penal material nace no sólo una pretensión penal pública, sino que a la par de esta, surge el deber absoluto de las autoridades estatales de realizar la persecución y el castigo de los culpables” (Guariglia, 1993, p. 87).

Ahora bien, teniendo como base que el poder punitivo del Estado ya no se encuentra en un solo ente, como el Poder Judicial, sino que ahora, dicho poder se encuentra dividido, debe tenerse en cuenta que tal como está formado hoy en día el Estado, lo que se busca ya no es solo la división de poder en diferentes entes, sino que también exista un equilibrio armónico entre todos estos órganos, es decir, la existencia de pesos y contrapesos.

Se debe tener en cuenta que ahora el poder punitivo del Estado se encuentra dividido, y, tal como lo establece Montero Aroca, existe el derecho de castigar (*ius puniendi*) y, por otro, el poder de acusar (*ius accusandi*) (2009). El primero, es el poder otorgado al Poder Judicial, quien es el único ente que puede juzgar un delito e imponer una pena, pero el segundo, concebido como un verdadero poder, es el otorgado al Ministerio Público, ya que es el único ente que puede investigar un delito, y decidir si acusa o no. Se debe tener en cuenta que dichos poderes no se encuentran aislados, pues ambos actúan en un mismo ámbito, que es el proceso penal y es acá, donde se equilibran, sopesándose uno con el otro.

Como se estableció anteriormente, el Ministerio Público es un ente que administra justicia, esto significa que el fiscal no es juez, porque no puede dictar sentencias con autoridad de cosa juzgada, sino que es un ente que tiene el mismo valor del juez, ya que, su actuar está orientado, del mismo modo, a la administración de justicia; sin embargo, su actuar debe ser visto desde otro ámbito, si bien el Ministerio Público no ejecuta jurisdicción, efectúa un juicio jurídico único, diferente e independiente, el cual se desarrolla en la investigación de delitos.

Si bien, el Ministerio Público no resuelve conflictos con la calidad de cosa juzgada, sus decisiones si tienen la calidad de cosa decidida, sin embargo y de acuerdo con Hurtado Poma (2021), se prefiere llamarle cosa decidida fiscal para diferenciarlo de la cosa decidida a secas o administrativa que es impugnabile por el proceso contencioso administrativo a diferencia del primero que es inimpugnabile e inmutable; la resolución de archivo fiscal no es cosa juzgada, pero es semejante y con los mismos efectos, que no permite una reapertura del caso sobre el cual ya existe una “clausura definitiva”⁷⁰.

Como se puede verificar el Ministerio Público también es un ente creador de derecho, pues en la función que se le han encomendado como investigador de delitos y acusador público, tiene que decidir si

⁷⁰ Al establecer ello, se hace referencia a aquellas investigaciones en las que se ha decidido que no procede formalizar investigación preparatoria porque el hecho no constituye delito, pues si la investigación se archivó porque no existen suficientes elementos de convicción, es procedente la reapertura de la misma, aportando para ello, nuevos elementos de investigación.

se investiga, si no procede continuar con la investigación, si se formaliza investigación o si se acusa acusar o sobreseen los hechos investigados, y al no estar esta función incluida en ninguna de las otras funciones es que la naturaleza jurídica de las actuaciones del Ministerio Público es *sui generis*, diferente a todas la demás, pero creadora de derecho, por lo tanto, la naturaleza jurídica de la función que desarrolla el Ministerio Público es *sui generis*, es decir una función fiscal persecutora.

3.2.3. La función fiscal persecutora como fundamento para aplicar la teoría recursal

En el acápite anterior se estableció cuál es la naturaleza jurídica de la función del Ministerio Público, evidenciándose también que dicha función es diferente a la desarrollada por cualquier otro actor jurídico.

Ahora, al ser una función persecutora que se ha otorgado a un actor jurídico específico, como el Ministerio Público, es necesario que el Estado desarrolle cual es el contenido de dicha función, estableciendo sus límites y alcances, para ello, en base al garantismo jurídico se debe establecer los límites a dicho poder, pues todo poder estatal debe tener una subordinación tanto a la ley como a los derechos fundamentales, los mismos que se encuentran en la Constitución.

Dentro de estos límites, y el que interesa a la presente investigación, es el derecho a la pluralidad de instancias⁷¹, el cual es considerado un derecho procesal fundamental⁷², este derecho se encuentra reconocido tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el cual en su artículo 8, sobre Garantías Judiciales establece: Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior; así como en el inciso 6 del artículo 139 de la CPP.

Ahora, la función que realiza el Ministerio Público constituye un fundamento para la aplicación de la teoría recursal porque, al ser una nueva función que se ha otorgado a un actor jurídico esta debe ser desarrollada, y si bien es cierto, existe en el actual Código Procesal Penal las funciones que desarrolla el Ministerio Público, estas no han sido desarrolladas totalmente, por ejemplo, no se ha desarrollado una función tan valiosa como es el derecho al recurso en la función persecutora del Ministerio Público –derecho que el actual Código Procesal Penal desarrolla, en mayor medida, a la actuación del Poder Judicial– pues se sabe que el Ministerio Público es el titular de la acción penal, que dirige la investigación; sin embargo, nada se dice sobre el recurso en las actuaciones del Ministerio Público.

⁷¹ Dicho principio hace referencia a "(...) que una parte, sea la presunta víctima o el presunto infractor, que no tiene éxito en la defensa de sus intereses en las instancias señaladas (...) debe tener, como medida de revisión, la oportunidad de, al menos, una instancia de apelación ..." (Londoño Ayala, 2018, p. 121).

⁷² Para ver los alcances del derecho fundamental al recurso véase lo desarrollado en el literal A, del numeral 2.3.5

Del mismo modo dicha función *sui generis* constituye un fundamento para aplicar la teoría recursal porque es en base a dicha función que el Ministerio Público ha sido organizado de forma vertical, fiscales provinciales, superiores y supremos, por ende, si dicha función se desarrolla de manera diferente en cada uno de los niveles organizacionales del Ministerio Público, teniendo más capacidad los fiscales de mayor nivel, entonces resulta lógico que se aplique la teoría recursal, ya que dicha función se desarrollará en mayor medida dependiendo del nivel en el que se encuentre.

Asimismo, otro aspecto importante que se deriva en cuanto a la función que ejerce el Ministerio Público, es lo concerniente a cuáles de las decisiones⁷³ que emite pueden ser de materia de análisis por un órgano superior, es decir, que decisiones estarían afectas a la teoría recursal. Teniendo en cuenta la función persecutora del Ministerio Público, la teoría recursal solo se aplicará a las providencias y disposiciones que emita, y no así a los

⁷³ En el actual Código Procesal Penal, del artículo 449 al 455, se recoge un proceso especial, el proceso por razón de la función pública, el mismo que se sigue contra altos funcionarios públicos, congresistas y otros funcionarios públicos. En todos estos procesos, el órgano competente para disponer si se formaliza la investigación preparatoria o no, es la Fiscalía de la Nación, así, por ejemplo, quien investiga al Presidente de la República es el Fiscal de la Nación, del mismo modo, si un magistrado del Poder Judicial o Ministerio Público comete delito en ejercicio de sus funciones, corresponde al órgano encargado de la investigación elevar un informe a la Fiscalía de la Nación a fin de que este defina si procede o no formalizar investigación preparatoria, teniendo en cuenta estos dos ejemplos, se puede verificar que sería imposible, tal como se presenta el escenario, que exista un órgano superior que pueda resolver algún recurso, ya que, dentro del organigrama del Ministerio Público, el Fiscal de la Nación es el órgano mas alto; sin embargo, no se puede dejar de inaplicar la garantía a la pluralidad de instancias solamente por el hecho de no existir un órgano superior, por lo tanto, a fin de resguardar tal garantía, no se debe olvidar que existen juntas de fiscales, y justamente, el órgano que elige al Fiscal de la Nación es la Junta de Fiscales Supremos, por ende, si este órgano es quien elige al Fiscal de la Nación, resulta lógico, que este sea el encargado y llamado a revisar los recursos que se presenten ante la Fiscalía de la Nación. Del mismo modo, ante los recursos que se interpongan ante las actuaciones de la Fiscalías Supremas, el órgano encargado de resolver los recursos sería la Fiscalía de la Nación.

requerimientos, puesto que, en las dos primeras, en base al *ius accusandi*, es donde el Ministerio Público despliega todo su poder, convirtiéndose en un órgano productor de derecho, pues como órgano persecutor, tendrá que determinar si el hecho investigado puede ser plausible o no de una sanción, resolviendo todas las incidencias que se presenten dentro de la investigación preparatoria, lo cual no ocurre con los requerimientos, pues en estos, el fiscal, tal como su nombre indica, requiere, pide, solicita, al Juez de Investigación Preparatoria que resuelva sobre el fondo de lo requerido, lo cual puede ser, sobre una acusación, prisión preventiva, levantamiento de secretos de comunicaciones, etc., pero es el Juez quién resuelve, no el fiscal, pudiendo dicha resolución ser impugnada de acuerdo a los recursos que establece el Código Procesal Penal.

3.3. Resultados de la segunda categoría “Respeto de las garantías procesales”

A lo largo de la tesis, se ha sostenido que la teoría filosófica en la cual se enmarca es el *iuspositivismo* de Luigi Ferrajoli, es decir el garantismo, esta postura filosófica establece que todo poder estatal (públicos, privados, políticos o económicos) deben estar sujetos tanto a la ley como a los derechos fundamentales, imponiéndose límites a fin de no trasgredir, aún más, los derechos de las personas, otorgando garantías –basadas en los derechos fundamentales– a las personas.

Se puede establecer que el fundamento de la teoría garantista se encuentra en la Constitución, pues es en este cuerpo normativo donde se establecen cuáles son los derechos fundamentales de la persona, y es justamente estos derechos fundamentales que establecen los límites y garantías que debe seguir todo el ordenamiento jurídico, incluido el derecho procesal penal.

En la Constitución se establece una serie de derechos fundamentales, que del mismo modo son garantías de las personas, entre estas por ejemplo se encuentra el derecho a la dignidad, derecho a la vida, al ambiente, etc.; sin embargo, existe otros derechos fundamentales que hacen referencia al proceso, y vienen a ser consideradas derechos fundamentales procesales, dentro de estas, se puede enumerar, entre las que interesan a la presente investigación, al debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva y derecho de defensa, y la que interesa para la presente investigación, derecho al recurso.

3.3.1. Garantía del debido proceso - Derecho a la pluralidad de instancias

La garantía del debido proceso⁷⁴ indica cuales son las condiciones mínimas en las que se debe desarrollar el proceso, teniendo como marco para dichas condiciones la Constitución, así, todo ente ungido de poder debe actuar de acuerdo a dichas condiciones.

⁷⁴ Para ver lo referente a la garantía del debido proceso véase lo desarrollado en el literal A del numeral 2.2.2

Del mismo modo, se debe tener en cuenta que dicha garantía puede ser entendido como un derecho de naturaleza compleja⁷⁵, un derecho constitucional de naturaleza omnicomprensiva⁷⁶, o un derecho continente⁷⁷, porque engloba otras garantías específicas, dentro de ellas, el derecho a la pluralidad de instancias.

Tal como se estableció en el considerando específico⁷⁸, el derecho a la pluralidad de instancias es un derecho procesal fundamental, el mismo que se encuentra reconocido tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el cual en su artículo 8, sobre Garantías Judiciales establece: Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, así como en el numeral 6 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, en el cual se hace referencia a "... que una parte, sea la presunta víctima o el presunto infractor, que no tiene éxito en la defensa de sus intereses en las instancias señaladas ... debe tener, como medida de revisión, la oportunidad de, al menos, una instancia de apelación ..."

Como se puede verificar, el derecho a la pluralidad de instancias es un derecho fundamental, por ende, el Estado tiene el deber de garantizar la plena vigencia de este derecho fundamental, (Art. 44 de la Constitución), pues al no hacerlo representa una omisión que

⁷⁵ Exp. No. 03075-2006-AA/TC, del 29 de agosto de 2006.

⁷⁶ Exp. No. 00917-2007-PA/TC, del 18 de marzo de 2009.

⁷⁷ Exp. No. 10490-2007-PA/TC, del 12 de noviembre de 2007.

⁷⁸ Ver el literal A, del numeral 2.3.5.

atenta contra los derechos fundamentales de los sujetos procesales, del mismo modo, si se ha otorgado un poder, persecutor en el presente caso, al Ministerio Público, es necesario que el Estado, órgano encargado de otorgar todas las garantías necesarias a los sujetos procesales, ponga un límite al *ius accusandi*, con la finalidad de que el proceso penal, etapa de investigación preparatoria, no trasgreda más los derechos de los ciudadanos.

Como se sabe, el derecho a la pluralidad de instancias es un garantía procesal que tiene todo sujeto, con la finalidad de que se puedan corregir los errores o injusticias que puedan haberse cometido en las decisiones de primera instancia, generando así una doble conformidad judicial, otorgando mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado y brindando mayor seguridad y tutela a los derechos de los sujetos procesales; sin embargo, tal como está redactado el actual Código Procesal Penal, se puede verificar que se está vulnerando este derecho.

Si bien es cierto, se ha desarrollado el derecho a la pluralidad de instancias en el ámbito jurisdiccional (Poder Judicial), no ocurre lo mismo en el ámbito fiscal (Ministerio Público), puesto que dicho derecho fundamental no ha sido desarrollado del todo, por lo tanto, no basta que el Código Procesal Penal establezca entre su normas un único recurso en la etapa de investigación preparatoria (queja), sino, que es necesario que se doten de las garantías procesales mínimas a fin de que los sujetos procesales puedan recurrir las actuaciones del Ministerio Público que les causen perjuicio.

Por ejemplo, el actual Código Procesal Penal, en cuanto a las actuaciones del Ministerio Público, solo establece un recurso ante la improcedencia de formalizar investigación, aparte de este no se establece ningún otro recurso, no teniendo en cuenta que el Ministerio Público en la etapa de investigación también resuelve otras cuestiones de hecho, por ejemplo, la denegatoria de diligencias solicitada por las partes procesales, cuando se declara compleja una investigación, cuando se decida acumular diferentes investigaciones, cuando no se está de acuerdo con el monto de la reparación civil en caso de principio de oportunidad, entre otros, de ser así, y al no existir ningún otro recurso que proceda contra este tipo de resoluciones, se está vulnerando el derecho a la pluralidad de instancias.

Además, si se tiene en cuenta que una de las características que rige el modelo de Estado Constitucional de Derecho es la fuerza irradiadora que posee la Constitución, es decir que todas las garantías y principios establecidos en la Constitución dotan de contenido a todo el ordenamiento jurídico, entonces resulta lógico que dicho alcance también irradie al actual modelo procesal penal peruano –acusatorio garantista con rasgos adversariales– por ende, en la etapa de investigación preparatoria, la cual está dirigida por el Ministerio Público, es necesario que se aplique la teoría recursal a fin de respetar el derecho a la pluralidad de instancias y que este no se vea vulnerado, convirtiéndose así en un fundamento para aplicar la teoría recursal a la actuación del Ministerio Público.

3.3.2. Garantía de tutela jurisdiccional efectiva – Derecho de acceso a los recursos legalmente previstos

La garantía de tutela jurisdiccional efectiva debe ser entendida, tal como lo ha establecido el TC⁷⁹, como un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los que destacan el acceso a la justicia, es decir, el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente, y, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

Como se dijo, esta garantía también comprende una serie de derechos, y entre ellas justamente se encuentra la garantía de acceso a los recursos legalmente previstos, esta garantía⁸⁰ se encuentra regulada tanto del artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como en el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

De acuerdo con el primero “[t]oda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”. Conforme al segundo “[t]oda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos

⁷⁹ Exp. No. 015-2001-AI/TC, del 29 de enero de 2004., fundamento 9

⁸⁰ Para ver lo referente a la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva véase lo desarrollado en el literal B del numeral 2.2.2

fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención”.

De lo de arriba se puede deducir que no basta con que el Estado garantice el derecho a la pluralidad de instancias, sino que es necesario desarrollar tal derecho, garantizando el acceso a un determinado medio impugnatorio a fin de que el agraviado en la decisión pueda requerir que un órgano superior revise lo ya resuelto, por ende, en base a esta garantía se hace necesario establecer cuáles son los presupuestos procesales razonables que condicionan su ejercicio y su alcance.

Como se puede observar este principio se encuentra plenamente vinculado con la garantía de pluralidad de instancias, por ende, si en el acápite anterior se estableció que dicho principio no se viene respetando, porque no existe una teoría recursal para las actuaciones del Ministerio Público, entonces es lógico que la garantía de acceso a los recursos legalmente previstos tampoco se esté respetando.

Ahora bien, este principio es un fundamento para la aplicación de la teoría recursal porque no es suficiente que el Estado establezca como garantía dentro de la Constitución, la pluralidad de instancias, sino que se hace necesario desarrollar dicha garantía, y justamente es en este desarrollo que entra la garantía de acceso a los recursos, pues si bien el Estado debe establecer recursos que sean admisibles a las partes procesales (derecho a la pluralidad de instancias)

también es necesario que dichos recursos sean adecuados y eficaces para determinar si se ha incurrido en un agravio y la posibilidad de reestablecer el derecho vulnerado.

Por lo tanto, es necesario que el Estado, a fin de no restringir aún más los derechos de las partes procesales, otorgue garantías necesarias y útiles para que las partes procesales puedan ejercer sus derechos sin ninguna limitación, por ende, se hace necesario que desarrolle la garantía de acceso a los recursos establecidos por la ley, estableciendo en el actual Código Procesal Penal los recursos que se puedan ejercer en la etapa de investigación preparatoria, así como, los presupuestos para la efectivización de éstos, tales como; los plazos, los sujetos legitimados a impugnar, el procedimiento, entre otros aspectos que hagan posible la impugnación.

3.3.3. Garantía del derecho de defensa

El derecho a la defensa es una de las garantías primordiales que tiene un sujeto dentro de un proceso, ya que a través de esta garantía se puede hacer valer todos los derechos a fin de limitar el poder estatal, el *ius puniendi*, otorgado al Poder Judicial, y el *ius accusandi* otorgado al Ministerio Público.

Como se viene estableciendo a lo largo de la presente investigación, el derecho procesal penal debe otorgar una serie de garantías a los sujetos procesales a fin de que estos no vean limitados aún más sus derechos, por ende, la garantía del derecho de defensa, constituye una supra garantía dentro del ordenamiento jurídico, porque

mediante esta garantía cualquier sujeto procesal pueda hacer valer sus derechos en cualquier etapa del proceso penal.

Teniendo en cuenta ello, el derecho de defensa asegura a las partes procesales la posibilidad de que éstos sostengan argumentalmente sus respectivas pretensiones y resistencias, pudiendo también rebatir los argumentos de las otras partes, por ende, si en la etapa de investigación preparatoria, no existen recursos que se puedan hacer valer ante las actuaciones del Ministerio Público, se está limitando el derecho a la defensa de las partes procesales, porque se les está negando la posibilidad de recurrir al fiscal superior cuando no están de acuerdo o les causa perjuicio lo resuelto por un órgano inferior.

Por ejemplo, que sucede si el fiscal decide mediante una providencia no llevar a cabo las diligencias solicitadas por el agraviado o el imputado, al no haber ningún recurso, las partes no podrán, en este caso, aportar los elementos de convicción que crean conveniente para poder crear convicción en cuanto a su pretensión.

Otro ejemplo que se puede citar es cuando el fiscal decide acumular dos investigaciones; sin embargo, una de las partes cree que ello no deba proceder, porque de hacerlo podría ocasionar que no exista celeridad en la investigación, pero, al no haber un recurso para esta situación, es que la parte agraviada no puede acudir al superior, por ende, habrá un retraso en la administración de justicia, influyendo ello en el derecho de defensa, pues la investigación será más

dilatada sin que se resuelva la situación jurídica de las partes procesales.

Del mismo, otro ejemplo que se puede dar es cuando el fiscal decide declarar compleja la investigación, y al no existir ningún recurso, se puede vulnerar el derecho de defensa, porque como se sabe, al declarar compleja una investigación, el Ministerio Público tiene el doble de plazo para investigar el hecho delictivo; sin embargo, ello puede causar perjuicio, porque al ser un acto unilateral –facultad del Ministerio Público– no existe la posibilidad de que un órgano superior revise lo decidido, limitando así el ejercicio del derecho de defensa de las partes procesales, al no permitírsele participar activamente en el proceso.

Como se puede observar, tal como está redactado ahora el Código Procesal Penal, se estaría limitando el ejercicio del derecho de defensa de las partes procesales, porque al no existir un sistema de recursos en la actuación del Ministerio Público, se está limitando la intervención en el procedimiento de investigación a las partes procesales, pues se debe tener en cuenta que el derecho de defensa otorga a los sujetos procesales la posibilidad de acceder al proceso penal, a designar a un Abogado de su confianza o a reclamar la intervención de uno de oficio para efectuar los actos de alegación, prueba e impugnación que estimen necesarios para hacer valer su pretensión.

Como consecuencia de lo establecido precedentemente, se puede establecer que el derecho de defensa es un fundamento para aplicar la teoría recursal a las actuaciones del Ministerio Público a fin de otorgar a las partes procesales una participación activa en el proceso penal a fin de que estos puedan hacer valer sus pretensiones, ya sea como imputado o agraviado.

CAPÍTULO IV
FORMULACIÓN DE PROPUESTA
BASES PARA UNA TEORÍA RECURSAL EN LAS ACTUACIONES DEL
MINISTERIO PÚBLICO

4.1. Fundamentos de la propuesta doctrinaria

4.1.1. Concepciones de la teoría recursal

Por recurso, se debe entender la petición formulada por una de las partes para que el órgano que emitió una resolución o su superior la revise, ello con la finalidad de corregir los errores de juicio o de procedimiento que se hayan cometido.

El recurso, encuentra su fundamento en la dignidad humana, para ello, se debe tener en cuenta que esta hace referencia a que la persona es un fin en sí mismo y nunca un medio, por lo tanto, al no poder el Estado tomar como objeto a la persona, es que los derechos fundamentales, en base a la dignidad humana, garantizan la libertad de las personas, constituyendo garantías de los individuos frente al *ius puniendi e ius accusandi*, por lo tanto, los derechos procesales pueden ser entendidos como derechos fundamentales, en el sentido que estos “serían las leyes que garantizan la libertad o autonomía de cualquier persona frente a la arbitrariedad o abuso del poder público” (Ureña Carazo, 2014, p. 187).

Siendo ello así, resulta lógico que el derecho al recurso sea considerado como un derecho fundamental, solo mediante este

derecho, las partes tienen la posibilidad de recurrir una decisión que les es para ellos injusta, o arbitraria, o que contiene algún error, por lo tanto, el derecho al recurso garantiza la libertad de las personas, basados en su dignidad humana, frente a la arbitrariedad o abuso del poder estatal.

Ahora bien, si el recurso es un derecho fundamental procesal, debe tener algún fundamento, se piensa que dicho fundamento está referido a la fiabilidad de los juzgados, a la certeza en su máxima expresión; sin embargo, estos no son sus fundamentos, sino más bien sus finalidades, por lo tanto, teniendo como base al garantismo penal, se puede establecer que el fundamento del recurso, es que este sirve como una garantía otorgada a las partes procesales dentro de un proceso para limitar los poderes estatales, pretendiendo evitar que las decisiones sean injustas; sin embargo, ello no quita, que la finalidad del recurso sea solucionar errores judiciales y de que lo resuelto alcance un mayor grado de certeza.

4.1.2. Problemática respecto a la teoría recursal en la investigación preparatoria

Como se estableció anteriormente, el recurso sirve para limitar el poder estatal; sin embargo, al revisar el Código Procesal Penal, se observa que en cuanto a las actuaciones del Ministerio Público solo existe un recurso, el cual es la elevación de actuados cuando el fiscal decide que no procede formalizar investigación preparatoria o cuando decide reservar la investigación.

Aparte de dicho recurso, no existe ningún otro que puedan interponer las partes procesales (imputado y agraviado) ante la actuación del Ministerio Público (providencias y disposiciones) cuando les cause algún tipo de perjuicio. Por ejemplo, no se sabe cómo actuar cuando el fiscal resuelve no llevar a cabo las diligencias solicitadas por la parte agraviada, declarándolas improcedente; del mismo modo, no se sabe si se puede recurrir ante el Fiscal Superior la decisión de declarar compleja la investigación o, si es posible recurrir la decisión de acumular investigaciones; entre estas y otras circunstancias se puedan presentar cuando el fiscal, en la etapa de investigación preparatoria, resuelve cuestiones de derecho.

Por lo tanto, al no recoger el Código Procesal Penal ningún otro recurso, salvo el recurso de queja, se presenta un caso de anomia en este cuerpo normativo, generando indefensión en las partes procesales, pues siendo la investigación preparatoria (diligencias preliminares e investigación preparatoria propiamente dicha) parte del proceso penal, es necesario llenar este vacío, debiendo aplicar la teoría recursal a la actuación del Ministerio Público (providencias y disposiciones) dentro de la investigación preparatoria, pues solo así se garantiza a las partes procesales que sus derechos no se ven vulnerados, más aún si se habla de un derecho humano procesal tan importante como es el derecho al recurso.

4.1.3. Bases para una teoría recursal en las actuaciones del Ministerio Público

A lo largo de la presente investigación, se han establecido tres ideas fundamentales; la influencia de la teoría filosófica del garantismo jurídico, la naturaleza jurídica *sui generis* - persecutora del Ministerio Público y el respeto a las garantías procesales de debido proceso, tutela judicial efectiva y derecho de defensa, las mismas que deben tenerse en cuenta para poder aplicar la teoría recursal a la actuación del Ministerio Público

Así, en base al primero, esto es, la influencia de la teoría filosófica del garantismo jurídico en la actuación del Ministerio Público, se debe partir estableciendo que toda actuación del *ius accusandi* debe tener límites, a fin de no limitar, aún más, los derechos de las partes procesales, como se sabe, el Ministerio Público, al ser órgano estatal tiene un poder que no se puede igualar a las partes procesales, por ende, se hace necesario que se limite dicho poder, otorgando garantías a las partes procesales.

Si se tiene en cuenta, tal como se dejó establecido en el marco teórico, que en la etapa de investigación preparatoria, la misma que es dirigida por el Ministerio Público, este no desarrolla sus funciones como una parte procesal, sino como un ente autónomo unguido de poder, ejerciendo sus funciones con imparcialidad, se hace necesario que se establezca un sistema recursal, uno, porque de no hacerlo, se estaría limitando el derecho al recurso de los sujetos

procesales al no poder recurrir aquellas decisiones que le puedan causar perjuicio y, dos, a fin de limitar el ejercicio persecutor del Ministerio Público, para que sus decisiones no sean arbitrarias y puedan ser revisadas.

La segunda idea fundamental que se debe tener en cuenta es que el Ministerio Público es un ente autónomo, independiente de cualquier órgano estatal, es por ello que realiza una función *sui generis*, diferenciada de cualquier otra, la cual es la persecución e investigación de delitos. En base a esta función, es que el Ministerio Público se encuentra organizado verticalmente, esto es, cuenta con órganos inferiores y superiores, por ende, al ser un ente organizado jerárquicamente, se debe aplicar la teoría recursal, pues existen órganos superiores que pueden revisar lo resuelto por el órgano inferior.

Teniendo como idea base lo desarrollado líneas arriba, se puede establecer que no se puede equipar los recursos desarrollados para el Poder Judicial en el actual Código Procesal Penal a la actuación del Ministerio Público, porque las funciones encomendadas a cada uno son totalmente diferentes, por un lado el Poder Judicial ostenta el *ius puniendi*, emitiendo autos, decretos y sentencias, en cambio el Ministerio Público ostenta el *ius accusandi*, emitiendo, providencias, disposiciones y requerimientos.

Se hace la distinción con el Poder Judicial, porque aún se cree que el Ministerio Público está subordinado a este, y por ende, todo lo que

está regulado para el Poder Judicial, se debería aplicar subsidiariamente a aquello que no está regulado para el Ministerio Público; sin embargo, ello no es así, por ejemplo, la teoría recursal para las actuaciones del Poder Judicial se basan, principalmente, en los principios de reforma en peor y principio dispositivo, es decir, que no puede resolver más allá de lo impugnado, y que los recursos solo pueden ser incoados por las partes legitimadas dentro de un proceso; sin embargo, estos principios deben ser diferentes cuando se habla de recursos en las actuaciones del Ministerio Público, primero, porque al ser el Ministerio Público el órgano que persigue delito, es lógico que un órgano superior se pronuncie más allá de lo solicitado, por ejemplo, que sucede si se queja la disposición de improcedencia a formalizar preparatoria y solo se quiere que se revoque la decisión; sin embargo, el Fiscal superior verifica que se han vulnerado derechos, como una motivación insuficiente, aparente, etc., entonces puede resolver declarar nula la disposición, a pesar de que no se requirió ello, del mismo modo, que sucede si en una investigación a un sujeto, por error, no se lo consideró como agraviado, de aplicarse los postulados de la teoría recursal del Poder Judicial, ese sujeto no tendría la capacidad para impugnar ninguna decisión, porque no es una parte dentro del procedimiento de investigación; sin embargo, al tener el Ministerio Público la función de perseguir el delito, puede admitir a trámite el recurso planteado, resolviendo sobre el fondo del asunto, a pesar de que el sujeto que

impugnó no estaba incluido como sujeto procesal dentro del procedimiento.

Por ende, como se puede observar, existe mucha diferencia entre la actuación del Ministerio Público y el Poder Judicial, por lo tanto, resulta coherente, a fin de garantizar los derechos de los sujetos procesales, que se aplique de manera diferenciada la teoría recursal a la actuación del Ministerio Público, teniendo como base para ello la función persecutora que posee.

Por último, el tercer fundamento que se debe tener en cuenta para la aplicación de la teoría recursal a la actuación del Ministerio Público, es el respeto a las garantías de debido proceso, tutela judicial efectiva y derecho defensa, porque solo teniendo en cuenta estas garantías es que se puede limitar el poder del Ministerio Público y garantizar el efectivo y correcto uso de los derechos de los sujetos procesales en la etapa de investigación dentro de un proceso penal.

Solo partiendo de las tres ideas fundamentales establecidas líneas arriba, es que se puede comenzar a tratar de diseñar las bases para una teoría recursal a las actuaciones del Ministerio Público.

4.1.4. Principios que rigen los medios impugnatorios en el sistema fiscal

A. Principio de legalidad y especialidad

El principio de legalidad establece que solo se puede interponer un recurso que este previamente establecido en la ley, por ende, todo recurso está condicionada a que se encuentre taxativa o expresamente previsto en la ley.

Por otro lado, el principio de especialidad hace referencia a que cada recurso tiene su propia regulación, pues este está diseñado para cada situación específica, por lo tanto, no se admite un recurso cuando a tal situación le corresponde otro.

Solo si los recursos están previamente establecidos en la ley y que estén diseñados para una situación específica, es que se puede establecer que el Estado otorga las garantías necesarias a fin de que las partes puedan hacer valer su derecho, en específico, el derecho a la pluralidad de instancias.

B. Principio dispositivo

Este principio establece que los recursos solo pueden ser interpuestos o incoados por las partes legitimadas dentro de un proceso, pudiendo en la investigación preparatoria interponer algún recurso el denunciante, investigado o agraviado. Por ende, el reexamen de alguna disposición o providencia tendrá lugar en

la medida que alguno de los sujetos procesales haya interpuesto su respectivo recurso.

C. Principio de trascendencia

Este principio establece que para la imposición de un recurso es necesario que quien lo interponga sea aquel a quien se le causo un perjuicio o agravio con alguna resolución.

Por ejemplo, la disposición de no procedencia a formalizar investigación preparatoria puede ser impugnado por la parte agraviada, al ver que sus intereses no han sido satisfechos; sin embargo, dicha disposición también puede ser impugnada por el propio investigado, por ejemplo, el fiscal decidió declarar que no procede formalizar investigación preparatoria porque no existen suficientes elementos de convicción; sin embargo, cuando una investigación es archivada mediante este supuesto se puede reabrir si aparecen otros elementos de convicción, por lo tanto, el investigado puede verse perjudicado con dicha decisión, porque la investigación se podría haber declarado que no procede formalizar investigación preparatoria por otro causal, tal como que el hecho no constituye delito, no se debe olvidar que mediante este supuesto la decisión toma la calidad de cosa decidida, sin la posibilidad de que la investigación se pueda reabrir.

Por lo tanto, como se puede observar, no basta con que una parte este legitimada dentro de un proceso, sino que lo resuelto

le pueda causar perjuicio, en el ejemplo anterior, se pensaría que ante la declaración de improcedencia a formalizar investigación preparatoria solo la parte agraviada puede interponer algún recurso; sin embargo, ya se estableció que la parte investigada también puede interponer, ante dicha disposición, un recurso.

D. Principio *pro actione*

Lo que establece este principio es que, al momento de efectuar la calificación de un medio impugnatorio, y antes de rechazarlo o declararlo inadmisibles por el supuesto incumplimiento de algún requisito previsto para su interposición, se debe otorgar al sujeto procesal la posibilidad de que pueda subsanar el error cometido, con la finalidad de preservar el derecho al recurso, pues, más allá de las formalidades que se deben seguir para la admisión de un recurso, se debe tener en cuenta el agravio que se puede ocasionar.

E. Principio de jerarquía

Mediante este principio se establece que, a los fiscales inferiores les subyace la noción de subordinación ante los miembros del Ministerio Público de mayor grado.

Es decir, si bien los fiscales de menor grado actúan independientemente en el desempeño de sus funciones, ello no quita que estén subordinados a lo que decida el ente superior, pues el Ministerio Público es un ente jerárquico, por ende, mediante este principio el fiscal de mayor grado guía el sistema

de recursos, ya sea con las distintas formas de instrucciones que da y/o de control que existen entre ambos entes, ello en atención al ejercicio funcional, llevando esto a dos situaciones específicas, la primera, respecto a la posibilidad de que el superior controle la actuación del Fiscal de cargo inferior y, la segunda, sobre el deber de obediencia de los subordinados respecto de aquel.

Es en base a este principio que el órgano superior puede ordenar al fiscal de menor grado que lleve a cabo otras diligencias, que incluya a cierta persona como parte en el proceso, declarar nula, ordenar que emita otra disposición, etc.

F. Principio persecutor

Teniendo en cuenta que la función que desarrolla el Ministerio Público es la función única persecutora, debiendo determinar, por un lado, si una conducta es delictiva e investigarla o decidir que ello no procede y por otro, decidir si formula acusación o no, es que la actividad recursal también debe estar dirigido a ello.

Por lo tanto, en base a la función persecutora, es que se erige el principio persecutor, pudiendo el fiscal superior resolver la cuestión subida en grado diferente a lo que las partes solicitan, si es que advierten que se está vulnerando la función persecutora, así por ejemplo, puede resolver nula una disposición, a pesar que la parte no lo solicitó, o, puede resolver ordenando que se hagan más diligencias a pesar que la parte no

lo pidió, o por el contrario puede confirmar la disposición recurrida.

4.1.5. Presupuestos de la impugnación fiscal

A. Presupuestos subjetivos

a. Agravio

El agravio es el presupuesto material imprescindible en todo recurso, basado en la injusticia que la resolución judicial provoca en alguna de las partes, en consecuencia, solo la parte a quien una disposición o providencia le es desfavorable tiene toda la potestad de impugnarla.

b. Carácter de parte

Este presupuesto, aunado al anterior, hace referencia a que solo la parte legitimada dentro de una investigación puede recurrir aquella providencia o disposición que le genere agravio.

Por ende, para que el Fiscal Superior pueda hacer un control de una providencia o disposición que cause perjuicio, ello debe ser solicitado por la parte legitimada que se encuentre afectada por una providencia o disposición, deduciendo cual es el recurso idóneo, fundamentando las razones por las cuales acude al superior y señalando en que consiste su pretensión.

B. Presupuestos objetivos

a. Actos impugnables

Este presupuesto hace referencia a que solo son recurribles las providencias o disposiciones⁸¹ que la ley establece, y que solo son recurribles de acuerdo al recurso que la ley establece.

Es decir, que la ley identifica que providencias o disposiciones son recurribles (principio de taxatividad) estableciendo que recurso puede interponerse (idoneidad o adecuación del recurso a una determinada providencia o disposición), por ende, a cada caso corresponde un recurso y no puede ser interpuesto sino uno por vez.

b. Formalidades

El último presupuesto de la impugnación son las formalidades, pues el recurso que contiene la manifestación de voluntad de la parte legitimada, está sujeto a diversas condiciones formales, tales como; tiempo, lugar y modo.

Por el tiempo en los recursos se entienden los plazos que se fijan para su interposición, teniendo las partes procesales la carga de interponer el recurso en el plazo fijado.

⁸¹ Respecto al fundamento de porque solo pueden ser recurribles las providencias y disposiciones véase lo establecido en el punto 3.2.3. referido a la función fiscal persecutora como fundamento para aplicar la teoría recursal.

Por el lugar, se hace mención a que los recursos impugnatorios, se interponen ante el fiscal que emitió la providencia o disposición recurrida.

Por último, en cuanto al modo, los recursos solo pueden presentarse de manera escrita, debiendo estar fundamentados, estableciendo la expresión de los agravios, esta expresión de agravios, debe tener tres componentes, estos son; i) precisión de las partes o puntos de la decisión que causan agravio o una lesión a sus legítimas expectativas procesales, ii) indicación de los fundamentos de hecho y de derecho que apoyen sus agravios, y iii) mención de la pretensión concreta, es decir indicación de cuál es la decisión que se persigue.

4.1.6. Recursos en el sistema fiscal

A. Recurso de reevaluación

Este recurso procede contra toda providencia que emita el fiscal y que haya causado agravio a alguna de las partes legitimadas, teniendo está el plazo de dos días hábiles a fin de interponerlo ante el fiscal que emitió la providencia, debiendo este elevarlo al fiscal superior en el plazo de dos días hábiles.

El fiscal superior resolverá la cuestión en grado en el plazo de dos días, pudiendo declarar fundado o infundado lo solicitado por la parte recurrente.

B. Recurso de elevación de actuados

Este recurso procede contra toda disposición que emita el fiscal y que haya causado agravio a alguna de las partes legitimadas, teniendo el plazo de cinco días hábiles a fin de interponerse ante el fiscal que emitió la disposición, debiendo elevarlo al fiscal superior en el plazo de dos días hábiles.

El fiscal superior resuelve la cuestión en grado en el plazo de cinco días, pudiendo declarar fundado, infundado o nulo lo solicitado por la parte recurrente, pudiendo ordenar la realización de diferentes diligencias o la emisión de una nueva disposición por haberse vulnerado algún derecho.

4.1.7. Viabilidad de la propuesta

Para establecer que la propuesta establecida es viable, se debe iniciar estableciendo que el actual Código Procesal Penal trajo cambios muy importantes en cuanto a los roles específicos asignados a cada uno de los actores jurídicos, así, se estableció que el único ente capaz de investigar delitos es el Ministerio Público.

En base a este rol, el Ministerio Público es un órgano jerárquicamente organizado, así lo establece el artículo 5 de su Ley Orgánica – Decreto Legislativo No. 052, teniendo órganos superiores e inferiores (Fiscalía de la Nación, Fiscalías Superiores y Fiscalías Provinciales), por lo tanto, existe una relación jurídica que vincula entre sí a todos los órganos que la integran, existiendo

poderes de subordinación, lo cual logra asegurar la unidad en las acciones que se deban tomar.

Entonces, si ya se tiene actualmente establecido cuales son los órganos superiores e inferiores del Ministerio Público, ello es un fundamento de la viabilidad de la presente propuesta, pues no se generará un gasto mayor al Estado para implementarlo, pues la razón principal para poder aplicar la teoría recursal es la existencia de órganos superiores que revisen lo decidido, y eso ya está reglamentado.

4.2. Modificación del Código Procesal Penal peruano vigente

El actual Código Procesal Penal no tiene una sección en cuanto a los recursos que se pueden interponer en el sistema fiscal, solo se establece, en el inciso 5 y 6 del artículo 334, la procedencia del recurso de elevación de actuados, tal como se establece a continuación.

Texto vigente

Art. 334.- Calificación

(...)

5. El denunciante o el agraviado que no estuviese conforme con la disposición de archivar las actuaciones o de reservar provisionalmente la investigación, requerirá al fiscal, en el plazo de cinco días, eleve las actuaciones al fiscal superior.

6. El fiscal superior se pronunciará dentro del quinto día. Podrá ordenar se formalice la investigación, se archiven las actuaciones o se proceda según corresponda.

Debiendo derogarse dichos artículos y añadir una sección dentro del libro cuarto, impugnación, del actual Código Procesal Penal.

Texto modificado

Sección VIII – Recursos en el sistema fiscal

Título I – Preceptos Generales

Art. 445 - A. Facultad de recurrir

1. Las providencias y disposiciones son impugnables solo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la Ley. Los recursos impugnatorios se interponen ante el Fiscal que emitió la providencia o disposición recurrida.
2. El derecho de impugnación corresponde solo a la parte legitimada dentro del proceso y aquella a quién se le haya causado perjuicio o agravio con la emisión de una providencia o disposición, pudiendo impugnar el denunciante, agraviado, investigado o aquel que se sienta agraviado.
3. Los fiscales de menor grado tienen subordinación ante los miembros del Ministerio Público de mayor grado, por lo tanto, tienen la obligación de cumplir con lo que disponga el Fiscal de mayor grado.
4. El fiscal superior, de manera excepcional, puede resolver la cuestión subida en grado diferente a lo que las partes solicitan, si es que advierte que se está vulnerando la función persecutora del Ministerio Público o la vulneración de derechos fundamentales.

Art. 445 - B. Formalidades del recurso

1. Para la admisión de los recursos se requiere:
 - a. Que sea presentado por quién resulte agraviado por la providencia o disposición, tenga interés directo y se halle facultado legalmente.
 - b. Que sea interpuesto por escrito y en el plazo previsto por la ley.
 - c. Que se precise las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación, y se expresen los fundamentos de hecho y derecho que lo sustenten. El recurso deberá indicar además la pretensión concreta.
2. El Fiscal que emitió la providencia o disposición impugnada, se pronunciará sobre la admisión del recurso y notificará su decisión a todas las partes, luego de lo cual elevará inmediatamente los actuados al Fiscal Superior competente.

Art. 445 - C. Desistimiento y extensión del recurso

1. Quienes hayan interpuesto un recurso pueden desistirse antes de expedirse la disposición que resuelva el grado.
2. El defensor no podrá desistirse de los recursos interpuestos por él sin mandato expreso de su patrocinado, posterior a la interposición del recurso.
3. Cuando en la investigación existan coimputados, la impugnación de uno de ellos favorecerá a los demás, siempre que los motivos en los que se funde no sean exclusivamente personales.

Título II – Los recursos

Art. 445 - D. Clases

Los recursos contra las providencias y disposiciones son:

1. Recurso de reevaluación
2. Recurso de elevación de actuados

Art. 445 – E. Plazos

1. Los plazos para la interposición de los recursos son:
 - a. Dos días para el recurso de reevaluación
 - b. Cinco días para el recurso de elevación de actuados.
2. El plazo de computará desde el día siguiente hábil a la notificación de la providencia o disposición.

Título III – El recurso de reevaluación

Art. 445 – F. Ámbito

1. El recurso de reevaluación procede contra toda providencia, debiendo el fiscal que emitió la providencia elevar copias certificadas de la carpeta al Fiscal Superior en grado en el plazo de dos días, dicha interposición de recurso no suspende la investigación.
2. El Fiscal Superior en grado resuelve la cuestión en grado en el plazo de dos días, pudiendo declarar infundado o fundado lo solicitado por la parte recurrente.

Título IV – El recurso de elevación de actuados

Art. 445 – G. Ámbito

1. El recurso de elevación de actuados procede contra toda disposición, debiendo el fiscal que emitió la disposición elevar los actuados al Fiscal Superior en grado en el plazo de dos días.
2. El fiscal superior resuelve la cuestión en grado en el plazo de cinco días, pudiendo declarar, respecto al recurso interpuesto, fundado, infundado o nulo, este último cuando se vulnere algún derecho fundamental o se vulnere la función persecutora del Ministerio Público, ordenando la

emisión de una nueva disposición u ordenando la realización de otras diligencias.

3. Solamente se elevará la carpeta fiscal original al Fiscal Superior cuando la disposición de término a la investigación, en los demás casos, solo se elevará copia de la carpeta fiscal, con la finalidad de que no se vea afectada la investigación que se viene llevando a cabo.
4. La disposición de formalización de investigación preparatoria es inimpugnable.

Título V – El recurso en las Fiscalías Supremas y Fiscalía de la Nación.

Art. 445 – H. El recurso en la Fiscalía Suprema

Ante las providencias y disposiciones que emitan los fiscales supremos, corresponde a la Fiscalía de la Nación resolver los recursos de reevaluación o elevación de actuados que se interpongan.

Art. 445 – I. El recurso en la Fiscalía de la Nación

Ante las providencias y disposiciones que emita la Fiscal de la Nación, corresponde a la Junta de Fiscales Supremos resolver los recursos de reevaluación o elevación de actuados que se interpongan.

CONCLUSIONES

1. Se ha verificado que la naturaleza jurídica *sui generis* persecutora que posee la actuación del Ministerio Público es un fundamento jurídico para aplicar la teoría recursal a la actuación del Ministerio Público en la etapa procesal de investigación preparatoria dentro del Código Procesal Penal peruano vigente, porque mediante este poder, *ius accusandi*, el Ministerio Público tiene la potestad de investigar delitos y promover la acción penal, debiéndose imponer límites, siendo uno de éstos, la garantía de la pluralidad de instancias.
2. Se ha verificado que el respeto de las garantías procesales del Debido Proceso (derecho a la pluralidad de instancia), Tutela Jurisdiccional Efectiva (derecho de acceso a los recursos legalmente previstos) y Derecho de Defensa son fundamentos jurídicos para aplicar la teoría recursal a la actuación del Ministerio Público en la etapa procesal de investigación preparatoria dentro del Código Procesal Penal peruano vigente, pues con estos principios se garantizan la plena efectivización de los derechos procesales dentro de la etapa de investigación preparatoria.
3. A través de la historia han existido tres grandes sistemas que han sentado las bases a cada modelo procesal, estos sistemas procesales son; inquisitivo, acusatorio y mixto. Actualmente, el sistema procesal que rige el proceso penal peruano es el sistema mixto, con preponderancia del sistema acusatorio, asumiendo un modelo acusatorio contradictorio.

4. Las funciones que ejerce el Ministerio Público no son; jurisdiccionales, legislativos, ejecutivos ni extrapoder, porque, ninguna de estas da cuenta de la función que desarrolla el Ministerio Público, por el contrario, el Ministerio Público ostenta un poder único y diferenciado, *ius accusandi*, teniendo el poder y deber de investigar delitos y decidir, posteriormente, si ejercita la acción penal.

5. El Debido Proceso, es una supragarantía constitucional que indica las condiciones mínimas en que se debe desenvolver el proceso en los marcos fijados por la Constitución, del mismo modo, la supragarantía de tutela jurisdiccional efectiva, busca asegurar, tanto, el derecho de acceso a los órganos de justicia, como, la eficacia de lo decidido en la sentencia, por último, la supragarantía del derecho de defensa, comprende la facultad que tienen las partes procesales a intervenir en el proceso desde el inicio hasta el final, ya sea de manera propia o mediante una defensa técnica, todas estas garantías tienen la finalidad de garantizar la plena efectivización de los derechos de las personas así como limitar el poder punitivo estatal.

RECOMENDACIONES

1. De tipo teórico

Se recomienda a la comunidad jurídica desarrollar y establecer, dentro de sus decisiones, el *ius accusandi*, poder y deber otorgado al Ministerio Público, a fin de que se genere la conciencia general de que el Ministerio Público es un ente dotado de poder, independiente, no subordinado a ningún ente estatal, y que entre sus funciones produce derecho.

2. De tipo práctico

- 2.1. Se recomienda a los órganos encargados de formular propuestas legislativas, que formulen un proyecto de ley a fin de reformar el Código Procesal Penal, debiendo incorporar, en el libro IV – Impugnación, la sección VIII – Recursos en el sistema fiscal.
- 2.2. Se recomienda a los operados de justicia que, hasta que se reforme el Código Procesal Penal, en cuanto a la incorporación de la teoría recursal en la actuación del Ministerio Público, apliquen el derecho fundamental a la pluralidad de instancias, a fin de garantizar los derechos de los sujetos procesales.
- 2.3. Se recomienda al Congreso de la República modifique la Ley Orgánica del Ministerio Público, con la finalidad de que esta sea acorde a las directrices contenidas en el actual Código Procesal Penal, respecto al rol que cumple del Ministerio Público dentro del proceso penal.

LISTA DE REFERENCIAS

- Alexi, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del Derecho*. (C. Bernal Pulido, Trad.) Madrid: Marcial Pons.
- Alfonso X. (1807). *Las Siete Partidas* (Vol. III). Madrid: Imprenta Real.
- Alvarado Velloso, A. (2009). *Sistema procesal garantía de libertad* (Primera ed., Vol. I). Santa Fé: Rubinzal - Culzoni Editores.
- Alvarado Velloso, A. (2010). *El Garantismo Procesal* (Primera ed.). Arequipa: Editorial Adrus.
- Ascencio Romero, Á. (2003). *Teoría General del Proceso* (Tercera ed.). México: Trillas.
- Baumann, J. (1986). *Derecho procesal penal - conceptos fundamentales y principios procesales*. (C. A. Finzi, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Beccaria. (1993). *Tratado de los delitos y de las penas*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.
- Binder, A. (1999). *Introducción al Derecho Procesal Penal* (Segunda ed.). Buenos Aires: Ad Hoc S.R.L.
- Bobbio, N. (1991). *El Problema del Positivismo Jurídico*. (E. Garzón Váldez, Trad.) México: Distribuciones Fontanara S.A.
- Bobbio, N. (2002). *Teoría General del Derecho* (Segunda ed.). Bogota: Editorial Temis S.A.
- Cafferata Nores, J. I. (2011). *Proceso penal y derechos humanos* (Segunda ed.). Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L.
- Cano Jaramillo, C. A. (2013). *Procedimiento penal acusatorio, oralidad, debate y argumentación*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Carnelutti, F. (1971). *Derecho Procesal Civil y Penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América BOSCH y Cía. Editores.
- Castillo Alva, J. L. (2020). *Las garantías mínimas del debido proceso*. Lima: Editorial Iustitia.
- Castillo Córdova, L. (2010). El significado iusfundamental del debido proceso. En J. M. Sosa Sacio, *El Debido Proceso* (págs. 9-31). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Cerletti, M. L., y Folgueiro, H. L. (1993). Ministerio Público en el nuevo Código Procesal de la Nación. En J. B. Maier, *El ministerio público en el proceso penal* (págs. 111 - 152). Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L.

- Clariá Olmedo, J. A. (1996). *Derecho procesal penal* (Vol. I). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.
- Claus, R. (1993). Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público. En J. B. Maier, *El ministerio público en el proceso penal* (págs. 37-57). Buenos Aires: Ad - Hoc S.R.L.
- Compte Massach, T. (s.f.). *Profundizando en el modelo constitucional del Ministerio Fiscal*. Obtenido de <https://tinyurl.com/2ry5l2we>
- Couture, E. J. (1958). *Fundamentos del derecho procesal civil* (Tercera ed.). Buenos Aires: Roque de Palma Editor.
- Cruz, F. (2001). *De la exclusión a la confianza mediante el acceso a la justicia*. Informe de la misión "Fortalecimiento Institucional de la Justicia en el Perú" Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo, Lima.
- Cubas Villanueva, V. (2016). *El nuevo proceso penal peruano* (Segunda ed.). Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Devis Echandía, H. (1997). *Teoría General del Proceso - aplicable a toda clase de procesos* (Tercera ed.). Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Fernández, E. (2000). Dignidad y Derechos Humanos. En R. Soriano Díaz, C. Alarcón Cabrera, & J. Mora Molina, *Diccionario crítico de los Derechos Humanos* (Vol. I, págs. 89 - 95). Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón - Teoría del garantismo penal*. (P. A. Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, & R. Cantarero Bondrés, Trads.) Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (1996). *Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia*. Recuperado el 30 de Mayo de 2021, de <https://tinyurl.com/2hyyzr42>
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías - La ley del más débil* (Cuarta ed.). (P. A. Ibáñez, & A. Greppi, Trads.) Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Cuarta ed.). Madrid: Editorial Trotta S.A.
- Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. (P. A. Ibáñez, Trad.) Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2013). *Garantismo una discusión sobre derecho y democracia*. (A. Greppi, Trad.) Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos - El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. (P. A. Ibáñez, Trad.) Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2018). *Constitucionalismo más allá del Estado*. (P. A. Ibáñez, Trad.) Madrid: Editorial Trotta.

- Ferrajoli, L. (2018). *El paradigma garantista - Filosofía crítica del derecho penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- Foucault, M. (1979). *Microfísica del Poder* (Segunda ed.). (J. Valera, & F. Alvarez Uría, Trads.) Madrid: Las Ediciones de la Piqueta.
- Frisancho Aparicio, M. (2014). *El Nuevo Proceso Penal Teoría y Práctica*. Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L.
- Jimeno Sendra, V. (2012). *Derecho Procesal Penal* (Primera ed.). Navarra: Thomson Reuters.
- Guariglia, F. O. (1993). Facultades discrecionales del ministerio público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad. En J. B. Maier, *El ministerio público en el proceso penal* (Primera ed., págs. 81 - 96). Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L.
- Hart, H. (1963). *El concepto de Derecho*. (G. R. Carrió, Trad.) Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- Hitters, J. (2000). *Técnica de los Recursos Ordinarios* (Segunda ed.). La Plata: Librería Editora Platense.
- Hurtado Poma, J. (19 de Agosto de 2021). *El "Ne bis in Idem" en la investigación fiscal*. Obtenido de <https://tinyurl.com/2hyvky3>
- Hurtado Pozo, J. (1983). *El Ministerio Público* (Segunda ed.). Lima: EDDILI.
- Iberico Castañeda, L. F. (s/f). Teoría de la Impugnación en el Código Procesal Penal de 2004. En P. Alva Monge, *Estudios sobre los Medios Impugatorios en el Proceso Penal* (págs. 9 - 89). Lima: Gaceta Jurídica.
- Kant, I. (2008). *La Metafísica de las Costumbres* (Cuarta ed.). (A. Cortina Orts, & J. Conill Sancho, Trads.) Madrid: Editorial Tecnos.
- La Torre, M. (16 de Abril de 2012). *Sobre dos versiones opuestas de iusnaturalismo: "excluyente" versus "incluyente"*. Recuperado el 16 de junio de 2020, de <https://tinyurl.com/2g3shk4e>
- Landa Arroyo, C. (2018). *La constitucionalización del derecho - El caso del Perú* (Primera ed.). Lima: Palestra Editores.
- Letelier Loyola, E. (2013). *El derecho fundamental al recurso en el proceso penal*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos.
- Levene, R. (1993). *Manual de Derecho Procesal Penal* (Segunda ed., Vol. I). Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires.
- Londoño Ayala, C. A. (2018). *Bloque de Constitucionalidad*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Maier, J. B. (1993). El ministerio público: ¿un adolescente? En J. B. Maier, *El ministerio público en el proceso penal* (Primera ed., págs. 17 - 36). Buenos Aires: Ad - Hoc S.R.L.

- Maier, J. B. (1996). *Derecho Procesal Penal - Fundamentos* (Segunda ed., Vol. I). Buenos Aires: Editores del Puerto S. R. L.
- Maier, J. B. (2008). *Antología el proceso penal contemporáneo*. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Montero Aroca, J. (2009). *Proceso penal y libertad*. Navarra: Thomson - Civitas.
- Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J. L., Montón Redondo, A., y Barona Vilar, S. (2001). *Derecho Jurisdiccional - Proceso Penal* (Décima ed., Vol. III). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Montesquieu. (1906). *El espíritu de las leyes* (Vol. I). (C. García del Mazo, Trad.) Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- Neyra Flores, J. A. (2015). *Tratado de Derecho Procesal Penal* (Vol. I). Lima: Idemsa.
- Oré Guardia, A. (2010). *Medios impugnatorios - Lo nuevo del Código Procesal Penal de 2004 sobre los medios impugnatorios*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Palacio, L. E. (1998). *Los recursos en el proceso penal*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot S.A.E. e I.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2011). Los medios de impugnación en el nuevo CPP y los principios acusatorio y dispositivo. En G. Urquiza Videla, *Medios Impugnatorios problemas de aplicación del Código Procesal Penal de 2004* (Primera ed., págs. 9 - 45). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2016). *El ministerio público en el sistema acusatorio*. Lima: Pacífico Editores S.A.C.
- Pérez Luño, A. (2005). *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho*. Lima: Palestra Editores.
- Prieto Sanchis, L. (2018). *Constitucionalismo y Positivismo*. Lima: Palestra Editores.
- Rosas Yataco, J. (2011). El rol de Ministerio Público en el Código Procesal Penal del 2004. En J. Hurtado Pozo, *Ministerio Público y proceso penal - Anuario del Derecho Penal 2011 - 2012* (págs. 29-53). Lima: Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú.
- Roxin, C. (1993). Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público. En J. B. Maier, *El ministerio público en el proceso penal* (págs. 37 - 57). Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L.
- Rusconi, M. A. (1993). Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del ministerio público. En J. B. Maier, *El ministerio público en el proceso penal* (págs. 59 - 79). Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L.

- San Martín Castro, C. (2015). *Derecho Procesal Penal Lecciones*. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales Fondo Editorial.
- San Martín Castro, C. E. (2004). La Reforma Procesal Penal Peruana: Evolución y Perspectivas. En J. Hurtado Pozo, *Anuario de Derecho Penal 2004: La Reforma del Proceso Penal Peruano* (págs. 27 - 68). Lima: Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú.
- Ureña Carazo, B. (2014). *Derechos fundamentales procesales* (Primera ed.). Pamplona: Editorial Aranzadi S.A.
- Vásquez Rossi, J. E. (1997). *Derecho procesal penal* (Vol. II). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.
- Villa Stein, J. (s/f). *Los recursos procesales penales*. Lima: Gaceta Jurídica .
- Voltaire. (2013). *Tratado sobre la tolerancia*. (M. Armiño, Trad.) Madrid: Espasa Calpe S.A.
- Von Bertalanffy, L. (1976). *Teoría General de los Sistemas* (Primera ed.). (J. Almela, Trad.) México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Von Münch, I. (Mayo de 1982). *La dignidad del hombre en el derecho constitucional*. Recuperado el 26 de Mayo de 2021, de <https://tinyurl.com/2nnx2obj>