



**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO**

**ESCUELA DE POSTGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO - MENCIÓN DERECHO CIVIL**



**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE FISCALES POR  
INCUMPLIMIENTO DE SUS FUNCIONES DE  
TITULARES DE LA CARGA DE LA PRUEBA  
JULIACA 2001 - 2005**

**TESIS**

**PRESENTADO POR**

**ROMULO JUAN CARCAUSTO CALLA**

**PARA OPTAR EL GRADO DE:**

**MAGISTER EN DERECHO**

**MENCIÓN: DERECHO CIVIL**



**PUNO - PERÚ**

**2008**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO  
ESCUELA DE POSTGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO – MENCIÓN DERECHO CIVIL**



**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE FISCALES POR  
INCUMPLIMIENTO DE SUS FUNCIONES DE  
TITULARES DE LA CARGA DE LA PRUEBA  
JULIACA 2001-2005**

**TESIS PRESENTADA POR:  
RÓMULO JUAN CARCAUSTO CALLA**

**PARA OPTAR EL GRADO DE MAGISTER EN  
DERECHO**

**MENCIÓN: DERECHO CIVIL**

**PUNO- PERÚ  
2008**

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO - PUNO

---

BIBLIOTECA CENTRAL

Fecha Ingreso: 18 SET. 2012

N° 00058

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO  
ESCUELA DE POSTGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO – MENCIÓN DERECHO CIVIL**

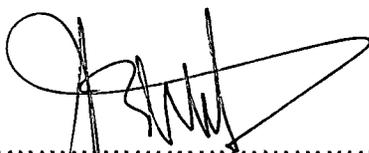
**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE FISCALES POR  
INCUMPLIMIENTO DE SUS FUNCIONES DE TITULARES DE LA  
CARGA DE LA PRUEBA JULIACA 2001-2005**

**TESIS PRESENTADA POR:  
RÓMULO JUAN CARCAUSTO CALLA**

**PARA OPTAR EL GRADO DE MAGISTER EN DERECHO  
MENCIÓN: DERECHO CIVIL**

**APROBADO POR LOS MIEMBROS DEL JURADO REVISOR:**

**PRESIDENTE DEL JURADO**

  
:.....  
**Dr. Boris Espezua Salmon**

**PRIMER MIEMBRO DEL JURADO**

  
:.....  
**M.Sc. José Pineda Gonzales**

**SEGUNDO MIEMBRO DEL JURADO**

  
:.....  
**M.Sc. Miguel Angel Cruz Cuentas**

**ASESOR DE TESIS**

  
:.....  
**Dr. Oswaldo Mamani Coaquira**

**PUNO – PERÚ  
2008**

## **AGRADECIMIENTO**

A la Universidad Nacional del Altiplano y los docentes de la Escuela de Postgrado, Mención en Derecho Civil, por los conocimientos y experiencias que me han impartido durante mi formación profesional.

## ÍNDICE

RESUMEN  
ABSTRACT  
INTRODUCCIÓN

### CAPÍTULO I

#### ASPECTOS METODOLÓGICOS DE LA INVESTIGACIÓN

1. El problema de investigación .....	1
1.1. Antecedentes .....	1
1.2. Planteamiento del problema .....	4
1.3. Preguntas del problema .....	8
2. Objetivos .....	8
2.1. Objetivos generales .....	8
2.2. Objetivos específicos .....	9
3. Justificación .....	10
3.1. Justificación jurídica .....	10
3.2. Justificación procesal .....	10
4. Hipótesis .....	10
4.1. Hipótesis de trabajo .....	10
4.2. Operacionalización de variables .....	11
5. Aspectos metodológicos .....	13
5.1. Tipo de estudio .....	14
5.2. Métodos aplicados a la investigación .....	15
5.3. Tiempo, espacio y universo de la investigación .....	15
5.3.1. Aspecto temporal .....	15
5.3.2. Aspecto espacial .....	15
5.3.3. Universo .....	15
5.4. Fuentes y técnicas de recolección de información .....	15
5.4.1. Fuentes primarias .....	15
5.4.2. Fuentes secundarias .....	16
5.4.3. Técnicas de investigación .....	16
5.5. Tratamiento de la información .....	16
5.5. Contrastación y verificación de la hipótesis .....	16

## **CAPÍTULO II**

### **EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL SISTEMA JURÍDICO**

1. Orígenes y antecedentes .....	17
1.1. Cuestiones preliminares .....	17
1.2. Primeras versiones históricas .....	22
1.3. El Ministerio Público en la Colonia .....	28
1.4. El Ministerio Público en la república europea y americana .....	31
2. El Ministerio Público en el Perú .....	35
2.1. Antecedentes históricos .....	35
2.2. Definición de Ministerio Público .....	37
3. El Ministerio Público en la Constitución de 1979 .....	39
4. El Ministerio Público en la Constitución de 1993 .....	41
5. El Fiscal como funcionario público .....	47
6. El rol de Fiscal en el contexto social .....	49

## **CAPÍTULO III**

### **EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004**

1. Consideraciones generales .....	55
2. El Ministerio Público y su rol en el nuevo proceso penal .....	58
3. El Fiscal como titular de la carga de la prueba .....	65
4. El Ministerio Público y el principio acusatorio .....	71
5. El Ministerio Público y el principio de legalidad .....	73
6. El Ministerio Público y el principio de imparcialidad .....	75
7. El Ministerio Público y la actividad probatoria .....	79
8. La prueba en el proceso penal .....	81
8.1. Concepto de prueba .....	81
8.2. Objeto e importancia de la prueba .....	84
8.3. Principios generales de la prueba .....	88
8.4. Principios que regulan la actuación de la prueba .....	96
8.5. Clases de pruebas en materia penal .....	97
8.5.1. La prueba penal en la doctrina .....	97
8.5.2. La prueba nominativa en la norma penal peruana .....	102
8.6. Valoración de la prueba .....	109

## CAPÍTULO IV

### LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL FISCAL POR INCUMPLIMIENTO DE SU FUNCIÓN DE TITULAR DE LA CARGA DE LA PRUEBA

1. Aspectos conceptuales de la responsabilidad .....	112
1.1. Etimología y concepto genérico .....	112
1.2. Método de análisis de la responsabilidad .....	113
2. La responsabilidad civil contractual y extracontractual .....	115
3. La responsabilidad civil extracontractual.....	118
3.1. La responsabilidad subjetiva.....	121
3.2. La responsabilidad objetiva.....	126
3.3. Relación de causalidad .....	127
3.4. La reparación civil en el C.C., de 1984 .....	129
3.5. El nexo causal en el C.C.....	130
3.6. Actividades riesgosas y peligrosas .....	133
3.7. Supuestos de exoneración de responsabilidad.....	133
3.8. Quiebre del nexo causal .....	136
3.9. Precisiones respecto a la responsabilidad objetiva.....	136
4. La responsabilidad penal .....	137
5. Funciones de la responsabilidad civil.....	138
6. La responsabilidad profesional .....	139
7. La responsabilidad civil de magistrados.....	142
8. La responsabilidad civil de magistrados en el Derecho Comparado.....	143
9. La responsabilidad civil de los servidores y funcionarios públicos.....	149
9.1. Aclaración necesaria.....	149
9.2. El servidor y funcionario público en la Constitución Política .....	150
9.3. La responsabilidad de los servidores y funcionarios públicos.....	152
10. La responsabilidad civil de Fiscales por incumplimiento de sus funciones de titulares de la carga de la prueba.....	157
11. El prevaricato como delito de función de Jueces y Fiscales .....	166
12. Análisis e interpretación de los resultados obtenidos .....	173
Primera parte .....	174
Segunda parte .....	188
Resultado Final.....	194
Conclusiones .....	196
Sugerencias.....	198
Bibliografía .....	204
Anexos	

## **RESUMEN**

Constitucionalmente en el ámbito administrativo, y en especial en el contexto del control de la función pública existen dos conceptos de importancia: a) la responsabilidad, por la cual los servidores y funcionarios públicos deben asumir las consecuencias de sus actos; y, b) la que hace referencia a la obligación del servidor o funcionario público de dar cuenta de sus actos ante las autoridades competentes y la opinión pública. Esto conlleva a los servidores y funcionarios públicos desempeñar sus funciones con licitud, eficacia, economía, eficiencia y transparencia. De tal manera que la responsabilidad se convierte en un mecanismo de control, desde otro ángulo, la responsabilidad de asumir todas las consecuencias del incumplimiento de sus funciones.

El tema puntual de la presente tesis, está referida la señalar el grado de responsabilidad de los Fiscales por incumplimiento de sus funciones de titulares de la carga de la prueba. Desde el punto de vista procesal, el que hace afirmaciones y señala los hechos tiene que probar: los hechos materia del delito y la responsabilidad del autor o presunto autor. De los casos investigados se tiene que los Fiscales no cumplen esta crucial atribución en la forma prevista en la ley. Esto provoca que en número significativo de casos, los procesados sean absueltos, sobreseídos los procesos, y originen la sobrecarga procesal que agobia más aún la crisis del Poder Judicial.

En este sentido, acusamos la existencia de negligencia inexcusable de parte de los representantes del Ministerio Público en el cumplimiento de sus obligaciones, en consecuencia pasibles de asumir responsabilidades de carácter civil por los daños y perjuicios que ocasionen a las personas agraviadas y al propio Estado. Investigar y plantear soluciones a este aspecto específico de la problemática en la secuela del proceso de administración de justicia es el fin la presente tesis.

## **ABSTRACT**

Constitutionally in the administrative scope and especially in the context of the public function control two concepts are important. First, the responsibility by which, the public servants and officers must assume the consequences of their acts. Second, concerning the obligation of the public servant or officer of provide information of their actions to the competent authorities and to the public opinion. This imply to the public servant and officers to carry out their functions legally, effectiveness, economy, efficiency and transparency. In such a way that the responsibility becomes in a control mechanism. On the other hand, the responsibility of assume all the consequences of breach its functions.

The main point of this thesis, is precise the degree of responsibility of the public prosecutors by failure in their functions as holders of the burden of the proof. From the procedural point of view the one that makes affirmations and point out the facts must prove them which are matter of crime and the responsibility of the author or presumed author. Out of the investigated cases we found that the public prosecutors do not achieve this crucial attribution in the way established by law. This causes that in a significant number of cases the accused can be absolved, also dismiss the processes and create an overload procedural that overwhelm more the Judicial Power crisis.

In this sense, we notice the existence of inexcusable negligence by the Public Ministry representatives in the fulfilment of their duties. Consequently they are able to be responsible of civil character by the damages caused to the affected people and also to the State. Finally, to investigate and to suggest solutions to this specific aspect as a consequence of the justice administration process was the aim of this thesis.

## INTRODUCCIÓN

El ejercicio de la función pública y la responsabilidad de quienes la ejercen deviene en uno de los temas más importantes en el ordenamiento jurídico, político y social en un Estado Constitucional de Derecho. A ella se refiere con especial interés la Constitución Política y normas de inferior jerarquía en el afán de optimizar los principios de eficacia y eficiencia, licitud, oportunidad, transparencia, veracidad, participación e idoneidad en la administración pública y servicio a la comunidad, pues, lo que siempre se ha reclamado de parte de la colectividad de quienes ejercen funciones públicas, lo hagan en estricto cumplimiento de sus deberes y obligaciones, prescritas por las normas generales y específicas que regulan las atribuciones y competencias en el orden jerárquico en que se ubican en el complejo aparato del Estado.

¿Qué sucede si acaso los servidores y funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones o mandatos incumplen sus deberes u obligaciones establecidos normativamente? Sin duda, están llamados a asumir responsabilidades de diferente orden: administrativos, civiles y penales. Ningún servidor o funcionario público que forma parte del aparato burocrático del Estado se excluye de ella, sea civil o militar.

De tales responsabilidades no se excluye ni el Presidente de la República. Salvo las excepciones expuestas en la Constitución durante el ejercicio de sus funciones (art. 114° y 117° de la Constitución). No se excluyen los Ministros de Estado, porque siendo cargos de confianza están sujetos a interpelación y sanciones administrativas, civiles y penales, pasibles de ser censurados y vacados en el cargo (art. 128° de la Constitución). No se excluyen los congresistas, porque son también pasibles de levantarse su inmunidad parlamentaria (art. 93° y 99° de la Constitución). No se excluyen ningún Magistrado del Poder Judicial (sanciones y responsabilidades

expuestos en la Ley Orgánica del Poder Judicial), Ministerio Público (sanciones y responsabilidades expuestos en la Ley Orgánica del Ministerio Público), Tribunal Constitucional, Consejo Nacional de la Magistratura (art. 157 de la Constitución), el Defensor del Pueblo, las Fuerzas Armadas y Policiales (art. 173 de la Constitución) etc.

En todos los casos, está normativamente expuestos con claridad la responsabilidad de quienes ejercen funciones públicas (art. 40° de la Constitución). En el ámbito administrativo, y en especial en el contexto del control administrativo y el comportamiento de los servidores y funcionarios públicos, existen dos conceptos de particular importancia. Uno de ellos es el de la responsabilidad, por la cual los funcionarios y servidores públicos deben asumir las consecuencias de sus actos al interior del Estado. Asimismo, la doctrina y las normas legales hacen referencia a un concepto adicional que es el de la llamada "responsabilidad" (traducción del inglés *accountability*) y que hace referencia a la obligación del funcionario o servidor de dar cuenta de sus actos. Es decir, el titular, los funcionarios y servidores deben rendir cuenta ante las autoridades competentes y ante el público por los fondos o bienes del Estado a su cargo y/o por la misión u objeto encomendado.

De otro lado, si bien es cierto el control que se ejerce en el ámbito de la responsabilidad proviene fundamentalmente del superior jerárquico (control administrativo interno) o de instituciones públicas distintas como la Contraloría General de la República, la Defensoría del Pueblo (control administrativo externo) e incluso el Congreso de la República (control político), la razón de ser del principio de publicidad de los actos de los servidores y funcionarios públicos compromete la participación de la ciudadanía en el control administrativo, en especial, haciendo prevalecer el principio de publicidad de los procesos y toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales expuestos en los incisos 4° y 20° del artículo 139° de la Constitución.

De esta manera se cumple con principios como la transparencia de la gestión pública, así como el principio de responsabilidad al cual se ha hecho ya referencia.

Es una evidencia que no existe claridad con respecto a ciertas responsabilidades de determinados funcionarios públicos frente al incumplimiento de sus funciones. En la vida real y práctica, existen normas que resultan insuficientes y pecan de formalismo. Aparentemente los legisladores las formularon para llenar vacíos legales y no dejar lagunas del Derecho. El caso específico es el que refiere la presente tesis. En el proceso de administración de justicia, tenemos operadores con igual o similares responsabilidades que los jueces, nos referimos en este caso a los Fiscales. Ellos desempeñan un rol protagónico en la administración de justicia, sea como titulares de la acción penal; promotores de la acción judicial en defensa de la legalidad; por ejercitar la acción penal desde el inicio de la investigación preliminar del delito, en el desarrollo del proceso, la acusación y su participación en el juicio oral; pero fundamentalmente como titulares de la carga de la prueba, como parte o dictaminadores en procesos penales y civiles.

Por mandato constitucional se ha encargado al Ministerio Público la función persecutoria del delito que consiste en buscar, analizar y presentar pruebas que acrediten la responsabilidad o irresponsabilidad de los imputados y de ser justificado solicitar la aplicación de las penas pertinentes, haciendo del Fiscal una institución idónea al sistema procesal acusatorio y a la vez impone que la investigación sea una fase preparatoria de la acusación. En el futuro, el Fiscal recibida la noticia *criminis* no se limitará a formular la denuncia como otrora. A éste corresponderá dirigir la investigación del delito perseguible por ejercicio público de la acción penal, con la finalidad de lograr la prueba pertinente, así como identificar al autor o partícipe del delito, todo ello, con el objeto de llegar a descubrir la verdad. Siendo titular de la acción penal es quien

tiene el privilegio de la carga de la prueba en la etapa pre jurisdiccional y jurisdiccional.

Esta consideración que la doctrina y la norma aceptan, se sustenta en la siguiente premisa: quien hace afirmaciones y señala los hechos tiene que probarlo. Debe probar: a) los hechos materia de *criminis*; b) la responsabilidad de los procesados o presuntos autores. Metodológicamente, en todo proceso particular como unidad, la denuncia del Fiscal constituye una función hipotética quien a partir de la secuela del proceso tiene que probarlo (contrastar la hipótesis). Sin embargo, se tiene pese a estar establecidos con meridiana claridad las atribuciones de quienes forman parte del Ministerio Público, el rol de los Fiscales es deficitario respecto al cumplimiento de esta atribución. Del análisis de los casos investigados se llega a la conclusión que su actividad se reduce a simplemente formular denuncias penales –muchas de ellas inadecuadamente calificadas e intrascendentes- sin acreditar suficientemente los hechos, pruebas o indicios pertinentes. Iniciado un proceso -como se ha verificado- solamente se limitan a firmar las notificaciones de resoluciones y una que otra diligencia sin importancia.

El rol protagónico que debiera tener el Ministerio Público como titulares de la carga de la prueba, deja mucho que desear, dado que no actúan con la diligencia del caso para activar las pruebas que ellos mismos ofrecieron en la denuncia fiscal o los que sean necesarios para acreditar el delito denunciado. Esto hace que en número significativo de procesos, los procesados sean absueltos, en otros, los procesos sean archivados, dando origen a una sobrecarga que hace cada vez más difícil la administración de justicia. Creemos que el incumplimiento de las funciones y atribuciones de los representantes del Ministerio Público, es producto de la displicencia y negligencia inexcusable con que actúan en los procesos que ellos dieron

origen, porque, nos negamos a aceptar sea por desconocimiento de sus obligaciones.

Esta situación nos lleva a analizar la responsabilidad civil que ocasionaron, ocasionan y puedan hacerlo todavía en el futuro. Por todo ello, la presente investigación se reduce, en específico, a investigar el comportamiento de los representantes del Ministerio Público como titulares de la carga de la prueba y la responsabilidad del incumplimiento de esta crucial atribución en la secuela de todo proceso penal.

El desarrollo de la tesis comprende cuatro capítulos. El primer capítulo expone la sistemática del aspecto metodológico aplicado en la investigación. En el segundo capítulo, efectuamos un amplio desarrollo sobre la significación histórica, doctrinaria, normativa y rol en el proceso penal del Ministerio Público. En el tercer capítulo, se expone el rol del Ministerio Público en la secuela del nuevo Código Procesal Penal. El cuarto capítulo está referido al desarrollo de la responsabilidad civil del Ministerio Público por incumplimiento de sus atribuciones como titulares de la carga de la prueba. Finalmente, en este mismo capítulo se halla expuesto estadísticamente cada uno de los casos investigados y que a partir de la contrastación del proceso de investigación confirman la hipótesis planteada en el Proyecto de Investigación. La complejidad del tema y la verificación de las muestras en casos aún en giro han limitado obtener mayores y mejores resultados.

Al honorable Jurado Examinador, a la Universidad y Escuela de Postgrado mi agradecimiento por darme la oportunidad de poner a disposición y discusión el tema de la presente tesis.

**El autor.**

## **CAPÍTULO I**

### **ASPECTOS METODOLÓGICOS DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

##### **1.1. ANTECEDENTES**

En el país no existen trabajos de investigación sobre temas relacionados a la responsabilidad civil de los representantes del Ministerio Público cuando en el ejercicio de sus funciones actúa con negligencia, dolo o fraude, particularmente, en su condición de titulares de la carga de la prueba en procesos los penales.

Hay temas y normas jurídicas desarrolladas sobre "errores judiciales" cometidos por magistrados del Poder Judicial, a partir de la Ley N° 24973, Ley que creó el Fondo Indemnizatorio de Errores Judiciales y Detenciones Arbitrarias<sup>1</sup>, así como la responsabilidad

---

<sup>1</sup> Mediante Resolución Ministerial N° 254-2006-JUS, publicada el 28 de junio del mismo año, el Ministerio de Justicia ha constituido la Comisión Técnica encargada del análisis y revisión de la Ley N° 24973, Ley que creó el Fondo Indemnizatorio de Errores Judiciales y Detenciones Arbitrarias. Esta Comisión estará constituida por José Antonio Burneo Labrín (presidente), Leysser León Hilario, Eugenia Ariano Deho, un representante del Consejo de Ministros, un representante del Ministerio de Economía y Finanzas, uno del Poder Judicial y otro del

administrativa, civil y penal de los funcionarios públicos en general: civiles, militares o policiales. En sus más diversas competencias y jerarquías. La norma procesal civil, hace un tratamiento especial sobre la responsabilidad civil de los jueces (Art. 509º y sgs.)<sup>2</sup>, también de los representantes del Ministerio Público (art. 118º)<sup>3</sup>. En la vida real y práctica, estas normas resultan insuficientes y pecan de formalismo, pareciera que su existencia en el ordenamiento jurídico sirviera solamente para llenar un vacío legal.

Sobre el problema en cuestión, como primer antecedente histórico se tiene a la Constitución Política de 1933, bajo el gobierno de Luis M. Sánchez Cerro. Ella introduce una situación innovadora en el campo jurídico, sobre todo para aquellas personas que se sentían perjudicadas por los errores judiciales cometidos en la administración de justicia. Representó una esperanza para las personas que buscaban un resarcimiento que logre aminorar los daños causados por la deficiente y cuestionada administración de justicia de ese entonces. Esta situación innovadora se refería en específico a la responsabilidad del Juez, más no del Fiscal. Estos últimos históricamente formaban parte del Poder Judicial.

---

Ministerio Público. La Comisión técnica tiene un plazo de tres meses contados a partir de la fecha de su instalación para presentar su informe al Ministerio de Justicia.

<sup>2</sup> El artículo 509 del Código Procesal Civil prescribe: "El juez es civilmente responsable cuando en el ejercicio de su función jurisdiccional causa daño a las partes o a terceros, al actuar con dolo o culpa inexcusable, sin perjuicio de la sanción administrativa o penal que merezca. La conducta es dolosa si el juez incurre en falsedad o fraude, o si deniega justicia al rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia. Incurre en culpa inexcusable cuando comete un grave error de derecho, hace interpretación insustentable de la ley o causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado. Este proceso sólo se impulsará a pedido de parte.

<sup>3</sup> El artículo 118 del Código Procesal Civil prescribe: "El representante del Ministerio Público es responsable civilmente cuando en el ejercicio de sus funciones actúa con negligencia, dolo o fraude. El proceso se sujeta al trámite que corresponde al de responsabilidad civil de los jueces".

Entendemos que en el proceso de administración de justicia, existen otros operadores con igual o mayores responsabilidades, es el caso de los Fiscales. Ellos desempeñan un rol protagónico en la administración de justicia, sea como titulares de la acción penal y la carga de la prueba, como parte o dictaminadores en los procesos civiles, como responsables de la investigación del delito, como acusadores, etc. Se infiere, entonces, “que el carácter de sus competencias es el de promoción, participación y fiscalización de la función jurisdiccional. La naturaleza de aquellas competencias es jurisdiccional especial”<sup>4</sup>. Hoy asumen mayores responsabilidades durante el proceso de administración de justicia con la puesta en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, lo que significa poner en plena vigencia el inciso 4º del artículo 159º de la Constitución Política del Estado<sup>5</sup>.

Siendo los antecedentes del problema escasos y en tal condición, se requiere soluciones que hagan eficaz la administración de justicia, en el entendido que los miembros del Ministerio Público ubicados también en la categoría de funcionarios públicos –por pertenecer al Estado- y operadores de la administración de justicia deben ser pasibles de responsabilidades por el incumplimiento de sus funciones.

---

<sup>4</sup> ORTECHO VILLENA, Víctor Julio. *Estado y Ejercicio Constitucional*. Lima, Ediciones MARSOL, 1999, p. 28.

<sup>5</sup> El inciso 4º artículo 159º de la Constitución prescribe: “Corresponde al Ministerio Público: inciso 2º: Conducir desde su inicio la investigación del delito...”.

## 1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A partir de la vigencia de la Constitución de 1979 y ratificado en gran medida por la Constitución de 1993, se operan cambios sustanciales con respecto al rol del Ministerio Público, al considerarlo como organismo estatal **autónomo** y **jerárquicamente** organizado. Si bien este organismo es parte de la estructura del Estado, no constituye un nuevo Poder, como el Ejecutivo, Legislativo o Judicial, sino un órgano extra poder; pero las funciones que se le atribuyen lo vinculan con los mismos, específicamente con el Poder Judicial.

Las atribuciones centrales del Fiscal, según la Constitución vigente, el C. de P.P., el C.P.P., y la L.O.M.P., entre otras, son las siguientes:

Promover la acción judicial en defensa de la legalidad.

Ejercitar la acción penal. El ejercicio que comprende el inicio, su participación en el desarrollo de la investigación, la acusación y su participación en el juicio oral.

Conducir desde su inicio la investigación preliminar del delito.

La Carta Fundamental ha encargado al Ministerio Público la función persecutoria del delito que consiste en buscar, analizar y presentar pruebas que acrediten responsabilidad o irresponsabilidad de los imputados y de ser justificado solicitar la aplicación de las penas pertinentes, haciendo del Fiscal una institución idónea al sistema procesal acusatorio y a la vez impone que la investigación sea una fase preparatoria de la acusación.

Con la puesta en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, en el futuro, el Ministerio Público no solo denunciará, recibida la noticia *criminis* interpuesta

por la víctima o cualquier persona, al Fiscal corresponderá dirigir la investigación del delito perseguible por ejercicio público de la acción penal, con la finalidad de lograr la prueba pertinente, así como identificar al autor o partícipe del delito, todo esto con el objetivo de alcanzar la verdad sobre el caso.

Estas atribuciones, de las muchas que ostenta el Ministerio Público, se hallan debidamente normadas, especialmente en el artículo 14° de la Ley Orgánica del Ministerio Público<sup>6</sup>. Sin embargo, la realidad expresa situaciones diferentes con respecto al cumplimiento de las funciones de los representantes del Ministerio Público. Por ejemplo, el único que puede postular una denuncia por acción pública es el Fiscal, es quien plantea los hechos e identifica a las personas. Siendo titular de la acción penal tiene el privilegio de la carga de la prueba en la etapa pre jurisdiccional y jurisdiccional.

Desde el punto de vista procesal, el que hace afirmaciones y señala los hechos tiene que probarlo. Tiene que probar: 1) los hechos materia de *criminis*, 2) la responsabilidad de los procesados o presuntos autores. Por eso se afirma que la denuncia fiscal constituye una función hipotética que en la secuela del proceso tiene que probarlo. A partir de la actitud funcional de Ministerio Público se da origen a los procesos penales, por acción pública.

---

<sup>6</sup> El artículo 14° de la L.O.M.P., prescribe: "Sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba en las acciones civiles, penales y tutelares que ejercite, así como en los casos de faltas disciplinarias que denuncie. Los jueces y demás funcionarios públicos, sin perjuicio de las atribuciones que al respecto les otorga la ley, citarán oportunamente, bajo responsabilidad, al Fiscal que actúen en el proceso de que conocen a sus diligencias fundamentales y a las de actuación de pruebas ofrecidas por cualquiera de las partes u ordenas de oficio. También será notificado dicho Fiscal con las resoluciones que se expidan en el proceso, bajo pena de nulidad".

Pese a las atribuciones específicas de los representantes del Ministerio Público, se tiene que en la secuencia de los procesos penales, el rol de los Fiscales es deficitario respecto al cumplimiento de sus funciones. No cumplen con eficiencia y satisfactoriamente sus funciones, en particular, lo prescrito en el artículo 14º de la LOMP. Reducen su actuación a simplemente formular denuncias penales, sin acreditar suficientemente los hechos –muchas de ellas inadecuadamente calificadas-, y las pruebas o indicios pertinentes. Iniciado un proceso, se limitan a firmar las notificaciones de resoluciones y una que otra diligencia sin trascendencia sobre la suerte del proceso.

El rol protagónico que debiera tener en la secuela del proceso, como titulares de la carga de la prueba, deja mucho que desear, dado que no actúan con la diligencia del caso para actuar las pruebas que ofreció en la denuncia o los que sean necesarios para acreditar el delito denunciado. Esto hace que en número significativo de causas, los procesados, sean absueltos por la inexistencia de pruebas suficientes, útiles y pertinentes. Esta situación, en muchos casos, conduce a la impunidad.

Creemos que el incumplimiento de las funciones y atribuciones de los representantes del Ministerio Público, es producto de la displicencia con que actúan en los procesos penales que dieron origen, a la negligencia inexcusable en otros casos, o, desconocimiento de sus obligaciones creando serios problemas a los justiciables, al Poder Judicial dando origen a una excesiva carga procesal, al Estado al disponer innecesariamente recursos humanos y económicos. En todos

estos casos ¿Quiénes son los perjudicados y agraviados? Sin duda, lo es el Estado, los procesados, la parte civil y la sociedad. ¿Deben responder civilmente por los daños que ocasionen los representantes del Ministerio Público por su falta de diligencia, negligencia o incumplimiento de sus funciones? Desde luego que sí. Los representantes del Ministerio Público no pueden convertirse en funcionarios inmunes a asumir responsabilidades civiles en estos casos. Ellos no gozan de inmunidad funcional.

El inciso 7º del artículo 139º de la actual Carta Política, prevé la indemnización por errores judiciales, al prescribir: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) inciso 7º : la indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar”. Es decir, cuando los tribunales se equivocan procesando a personas, y las condenan injustamente, causan daños que deben ser indemnizados por el Estado.

El daño no sólo será a la libertad, también ella afecta el honor, la buena reputación y el patrimonio material de los agraviados. En ese sentido: ¿Acaso los Fiscales no juegan un papel determinante en esos “errores judiciales” penales, específicamente, al momento de calificar erróneamente los delitos, cuyas víctimas posteriormente son absueltas o los procesos sobreseídos, por falta de pruebas? ¿Acaso los Fiscales no forman parte de los sujetos procesales en un proceso penal? ¿Deben eximirseles de toda responsabilidad frente a sus actos en el ejercicio de sus funciones? Creemos que no. Esta situación nos lleva a analizar la

responsabilidad civil que ocasionaron, ocasionan y puedan hacerlo en el futuro los representantes del Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones a fin de perfeccionar cada vez una correcta administración de justicia.

### **1.3. PREGUNTAS A LA FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Los representantes del Ministerio Público deben ser sujetos de responsabilidad civil por incumplimiento de sus funciones de titulares de la carga de la prueba en los procesos penales?

¿Los representantes del Ministerio Público deben ser incriminados y procesados administrativa y civilmente cuando en el ejercicio de sus funciones actúan con negligencia inexcusable en los procesos penales que ellos mismos dieron origen?

¿Es conveniente investigar el rol de los representantes del Ministerio Público como titulares de la carga de la prueba en los procesos penales a las cuales ellos dieron origen?

## **2. OBJETIVOS**

### **2.1. OBJETIVOS GENERALES**

**2.1.1.** Determinar el grado de responsabilidad civil de los representantes del Ministerio Público cuando no cumplen con sus funciones establecidos en la Constitución Política y la Ley Orgánica del Ministerio Público

**2.1.2.** Recobrar la credibilidad en los representantes del Ministerio Público como titulares de la carga de la prueba en los procesos

penales y como operadores de la la administración de justicia y promover la actuación responsable y diligente en el cumplimiento de sus funciones.

## **2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- 2.2.1.** Proponer medidas legislativas que permitan hacer efectivo el pago de la responsabilidad civil de los representantes del Ministerio Público cuando en el ejercicio de sus funciones actúa con negligencia inexcusable, dolo o fraude y cometa grave error en la calificación de delitos, formule denuncias y acusaciones en hechos no probados suficientemente, no actúe ni pruebe las pruebas ofrecidas en la denuncia en su condición de titular de la prueba.
- 2.2.2.** Hacer que los actos que motivan lo expuesto en el punto antes descrito se hagan extensivo a las sanciones administrativas o penales que merezca el representante del Ministerio Público y el pago de los daños y perjuicios prevenientes de la responsabilidad civil sea solidario entre el Estado y el Fiscal.
- 2.2.3.** Investigar el número de casos (procesos penales) en los cuales los Fiscales han actuado con manifiesta negligencia inexcusable como titulares de la carga de la prueba en la jurisdicción de la Sala Descentralizada del Poder Judicial de la zona norte de la región Puno y de Juliaca en particular.

### **3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **3.1. JUSTIFICACIÓN JURÍDICA**

El problema planteado tiene relevancia jurídica para la correcta administración de justicia. Del análisis de casos se tiene que a los Fiscales se les exime, en la práctica, de todo tipo de responsabilidad, sea administrativa, civil o penal por el incumplimiento de sus funciones en los procesos penales. Por lo que, a partir de un minucioso análisis de las muestras extraídas, nos ha permitido detectar las imperfecciones y luego hacemos propuestas concretas para superar las deficiencias que corresponde a los representantes del Ministerio Público en el proceso de administración de justicia.

#### **3.2. JUSTIFICACIÓN PROCESAL**

La participación del representante del Ministerio Público en el inicio, desarrollo y juzgamiento de los justiciables es de vital importancia. Su condición de titular de la carga de la prueba lo convierte en el eje central del proceso, más aún, con el nuevo Código Procesal Penal, puesto en vigencia de acuerdo al cronograma establecido. En consecuencia subsanar las deficiencias planteados en el problema, redundará significativamente en elevar la calidad de la administración de justicia en el Perú.

### **4. HIPÓTESIS**

#### **4.1. HIPÓTESIS DE TRABAJO**

**LOS FISCALES QUE INCUMPLEN FUNCIONES DE TITULARES DE LA CARGA DE LA PRUEBA, DURANTE EL PROCESO DE**

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL, DEBEN SER PASIBLES DE RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE AL ESTADO Y AGRAVIADOS.

## **4.2. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES**

### **VARIABLE INDEPENDIENTE**

Fiscales que incumplen funciones de titulares de la carga de la prueba.

### **INDICADORES**

Antecedentes históricos.

El Ministerio Público en el sistema republicano

El Fiscal como funcionario público

El Fiscal en el contexto social

El Ministerio Público en la L.O.M.P.

Atribuciones de los Fiscales en la Constitución Política

La Constitución Política y la responsabilidad del Fiscal

El Fiscal y la titularidad de la carga de la prueba

Carga de la prueba en el proceso penal

El Informe Fiscal en el proceso penal

La Acusación Fiscal en el proceso penal

El Fiscal como defensor de la Ley y la legalidad

Consecuencias del incumplimiento de sus funciones

Sanciones administrativas, civiles y penales

## **VARIABLES DEPENDIENTES**

### **PRIMERA VARIABLE DEPENDIENTE**

Proceso de administración de justicia penal

#### **INDICADORES:**

El Fiscal como titular de la carga de la prueba

El M.P. y el principio acusatorio

El M.P. y el principio de legalidad

El M.P. y el principio de imparcialidad

El M.P. y la actividad probatoria

La prueba en el proceso penal

Objeto de la prueba

Principios de la prueba

Clases de pruebas

Valoración de la prueba

### **SEGUNDA VARIABLE DEPENDIENTE**

Reparación civil frente al Estado y agraviados

#### **INDICADORES:**

Aspectos conceptuales de responsabilidad civil.

Clases de responsabilidad

La responsabilidad civil extracontractual

La responsabilidad penal

Funciones de la responsabilidad

La responsabilidad profesional

La responsabilidad civil de magistrados

La responsabilidad de magistrados en el Derecho comparado

La responsabilidad de los funcionarios público

La responsabilidad de Fiscales por incumplimiento de sus funciones

## **5. ASPECTOS METODOLÓGICOS**

### **5.1. TIPO DE ESTUDIO**

Tomando como referencia a SOLIS ESPINOZA<sup>7</sup>, el presente trabajo de investigación se ubica dentro el tipo descriptivo, porque se trata de conocer o determinar las particularidades, rasgos y características de ciertos fenómenos jurídicos con relación al campo civil y procesal penal que se trasuntan en la vida real. También porque se trata de identificar las relaciones o conexiones que se dan entre la variable independiente y las variables dependientes, es decir, el incumplimiento de funciones de los Fiscales y la responsabilidad civil proveniente de dicho incumplimiento.

Señala WITKER<sup>8</sup>, la investigación es jurídico descriptivo, porque se utiliza el método de análisis y a través de ello es posible descomponer un problema jurídico en sus diversos aspectos, estableciendo relaciones y

---

<sup>7</sup> SOLIS ESPINOZA, Alejandro. Metodología de la investigación jurídico social. Lima, Editores ByB, 2001.

<sup>8</sup> WITKER, Jorge. La investigación jurídica. México, McGraw-Hill, 1995.

niveles que ofrezcan una imagen de funcionamiento de una norma o institución jurídica.

## **5.2. MÉTODOS APLICADOS EN LA INVESTIGACIÓN**

En el desarrollo del presente trabajo de investigación, por ser de naturaleza jurídica, hemos recurrido a los métodos: histórico, exegético, dogmático y sincrético. **Método histórico**, porque se trata de efectuar un análisis histórico del problema planteado, sobre todo relacionados a los orígenes del Ministerio Público y el origen de sus responsabilidades como funcionario público; **método exegético**, porque hemos analizado normas jurídicas específicas como aquellas que señalan las atribuciones y funciones de los representantes del Ministerio Público en materia penal; **método dogmático**, al haber trabajado con instituciones jurídicas tanto del campo civil como del procesal penal, por ejemplo, la reparación civil, daños y perjuicios, titularidad de la acción penal, la prueba, etc.; y, **método sincrético**, porque partimos de hechos reales y concretos que se manifiestan en el comportamiento del Ministerio Público en el proceso de administración de justicia.

Sin embargo, resultó también pertinente, utilizar los métodos **inductivos**, al momento de plantear el problema específico; **deductivo**, al desarrollar la tesis; **de análisis – síntesis**, por ser métodos operacionales en toda investigación de carácter socio-jurídico.

### **5.3. TIEMPO, ESPACIO Y UNIVERSO DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **5.3.1. ASPECTO TEMPORAL**

La investigación es de carácter longitudinal, porque ha investigado fenómenos jurídicos en su desarrollo temporal 2001 – 2005. Dentro esta modalidad se ha contemplado el estudio longitudinal retrospectivo.

#### **5.3.2. ASPECTO ESPACIAL**

De acuerdo al planteamiento del problema y los objetivos de la investigación propuesta, se han desarrollado en procesos penales tratamitados en la Sala Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de la zona norte de la región Puno, específicamente Juliaca.

#### **5.3.3. UNIVERSO**

El universo está dado por aproximadamente 500 expedientes penales fenecidos tramitados en la jurisdicción antes señalada.

### **5.4. FUENTES Y TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN**

#### **5.4.1. Fuentes primarias**

La muestra ha sido probalística por cuanto todos los elementos de la población han tenido la misma posibilidad de ser escogidas. Las muestras en este caso han constituido los expedientes penales fenecidos.

#### **5.4.2. Fuentes secundarias**

Se refiere a toda la documentación que ha sido accesible para investigar o coadyuvar a su sustento teórico: libros, revistas, periódicos, Internet, etc.

#### **5.4.3. Técnicas**

Se hará uso del fichaje y la estadística para la contrastación de la hipótesis.

### **5.5. TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN**

La información reunida ha sido debidamente fichada, codificada y tabulada para su recuento y ordenación para su análisis y explicación en tablas, cuadros y gráficos mediante técnicas estadísticas.

### **5.6. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS**

La contrastación y verificación de la hipótesis de trabajo se ha llevado a cabo en función del cumplimiento de los objetivos específicos propuestos y las muestras extraídas en el trabajo de campo expuestos estadísticamente que demuestran las afirmaciones efectuadas en la hipótesis de trabajo.

## **CAPÍTULO II**

### **EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL SISTEMA JURÍDICO**

#### **1. ORÍGENES Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS**

##### **1.1. CUESTIONES PRELIMINARES**

El Ministerio Público, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 158º y 159º de la Carta Magna, es un organismo constitucional autónomo y su función es la persecución del delito. Concordante con ello su Ley Orgánica establece que es el titular del ejercicio de la acción penal y le corresponde la carga de la prueba. Sin embargo, el artículo 94.2º de la misma disposición recortó sus facultades de investigación, reduciéndolas al ámbito de la investigación preliminar, lo que ha determinado que hasta la fecha exista la figura el Juez Instructor creando confusión de roles y una situación de entrampamiento de la que es muy difícil salir. En efecto, en nuestro país todavía investiga la Policía, el Fiscal y el Juez, salvo la puesta en plena vigencia lo prescrito en el nuevo Código Procesal Penal.

En la práctica, la investigación de delito es deficiente, y el Juez por pretender investigar no cumple su verdadera función: Juzgar, pues, el rol del Ministerio Público ha sido y sigue siendo preocupante con respecto a sus responsabilidades funcionales. El Perú es el único país donde se aplican penas, sin previo juicio y con múltiples violaciones al debido proceso.

La fase de la investigación preliminar no tiene regulación, *v.gr.* no se han establecido cuáles son sus objetivos, el plazo para su realización, ni las facultades del Fiscal investigador; lo que determina que la realización de diligencias de urgencia, en la práctica, demoren un tiempo superior al de la investigación formal, agravando seriamente la morosidad en la administración de justicia.

Han transcurrido veinticinco años de existencia del Ministerio Público, la institución ha adquirido carta de ciudadanía y aún no son bien comprendidas sus facultades. Esta institución no solo es un ente de persecución del delito obligado, en estricta observancia del principio de legalidad procesal, a denunciar y acusar por cualquier motivo. No, el Ministerio Público es además el defensor de la legalidad, creado para practicar la investigación del delito, ejerciendo facultades discrecionales, desestimando denuncias. La finalidad de su creación es que sirva de filtro para realizar un trabajo ordenado de selección de causas que permita descongestionar el sistema judicial.

Por esa razón, luego de la investigación preliminar, el Fiscal debe hacer un trabajo analítico, serio y reflexivo de calificación del resultado de la investigación y del ejercicio de sus facultades discrecionales, debe

archivar definitivamente los casos referidos a hechos que no son delitos y los casos en los que la acción no está expedita porque ha operado la prescripción. Asimismo, debe archivar provisionalmente los casos en los que no ha sido plenamente individualizado el presunto autor, para esto debe tener en cuenta lo dispuesto por la Ley N° 24711 y su modificatoria, la Ley N° 28121 (publicada el 16 de diciembre de 2003). En la práctica da la impresión de que los Fiscales confunden identificación con individualización y formalizan denuncia sin especificar los generales de ley ni la descripción de las características físicas del presunto autor, hecho con el cual no solo aumentan innecesariamente la carga procesal sino que contribuyen a un círculo vicioso, pues ese proceso al final quedará en reserva tan pronto como llegue a la etapa del juzgamiento y no podrá dictarse una requisitoria judicial porque la ley lo prohíbe, y si ello ocurriera la Policía no está obligada a cumplirla.

Otra importante facultad discrecional que la ley otorga a los Fiscales es aplicar el principio de oportunidad, conforme a lo dispuesto por el artículo 2° del Código Procesal Penal de 1991, modificado sucesivamente por varias leyes. Sin embargo, el índice de denuncias resueltas por este medio es insignificante, pues por un malentendido del concepto de economía procesal no se dedica mayor tiempo a ejercer las facultades discrecionales y no se dan cuenta que al resolver rápidamente una denuncia formalizándola, ello dará lugar a un proceso que demandará inversión de tiempo en el futuro. Al final, lo único que está logrando es recargar innecesariamente el sistema judicial.

Tanto Fiscales como jueces, para iniciar un proceso penal deben tener en cuenta lo dispuesto por la Resolución Administrativa N° 081-2004-CE-PJ emitida el 7 de mayo de 2004 por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial: "Los Jueces Penales o Mixtos deben cumplir estrictamente lo establecido por el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley N° 28117, y al momento de calificar la denuncia y sus recaudos, en caso no se haya individualizado el autor o partícipe devolverán la denuncia y los recaudos al Ministerio Público".

¿Por qué los fiscales no hacen uso de estos instrumentos legales y denuncian y acusan sin fundamento? La respuesta es obvia, por facilismo o por rutina, son "inmunes" a asumir responsabilidades, por ejemplo de carácter civil. En estricta aplicación de la ley, solo se debe denunciar cuando hay suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito y de la vinculación del imputado como autor o partícipe en el mismo.

En el Poder Judicial, se pueden constatar miles de denuncias que bien podrían haber quedado en el archivo del despacho del Fiscal, como las siguientes:

- a) Por omisión de actos funcionales o por violencia y resistencia a la autoridad, y no hay ninguna constancia de que el imputado hubiese sido notificado y menos aun bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente.

- b) Denuncias sobre hechos que han prescrito, inclusive antes de que se tome conocimiento de la noticia criminal.
- c) Denuncias que por hechos referidos a conflictos que deben ventilarse en otra vía.
- d) Denuncias por delitos culposos, cuando las partes han llegado a una transacción extrajudicial y existe constancia por instrumento público.
- e) Denuncias por delitos contra el patrimonio cuando no está acreditada la preexistencia de las especies; y, en general, denuncias sin formalizarse por no aportar ningún elemento probatorio que permita considerar verosímilmente que ha ocurrido un delito.

Como antesala de la Reforma Procesal Penal, teniendo en cuenta la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, será progresivamente, la Fiscalía de la Nación debería elaborar un Reglamento de la Investigación Preliminar. Este Reglamento podría determinar objetivos, plazos y normas que faciliten el ejercicio de las facultades del Fiscal investigador y al mismo tiempo, establecer las sanciones y responsabilidades para los casos de incumplimiento. Por lo menos hay que hacer el intento de rectificar las cosas. Estamos seguros que se puede lograr mucho si solo se pone un poco más de esfuerzo. El reto está planteado: el Ministerio Público tiene que ser ágil y eficiente para estar acorde con el cumplimiento de sus fines institucionales y sus responsabilidades.

## 1. 2. PRIMERAS VERSIONES HISTÓRICAS

A diferencia del Poder Judicial, la Defensoría del Pueblo, Procuradores, Tribunales Constitucionales, respecto al Ministerio Público<sup>9</sup> existen pocos estudios y contradictorias versiones sobre su origen. RAMÍREZ VIDAL, señala que la institución del Ministerio Público, encuentra sus remotos antecedentes en los orígenes del proceso penal y el Derecho romano.<sup>10</sup> Los romanos instituyeron figuras como el *tribuno plebis*, cuyo rol se asemejan al Defensor del Pueblo o el *Ombudsman* instituido en el sistema jurídico de Suecia desde el siglo XVII. Hay autores que toman como antecedente del Ministerio Público al *Advocatus Fisci* romano, funcionarios encargados de velar los intereses del fisco, tanto en el ámbito civil como penal, encargados de velar por los intereses del emperador romano. Diametralmente contrario al rol desempeñado por el *tribuno plebis*.

Este enfoque histórico considera erróneo a la luz de la evolución del Derecho romano. El que más se aproximan a su origen son el *tribuno plebis*, funcionarios encargados de asumir la defensa de los plebeyos ante los magistrados y el senado romano. Explica magistralmente Eugene PETIT: “Los exagerados intereses vinieron a aumentar las deudas (se refiere a los plebeyos), y los deudores, en la imposibilidad de pagar, se ven expuestos a todos los rigores que el derecho primitivo

---

<sup>9</sup> Se suele indicar que el origen de la palabra *Ministerio* se encuentra en el vocablo *manus*: *manus regis*, *manus pública*, etc., es decir, sinónimo de fuerza ejecutiva. De acuerdo al diccionario Jurídico Elemental del Dr. Cabanellas, el Ministerio Público es la “institución y el Órgano encargado de cooperar en la Administración de Justicia velando por el interés del Estado, de la Sociedad y de los particulares mediante el ejercicio de las acciones pertinentes, haciendo observar las leyes y promoviendo la investigación y represión de los delitos”.

<sup>10</sup> Cfr. VIDAL RAMÍREZ, Vidal. “En torno al Ministerio Público”, En revista Peruana de Jurisprudencia. Año 7, Nº 51, mayo 2005, p. 415 y siguientes.

autoriza contra ellos; la prisión en casa del acreedor, donde eran tratados como esclavos (...) En el año 260, los plebeyos, empujados al cabo, toman una resolución enérgica: salen de Roma y se retiran al monte Aventino. Los patricios se deciden entonces a hacer una importante concesión. Sobreviene una especie de tratado, con arreglo al cual la plebe obtiene protectores de sus intereses. Estos son los magistrados exclusivamente plebeyos: los *tribuno plebis*. (...) Son declarados inviolables y armados de un derecho de *veto* que pueden oponer, en Roma y dentro de un radio de una milla alrededor de Roma, a las decisiones de todos los magistrados, los mismos que a las de los cónsules y del senado”<sup>11</sup>.

Por su parte KÁDAGAND LOVATÓN, sostiene que en cuanto a los orígenes del Ministerio Público, hay que recordar a los *TESMOTECI* de Grecia, a los *PRAEFECTUS URBIS, PROCURATORES CESARIS, CURIOSI O PATRONUS FISCO* de Roma; a los Sayones de los Francos y Visigodos, los Actores o *Missi dominici* de Carlomagno; 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.

En lo que se refiere a América Española, se afirma que el Consejo de Indias tuvo dos Fiscales que se encargaban de cuidar la jurisdicción y de defender el patrimonio y la hacienda real. La Audiencia de Buenos Aires contó con dos fiscales, uno en materia civil y Real Hacienda y otro

---

<sup>11</sup> PETIT, Eugéne. *Tratado elemental de Derecho romano*. Madrid, Editorial “Saturnino Calleja”, 1924, pp. 34-35. La obra está considerada como una de las más completas con respecto a la historia, evolución y desarrollo de las instituciones jurídicas del Derecho romano.

en lo criminal, cuyas funciones regulaban en el Libro II, Título XVIII de las Leyes de Indias<sup>12</sup>. El Dr. BALLÓN LOZADA, con respecto al tema, cuando hace referencia al juzgamiento de Atahualpa, manifiesta: “El juicio a Atahualpa, considero que constituye el primer acto jurídico de Derecho Europeo o Español con el que se da inicio a la etapa ,llamada de la conquista del Tahuantinsuyo. Sumario proceso en que el Inca fue acusado de rebelde, traidor, homicida, adúltero, hereje y otros, que su comportamiento no correspondía a las normas aprobadas en la sociedad europea. Hicieron de jueces asesores Pizarro y Almagro y de notario Sancho de Cuellar y se nombraron un Fiscal y un defensor del reo y se citaron a diez testigos”<sup>13</sup>. Aquí ya hace su aparición el Fiscal como sujeto procesal del “juicio” al Inca Atahualpa. Igualmente el citado autor, refiriéndose al jurista arequipeño, José Manuel de Irigoyen y Gonzáles de Rivero, escribe: “Fungió como asesor del Cabildo de Lima, Fiscal en el Juzgado de Artillería (1802-1811) y asesor de la Comisaría de Guerra y Marina así como asesor de la Capitanía de Puerto y de la junta del Apostadero del Callao”<sup>14</sup>. Igualmente, se percibe que en plena colonia ya se hace presente la institución del Fiscal.

Es posible la existencia del Fiscal, pero como ente representativo de la Corona, de ninguna manera de la defensa de la legalidad, menos de la imparcialidad, o cosa por el estilo. Es posible su existencia dada la complejidad de las instancias judiciales establecidos por el Estado Español para las colonias: El Consejo de Indias; El Virrey, La Audiencia,

---

<sup>12</sup> LEVENE, Ricardo, citado por KÁDAGAND LOVATÓN, Rodolfo. En: *Manual de Derecho Procesal Penal*. 2ª ED. Lima, Editorial Rodhas, 2001, p. 163.

<sup>13</sup> BALLÓN LOZADA, Héctor. *Historia del Derecho de en Arequipa*. Arequipa, Ediciones LPG, 2005, p. 46.

<sup>14</sup> *Ibíd*, p.78.

el Protector General de naturales, Los corregidores (después serían Intendentes y Subdelegados), los alcaldes ordinarios, los Alcaldes de comunidad y hasta los Alcaldes Mayores de Indios. Entre esas instancias actuaban los abogados quienes asumían la defensa bajo juramento, y desde luego, los Fiscales. En cambio en el Derecho Canónico de la época, existía un Tribunal Eclesiástico, que estaba integrado del siguiente modo: El Juez Eclesiástico de paz (Primera Instancia); el Juez Provisorio y Vicario General (Segunda Instancia), y, el Obispo (Tribunal Superior).

Para Alonso PEÑA CABRERA FREYRE, la figura del Fiscal aparece en el ordenamiento jurídico-inglés, bajo el nombre de *prosecutor* o *attorney*, a fin de impregnar de imparcialidad y de objetividad la función acusadora, que ya no podía estar en manos del juez, tal como se configuraba en el sistema inquisitivo<sup>15</sup>. La atribución del Ministerio Público de la función acusadora o de la persecución penal pública es pues un desarrollo contemporáneo que tiene en gran medida su origen en el rechazo liberal, sustentado por los revolucionarios de 1789, hacia el sistema de administración de justicia del régimen monárquico medieval en Francia.

En la denominada Edad Moderna, se comete los mismos errores. Conciben los primeros vestigios de un actor público a manera de actor estatal, muy diferente a lo que representa hoy el Ministerio Público. "Él era, según su origen y en concordancia con el nombre correcto con el

---

<sup>15</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. "La posición del Ministerio Público en el Código Procesal Penal de 2004". ACTUALIDAD JURÍDICA de Gaceta Jurídica, tomo 149, abril 2006, p. 113.

que le bautizaron (*fiscal*), quien fuera un abogado de la corona, esto es, antes bien un encargado de perseguir los intereses del monarca como persona, quien no podía comparecer por sí mismo en juicio y estaba por ello obligado a tener personero (*mandatario*), que era un funcionario llamado a perseguir los crímenes y delitos, tarea para la que bastaba la competencia del juez inquisidor<sup>16</sup>.

Se señala a Francia como el Estado que da origen orgánicamente al Ministerio Público. SÁNCHEZ VELARDE señala que en el siglo XIII existían en Francia los llamados *procuradores* que tenían como funciones específicas la representación de las partes en los juicios, esto es, tanto al Rey como los señores feudales para la defensa de sus intereses fiscales y con el acrecentamiento del poder del Rey la institución del Ministerio Público asumiría la representación de los intereses de la sociedad<sup>17</sup>. La evolución se da, de haber sido inicialmente abogados del rey, procurador del rey<sup>18</sup>, señores feudales, posteriormente representantes del Estado y la sociedad.

Se acuerdo a estas afirmaciones, se tiene entonces que los fiscales posteriores a la Revolución Francesa y la Asamblea Constituyente, el Ministerio Público subsiste pero solamente conservando sus funciones procesales y, las competencias políticas administrativas que ostentaban fueron derivadas a funcionarios del fisco, ya que en 1808

---

<sup>16</sup> MONTES NAVIDAD, Hilda Graciela. *El Ministerio Público y la prevención del delito*. Lima, Ediciones San Marcos, 2005, p. 20.

<sup>17</sup> SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Comentarios al Código Procesal Penal; origen y antecedentes históricos del Ministerio Público*, p. 239.

<sup>18</sup> Se refiere que esta institución en Francia con los llamados *Procureus du Rei* de la monarquía francesa del siglo XIV fueron instituidos para la defensa de los intereses del Príncipe y del Estado, bajo el régimen establecido por las Ordenanzas de 1522, 1523 y 1586, en donde el procurador del Rey se encargaba del procedimiento, y el abogado del Rey se encargaba del litigio en todos los negocios que interesaban al Rey.

durante la época napoleónica el Ministerio Público aparecería con características contradictorias debido a que se trata de hacer coincidir los intereses de la sociedad y el Estado<sup>19</sup>. En esta etapa, el Ministerio Público se constituye en un organismo que dependía del Poder Ejecutivo cerca de los tribunales jurisdiccionales, con la obligación de obedecer al poder central, su condición era similar a la de un funcionario administrativo-gubernativo.

MONTERO AROCA, da también algunas explicaciones sobre el origen del Ministerio Público: "Existen pocas expresiones tan desafortunadas como esta de Ministerio Fiscal. Ninguna de las dos palabras da una idea real de lo que la figura significa, sino que, antes al contrario, llaman a confusión. Posiblemente la denominación se mantiene, aparte de por razones tradicionales, porque no se ha encontrado otra mejor que sea mayoritariamente aceptada"<sup>20</sup>. Luego afirma: "No estamos ante un Ministerio, en el sentido de órgano político de gobierno, por un lado, pero es que además si tomamos la palabra en el sentido de oficio o cargo el término es tan general que no especifica nada. Si en su origen histórico la relación con el Fisco existía, hoy el Ministerio Fiscal no tiene nada que ver con la Hacienda Pública"<sup>21</sup>.

Esta institución al igual que las otras relacionadas al proceso de administración de justicia han sufrido una larga evolución. "El embrión de lo que hoy conocemos como Ministerio Público, surge de las diversas culturas, al estímulo de una idea muy precisa: la defensa en juicio de los

---

<sup>19</sup> SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, citado por MONTES NATIVIDAD, Hilda Graciela. *Op.cit.*, p. 22.

<sup>20</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional; proceso civil*. 10ª ED. t. I. Valencia, Ediciones Tirant lo blanch, 2000, pp. 196-197.

<sup>21</sup> *Ibíd*, p. 197.

intereses económicos del fisco, que se confundían en el medioevo con los intereses del Rey<sup>22</sup>. Estas referencias demuestran que el Ministerio Público tiene diversas fuentes de origen, las cuales no son excluyentes desde el punto de vista de sus objetivos.

A pesar del transcurso del tiempo existen legislaciones que no siempre reconocen al Ministerio Público como autónomo. En algunos países es un apéndice del Poder Judicial, caso Costa Rica, Colombia, México y Paraguay y, en otros, sus miembros más representativos son elegidos por el Poder Legislativo. Con todo la opción deseada se sostiene sobre la configuración constitucional del Ministerio Público a fin de garantizar una persecución e investigación imparcial.

## **EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA COLONIA**

Con respecto a la existencia y actuación del Ministerio Público durante la colonia no existen posiciones uniformes. ORÉ GUARDIA, afirma que durante la Colonia no existió propiamente un sistema procesal, pues la jurisdicción y la competencia no estuvieron cabalmente determinadas, así como tampoco hubo función diferenciada entre órganos persecutorios y jurisdiccionales.

Lo que ejercieron función jurisdiccional durante la Colonia, según el citado autor, fueron el Virrey como representante del Rey y máxima autoridad, la Audiencia que fue la más alta autoridad en materia judicial, los Intendentes y Gobernadores, los Corregidores de Villas y los Tenientes del Corregidor en sus respectivas demarcaciones. Así mismo,

---

<sup>22</sup> KÁDAGAND LOVATÓN, Rodolfo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 2ª ED. Lima, Editorial Rodhas, 2001, p. 163.

los cabildos presididos por los alcaldes, quienes asumieron funciones de Juez de Primera Instancia. Fue un sistema procesal sumamente inquisitivo en donde el juzgador monopolizaba la acción y la recaudación de los impuestos y tributos<sup>23</sup>.

La afirmación de ORÉ GUARDIA no es del todo cierto. Durante el colonialismo español existieron los llamados *agentes fiscales*, quienes asumían la defensa de la Corona y sus intereses por estos lares americanos. Conforme afirma Ricardo LEVENE en el prólogo a la segunda edición de la obra "*El Contrato Social*", de ROUSSEAU<sup>24</sup> publicado en Buenos Aires, sí estuvo presente la autoridad del Estado. En dicho prólogo se hace un desarrollo de la instrucción sumaria iniciado el 26 de febrero de 1795 (hacia seis años que había estallado la Revolución de 1789) contra tres franceses llegados a Argentina, principalmente a Juan Barbarin, temiendo "recelar alguna asonada o conmoción popular" fomentado "por ánimos díscolos". Se afirma: "El agente fiscal, que lo era el licenciado Mantilla, acusó a los reos de 'sedición y alboroto en prosecución de adoptar las detestables máximas de los franceses convencionistas', formando toda una prueba para castigar los excesos en que habían incurrido al introducir 'la confusión en

---

<sup>23</sup> ORÉ GUARDIA, Arsenio, citado por KÁDAGAND LOVATÓN, Rodolfo. *Op.cit.*, p. 164.

<sup>24</sup> Según Ricardo LEVENE, la moderna historia de la cultura tiene una de sus expresiones más brillante y profunda, a la vez, en la historia de los grandes libros –comúnmente de pequeño volumen- que la humanidad ha producido. No se trata de la repercusión de hechos, sino de las ideas fecundas de subido valor, y su germinación, que hacen rápido camino y engendran los acontecimientos. La divulgación en América hispánica de las obras de filosofía y enciclopedistas comenzó en la segunda mitad del siglo XVIII, y se extendió enseguida de la Revolución de 1810. Las dos obras acaso más difundido es "*l espíritu de las leyes*" (1748) y "*El Contrato Social*" (1762). Representan ambas obras dos concepciones: una empírica, la del pasado fundado en la historia de Inglaterra y en el funcionamiento de sus instituciones, y la otra exalta el valor universal de la libertad y se funda en la voluntad general. En: ROUSSEAU, Juan Jacobo. *El Contrato Social o principios del Derecho Político*. Segunda Edición, Londres 1799, (Precedido de un estudio de Ricardo Levine). Buenos Aires, Editorial Perrot, 1958, pp. VIII-IX.

este pueblo para que sirva de satisfacción pública y ejemplo de otros' ”  
(sic)<sup>25</sup>.

Este proceso de los más sonados de la época, se lleva bajo la defensa del doctor Tomás Antonio Valle, quien no es del agrado de los representantes de la colonia española en Buenos Aires por lo que es acusado ante el Virrey: “la procacidad, maledicencia y altanería del licenciado Valle clama por un ejemplar castigo, no merece ese honroso oficio quien se ha atrevido en ensangrentar la pluma contra el Ministerio Fiscal, contra ese Superior Gobierno y cuantos han intervenido en las causas de la asonada...”<sup>26</sup>. Otro de los procesados José Díaz Moreno, “en los autos que se le siguieron, acusado de intervenir en la proyectada conspiración, sometido a interrogatorio el mencionado, negó el delito que se le imputaba, y el juez, Martín de Alzaga condenó al reo a ‘cuestión de tormento’ en averiguación del hecho. Aplicado el tormento, el reo persistió en su negativa. El Fiscal pidió la pena de muerte. Nombrado como defensor el doctor Julián de Leiva, no aceptó, designándose en su reemplazo al doctor Mariano Pérez de Saravia, quien presentó un importante escrito, dividido en 58 párrafos. La Audiencia condenó a José Díaz Moreno a diez años de presidio”<sup>27</sup>.

Asimismo opuesta a la opinión de ORÉ GUARDIA, es URQUIZO PÉREZ<sup>28</sup>, quien afirma que al Ministerio Público lo encontramos en la legislación peruana, desde la Época Colonial, ya que la Audiencia de

---

<sup>25</sup> ROUSSEAU, Juan Jacobo. *El Contrato Social o Principios del Derecho Político*. Segunda Edición, Londres 1799 (Precedido de un estudio de Ricardo Levene). Buenos Aires, Editorial Perrot, 1958, III.

<sup>26</sup> *Ibíd*, p.VI.

<sup>27</sup> *Ibíd*, p. VII.

<sup>28</sup> PÉREZ URQUIZO, citado por KÁDAGAN LOVATÓN, Rodolfo. *Op.cit*, p.164.

Lima contaba con dos Fiscales, y el Cuzco con un Fiscal encargado especialmente a los asuntos relacionados con garantizar la adecuada administración del Virreinato, la recaudación de los impuestos y tributos, y el respeto por la autoridad de la metrópoli española. El Fiscal era entonces, el defensor de los intereses del Rey.

#### **1.4. EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL SISTEMA JURÍDICO REPUBLICANO EUROPEO Y AMERICANO**

En la época republicana tanto europea y americana es donde se consolida el Ministerio Público, pero inicialmente como parte del Poder Judicial. Sólo "a partir de la República es posible apreciar ciertas características del órgano persecutor"<sup>29</sup>. En efecto, desde la independencia con el Reglamento Provisorio de San Martín de 1821 hasta la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963, el Ministerio Público formaba parte del Poder Judicial, la que varió de Ministerio Fiscal por Ministerio Público y le otorgó mayor identificación con el ejercicio de la acción penal.

La Constitución Española, es la que con más claridad explica las funciones de lo que modernamente constituye el Ministerio Público: el artículo 124.1, reproducido en su Ley Orgánica del Poder Judicial. En este artículo se menciona que al Ministerio Fiscal se le atribuye promover la acción de justicia: "1) En defensa de la legalidad, 2) En defensa de los derechos de los ciudadanos, 3) En defensa del interés público tutelado por la ley, 4) Para velar por la independencia de los tribunales, y 5) Para

---

<sup>29</sup> ORÉ GUARDIA, Arsenio, citado por KÁDAGAN LOVATÓN, Rodolfo, *Op.cit.*, p.164.

procurar ante éstos la satisfacción del interés social<sup>30</sup> (Sic). Estas funciones genéricas se desarrollan luego en quince funciones concretas y, a su vez el artículo 4º, le atribuye seis facultades para hacer posible el ejercicio de sus funciones<sup>31</sup>.

De acuerdo a MONTERO AROCA, el Ministerio Fiscal ejerce sus funciones dentro de una serie de principios o reglas de actuación. Estos principios pueden clasificarse en orgánicos y de actuación:

a) **Los orgánicos**, son de unidad y dependencia. La unidad se manifiesta en que el Ministerio Público es único para todo Estado.

b) **La dependencia**, se manifiesta en una doble dirección. Por un lado se trata de la dependencia frente al poder ejecutivo o externa<sup>32</sup>. Este último principio tiene una variación sustancial en nuestra legislación como señala la Constitución Política y la LOMP.

Los principios relativos a la *actuación* son los de legalidad e imparcialidad:

a) Por el de *legalidad* el Ministerio Fiscal actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma en que las leyes lo establezcan.

---

<sup>30</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Op.cit*, p.199.

<sup>31</sup> Cfr. MONTERO AROCA, Juan. p. 199-200.

<sup>32</sup> *Ibíd*, p. 200.

b) Por el principio de *imparcialidad*, el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados y para garantizarla es posible la abstención pero no la recusación<sup>33</sup>.

En Argentina, la Ley 24.309 de Reforma constitucional de 1994, puso a la Convención Constitucional la posibilidad de erigir al Ministerio Público como órgano extra poder. Ésta finalmente sancionó en el artículo 120º, con el rótulo de Ministerio Público, de tal manera que el Ministerio Público aparece como una suerte de *cuarto poder* después del Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial; así lo juzga parte de la doctrina (OBARRIO y BIANCHI)<sup>34</sup>. Pero, al término del evento, se quedó que el Ministerio Público argentino constituya un organismo extrapoder, caracterizado precisamente por no supeditarse en ninguno de los poderes clásicos. Así lo contempla el artículo 120º de la Constitución que define al Ministerio Público como “un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera”.

El citado artículo 120º ha previsto algunos mecanismos específicos protectores de la condición del Ministerio Público como órgano extra poder:

“a) **Inmunidad funcional:** Determina esa norma que los integrantes del Ministerio Público ‘gozan de inmunidades funcionales’.

“b) **Intangibilidad de las remuneraciones:** Ello está explícitamente señalado por la parte final del artículo 120º.

---

<sup>33</sup> *Ibíd*, p. 203.

<sup>34</sup> SAGÜES, Néstor Pedro. *Elementos de Derecho Constitucional*. t.I. 3ªed. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001, p.668.

“c) **Autarquía financiera:** También se menciona este dispositivo en el artículo 120°. Involucra, por lo menos, auto administración económica del Ministerio Público”<sup>35</sup>;

Con respecto a sus funciones el artículo 120° dispone que el Ministerio Público tiene por finalidad promover *la actuación de la justicia* (expresión que lo perfila como *magistratura requiriente*), con estos objetivos: a) defensa de la legalidad, y b) defensa de los intereses generales de la sociedad. Según la Ley Reglamentaria argentina 24.946, al Ministerio Público le toca promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y los intereses generales de la sociedad, representar el interés público, promover y ejercer la acción penal y la civil en los casos que la ley lo exija; intervenir en los procesos de nulidad de matrimonio, divorcio, filiación, estado civil y nombre de las personas, venias supletorias y declaratoria de pobreza, casos de privación de la justicia. Le compete velar por el cumplimiento de la Constitución y las leyes, y del debido proceso legal, actuar en tutela de la persona y bienes de los menores, incapaces e inhabilitados; defender la jurisdicción y competencia de los tribunales, ejercer la defensa de la persona en las causas penales y en otros fueros para los ausentes y pobres, velar por la defensa de los derechos humanos en los establecimientos de detención o internación, intervenir en las causas de la ciudadanía, entre otras (artículo 25°). Pero no asumirá la representación del Estado ni del Fisco

---

<sup>35</sup> *Ibíd.*, pp. 669-670.

(artículo 27º), que corre a cargo del Cuerpo de Abogados del Estado (artículo 66º)<sup>36</sup>.

## **2. EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PERÚ**

### **2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS**

En el Perú el Ministerio Público tiene su particular institucionalización y evolución. Desde el Reglamento Provisorio que dictó el General San Martín en 1821 hasta la Carta Magna de 1933 el Ministerio Público estuvo concebido como un organismo dependiente del Poder Judicial, que representaba el interés social y actuaba como auxiliar ilustrativo del Juez o Tribunal. En ese contexto establecieron sus funciones y atribuciones los Códigos de Procedimientos Penales dictados en 1863, 1920 y 1940 y las leyes Orgánicas del Poder Judicial.

Después de 12 años de gobiernos militares (General Juan Velasco Alvarado y Francisco Morales Bermúdez), se promulgó la nueva Constitución de 1979. Esta Ley Fundamental estableció además de los tradicionales Poderes del Estado, un conjunto de organismos extra poder o instituciones que no son poderes, sino organismo autónomo que tienen funciones específicas: Ministerio Público, Tribunal de Garantías Constitucionales, Consejo Nacional de la Magistratura, Jurado Nacional de Elecciones, etc.

A partir de la vigencia del artículo 250º de la Constitución Política de 1979 se establece que el Ministerio Público es un organismo *autónomo y jerárquicamente organizado* y se le asignaba en siete

---

<sup>36</sup> *Ibid*, pp. 670-671.

incisos sus atribuciones, conservando las que tenía cuando formaba parte del Poder Judicial, pero incorporando nuevas e importantes funciones tales como:

- Defensa de la legalidad, de los Derechos Ciudadanos y de los intereses públicos tutelados por la ley.
- Vigilar e intervenir en la investigación del delito desde la etapa policial.
- Actuar como Defensor del Pueblo ante la Administración Pública.

Además el texto constitucional disponía que los miembros del Ministerio Público tienen las mismas prerrogativas que los integrantes del Poder Judicial en sus respectivas categorías. Les afecta las mismas incompatibilidades. Su nombramiento está a idénticos requisitos y procedimientos.

La nueva estructura del Ministerio Público se puso en funcionamiento a partir del 28 de julio de 1980, pero recién el 12 de mayo de 1981 inició sus operaciones a nivel nacional, bajo la presidencia del Primer Fiscal de la Nación, Dr. Gonzalo Ortiz de Zevallos. Su Ley Orgánica, Decreto Legislativo 052 contiene las disposiciones relacionadas con su estructura y funciones.

A inicios de la nueva década de 1990 y en medio de la turbulencia política se realizaron elecciones para renovar los cargos en el gobierno. Como consecuencia de ello el 28 de julio de 1990 asumió el poder el ing. Alberto Fujimori Fujimori. Desde los primeros meses de su gobierno se retomaron los temas de reforma del sistema de administración de justicia. Como consecuencia de ello, el año 1991 se promulgaron el Código

Penal, el Código de Ejecución Penal y el Código Procesal Penal, inmediatamente entraron en vigencia plena los dos primeros, pero del Código Procesal Penal solo entraron en vigencia las normas referidas a la aplicación del principio de oportunidad, las medidas coercitivas, libertad provisional y las diligencias especiales, en total no más de veinte artículos.

A partir del 05 de abril de 1992 el Ministerio Público estuvo sujeto a una serie de pseudo reorganizaciones sometido al poder político de entonces. "El nuevo gobierno tenía problemas más urgentes que la reforma de la administración de justicia, tales como el terrorismo y la hiperinflación, pero como no tenía plan de gobierno y carecía de ideas para enfrentarlos solo se le ocurrió apelar a la ruptura del orden constitucional como una forma de facilitar la implantación de una política neoliberal para hacer frente a la crisis económica e imponer una política de emergencia cuyo sustento era la administración de justicia penal por tribunales militares y la aplicación de la pena de muerte. Por eso el 5 de abril se produjo el golpe de Estado, instaurándose el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, que procedió a disolver el Congreso de la República y los órganos constitucionales"<sup>37</sup>.

## **2.2. DEFINICIÓN DE MINISTERIO PÚBLICO**

Se suele afirmar que el origen de la palabra *Ministerio* proviene del vocablo *manus*: *manus regis*, *manus pública*, etc., es decir sinónimo de fuerza ejecutiva.

---

<sup>37</sup> CUBAS VILLANUEVA, Víctor. "Autonomía del Ministerio Público". En: GUTIERREZ, Walter. *La Constitución Política Comentada*. Tomo 2. Lima, Gaceta Jurídica, 2005, p.769.

El Diccionario Jurídico Elemental de CABANELLAS, define al Ministerio Público como la "Institución y el Órgano encargado de cooperar en la Administración de Justicia velando por el interés del Estado, de la Sociedad y de los particulares mediante el ejercicio de las acciones pertinentes, haciendo observar las leyes y promoviendo la investigación y represión de los delitos".

En términos generales, el Ministerio Público, es "la institución estatal y los funcionarios que la integran, encargados de defender los derechos de la sociedad y el Estado. El Ministerio Público actúa en el campo civil y en el penal, representando a la sociedad y al llamado 'interés social'. En lo civil su papel no es de importancia (...) En lo penal, la cuestión es diferente porque según la doctrina y la legislación vigente, es quien exige la sanción ante la ofensa a la sociedad, ante la comisión de un hecho delictivo"<sup>38</sup>.

Como se ha advertido anteriormente, el Ministerio Público, no es un poder del Estado. Es una institución autónoma y jerárquicamente organizada, con absoluta independencia política; forma parte de la estructura del Estado, pero no se identifica con el Estado, porque no representa el interés estatal sino el interés social, que muchas veces aparece contrapuesto, contrario, antagónico, al interés del Estado. Tampoco representa ni se debe al gobierno de turno, porque no es el Poder Ejecutivo, ni el Poder Legislativo ni se identifica con el Poder

---

<sup>38</sup> FLORES POLO, Pedro. *Diccionario Jurídico Fundamental*. 2ª ED. Lima, Ediciones Grijley, 2002, p.498.

Judicial. "Es un órgano estatal 'requiriente' en el proceso para definir la relación penal"<sup>39</sup>.

### **3. EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1979**

Con respecto al origen jurídico constitucional, fue la Constitución de 1979 la que, por primera vez en la historia del Perú, organizó al Ministerio Público como ente autónomo. "La reinstauración de este organismo, que había existido en todos los niveles de la administración de justicia hasta 1975, originó un agudo debate en la época de la Asamblea Constituyente de 1978. Aquella vez dieron su opinión diversas organizaciones públicas y privadas, inclusive la Corte Suprema de Justicia que, -dicho sea de paso- fue la que pidió que el Ministerio Público no fuera separado de la organización del Poder Judicial"<sup>40</sup>. La Asamblea Constituyente, de entonces, persistió en su intento y, una vez instalado el gobierno constitucional del Presidente Fernando Belaunde Terry aprobó la Ley Orgánica del Ministerio Público con uno de los primeros Decretos Legislativos, el N° 052.

La resistencia a la institucionalización del Ministerio Público como organismo autónomo, se basaba fundamentalmente en experiencias pasadas. Épocas cuando este organismo por entonces dependiente del Poder Judicial se había constituido en "factor de demora y entorpecimiento de la administración de justicia, al haberse convertido en dictaminador previo de las causas antes de emitir resolución final la Corte Suprema, lo que llevaba a dos factores negativos: que los expedientes se

---

<sup>39</sup> CASTRO, Juventino, citado por Pedro FLORES POLO, *Op.cit*, p.499.

<sup>40</sup> BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993; análisis comparado*. 5ª ED. Lima, Editorial RAO, 1999, 701.

acumulaban interminablemente en las fiscalías esperando ser dictaminadas; el otro, que la mayoría de dictámenes emitidos resultaban intrascendentes”<sup>41</sup>.

Se criticaba también el concepto entonces prevaleciente, de que el Ministerio Público era una especie de organismo supervisor para el adecuado cumplimiento de la función jurisdiccional de los magistrados, cosa que devenía innecesaria por los procedimientos modernos y por las propias garantías que la Constitución establece para la administración de justicia, tal como lo establecía el artículo 233º de la Constitución de 1979 y el 139º de la Constitución vigente, entre otros.

Como consecuencia de esta normatividad constitucional, “las funciones y atribuciones del Ministerio Público en general y del Fiscal Provincial en lo penal en particular, ha evolucionado desde una intervención puramente pasiva, limitada a emitir dictámenes ilustrativos previos a las resoluciones judiciales, previstas en el Código de Procedimientos Penales de 1940; pasando por la de supervigilar la investigación del delito desde la etapa policial, que le asignó la Constitución de 1979, hasta la de conducir la investigación del delito con plenitud de iniciativa y autonomía, que le impone la Constitución vigente y el Código Procesal Penal, convirtiendo así al Fiscal en INVESTIGADOR, poniendo fin a la polémica acerca de la legalidad del nuevo modelo procesal penal”<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> *Ibíd*, pp. 701-702.

<sup>42</sup> CUBAS VILLANUEVA, Víctor. “Atribuciones del Ministerio Público”. En: GUTIERREZ, Walter. *Op.cit*, 776.

A pesar de las buenas intenciones del Poder Legislativo y Ejecutivo en material criminal, "la radical reforma procesal aún no se lleva a cabo. Por ello continúa teniendo vigencia el Código de Procedimientos Penales promulgado en 1940 y hemos sufrido una involución: tener un sistema procesal penal mixto, inquisitivo en su primera etapa y acusatorio en la segunda, con un procedimiento ordinario para todos los delitos perseguibles de acción pública, hemos pasado a tener un sistema acentuadamente inquisitivo cuyo ámbito de acción ha ido en aumento a partir de 1969, en que se introduce el procedimiento penal sumario para el 5 % de tipos penales hasta ahora en que le corresponde a más de 90 % de tipos penales, y a pesar de estar en el siglo XXI, el Fiscal Provincial continúa con sus facultades recortadas: solo puede practicar la investigación preliminar, directamente o con el auxilio de la policía, para determinar si existe causa probable, es decir, si existen los requisitos legales para promover acción penal<sup>43</sup>.

#### **4. EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993**

La Carta Fundamental que entró en vigencia en enero de 1994 en el artículo 158° establece que el Ministerio Público, es un organismo *autónomo*, presidido por el Fiscal de la Nación. Sus funciones están señaladas en el artículo 159° y encontramos dos funciones importantes:

- Ya no ejerce la Defensoría del Pueblo, que está a cargo de un organismo autónomo.

---

<sup>43</sup> *Ibid*, p.776.

- Respecto a su función persecutoria, amplía sus facultades, al establecer que le corresponde *“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”*.

El artículo 158° al establecer que el Ministerio Público es *autónomo* reconoce y afirma la necesidad de mantener alejado al Ministerio Público del poder político. La misma exigencia se da en el caso del Poder Judicial, pues, no se podría entender un órgano con las características de una mera institución pública sujeta al gobierno de turno. Al respecto, Marcial RUBIO CORREA, sostiene que el Ministerio Público “es un órgano autónomo del Estado, esto es, independiente en sus decisiones, que tiene por finalidad principal velar por la adecuada administración de justicia en representación de la sociedad. No es un contralor ni censor de la labor de los tribunales y juzgados, pues no tiene capacidad de imponerles decisiones ni de pedir sanciones para ellos. Cumple sus labores realizando investigaciones, acompañando permanentemente el trabajo de los magistrados, y ejerciendo derechos diversos de intervención dentro de los procesos”<sup>44</sup>.

Comentando la independencia del actuar el Ministerio Público, ésta constituye un principio de carácter universal en la administración de justicia. Consiste en la posibilidad de que un órgano jurisdiccional o a quienes otorga tal condición la Constitución Política –caso de los Fiscales- pueda cumplir a cabalidad con su función social de resolver

---

<sup>44</sup> RUBIO CORREA, Marcial, citado por BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *Op.cit*, p. 703.

conflictos de intereses y procurar la paz social. Objetivo que no se podrá alcanzar si el Ministerio Público en su actuación se ve afectado por influencias del poder político o elementos extraños que presione o altere su voluntad, es decir, facultad para decidir dentro sus atribuciones que la Constitución y la ley le otorgan.

Es el caso también de los jueces, "si un juez no es soberano en la decisión que debe tomar para resolver un caso concreto, significa que el proceso judicial sólo es un pretexto para protocolizar una injusticia, la que habrá sido obtenida por ese factor externo que pervierte la voluntad del juzgador"<sup>45</sup>. En el mismo sentido se pronuncia DEVIS ECHANDÍA: "Toda intervención que trate de desviar su criterio en cualquier sentido, peca contra él y hace desvirtuar la esencia misma de su cargo. Por eso nada más oprobioso que la existencia de jueces político, de funcionarios al servicio de los gobernantes o de los partidos"<sup>46</sup>.

También la Constitución de 1993 recoge, en líneas generales, la normatividad establecida por su predecesora de 1979 con respecto al Ministerio Público. Sin embargo se hacen algunas diferencias puntuales: la primera gira en torno a la designación del Fiscal de la Nación. El inciso 2º del artículo 251º de la Carta de 1979 establecía que tal cargo era asumido, por turnos cada dos años, por los Fiscales ante la Corte Suprema, los que a su vez eran designados por el presidente de la República con ratificación del Senado. La Constitución vigente ordena

---

<sup>45</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan. *La función del Juez en Derecho Contemporáneo*. Lima, Ediciones San Marcos, 2004, p.74.

<sup>46</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones generales de derecho procesal*. Madrid, Ediciones Aguilar S.A., 1966, p. 47.

que el Fiscal de la Nación sea elegido por la Junta de Fiscales Supremos y, adicionalmente, extiende la duración del cargo a tres años prorrogables a dos años más.

Por otro lado, el artículo materia de comentario se refiere a los derechos y prerrogativas de los miembros del Ministerio Público. Son similares a los declarados y exigidos para los magistrados del Poder Judicial, vale decir: dedicación exclusiva al cargo, con excepción de la docencia universitaria; independencia, inamovilidad en sus cargos; permanencia en el servicio; y, remuneraciones justas. Además es importante la composición interna del Ministerio Público, cuyos cargos jerárquicos en virtud de lo dispuesto por el artículo bajo comentario, son equivalentes cada uno en su categoría a los del Poder Judicial.

Con respecto a su *autonomía* el artículo 5º de la LOMP establece: “Los Fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución. Siendo un cuerpo jerárquicamente organizado deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores”. De esa manera “los Fiscales no pueden ser considerados como simples representantes o delegados del Fiscal de la Nación, esto es lo que constituye la *autonomía interna* del Ministerio Público”<sup>47</sup>.

Si bien, los miembros del Ministerio Público gozan de autonomía interna en el ejercicio de sus funciones, al pertenecer a una organización

---

<sup>47</sup> CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El proceso penal, teoría y práctica*. Lima, Editorial Palestra, 1998, p.91.

jerarquizada, se impone entre los mismos la necesidad de una *comunidad y uniformidad de criterios*. El Fiscal de la Nación, en su condición de autoridad máxima de la institución, tiene como función emitir directivas de carácter técnico-jurídico para el mejor desempeño de las funciones orientando la actividad de los Fiscales. El doctor BRAMONT ARIAS sostiene: "las atribuciones del Fiscal de la Nación son complejas y fundamentalmente de MANDO, DIRECCIÓN E INTERPRETACIÓN, todo en función al servicio de su unidad de actuación, como condición de la unidad legal, nacional, judicial o jurisdiccional"<sup>48</sup>.

Con respecto al artículo 159<sup>49</sup> de la Constitución de 1993, en algunos aspectos es similar al artículo 250º de la Carta de 1979, pero las características han sido desarrolladas. Con respecto al inciso 1º referido a la defensa de la legalidad<sup>50</sup>, precisamente, es la característica central que podría resumir las funciones del Ministerio Público. Es este organismo encargado de tal propósito. Para ello la Constitución y la ley le proveen una serie de atribuciones específicas.

---

<sup>48</sup> BRAMONT ARIAS, citado por CUBAS VILLANUEVA, Víctor, *Op.cit.*, p.92.

<sup>49</sup> El artículo 159 de la Constitución prescribe: 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 público 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.

<sup>50</sup> Podría definirse la legalidad, como todo aquello que es conforme a Ley. También como el "régimen político estatuido por la ley fundamental del Estado" (Real Academia Española). Toda legalidad responde a la estructura del Estado moderno como esencia o requisito fundamental. Para CBANELLAS es "régimen político fundamental de un Estado". COUTURE lo define como "calidad o atributo que posee una conducta o acto jurídico realizado de acuerdo a lo establecido en la ley".

El inciso 2º del citado artículo le delega al Ministerio Público la responsabilidad de velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia. La intención ha sido otorgarle el rol de supervisor de la función jurisdiccional con imparcialidad e independencia. No basta que la ley preceptúe la independencia del Poder Judicial: se debe garantizar que así efectivamente ocurra. Respecto a la imparcialidad no sólo es una calidad que debe tener el Ministerio Público y también el Poder Judicial, sino también “impone un deber a todos los que participan en la actividad judicial de proteger tal estado, compromiso que alcanza a las partes interesadas en el conflicto contenido en el proceso judicial. Es jurídicamente punible que alguien intente violentar la imparcialidad del órgano jurisdiccional, sea con propuestas irregulares o de cualquier otra forma”<sup>51</sup>.

El inciso 3º establece la representación del Ministerio Público, en nombre de la sociedad. Esto es, asume el interés de toda la sociedad y actúa en nombre de ella. Esta actuación se refiere específicamente a los procesos civiles y está concordada con lo establecido por la Ley Orgánica del Ministerio Público.

El inciso 4º refiere un aspecto muy importante: la conducción de la investigación del delito, que está cargo del Ministerio Público. Esta responsabilidad diseñada en el inciso 5º del artículo 250º de la Constitución de 1979 derogada, pero bajo distintas características. El texto citado decía: “Vigilar e intervenir en la investigación del delito desde

---

<sup>51</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan. *Op.cit.* p.75.

la etapa policial..”. El nuevo texto establece: “Conducir desde el inicio la investigación del delito”. Hay, pues, una diferencia sustantiva entre “vigilar” y “conducir”. Esta última desarrolla de modo específico el nuevo Código Procesal Penal.

El inciso 5º es una consecuencia de la actividad acusatoria que ejerce el Ministerio Público, que se manifiesta en el proceso penal.

El inciso 6º se refiere a la obligación que tiene el Ministerio Público de emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla.

El inciso 7º trata de la iniciativa en la formación de leyes, lo que se hace extensivo a otros poderes, organismos autónomos e inclusive la sociedad civil.

El diseño constitucional de nuestro país es el sistema acusatorio, atribuyendo al Fiscal la función acusadora e investigadora. Sin duda, el principio acusatorio se manifiesta en toda su magnitud cuando las funciones acusadoras y juzgadoras son encomendadas a órganos públicos distintos. De esta manera se garantiza la imparcialidad y objetividad de los órganos públicos predispuestos en el proceso de administración de justicia.

## **5. EL FISCAL COMO FUNCIONARIO PÚBLICO**

Se afirma que el Fiscal es un *funcionario público* en tanto realiza una actividad o función en nombre del Estado. Debe entenderse que este es un concepto clásico, de aquel funcionario con dependencia administrativa. Caso de los ministros de Estado, por ejemplo, que

realizan labor administrativa como consecuencia de una planificación política estatal.

Lo que lo diferencia del funcionario del aparato administrativo del Estado, es que los Fiscales, al igual que los magistrados del Poder Judicial, están premunidos de potestades específicas que no gozan los demás servidores del Estado: autonomía e independencia. Estas dos instituciones jurídicas cualifican la existencia del Ministerio Público. La independencia significa la capacidad del Fiscal como persona individual que garantiza su actuación bajo el imperio de la ley, constituye un problema personal. La autonomía del Ministerio Público es un problema institucional y compromete al conjunto de Fiscales como ente constitucional frente a los tres poderes y organismo autónomos. La autonomía es un medio para garantizar la independencia del Fiscal individual.

Con referencia a las potestades del Ministerio Público, en términos generales, la potestad supone una derivación de la soberanía que atribuye a su titular una posición de superioridad o de supremacía respecto de las personas que con él se relacionan, llevando *in situ* una fuerza de mando capaz de vincular el comportamiento de los demás, acudiendo en caso necesario al uso de la fuerza. Señala LÓPEZ GUERRA: " A los jueces y magistrados se atribuye, pues, una potestad de derecho público, caracterizada por el *imperium* derivado de la

soberanía, lo que los coloca en situación de superioridad, y ello respecto de todos”<sup>52</sup>.

## 6. EL ROL DEL FISCAL EN EL CONTEXTO SOCIAL

Sobre la importancia del rol social del Fiscal, señala Fernando VIDAL RAMÍREZ: “Es una función excelsa, porque le da al Ministerio Público la defensa del estado de Derecho, pues debe orientar la aplicación de la normatividad jurídica en su fuerza y en su rango y para lo cual esta legitimado para promover la acción de inconstitucionalidad, así como también para preservar el interés público y el interés social, esto es, el bien común”<sup>53</sup>. En efecto, sería una función excelsa la que deben cumplir los Fiscales si acaso cumplieran en su verdadera dimensión sus funciones y atribuciones en el contexto de la sociedad.

En esa misma dirección se pronuncia Catherine L. CÁCERES JACOBSEN, al señalar que el Ministerio Público, es concebido por nuestra Constitución como un órgano autónomo de Derecho Constitucional, cuya función es, entre otras, la defensa de la legalidad y los intereses públicos tutelados por el Derecho, la representación de la sociedad en juicio y el ejercicio de la acción penal.

Sin embargo, al margen de la consagración constitucional entendemos que ante la sociedad la verdadera imagen se construye por medio del trabajo de los Fiscales en sus diferentes jerarquías: supremos, superiores, provinciales y adjuntos en sus diversos niveles; por ello,

---

<sup>52</sup> LÓPEZ GUERRA, Luis. *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*. Lima, Ediciones Palestra, 2001, p. 23.

<sup>53</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “En torno al Ministerio Público”. *Revista Peruana de Jurisprudencia*. Año 7 /Nº 51, mayo 2005, p. 417.

consideramos de suma importancia definir el rol del Fiscal y su relevancia en la sociedad, no siempre en el ámbito judicial, aunque muy importante debido a la opinión popular que limita su participación a este ámbito, sino también a su labor de identificación con la sociedad a quien representa, lo que constituye la razón de la necesaria participación activa y preventiva.

La labor a veces incomprendida del Fiscal, jamás debe aniquilar su espíritu forjado en una necesidad social, hace imprescindible contar con un perfil del Fiscal, el mismo que no solo debe ser entendido en el ámbito normativo nacional sino en toda su dimensión internacional y de repercusión para con las funciones del Estado y la sociedad.

Al respecto cabe precisar que parte de nuestro ordenamiento jurídico lo constituyen normas de carácter supranacional como la Declaración Universal de Derechos Humanos que consagran principios que inspiran la organización y la administración de justicia de nuestro país, por tanto, es función de los Fiscales hacer respetar tales principios con implicancia al papel fundamental que desempeñan en la administración de justicia, contribuyendo con el respeto y el cumplimiento de tales principios y coadyuvando de esta manera a un sistema penal justo y equitativo.

Los Fiscales deben ser conscientes de los ideales y obligaciones éticas correspondientes a su cargo de vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional e internacional. En caso de que estas sean infringidas, denunciar sin temor alguno tales hechos ante el órgano judicial competente, garantizando del

mismo modo la celeridad y buena marcha de la administración de justicia, el juicio previo, el debido proceso, el respeto de los derechos y garantías constitucionales, así como de los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República, ejercer la acción penal en nombre del Estado, ordenar y dirigir las investigaciones preliminares proporcionando al Juez los elementos necesarios para una debida calificación de los hechos denunciados y el establecimiento de las responsabilidades penales y civiles que se deriven.

Asimismo, el Fiscal debe considerar debidamente la posibilidad de renunciar al enjuiciamiento o interrumpirlo o procurar que el caso penal no sea considerado por el sistema judicial, respetando plenamente los derechos del sospechoso y de la víctima colaborando con la posibilidad de reducir el número de casos que pasan a la vía judicial no solamente para aliviar la carga excesiva de los tribunales, sino también para evitar la estigma que significa la prisión preventiva, la acusación y la condena, así como los posibles efectos adversos de la prisión.

En atención a lo expuesto, cabe preguntarnos: ¿Si se cumplieran todos estos roles la población dejaría de hablar de la impunidad de sus agresores? La respuesta es incierta, pues debemos ser conscientes de que no todos los hechos criminales son denunciados, y muy pocos delitos denunciados encuentran una correspondencia entre la sanción y el daño producido, ello sin contar el beneficio que para muchos causa la lentitud procesal; sin embargo, es cierto también que nuestro trabajo, acorde al cumplimiento de tales roles, tendrá una aceptación social y una

credibilidad que de seguro repercutiría en el apoyo de la sociedad hacia el desempeño del Ministerio Público.

Debemos, pues, entender que la función que les toca desempeñar y la repercusión que su cumplimiento tiene en la sociedad, va a constituir en cada Fiscal un nexo entre el Poder Judicial y la sociedad; siendo la administración de justicia el espejo en el cual se reflejan las diversas necesidades, problemas y realidades de una heterogénea sociedad como la peruana; por tanto, ante la incapacidad del sistema para brindar una respuesta a las expectativas de la sociedad es que la justicia insatisfecha acentúa los conflictos sociales, con incidencia en la vida política y económica del país, creándose inestabilidad en todos estos ámbitos.

También es importante el rol de Fiscal, porque desde un primer instante está en contacto directo con la sociedad, quien brinda una primera imagen de la justicia como institución estatal (Ministerio Público), constituye así el enlace entre un poder del Estado y el pueblo, un enlace que canaliza los conflictos hacia otro órgano estatal (Poder Judicial) en el cual el Fiscal tiene competencia y debe luchar por buscar una solución justa y equilibrada, debiendo mantenerse en su trayecto imparcial y objetivo dentro del conflicto. Por lo que, siendo los Fiscales miembros esenciales de la administración de justicia, el Estado está obligado a garantizar el ejercicio de sus funciones profesionales sin intimidación, trabas, hostigamiento, injerencias indebidas o riesgo injustificado de incurrir en responsabilidad civil, penal o de otra índole.

Respecto a esto último, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Mary Robinson, señaló ante el tema de los derechos humanos y la administración de justicia, que “para la protección eficaz de los derechos humanos, debe existir una legislación y procedimientos adecuados. Sin embargo, no es suficiente contar con una legislación bien redactada y bien intencionada (...). No es suficiente tener una multitud de instituciones, no importa cuán importante sea su rol como garantes del Estado de Derecho. El vínculo esencial es la participación de hombres y mujeres bien capacitados, que crean en ello para lo que se les ha capacitado, crean en los principios profundamente enraizados en la civilización humana; en pocas palabras, que crean en la justicia”; opinión que no hace sino plasmar claramente el problema central de la administración de justicia, no solo en nuestro país sino en toda Latinoamérica, y en especial en los países andinos, tal como lo sustenta Diego García Sayán refiriéndose al sistema de administración de justicia, quien como consecuencia de los múltiples males que aquejan a ésta, encuentra una primera y fundamental tarea, la de encontrar magistrados dignos, que ante situaciones difíciles sepan imponer principios jurídicos y democráticos, defendiendo el estado de derecho, actuando con independencia, coherencia y decisión.

Es preciso, entonces, comprender el verdadero rol o, mejor expresado, misión del Ministerio Público con relación a la sociedad y el Estado, y quien se comprometa con esta institución sintiéndola parte de su vida, será capaz de reunir el perfil de un buen Fiscal. ¿Cómo saber identificar quién reúne dicho perfil? La respuesta es también muy difícil;

sin embargo, la vocación se demuestra en el ejercicio mismo de la función, y es este el mejor lugar donde debemos buscar sus manifestaciones a fin de construir el Ministerio Público como la institución que adquiera identidad con las aspiraciones de la sociedad.

### **CAPÍTULO III**

#### **EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL NUEVO CÓDIGO**

##### **PROCESAL PENAL DE 2004**

#### **1. CONSIDERACIONES GENERALES**

En el aspecto procesal penal es donde sustancialmente realiza sus funciones el Ministerio Público: es titular de la acción penal, dirige la investigación desde la etapa inicial de los hechos calificados como delitos, está encargado de la obtención de los elementos probatorios para crear convicción y demostrar la responsabilidad de los inculpados o su irresponsabilidad interviniendo en la etapa preliminar de la investigación y, una vez ejercitada la acción penal, el Ministerio Público actúa como parte acusadora en el proceso penal propiamente dicho, es decir, el que se desarrolla ante el Juez de la causa siendo, por tanto, el responsable de la carga de la prueba a la vez que representa a la sociedad en juicio.

El Ministerio Público es quien da origen la existencia de un proceso por acción pública, ahí su rol protagónico. Dirige las investigaciones preliminares para establecer si se ha realizado o no la comisión del ilícito penal del que ha tomado conocimiento a través de la *notitia criminis* sin que ello signifique para las personas inmersas en la investigación que se los va a sancionar. "Las investigaciones que realiza el Ministerio Público no tienen el propósito de sancionar a los sujetos a ella, sino sólo de determinar si existen indicios suficientes de la comisión de un delito que amerite la formalización de una denuncia penal ante el juez penal competente"<sup>54</sup>. Por ello, el Ministerio Público cuando ejercita la acción penal lo hace sobre la base de haber recaudado suficiente elementos indiciarios o probatorios de la comisión de un hecho delictivo los cuales son vinculados al presunto autor o autores.

En esa dimensión, se entiende que en estos tiempos el proceso penal debe constituirse en un mecanismo de pacificación social y en un instrumento rehabilitador de la convivencia de los ciudadanos. Como ampliamente expone el Dr. Alonso PEÑA CABRERA FREYRE, el nuevo sistema procesal-penal que se propone con el Código Procesal Penal de 2004 pretende armonizar los intereses individuales con la seguridad ciudadana. Instrumento legal cualitativamente superior que aprueba el sistema procesal acusatorio para nuestro país, norma que se viene aplicando progresivamente a partir de 2006.

---

<sup>54</sup> Exp. 2928-2002-HC proceso constitucional de Hábeas Corpus presentado por Víctor Raúl Martínez Candela contra el Fiscal Supremo Provisional de la Fiscalía Suprema de Control Interno del Ministerio Público y la Fiscal Ana María Cubas Longa por el accionar arbitrario y abusivo que venían desarrollando en la tramitación del proceso investigador afirmando el recurrente que estaba poniendo en riesgo, de modo concreto, objetivo e ilegal su libertad personal.

Con ello se adaptan las normas procesales a los mandatos constitucionales y a las contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, y se establece un proceso penal común para todos los delitos, seguido íntegramente en primera instancia en el que se puede advertir una clara división de funciones. A partir de esta norma la persecución penal de los delitos debe afrontarse desde la plena habilitación de las garantías jurídicas. Una política criminal moderna y garantista ejerciendo la prevención del delito en una composición normativa de plenas garantías para los justiciables. Sin intención de soslayar la figura del Juez, queda claro que es el Fiscal quien asume una figura protagónica en este nuevo cuerpo adjetivo, no solo como persecutor público, sino también como garante de la legalidad y de los derechos subjetivos consagrados en el texto fundamental.

La posición funcional que las últimas Constituciones le conferían al Ministerio Público es recogida por el nuevo CPP. De hecho, la titularidad de la acción penal y la dirección de la investigación del delito no fueron recogidas positivamente por el Código de Procedimientos Penales de 1940. Claro está, un modelo mixto más inclinado al principio inquisitivo reconoce espacios mínimos de actuación del persecutor público, sobredimensionando la figura del juzgador, quien no solo juzga y hace ejecutar lo juzgado, sino que también extiende sus facultades en el ámbito de la investigación del delito. En tal virtud, se afirma con corrección, que el principio acusatorio moderno está ligado

fundamentalmente a las tareas y compromisos que el Fiscal adquiere en la persecución del delito<sup>55</sup>.

## **2. EL MINISTERIO PÚBLICO Y SU ROL EN EL NUEVO PROCESO PENAL**

El nuevo Código Procesal Penal, promulgado en julio de 2004, y cuya labor real empezará progresivamente en el Distrito Judicial de Huaura (Ley N° 28671 y artículo 2° del Decreto Supremo N° 007-2006-JUS) impone el nuevo modelo procesal penal que centra su enfoque en la sustitución del sistema inquisitivo y del mixto por el acusatorio, el cual encarga la persecución penal al Ministerio Público, estableciéndose de este modo una clara distinción entre las funciones de investigar, acusar y decidir. El sistema penal acusatorio hace realidad, asimismo, los principios de inmediación, contradicción, concentración, publicidad y oralidad necesarios para el cabal respeto de los derechos humanos. Estos cambios, implica nuevos paradigmas de organización, gestión y administración, pero, sobre todo, de cambio de actitud y voluntad férrea que se traduzca cualitativa y cuantitativamente en el Ministerio Público.

El nuevo proceso penal comprende, principalmente, cinco etapas: investigación preliminar, investigación preparatoria, etapa intermedia, juzgamiento y ejecución. Las dos primeras etapas son de responsabilidad del Ministerio Público, pues, el Fiscal las dirige, y comprende lo que en la actualidad son la fase de investigación preliminar o policial y la etapa de instrucción, respectivamente. Dependiendo de la

---

<sup>55</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. "La posición del Ministerio Público en el Código Procesal Penal de 2004". Actualidad Jurídica de Gaceta Jurídica N° 149, 2006, p. 115.

investigación realizada, el titular del ejercicio público de la acción penal puede optar por la acusación y el juicio oral, considerando que dicho organismo institucional está preparado para asumir este reto, toda vez que siempre actualiza sus conocimientos.

La fase de la investigación preliminar se inicia ante una denuncia de parte o mediando actuación de oficio. Se busca en esta etapa determinar la existencia de elementos probatorios básicos para iniciar la investigación preparatoria, por ende, deben practicarse las diligencias urgentes o inaplazables para verificar los hechos y su carácter delictivo. Se anhela, entonces, en este estado del proceso penal, asegurar los elementos probatorios, para lo cual se podrá requerir del auxilio de entidades públicas y privadas.

Corresponde a la policía, en esta etapa, proporcionar el apoyo necesario. Puede adelantar la investigación, realizar pesquisas, utilizar todo su conocimiento técnico y científico, elaborar el informe policial, pero ha de abstenerse de formular conclusiones, ya que la calificación jurídica corresponde al Fiscal como representante del Ministerio Público. En esta fase deben recibirse las declaraciones de las personas denunciadas, denunciantes y testigos. Además, hacerse las pericias necesarias y requerirse las informaciones y documentación pertinentes, entre otros.

La investigación preliminar tiene un plazo de 20 días, salvo en casos complejos en los que el lapso será fijado por el Fiscal. Culminada esta fase, le compete a este magistrado decidir con independencia si continúa el proceso o se archiva lo actuado.

La dirección de la investigación preparatoria también corresponde al Fiscal. Etapa del proceso penal cuyo fin es reemplazar la instrucción dirigida en la actualidad por el Juez Penal. Debe iniciarse luego de culminada la investigación preliminar, mediante una disposición emanada del titular en el ejercicio público de la acción penal. Sus requerimientos son:

- a) que el hecho constituya delito;
- b) que la acción penal no haya prescrito;
- c) que se identifique al presunto autor;
- d) que se satisfagan los requisitos de procedimiento.

Una de las innovaciones del nuevo proceso penal es que las diligencias actuadas con anterioridad no se repiten, de tal manera que sólo se podrán ampliar las declaraciones del imputado o los testigos, lo que de hecho significa una reducción en los plazos procesales. Si de la averiguación preliminar se establece la flagrancia de un delito o la existencia de pruebas suficientes de la comisión de uno, se inicia un proceso especial y directamente se plantea la acusación y el juicio oral.

En esta parte, el Fiscal dirige todas las diligencias judiciales que ahora le corresponden al Juez; reconociéndose la posibilidad de que las partes puedan solicitar las que consideren conducentes. Las decisiones sobre las medidas cautelares no le corresponden al representante del Ministerio Público, sino al Juez de la investigación preparatoria e inclusive está facultado para archivar el proceso. Culminada esta etapa,

le toca al Fiscal decidir si formula acusación o sobreseimiento del proceso.

De esta manera sólo al Fiscal le atañe el poder de acusar y quizás sea la faceta más conocida y trascendente de la función del Fiscal. Lo hará cuando cuente con los elementos probatorios suficientes en cuyo caso deberá calificar el delito y solicitar la pena pertinente. El nuevo Código Procesal Penal precisa también que el Fiscal inicia el juicio oral exponiendo brevemente los cargos de su acusación.

En consecuencia, todas estas atribuciones del Ministerio Público están consagradas en el Código Procesal Penal: investigar los delitos, acusar a los autores y partícipes; dictaminar en las solicitudes de libertad provisional e incondicional y en las cuestiones previas, excepciones y cuestiones prejudiciales; actuar en el proceso con independencia y criterio rigiéndose únicamente por la ley. Asimismo dirigir la investigación del delito con la finalidad de lograr las pruebas pertinentes, conservar las mismas, así como identificar el autor o partícipe del hecho delictuoso, en fin disponer la conducción de la persona que se resiste a concurrir a una citación debidamente notificada por la policía.

Como un ente autónomo que forma parte de la estructura del Estado, y dado a su organización y atribuciones, tiene vinculación con los demás Poderes del mismo. Dentro del rol que le compete a esta institución, está el de ser el titular del ejercicio de la acción penal y el deber de la carga de la prueba. Como órgano de acción, se le reconoce con la facultad de apreciar la procedencia de la denuncia y si es oportuno

o no su ejercicio público, el que asume con plena responsabilidad, frente al ilícito que se le hizo conocer formalmente.

Un trascendental cambio en la legislación procesal peruana ha sido el hecho de que ahora se le encomiende la dirección de la investigación al Ministerio Público, acción que ejercita con plenitud y autonomía. Su fuerza se manifiesta en cuanto sea fiel y leal cumplidor de todas las atribuciones conferidas para acreditar plenamente los cargos expresados en la denuncia, ya que es el impulsor de oficio del trámite procesal, sin necesidad de esperar la inquietud de las partes del avance de la investigación. En sus diversas jerarquías, son los llamados a efectivizar tal iniciativa, por ser la esencia de la existencia como institución del Ministerio Público.

En el nuevo ordenamiento jurídico, adquieren mayor importancia no solamente por los fines que persigue la ley, sino también por el hecho de haberseles confiado, sin traba alguna, ni reparos de ninguna índole, el desarrollo procesal penal, con todas las facultades necesarias y respetando su plena autonomía para el esclarecimiento del delito denunciado. Ahora, los Fiscales son responsables del desarrollo y organización de la investigación. Finalizó la época en la que se les consideraba como un relleno teórico judicial, sin iniciativa propia por depender mayormente de la decisión del Juez. Los métodos empleados para la formación del expediente quedaron anticuados por el avance tecnológico, permitiendo que los delitos sean debidamente investigados con la ayuda de los conocimientos científicos.

La titularidad, como atribución legítima reconocida al Ministerio Público, de manera exclusiva, conlleva al respeto de su autonomía de función, en cuanto el Estado cumple con su rol de garantizar la Justicia Penal en nuestro país. Radical cambio de nuestra legislación, al haberle otorgado funciones y responsabilidades más amplias, sumamente complejas y que constituye toda una novedad.

La tarea constitucional concedida inicialmente al Ministerio Público, de vigilar e intervenir en la investigación del delito, desde la etapa policial, significó, en su oportunidad, una profunda transformación en el proceso penal peruano, al habersele concedido la titularidad del ejercicio público en la acción penal, así como el deber de la carga de la prueba. En la presente legislación, se le concede el de ser el Director de la investigación, buscando superar las deficiencias que existieron en las anteriores investigaciones, sobre todo las policiales, en las cuales muchas veces se omitió la intervención de los Fiscales, permitiendo con ello que la elaboración del documento policial quedara como simple relato, sin valor probatorio, facultando esto, que muchas veces no se consiga la aplicación de la sanción penal, dadas las serias irregularidades que presentaba al atestado policial, justamente por la no intervención del representante del Ministerio Público.

Los actos procesales, que anteriormente se realizaban ante el Juez Penal, por la presente legislación son encargados hoy a los Fiscales, quienes deberán actuar por iniciativa propia, teniendo en cuenta siempre su autonomía, el criterio independiente ante cualquier presión, actuando conforme al espíritu consagrado en las normas procesales

penales, evitando de esta manera ser pasibles a futuros reclamos o quejas de los litigantes, o que éstos pretendan reemplazar la actuación Fiscal, impugnando la causa ante su negligencia.

Se sostuvo anteriormente que el Estado, al hacer uso de su poder público ante un acto delictivo, tiene la obligatoriedad, no solamente de denunciarlo, sino de no quebrantar los derechos fundamentales de la persona; respetando su condición humana está por encima de cualquier pretendido abuso, es así que surge la importancia del Ministerio Público, como cautelador del cumplimiento fiel de la ley, y su labor en la investigación, como su único responsable de la dirección de la misma, inmerso en su accionar persecutorio, diligente buscador de pruebas y del autor, defensor incansable de los Derechos Humanos, aplicador constante de su iniciativa o facultad de oficio, permeable a los pedidos de parte que colaboren con el objetivo perseguido, siempre dentro del marco legal.

Todos los actos efectuados por el Ministerio Público no constituyen funciones jurisdiccionales, por cuanto esto está reservado sólo para el Juez, siendo una garantía constitucional en la administración de justicia. Es así, que el Fiscal que interviene tiene la necesidad de la decisión judicial, cuando se trata de resolver aspectos jurisdiccionales que surjan en el desarrollo de la investigación. Los parámetros de las funciones que les compete a estos antes del Estado están debidamente

delineados, relativos a la sanción o absolución de la persona involucrada y a la investigación del delito<sup>56</sup>.

En conclusión, en concordancia al nuevo Código Procesal Penal, las responsabilidades del Fiscal son básicamente las siguientes:

- La dirección de la investigación del delito.
- La calificación rigurosa de las denuncias, archivando lo incompleto, lo inviable o lo que carezca de tipicidad penal.
- Las aplicaciones masivas de acuerdos preparatorios y principios de oportunidad.
- El empleo de la coerción personal y la protección de víctimas y testigos.
- Las nuevas facultades cautelares vinculadas a la prueba.
- Clasificaciones tempranas de las denuncias, preparaciones del caso Fiscal, control jurídico en la instancia, preparación del expediente.
- Coordinaciones con la Policía para la cadena de custodia, la prueba preconstituida, la prueba anticipada, la regularidad de los actos de investigación que evitará la prueba prohibida.

### **3. EL FISCAL COMO TITULAR DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA INVESTIGACIÓN PENAL**

La teoría de la carga de la prueba es una institución derivada de las cargas procesales en general. En un proceso civil quien interpone

---

<sup>56</sup> *Ibíd*, pp. 116-117.

una acción tiene la obligación de probar los extremos de su demanda<sup>57</sup>. En cambio, en un proceso penal se presume la inocencia pero la culpabilidad se prueba. En ambos casos en todo proceso judicial las partes están obligados a probar los hechos que sustentan sus afirmaciones. Sobre el tema señala MAVILA LEÓN: "Un reto vital para que este objetivo político criminal funcione será que en la valoración de los medios de prueba que puedan fundamentar la culpabilidad del imputado ya no tendrá trascendencia sino la actuación de la prueba en sede jurisdiccional y con las garantías del debido proceso. Sin embargo, como quiera que la comprensión del nuevo rol de la policía requiere su profesionalización en la investigación del delito y enfrentar la presencia de márgenes cuantitativos relevantes de corrupción dentro de la institución policial durante los actos iniciales de investigación, este constituye uno de los principales obstáculos prácticos que el nuevo modelo procesal deberá enfrentar"<sup>58</sup>.

Existen tres reglas que configuran la carga de la prueba:

- a. ***Onus probandi incumbitactori***. Expresión latina que significa que al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en que basa su acción. El *onus probandi* es en síntesis, el deber de demostrar toda afirmación hecha por una parte en juicio.

---

<sup>57</sup> El artículo 188° del Código Procesal Civil prescribe: Finalidad.- Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. El artículo 196 de la citada norma expresa: Carga de la prueba.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

<sup>58</sup> MAVILA LEÓN, Rosa. *El nuevo sistema procesal*. Lima, Juristas Editores, 2005, p.46.

- b. ***Reus, in excipiendo, fit actor.*** Es cuando el demandado excepciona o se defiende, se convierte en demandante para efecto de tener que probar a su turno los hechos en que funda su defensa; y
- c. ***Actore non probante, reus absolvitur.*** Es decir que el demandado ha de ser absuelto de los cargos o acción del demandante, si este no probó el contenido de su demanda.

Estas reglas que a simple vista parecen ser exclusivas del proceso civil, son también aplicables al proceso penal porque al denunciante le incumbe la obligación de probar la responsabilidad del procesado, ya que de lo contrario el proceso se archivará o en su defecto el acusado será absuelto.

La carga de la prueba según Enrique M. FALCON: "Su desarrollo correspondió al proceso civil luego que la *acusatio* dejó lugar a la *cognitio extra ordinem*, y siempre estuvo teñida de dificultades, respondiendo a criterios de cada época que evolucionaron con el tiempo (...) la primera acotación la podemos hacer diciendo que, en principio, los deberes son para los sujetos públicos, aquellos citados al proceso, y en algunos casos para las partes"<sup>59</sup>. En materia penal, la carga de la prueba es ampliamente discutida y se encuentra relacionada con la máxima o principio *in dubio pro reo*, por un lado, y, por otro, con la situación del imputado frente al proceso que lo lleva a la condena por las pruebas recolectadas por el Ministerio Público, sin que tenga que probar su inocencia, puesto que ésta se presupone.

---

<sup>59</sup> FALCÓN, Enrique M. *Tratado de la prueba*. t. I. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2003, p. 241.

Conforme expone PEÑA CABRERA FREYRE, es claro que el principio acusatorio presupone, en esencia, la separación de funciones entre los órganos públicos encargados de acusar y decidir la causa penal, esto es, el Fiscal quien detenta la persecución penal pública, la carga de la prueba y el Juez el que se encarga de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado.

Empero la adopción del principio acusatorio importa más que esto, exige que quien investigue sea aquel que detenta la función acusadora. En efecto, el sistema acogido en el nuevo CPP pretende reducir al máximo las facultades discrecionales del juzgador, limitando su actuación a una función juzgadora y garantista, de ahí que se hable con corrección de un Juez de garantías, claro esta, reservando en el principio de jurisdiccionalidad la imposición de medidas coercitivas y medidas limitativas o restrictivas de derecho. Dicho de otro modo, un sistema procesal que se sostiene fundamentalmente en la imparcialidad, objetividad e independencia del órgano jurisdiccional debe despojar al juzgador de cualquier atribución que importe poner en riesgo dichos principios fundamentales.

En tal medida, resulta adecuada y pertinente, la atribución directriz de la investigación preparatoria a la figura del Fiscal. Esta configuración la asume el nuevo CPP, en el inciso 1º del artículo IV de su Título Preliminar cuando establece lo siguiente: "El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio".

La investigación del delito en su fase preliminar es la base fundamental de todo el procedimiento penal, pues a partir de su concreción fáctica, el persecutor público está en posibilidad de acopiar todo el material probatorio de cargo, destinado a la probanza del injusto penal y de la responsabilidad criminal del imputado, o a contrario sensu promover la abstención del poder punitivo del Estado, cuando de dicha investigación se demuestre la irrelevancia jurídico-penal de la conducta imputada, o ante una inminente insuficiencia de pruebas.

Se puede decir, entonces, con propiedad que la investigación preparatoria allana el camino para el juicio oral. De cierta forma delimita el objeto del juzgamiento, en la medida que lo ejecutado y realizado en esta fase por el representante del Ministerio Público, condicionará el contenido de su acusación. Es en la investigación preparatoria donde el persecutor oficial deberá adquirir u obtener medios de prueba, en consonancia con el *onus probandi*. Adquisición probatoria que se materializa con las medidas limitativas y restrictivas de derecho que el nuevo CPP ha comprendido normativamente en el Título III de Libro Segundo.

Siendo así, podemos definir la investigación preparatoria, como la fase del procedimiento en la cual se realizan y ejecutan una serie de actos de coerción y de restricción, destinados fundamentalmente al recojo y acopio de pruebas que puedan sostener, en la etapa intermedia, la pertinencia de llevar a juzgamiento caso que revela suficientes indicios objetivos de criminalidad o, en su defecto, la imposibilidad de llevar a juzgamiento una causa que no se adecua con los elementos materiales

que exige la legalidad para llevar a cabo la culminación del ejercicio persecutorio estatal. Así, pues, los actos de investigación son aquellos que se realizan en su fase sumarial o con anterioridad a la misma, pero con carácter preventivo, con el fin de verificar las funciones específicas de esta fase del procedimiento penal.

El inciso 1º del artículo 321º del nuevo CPP establece que la investigación preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo o de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, el imputado, prepara su defensa. Tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de su perpetración, la identidad del autor o participe y de la víctima, así como la existencia del daño causado. Por esta razón, la investigación se dirige a establecer la efectividad del hecho imputado, con todas las circunstancias de personas, cosas o lugares; identificar a los testigos del hecho investigado y consignar sus declaraciones y, en general, recoger todos los antecedentes que puedan servir para tomar la decisión a cerca del curso de la persecución penal.

La investigación tiene, entonces, por finalidad reconstruir el hecho punible desde diversas aristas relacionadas con los elementos compondores de tipicidad, autoría y participación, contenido del injusto, circunstancias modificativas de responsabilidad (atenuantes y agravantes, etc.). Claro que si bien el éxito del proceso está condicionado a la eficacia de la investigación, no por ello esta actividad podrá desconocer los derechos fundamentales del imputado.

#### 4. EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL PRINCIPIO ACUSATORIO

Nuestro modelo *iusfundamental* consagra definitivamente un modelo procesal penal “acusatorio-garantista”, en la medida de los incisos 1º, 4º y 5º atribuyen al Ministerio Público, respectivamente, la defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el Derecho, conducir desde sus incisos la investigación del delito y ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte. De hecho, el principio acusatorio en su acepción pura, significa la atribución de la función acusatoria a un órgano distinto al órgano jurisdiccional, a fin de garantizar la imparcialidad del procedimiento penal.

Ahora bien, no solo se debe cautelar la imparcialidad e objetividad de los órganos públicos, sino también velar por los derechos fundamentales de los justiciables. La función del juzgador es juzgar, de ejecutar lo juzgado, de velar por los derechos fundamentales, y de que la actuación de los órganos de persecución se realice en estricta observancia de los principios procesales fundamentales. Por consiguiente, cuando al juzgador se le encomienda funciones de investigación (instrucción), se le sustrae de cierta manera, de su función cautelar y, por ende, los justiciables quedan de cierto modo desprotegidos.

El principio acusatorio se manifiesta de manera latente cuando atribuye la titularidad de la acción penal al Ministerio Público, es decir, sin un órgano público o privado que promueva la acción no habrá posibilidad de que se active la tutela judicial efectiva. Es decir, para que el Fiscal pueda ejercitar la acción penal y realizar la pretensión persecutoria

estatal, es necesario que este mismo órgano realice actos de investigación, a fin de contar con los elementos de consignación que le sirva para sustentar válidamente su pretensión ante el Poder Judicial. Siendo así, no cabe duda que función investigadora y acusadora son dependientes entre sí, y encuentran validez programática en el principio acusatorio-garantista.

De todos modos, valga aclarar que la actuación del Fiscal en la investigación preliminar (investigación preparatoria) no es de naturaleza jurisdiccional, por lo que cualquier decisión que suponga afectación o restricción de derechos fundamentales necesita imperiosamente de una decisión jurisdiccional, así como de la convalidación judicial de actos de coerción, que se imponen por iniciativa del Fiscal en la investigación sumaria.

En consecuencia, según esta orientación, el legislador ordinario no podría encomendar al Ministerio Fiscal la adopción de resoluciones – básicamente sobre actos de investigación y medidas cautelares, como la prisión provisional– que impliquen una limitación o una restricción de derechos fundamentales, las cuales se someten al principio de jurisdiccionalidad. Así, el artículo VI del Título Preliminar del nuevo CPP establece que las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, solo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas en la ley, y en concordancia con las facultades que la ley le confieren al Juez de la investigación preparatoria.

La normativa acotada configura un Juez decisorio y tutelar de los derechos fundamentales. Consecuentemente, el modelo de justicia penal adoptado en nuestro texto *iusfundamental* supone la atribución de la investigación preliminar al Fiscal; función que es consolidada y extendida normativamente a la etapa de Investigación Preparatoria (instrucción) en el nuevo CPP, tal como se prescribe en el artículo IV de Título Preliminar, en concordancia con el artículo 321º.

Por otro lado, no queda claro cómo puede garantizarse la imparcialidad y objetividad del persecutor público cuando el nuevo CPP le confiere indagar los elementos o hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. De tal manera, que el órgano persecutor público asume una dual posición, que a primera vista parece ser incompatible entre sí: por un lado, fungir de órgano acusador– a fin de cautelar los intereses públicos amparados en la persecución penal– y, por otro lado, asumir una especie de defensa del imputado. Por lo demás, la representación de intereses en conflicto resulta contraria a los principios generales de todo el ordenamiento jurídico, pues se supone que toda regla de representación parte del presupuesto al mismo tiempo intereses contrapuestos.

## **5. EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

Antes de pasar a examinar el estado de la cuestión, debe señalarse lo siguiente: por el principio de legalidad, los magistrados están obligados a realizar sus funciones jurisdiccionales conforme al ordenamiento jurídico vigente y específicamente según lo que señale la ley (entendiéndose, al vocablo *ley* en el sentido genérico: la Constitución,

ley, decretos legislativos, decretos de urgencia, resolución ministerial, resolución directoral, ordenanzas municipales, etc.). Sin duda, es el principio de legalidad el que sujeta la actuación del Ministerio Público al marco estricto de la ley, en tal sentido, debe promover una investigación preliminar para poder garantizar la efectiva sanción del agente delictivo.

El principio de legalidad en su manifestación procesal penal atiende, desde esta perspectiva, a la ideología del Estado de Derecho, en cuanto pretende el sostenimiento de los poderes públicos a la ley. Como ha afirmado el Tribunal Constitucional ( Exp. N° 6167-2005-PH/TC), el respeto a este principio implica que el Ministerio Público ejercite la acción penal por todo hecho que revista los caracteres de un delito, sin perder de vista que su labor los ejecuta en función de la justicia teniendo como parámetros a la Constitución y a la ley. No podemos olvidar que la realización de la Ley penal sustantiva está condicionada a la persecución penal que se materializa en el procedimiento.

Sin embargo, el principio de legalidad o de estricta legalidad, no debe ser entendido o interpretado de forma vertical, como el persecutor público debe buscar la culpabilidad del imputado a toda costa y a cualquier precio. Definitivamente, esto no es así, el principio de legalidad no debe ser comprendido de una forma unilateral, pues este presupone el pleno respeto a los principios informadores del Derecho Penal material (lesividad, culpabilidad, proporcionalidad, resocialización, etc.). Entonces, si las primeras indagaciones o investigaciones arrojan elementos de convicción de que el hecho imputado no se adecua formalmente al tipo penal en concreto— sea por cuestiones de atipicidad subjetiva o objetiva,

o existiendo preceptos permisivos (causas de justificación) o causas supresoras legales de punibilidad–, el Fiscal deberá decidir por no formalizar la denuncia penal o, en el caso del nuevo CPP, no formalizar la investigación preparatoria.

También en esta parte, el Fiscal, está obligado a respetar el *principio de la verdad procesal*, entendiendo por verdad procesal, la que surge del proceso, es decir, la que consta en los elementos probatorios y de convicción recogidos en su investigación e introducidos en autos. Significa este principio, que para el Fiscal, lo importante y único es la verdad de los hechos, que las decisiones que adopte tendrán que ceñirse a ella y que entonces será recta y legal, aunque en ocasiones la realidad sea diferente. El Fiscal, en ese sentido, tiene que formular denuncias y acusar conforme a lo probado en el proceso y por eso la trascendencia de sus facultades de ser el titular de la carga de la prueba.

## **6. EL MINISTERIO PÚBLICO Y EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD**

Jurídicamente significa la falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de personas o cosas, de que resulta poderse juzgar o proceder con rectitud (Real Academia Española). También significa desinterés frente a las partes, o sea, trato favoritismo. En Derecho procesal, es un principio previo a cualquier otro.

En lo que atañe al Ministerio Público, por el principio de imparcialidad, el Fiscal tiene la obligación de apartarse del conocimiento de una investigación o proceso cuando existan motivos graves que afecten su imparcialidad de conformidad con el artículo 61º, inciso 4º), en

concordancia con el artículo 53º, literal “e”, del Código Procesal Penal. Asimismo, el Código de Ética del Ministerio Público prevé en su artículo 3º que es deber moral de los Fiscales ejercitar sus funciones y atribuciones con probidad, imparcialidad e independencia en defensa de la legalidad e intereses públicos.

Nótese que el binomio independencia e imparcialidad aparecen unidos en forma indisoluble como dos caras de la misma moneda. Sin embargo, hay que ser enfático en señalar que a pesar de que la ley confiere legitimación al Ministerio Público y lo convierte en parte en sede penal, no por ello pierde imparcialidad. Esto es así porque el Fiscal actuará siempre con objetividad como titular de la persecución punitiva para prevenir o denunciar aquellas conductas que alteran el contrato social. En consecuencia, su vinculación en la investigación o proceso estará impregnada de desinterés subjetivo, de lo contrario prevalecerá los mecanismos de abstención o inhibición.

También existe otra posición que sustenta la actuación del Ministerio Público, la cual sostiene que el Fiscal no es parte del proceso penal, sino tan sólo un sujeto procesal que no ésta exento del principio de imparcialidad. Esta tesis es esgrimida por la doctrina italiana. Al respecto el ilustre maestro Francesco CARNELUTI asevera que el Ministerio Público es una especie de puente entre el Juez y las partes, y aunque responde a la obligación de la carga de la prueba, su posición imparcial constituye una garantía para aquellos que se encuentran en la disyuntiva o en la tentación de violar una norma.

Esta corriente perfila la actuación del Fiscal con el propósito de dar satisfacción a las tareas que se le han encomendado dentro de su rol de investigación, acusación y defensa de la legalidad, pero en tanto actúa en representación de la sociedad para requerir una sanción acorde con la comisión u omisión del transgresor, se encuentra limitado por el deber de objetividad, y en el aspecto teleológico por la consecución del valor justicia que sirve de base a la paz social.

Por otra parte el Dr. Fernando UGAZ señala que como un instrumento de justicia, inspirado en criterios objetivos, el Ministerio Público ha sido destinado para procurar y requerir la condena del culpable como para procurar y requerir el sobreseimiento o a la absolución del inocente. Tiene el deber de proponer y ofrecer todas las pruebas que estime útiles para el esclarecimiento de la verdad, sea favorable o desfavorable al imputado, en fin el Fiscal está condicionado por un interés público por excelencia y no por un interés subjetivo y personal.

A mayor abundamiento el Dr. Pedro ANGULO refiere con gran acierto que "en la fase de investigación, el Fiscal aparece revestido de autoridad, rechazando cualquier comparación con una actuación de parte; y solamente en un momento posterior, al convencerse de la responsabilidad del agente con relación a los hechos (circunstancias que se reflejará en el pedido de medidas cautelares o en la presentación de la acusación) aparece convertido en sujeto procesal, interesado de modo imparcial en el progreso de la tesis presentada; pero en toda su labor, el Fiscal estará sometido al principio de imparcialidad. La ley prefiere que la

actividad persecutoria del Fiscal se realice también como la del Juez, partiendo del desconocimiento de los hechos, desde una originalidad posición de imparcialidad y objetividad<sup>60</sup>.

Sobre la imparcialidad del Fiscal existe un punto muy importante, acerca de la "objetividad" que debe seguir en la persecución penal pública. La ficción persiste –apunta Bovino– cuando la investigación preparatoria se coloca en manos del Ministerio Público, en un modelo de mayor contenido acusatorio y, sin embargo, se define la función de ejercer la acción penal como deber objetivo de aplicación de la ley penal. Según la normativa acogida en el CPP, el Fiscal no solo asume la potestad persecutoria del Estado– en régimen de monopolio–, sino que también se constituye en garante de los derechos fundamentales de los justiciables (sujetos procesales), a fin de garantizar la vigencia efectiva de los mismos.

El inciso 2º del artículo IV del Título Preliminar del nuevo CPP, va más lejos y señala lo siguiente: "El Ministerio Público esta obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional".

A partir de una primera lectura, nos preguntamos ¿Cómo es posible que las funciones del Fiscal puedan desdoblarse en dos actuaciones, realmente ambivalentes entre sí? ¿No es acaso que el

---

<sup>60</sup> VARGAS MIÑAN, Wilson. "El principio de imparcialidad en sede fiscal". Suplemento Jurídico de El Peruano. 28/02/06.

perseguidor público debe cautelar únicamente la pretensión punitiva del Estado? Claro está, que en principio es así, y de cierta forma, esta función que le atribuye el texto iusfundamental no le permite actuar con objetividad, buscando en la investigación no solo indicios de criminalidad, sino también de inocencia. En efecto, el Fiscal no puede constituirse en el abogado defensor del imputado, pues esta cuenta ya con uno de su elección. Sin embargo, no debemos confundir dicha objetividad, en el sentido de aferrarse a una investigación abocada a conseguir indicios de criminalidad a toda costa.

## **7. EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA ACTIVIDAD PROBATORIA**

Al respecto debemos efectuar las siguientes precisiones. En primer lugar, lo primero que corresponde señalar es la diferencia entre el deber, obligación y carga, en el marco del proceso en general y de la prueba en particular, para poder, en este deslinde de conceptos, fijar aunque sea de modo preliminar la idea de carga de la prueba. La primera acotación la podemos hacer diciendo que, en principio, los deberes son para los sujetos públicos -en el caso tratado- del Ministerio Público por mandato de la Ley, aquellos citados al proceso y en algunos casos para las partes. La idea de obligación como vínculo jurídico al cual se encuentra sometido una persona respecto de otra, por la razón de una prestación, es generalmente anterior al proceso (y una de las razones del conflicto).

El nuevo CPP configura una actividad probatoria que se dinamiza y desarrolla a partir de la actuación de los sujetos procesales (interpartes), donde a duras penas interviene el juzgador. En tal virtud, su

propia investigación puede llevar al Fiscal a determinar que no existan indicios reveladores de criminalidad, sea por una cuestión de atipicidad o de concurrencia de un precepto permisivo o de otros elementos que cuestionen el contenido material del injusto penal atribuido. Por otro lado, la defensa del imputado puede dar a conocer al acusador público elementos de descargo o contraindicios, que pueda llevar al Fiscal a un razonamiento de inocencia o de no punibilidad. Cabe exigir que los Fiscales verifiquen la plausibilidad de las alegaciones de inocencia del imputado o de aquellas encaminadas a eximir o atenuar la responsabilidad penal cuando las mismas se encuentren suficiente y seriamente respaldadas o sean en un propio beneficio o interés.

El deber de actuación objetiva del Ministerio Público exige la realización de actuaciones, no solo a favor de la persecución penal, sino también a favor del imputado. Uno de los instrumentos que, paradójicamente, sirve a la ficción de la persecución objetiva, y que favorece las posibilidades de triunfo de la hipótesis acusatoria, consiste en la atribución de facultades defensivas al representante del Ministerio Público, v. gr. la facultad de recurrir a favor del imputado. Esta tesis es acogida positivamente en el nuevo CPP, específicamente en el artículo 405.1.a, que faculta el Ministerio Público a recurrir incluso a favor del imputado. Por lo tanto, podrá impugnar, por ejemplo, la sentencia condenatoria, cuando no esté de acuerdo con el *quántum* de la pena, por considerarlo excesivo y que debe ser rebajado, o en el caso de un medio de defensa técnica que ha sido desestimado por el Juez de la investigación preparatoria.

Debe entenderse, entonces, que al imparcialidad y objetividad de la función persecutoria del Fiscal se deriva básicamente del mismo texto *iusfundamental*, cuando establece que la actuación del Ministerio Público se sujeta al principio de legalidad. Es el mismo marco de la legalidad lo que abona a favor de esta tesis (lo cual no es ninguna ficción), pues la garantía de un debido proceso penal (*fair trail*) implica que el Fiscal no solo busque elementos reveladores de criminalidad, sino también que decline de dicha función cuando, en el ámbito de dicha función, advierta que el hecho imputado no es constitutivo de un tipo penal o, en su defecto, en primacía de la justicia material, recurrir a favor del imputado, cuando la pena impuesta por el Tribunal vulnere los principios de proporcionalidad, culpabilidad, humanidad, etc. De todos modos, la actuación del Fiscal debe ser controlada y fiscalizada, a fin de tutelar los derechos y garantías de los justiciables, por lo cual la figura del Juez de Garantías es una necesidad impostergable<sup>61</sup>.

## **8. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL**

### **8.1. CONCEPTO DE PRUEBA**

Un adagio latino dice: "*Probatio est demonstrationis veritas*", que significa: "Prueba es la demostración de la verdad". La palabra prueba, entonces, proviene del latín *proba*, de *probare* (demostrar, reconocer, formar juicio), entendido asimismo en el sentido jurídico, como "la demostración que se hace por los medios legales de la existencia o veracidad de un hecho material o de acto jurídico, en virtud del cual, se concluye por su existencia o se afirma la certeza al respecto de la

---

<sup>61</sup> *Ibíd*, pp. 119-120.

existencia del hecho o del acto demostrado”<sup>62</sup>. Es decir, la acción, el procedimiento y el efecto de probar una afirmación.

Mariano IBERICO define como el mecanismo lógico que tiene por objeto demostrar la existencia de un hecho o la verdad de un juicio<sup>63</sup>. O según BONNECASE, conjunto de los procedimientos por medio de los cuales se demuestra la exactitud de un hecho o acto jurídico discutido, del cual depende la existencia de un derecho<sup>64</sup>. En estas definiciones se incide en dos aspectos el lógico y el científico. Tan es así que no resulta sencillo separar los conceptos de prueba científica y la prueba lógica del campo de la prueba del Derecho. Por ello se hace necesario diferenciar la palabra “prueba” en el campo del Derecho de otros atribuidos a la misma palabra por la ciencia y por la lógica, por la relación de interdependencia que tiene con éstas.

En esa dimensión constituye como afirma EISNER, la palabra *prueba* se usa en múltiples sentidos: tanto indica el *medio* por el cual se intenta demostrar, como el *procedimiento* para probar, cuanto el *resultado* de lo que se haya probado<sup>65</sup>. En esencia constituye la demostración de la veracidad o existencia de un hecho material o de un acto jurídico en las formas admitidas<sup>66</sup> por la ley. En sentido procesal, se designa también así a los medios indicados en la ley para la realización

---

<sup>62</sup> ALFARO PINILLOS, Roberto. *Diccionario práctico de Derecho Procesal Civil*. Lima, Gaceta Jurídica, 2002, p. 714.

<sup>63</sup> IBERICO, Mariano, citado por VÁSQUEZ OLIVERA, Salvador. *Derecho Civil. Definiciones*. Lima, Ediciones Palestra, 2002, p.477.

<sup>64</sup> BONNECASE, Julien. *Elementos de Derecho Civil: Derecho de las obligaciones de los contratos y del crédito*. Vol. XIV, t. II. Puebla, Editorial José M. Cajica, 1945, p. 504.

<sup>65</sup> EISNER, citado por Enrique M. FALCÓN. *Op.cit*, p.21.

<sup>66</sup> Prueba admisible, en términos generales constituye cualquier de los medios probatorios aceptados o admitidos por la ley. Algunos autores sostienen que desde el punto de vista de la lógica jurídica, admisible es toda prueba que por su pertinencia y solidez es muy probable que el juez la recoja en su sentencia.

de esas demostraciones, esto es, la suma de medios para constituir la realización de la propia prueba o se deja, para conclusión o producción de certeza. “En lenguaje procesal la expresión de prueba, considerada en sentido lato, tiene significaciones: tanto se refiere al *procedimiento* para probar, como al *medio* por el cual se intenta demostrar, cuanto al *resultado* de lo que se encuentra probado”<sup>67</sup>. Acreditar, la relación concreta entre la verdad y el espíritu humano con respecto a sus especiales estados de credibilidad y de certeza.

Afirma TAMBINI DEL VALLE: “Objetivamente considerada, la prueba sirve para acreditar un hecho desconocido. Es decir, el Juez se vale de hechos u objetos conocidos para descubrir lo que no se conoce”<sup>68</sup>. Objetividad de la prueba, es todo medio que sirva para conocer cualquier cosa o hecho. De ahí que se derive el *medio probatorio*, como la actividad del Juez, del Ministerio Público o de las partes, que suministran al primero el conocimiento de los hechos del proceso y, por lo tanto, las fuentes de donde se extraen los motivos o argumentos para lograr su convicción sobre los hechos del proceso. De otro modo, “se entiende por medios probatorios los *instrumentos* y *órganos* que suministran al Juez ese conocimiento y esas fuentes de prueba, a saber: el testigo, el perito, la parte confesante, el documento, la cosa que sirve de indicio, es decir, los elementos personales y materiales de la prueba”<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> ALFARO PINILLOS, Roberto. *Op.cit.*, p. 715.

<sup>68</sup> TAMBINI DEL VALLE, Moisés. *La prueba en el Derecho Procesal Penal*. Lima, Jus Editores, s/f.

<sup>69</sup> DEVIS ECHANDÍA, citado por Enrique M. FALCÓN. *Op.cit.*, p.621.

DEVIS ECHANDÍA, sostiene que “es ineludible reconocer tres aspectos de la noción de prueba: el de vehículo, medio o instrumento; el de contenido esencial o esencia de la prueba (razones o motivos que en esos medios se encuentran a favor de la existencia o inexistencia de los hechos), y el de resultado o efecto obtenido en la mente del juez (el convencimiento de que existen o no esos hechos). Una definición general de la prueba debe, pues, comprender esos tres aspectos de la noción”<sup>70</sup>.

## **8.2. OBJETO E IMPORTANCIA DE LA PRUEBA JUDICIAL**

¿Cuál es el objetivo de la prueba? Su respuesta contiene aspectos jurídicos-científicos en la moderna doctrina procesal. En primer lugar es necesario establecer qué pretende la investigación, es decir, cuáles son los objetivos. En materia penal lo que se busca, ante todo, es contribuir a resolver un problema específico, y otras que tienen como objetivo principal probar una tesis, una teoría o aportar evidencias empíricas a favor de ella.

Señala FALCÓN, “pero estos objetivos –esto es, el fin de la prueba- no constituye un concepto absoluto. Dependerán de la necesidad de probar o no, del tipo de conflicto y de los intereses en juego. Así, no resulta idéntica la necesidad de acercarse a la verdad por investigación como un deber de los procesos inquisitivos o en los que existe justicia de acompañamiento, o está interesado el orden social, a la de los procesos dispositivos. De cierta forma, el fin de la prueba está

---

<sup>70</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. t.I. 5ª Edición. Bogotá, Editorial Temis, 2002, pp. 24-25.

marcada por la naturaleza del conflicto”<sup>71</sup>. Agrega, “parece evidente que en el proceso penal lo que se busca con el averiguamiento es, lógicamente, que debe darse un paso más sobre la verdad”<sup>72</sup>.

La prueba tiene un valor indiscutible dentro la vida jurídica y en la protección de los derechos de la persona. Sin ellas el derecho de las personas se vería violadas profusamente en el proceso de administración de justicia. “Por eso el Juez debe saber administrar las pruebas, sin ella está en tinieblas teniendo detrás de él, el enigma del pasado y delante el enigma del futuro. Por eso se afirma que el medio indispensable para llegar a la verdad está constituido por la prueba. El Derecho no es nada sin la prueba, solamente la prueba verifica el hecho”<sup>73</sup>. El proceso penal, por tanto, debe entenderse como un conjunto de pruebas para la acertada valoración, pues, son ellas la sustancia vital de aquel, como que constituyen medios o fuentes indispensables para que la inteligencia del juzgador llegue al conocimiento de la verdad en el ejercicio y decisión de las acciones penales.

La prueba tiene fundamental importancia en la vida jurídica procesal. De donde se afirma que el objeto del proceso -cual es reconstruir históricamente el delito imputado- solamente se logrará mediante pruebas legalmente adecuadas a esa alta finalidad. Señala DEVIS ECHANDÍA: “Sin ella los derechos subjetivos de una persona serían, frente a las demás personas o al Estado y entidades públicas emanadas de este, simples apariencias, sin solidez y eficacia alguna

---

<sup>71</sup> FALCÓN, Enrique M. *Tratado de la Prueba*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2003, p. 135.

<sup>72</sup> *Ibíd*, pp.135-136.

<sup>73</sup> TAMBINI DEL VALLE, Moisés. *Op.cit.*, p. 121.

diferente de la que pudiera obtenerse por propia mano (sistema primitivo de justicia privada) o por espontánea consideración de los demás (hipótesis excepcional, dado el egoísmo, la ambición y la inclinación a la rapiña, propias de la naturaleza humana)”<sup>74</sup>.

Siendo toda norma jurídica, “por esencia, violable, ya que regula conductas humanas y parte de la base de que estas pueden tener otra manifestación, por lo cual se hace indispensable exigir la contemplada en ella. Por tanto, sin la prueba del derecho estaríamos expuestos a su irreparable violación por lo demás, y el Estado no podrá ejercer su función jurisdiccional para amparar la armonía social y secundariamente restablecer el derecho conculcado. Gráficamente expresa ese concepto el viejo adagio: tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo”<sup>75</sup>. Un tribunal para que declare la existencia de responsabilidad criminal e imponga una sentencia penal y otra civil, en su caso, a una determinada persona, precisa que adquiera certeza de que se cometió una infracción penada legalmente y que fue autor de ella el imputado a quien se le condena.

En ese sentido, la prueba judicial, es entendida como el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, atención y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre hechos que interesan al proceso. CARNELUTTI manifiesta que es “el conjunto de las normas jurídicas que regulan el

---

<sup>74</sup> DEVÍS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. t..I. 5ª Edición. Bogotá, Editorial Temis, 2002, p. 4.

<sup>75</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Op. cit.*, p. 4.

proceso de fijación de los hechos controvertidos<sup>76</sup>. VISHINSKI, define como “el conjunto de normas o reglas que regulan el modo de reunión, presentación, utilización y calificación de las pruebas”<sup>77</sup>.

En forma más concreta Antonio ROCHA preceptúa que la prueba judicial es “la verificación social de los hechos”<sup>78</sup>, es decir, la prueba en sus múltiples manifestaciones en el campo del Derecho, tanto procesal como extraprocesal en busca de la verdad. La prueba implica la confrontación de la verificación si las afirmaciones contenidas en la denuncia Fiscal coinciden con los hechos. De ahí como plantea TAMBINI DEL VALLE: “En el proceso penal existen dos clases de verdad, a alcanzar:

- a) Verdad en cuanto a los hechos: procurar que la idea que se forma el juez concuerde con la realidad;
- b) Verdad en cuanto al derecho: que la ley que se aplique al hecho sea la exacta”<sup>79</sup>.

Concluyentemente, cuando mediante los medios probatorios, el Juez establece la realidad de lo ocurrido y aplica la ley que corresponde, entonces puede decirse que se ha alcanzado la verdad. Existe una relación indisoluble entre prueba y verdad en la búsqueda de la verdad.

---

<sup>76</sup> CARNELUTTI, citado por DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Op. cit.*, 7.

<sup>77</sup> VISHINSKI, citado por DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Op. cit.*, 7.

<sup>78</sup> ROCHA, Antonio. *Derecho probatorio*. Bogotá, Facultad de Derecho del Colegio del Rosario, 1962-1963, p. 2, y *De la prueba en derecho*. Bogotá, Editorial Lerner, 1967, p. 13-19.

<sup>79</sup> TAMBINI DEL VALLE, Moisés. *Op. cit.*, p. 50.

### 8.3. PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA

Los principios son concepciones del Derecho que han tenido un importante reconocimiento en un momento histórico determinado, con la suficiente contundencia como para mantener su aceptación relativa en sociedades y tiempos distintos a aquellos en los que tuvieron origen. Pero debemos precisar, que los principios generales, e incluso los llamados específicos, no son verdades inmutables e incontrovertibles. IHERING, decía al respecto: "El tiempo modifica los principios fundamentales igual que cambia las reglas del Derecho. Los principios deben necesariamente cambiar porque no constituyen de ningún modo categorías lógicas, sino que son la concentración de reglas materiales y las reglas cambian con las relaciones. Creer en la inmutabilidad de los principios acredita la falta de sentimiento crítico para el estudio de la historia". De otro lado, los principios son fenómenos jurídicos que tienen como funciones: crear, interpretar e integrar el sistema jurídico.

Con respecto a la prueba, ella proviene del latín *proba*, de *probare* (demostrar, reconocer, formar juicios), entendido asimismo en el sentido jurídico, como la demostración que se hace por los medios legales de la existencia o veracidad de un hecho material o de acto jurídico, en virtud del cual, se concluye por su existencia o se afirma la certeza al respecto de la existencia del hecho o del acto demostrado. Los principios romanos expresados en latín sobre la prueba, son usuales en los países sajones y en algunos latinos de Europa desde el siglo XVII; antes se hallaban implícitos en los copiosos índices analíticos que acompañaban al *Corpus Iuris* y a sus comentarios. Veamos algunos a manera de ilustración:

*Actore non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse prestat, obtinebit. (Codees, 2,1,4).*

No probando el actor (su demanda), aun cuando el demandado nada alegue, obtendrá (su absolución).

*Confessio est regina probationum*

La confesión es la reina de las pruebas.

*Cum par delictum est duorum, semper oneatur petitor, et melior habetur possessoris causa. (Ulpiano, Dig. 50, 17, 154).*

Cuando es igual el delito de las dos partes, al actor le corresponde siempre la prueba, y es mejor la condición del poseedor.

*Manifesta haud indigent probatione.*

Las cosas manifiestas no han menester de prueba.

*Nulla est maior probatio, quam evidentia rei.*

No hay prueba mayor que la evidencia del hecho.

*Probatio specialis praevallet generali.*

La prueba especial prevalece sobre la general.

*Probatio vincit praesumptionem.*

La prueba supera a la presunción.

Se define a la prueba, como “la actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios previstos o autorizados por la ley y encaminada a crear convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes en sus alegaciones”. La prueba, por eso,

constituye, en material penal y procesal, la propia alma del proceso o la luz que viene a esclarecer la duda con respecto a los hechos denunciados y disputados.

En el lenguaje procesal, la expresión *prueba* considerada en sentido lato, tiene diversas significaciones: tanto se refiere al *procedimiento* para probar, como al *medio* por el cual se intenta demostrar, cuanto a *resultado* de lo que se encuentra probado.

En la doctrina procesal se conciben los siguientes principios generales de la prueba:

- “a) Principio de la necesidad de la prueba y de la prohibición de aplicar el conocimiento privado del juez sobre los hechos.** Se refiere este principio a la necesidad de que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial, estén demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los interesados o por el juez, si este tiene facultades, sin que dicho funcionario pueda suplirlas con el conocimiento personal o privado que tenga sobre ellos, porque sería desconocer la publicidad y la contradicción indispensable para la validez de todo medio probatorio.
  
- b) Principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba:** Si la prueba es necesaria para el proceso, debe tener eficacia jurídica para llevar al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos que sirven de presupuesto a las normas aplicables al litigio, o a la pretensión voluntaria, o a la culpabilidad penal investigada.

- c) **Principio de la unidad de la prueba:** Generalmente la prueba que se aporta a los procesos es múltiple, a veces los medios son diversos. Significa este principio que el conjunto probatorio del juicio forma una unidad, y que, como tal, debe ser examinado y apreciado por el juez, para confrontar las diversas pruebas, puntualizar su concordancia o discordancia y concluir sobre el convencimiento que ellas globalmente condicionan una decisión final.
- d) **Principio de la comunidad de la prueba, también llamada de la adquisición:** Como consecuencia de la unidad de la prueba es su comunidad, esto es, que ella no pertenece a quien la aporta y que es improcedente pretender que solo a este beneficie, puesto que, una vez introducida legalmente al proceso, debe tenérsela en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, sea que resulte en beneficio de quien la adujo o de la parte contraria, que bien puede invocarla.
- e) **Principio del interés público de la función de la prueba:** Siendo el fin de la prueba llevar la certeza a la mente del juez para que pueda fallar conforme a justicia, hay un interés público indudable y manifiesto en la función que desempeña en el proceso, como lo hay en este, en la acción y jurisdicción.
- f) **Principio de la lealtad y probidad o veracidad de la prueba:** Si la prueba es común, si tiene su unidad y su función de interés general, no debe usarse para ocultar o deformar la realidad, para tratar de inducir al juez a engaño, sino con lealtad y probidad o veracidad,

sea que provenga de la iniciativa de las partes, o de actividad inquisitiva del juez.

- g) Principio de la contradicción de la prueba:** Significa que la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluyendo en esto el ejercicio de su derecho de contraprobar, es decir, que debe llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes. Este principio rechaza la prueba secreta practicada a espaldas de las partes o de una de ellas y el conocimiento privado del juez sobre hechos que no constan en el proceso ni gozan de notoriedad general, e implica el deber de colaboración de las partes con el juez en la etapa investigativa del proceso.
- h) Principio de igualdad de oportunidad para la prueba:** Para que haya esa igualdad es indispensable la contradicción; con todo, este principio significa algo más: que las partes dispongan de idénticas oportunidades para presentar o pedir la práctica de pruebas, persigan o no contradecir las aducidas por el contrario.
- i) Principio de la publicidad de la prueba:** Significa que debe permitirse a las partes conocerlas, intervenir en su práctica, objetarlas si es el caso, discutir las y luego analizarlas para poner de presente ante el juez el valor que tienen, en alegaciones oportunas; pero también significa que el examen y las conclusiones del juez sobre la prueba deben ser conocidas de las partes y estar al alcance de cualquier persona que se interese en ello, cumpliendo así la función social que le corresponde.

- J) Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba:** Este principio tiene dos aspectos: con arreglo al primero, para que la prueba tenga validez se requiere que sea llevada al proceso con los requisitos procesales establecidos en la ley; en el segundo, exige que se utilice medios moralmente lícitos y por quien tenga legitimación para aducirla.
- k) Principio de la legitimación para la prueba:** Este principio exige que la prueba provenga de un sujeto legitimado para aducirla, es decir, el juez, cuando tiene facultades inquisitivas, y las partes principales y secundarias, e incluso transitorias o intervinientes incidentales.
- l) Principio de la preclusión de la prueba<sup>80</sup>:** Trata de una formalidad de tiempo y oportunidad para su práctica y se relaciona con los de contradicción y lealtad; con él se persigue impedir que se sorprenda al adversario con pruebas de último momento, que no alcances a controvertir, o que se proponga cuestiones sobre las cuales no puedan ejercitar su defensa.
- II) Principio de la inmediación y de la dirección del juez en la producción de la prueba:** Este principio contribuye a la autenticidad, la seriedad, la oportunidad, la pertinencia y la validez de la prueba. La inmediación permite al juez una mejor apreciación de la prueba, especialmente en materia de testimonios,

---

<sup>80</sup> En el proceso penal no existe la preclusión que opera en el civil. Si la prueba tiene importancia para la investigación deberá ser aceptada y actuada, aún en la etapa final del proceso para ser apreciada en la sentencia. La finalidad de buscar la verdad de los hechos prevalece sobre los aspectos formales.

inspecciones judiciales, indicios, interrogatorios de las partes y peritos.

- m) **Principio de la imparcialidad en la dirección y apreciación de la prueba:** La imparcialidad del juez debe presumirse, a menos que exista alguna causal contemplada por la ley. La dirección del debate probatorio por el juez impone necesariamente su imparcialidad, esto es, el estar siempre orientado por el criterio de averiguar la verdad.
- n) **Principio de la originalidad de la prueba:** Este principio significa que la prueba en lo posible debe referirse directamente al hecho por probar, para que sea prueba de este, pues si apenas se refiere a hechos que a su vez se relacionan con aquel, se tratará de pruebas de otras pruebas.
- ñ) **Principio de concentración de la prueba:** Este principio quiere decir que debe procurarse practicar la prueba de una vez, en una misma etapa del proceso.
- o) **Principio de la libertad de la prueba:** Para que la prueba cumpla su fin de lograr la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos que interesan al proceso, en forma que se ajuste a la realidad, es indispensable otorgar libertad para que las partes y el juez puedan obtener todas las que sean pertinentes.
- p) **Principio de la pertinencia, idoneidad o conducencia y utilidad de la prueba:** No debe confundirse la pertinencia <sup>81</sup>de la prueba

---

<sup>81</sup> Además según Enrique M. FALCÓN, la admisibilidad está ligada con la procedencia del hecho cuyo fundamento está en la admisibilidad legal de la prueba, o en la licitud del hecho a probar. En el primer caso encontramos el supuesto de la circunstancia o hechos sobre los que

con su valor de convicción, ya que la pertinencia consiste en que haya alguna relación lógica o jurídica entre el medio y el hecho por probar, y pueden existir a pesar de que su valor de convicción resulte nugatorio.

- q) **Principio de la obtención coactiva de los medios materiales de prueba:** En virtud de él, los documentos, las cosas y, en ocasiones, la persona física, cuando es objeto de prueba deben ponerse a disposición del juez cuando se relacionan con los hechos del proceso. Existe, pues, un deber de prestarle colaboración a la justicia, en materia de pruebas.
- r) **Principio de la inmaculación de la prueba:** Se trata de comprender en este, de manera más general y desde otro punto de vista, los principios ya examinados de la formalidad y legitimidad de la prueba, de su espontaneidad o naturalidad y licitud, de su oportunidad y preclusión, de su con contradicción y publicidad.
- s) **Principio de la evaluación o apreciación de la prueba:** Cualquiera que sea el sistema legislativo que rijan y la naturaleza civil o penal del proceso, la prueba debe ser objeto de valoración en cuanto a su mérito para llevar la convicción al juez<sup>82</sup>.

Estos son algunos de los principales principios de la prueba judicial aplicable a los diferentes procesos, particularmente penal. Pero es preciso aclarar que no todos estos principios son aplicables al proceso

---

la ley, basada en cuestiones morales, políticas, científicas o religiosas no admite la prueba (secretos de Estado, secretos profesional, etc.) El otro caso está centrado en los hechos lícitos. *Op.cit.*, p.824.

<sup>82</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Op.cit.*, pp. 107-132.

penal, por ejemplo, el principio de preclusión. Son importantes, porque a la luz de estos principios es como el Ministerio Público, órgano jurisdiccional y abogados orientarán su criterio para producir, recepcionar y valorarlos en la solución de conflictos de intereses.

#### **8.4. PRINCIPIOS QUE REGULAN LA ACTUACIÓN DE LA PRUEBA**

Existen determinados principios que regulan la actuación de la prueba. Entre los más importantes tenemos:

- a) Principio de la formalidad: la norma procesal determina una serie de formas o requisitos formales que determinan la forma como deben actuarse las pruebas. El Código Procesal Civil<sup>83</sup> determina los procedimientos de ofrecer una prueba, que es sustancialmente diferente al que determina la norma procesal penal.
- b) Principio de pertinencia: las pruebas deben concretarse al asunto controvertido y a los hechos sometidos al proceso. Significa que el objeto de la prueba debe estar relacionado directo o indirectamente con el ilícito que se investiga. Ejemplo: en un delito de homicidio, las pruebas pertinentes serán el acta de levantamiento de cadáver, el protocolo de necropsia, entre otros.
- c) Principio de contradicción: permite que la parte afectada con la prueba ofrecida en el proceso tenga conocimiento de las ofrecidas para su cuestionamiento.

---

<sup>83</sup> El artículo 189° del Código Procesal Civil, prescribe: Oportunidad.- "Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código".

- d) Principio de la igualdad de las partes: permite poner a las partes en igualdad de condiciones ante la Ley. Es decir, no hay privilegios ni ventajas de naturaleza alguna en consideración a diferencias raciales, económicas, sociales, etc.
- e) Principio de oralidad de la prueba: no todas las pruebas tienen este principio de oralidad. Sin embargo todas las pruebas que se lleven a cabo en forma oral, habrán de ser documentadas por el secretario.
- f) Principio de inmediación de los actos de prueba: se refiere a que la prueba debe ser actuada por los jueces que van a declarar o definir el proceso. Obliga al Fiscal y Juez verificar personalmente el resultado material de la infracción a través de los sentidos, sea los ojos, oídos, etc.
- g) Principio del secreto y la publicidad: depende de la naturaleza del ilícito materia de investigación y juzgamiento, en consideración al tipo de acción pública o privada, o tratándose de secretos de Estado.
- h) El principio de la cooperación de las partes: la colaboración eficaz para atenuar la pena.
- i) Principio de utilización de los conocimientos científicos: peritaje.
- j) El principio de la ausencia de preclusiones.

## **8.5. CLASES DE PRUEBAS EN MATERIA PENAL**

### **8.5.1. LA PRUEBA PENAL EN LA DOCTRINA**

Tanto en el proceso civil como penal se requieren una investigación previa. En materia penal se le llama extra judicial o

pre judicial. Es en el proceso penal donde se tiene una caracterización más notoria en función a que el Estado se ha reservado la coerción y el uso de la fuerza. Como señala VÁSQUEZ ROSSI, “desde la consolidación de la acción pública y de la institucionalización de un aparato oficial de persecución y juzgamiento, el elemento más notorio y que en mucho da las notas que definen al proceso penal, es el correspondiente a la investigación del hecho y a la acumulación de registros probatorios”<sup>84</sup>. Mirando el origen, la forma y contenido de los distintos medios probatorios, la doctrina clasifica las pruebas en una variedad a las cuales pueden ser añadidas otras con tal que lleguen a crear convicción sobre la verdad de las afirmaciones del Fiscal y en el juzgador.

Las pruebas más aceptadas por la doctrina son:

- a. **Pruebas reales:** Son los medios probatorios constituidos por cosas, objetos y documentos públicos y privados que pueden agregarse al expediente.
- b. **Pruebas personales:** Las que tienen en la persona humana la fuente o elemento esencial de la prueba como ocurre con la confesión, el testimonio, el dictamen pericial, etc.
- c. **Pruebas históricas:** CARNELUTTI, atendiendo a la función de la prueba, sostiene que la prueba histórica se caracteriza por la representación del hecho que se tenga que probar. Son las

---

<sup>84</sup> VÁSQUEZ ROSSI, *Derecho Procesal Penal*, t. II, p. 361.

pruebas que sirven para comprobar el hecho con inmediata posterioridad a su ocurrencia. Ejemplo. La reconstrucción y la inspección judicial, ya que ellas sirven para la reproducción histórica del hecho investigado.

**d. Pruebas directas:** Son aquellas que se perciben inmediatamente, sin ningún esfuerzo de razonamiento. Son las que forman convicción por sí mismas. Ejemplo: La confesión sincera de las partes, llamada en nuestro medio: instructiva si se trata del imputado y preventiva si se trata del agraviado.

**e. Pruebas indirectas:** Llamada también prueba mediata, es la que se percibe después de un razonamiento y análisis, en el que se procede de lo conocido a lo desconocido y cuya existencia es necesario demostrar. Ejemplo: La prueba indicara.

Es la prueba constituida por simples indicaciones derivadas de un hecho desconocido.

En esta clase de pruebas se hace uso también de la deducción. Ejemplo: Un sujeto niega ser propietario de un maletín que contiene droga, sin embargo, el vendedor del maletín declara en el proceso que ese maletín lo vendió ese sujeto.

**f. Prueba pre-constituida:** Es la que existe antes de la comisión del hecho delictuoso y antes del inicio del proceso penal.

Es la que ha sido redactada antes de toda contradicción litigiosa y que demuestra con toda claridad y precisión la existencia de un acto. Ejemplo: Los documentos públicos.

- g. Pruebas constituyentes:** Es la que se ofrece y actúa en el curso del proceso judicial.
- h. Pruebas de cargo:** Son las que tienden a demostrar responsabilidad del procesado. Estas pruebas también se llaman incriminatoria.
- i. Pruebas de descargo:** Llamadas también pruebas de defensa o disculpatoria son las que desvirtúan la imputación y tienden a establecer la inocencia del procesado.
- j. Las pruebas de absolutorias y condenatorias:** Algunos tratadistas las llaman así, cuando en realidad no vienen a ser sino las mismas, pruebas de cargo y pruebas de descargo, según se orienten a demostrar la inocencia o la culpabilidad del procesado.
- k. Pruebas genéricas:** Son las que se refieren al cuerpo del delito, a la existencia del delito, son las que se dirigen a comprobar la materialidad de la infracción penal. Ejemplo: La necropsia, el reconocimiento médico legal del lesionado.
- l. Pruebas específicas:** Son las que se encaminan a descubrir al autor del delito, los móviles del delito y demás circunstancias de la imputación.

**m. Pruebas simples:** Son las que por sí solas demuestran la verdad de los hechos. Ejemplo: La inspección ocular de un incendio.

**n. Pruebas compuestas:** Son las que en su conjunto llevan al convencimiento. Por sí solas no demuestran la verdad, es necesario que se actúen varias pruebas para demostrar la verdad de los hechos. Las pruebas compuestas pueden ser concurrentes y contrapuestas. Las concurrencias son aquellas que sirven para producir convicción en el juzgador de un mismo sentido sobre la existencia o inexistencia del hecho investigado. Las pruebas compuestas se presentan cuando varios medios de prueba están en contraposición, ya que unas sirven para llegar a una conclusión y las otras no.

**o. Pruebas libres:** Es la que depende de la elección del Juez para acreditar la comisión del delito o la inocencia del procesado. El Juez dispone libertad en la elección del medio probatorio de su preferencia para reforzar su criterio, muchas veces incurriendo en arbitrariedad.

Las partes también tiene la libertad para ofrecer y actuar en el proceso tal o cual medio probatorio. Ejemplo: Si uno libremente desea ofrecer testigos de buena conducta para que declaren a favor del procesado o de la parte agraviada.

**p. Pruebas perfectas:** Son aquellas que reúnen todos los requisitos legales y dan certeza sobre el hecho a probar. Es la

que forma convicción en el juzgador; es la prueba que no admite grados de credibilidad. En el juicio humano la certeza es la aceptación de la verdad de un hecho sin duda alguna. El valor y el efecto que produce en la mente del juzgador es completo.

**q. Pruebas imperfectas:** Son aquellas que adolecen de vicios o irregularidades y que al ser valoradas no forman convicciones en el juzgador por no tener el grado suficiente de eficacia probatoria.

Como se verifica, las pruebas en el proceso penal son ilimitadas. El peligro está en que algunas de ellas son apreciadas subjetivamente antes que en forma objetiva.

#### **8.5.2. PRUEBAS NOMINATIVAS EN LA NORMA PENAL PERUANA**

El desarrollo de la ciencia y la tecnología a hecho que se incrementen muchas pruebas de las que rutinariamente son actuadas en la práctica procesal penal. Por ejemplo, el desarrollo de la informática, la clonación, la ciencia molecular, la biotecnología, etc., hace que los autores de muchos y nuevas figuras delictivas requieran cada vez más de nuevos conocimientos científicos y tecnológicos de los operadores de la administración de justicia para determinar con eficacia y precisión la responsabilidad de sus autores. En el siglo XXI los delitos son mucho más sofisticados de tal manera que la técnica jurídica

actual y el grado de conocimiento profesional de nuestros magistrados resultan insuficientes. Se requerirá cada vez más los auxilios de personal altamente especializado para coadyuvar una eficiente administración de justicia.

A la fecha, en la normatividad penal peruana se pueden hacer uso de las siguientes pruebas:

**a) La declaración instructiva o declaración del inculpado:**

Esta declaración personal del inculpado debe ser recibida o cuando menos comenzada antes de que se cumplan 24 horas de su detención. Hay controversia si es prueba o no la instructiva. Si ella tiene la calidad, por ejemplo, de declaración como prueba de colaboración eficaz, entonces sí es válida la instructiva como medio probatorio, o también el declararse confeso del ilícito denunciado.

**b) La preventiva:** Es la declaración o confesión del agraviado, quién declara como testigo. La declaración es facultativa, salvo que lo solicite el Fiscal o el inculpado, el Juez puede ordenar de oficio la declaración preventiva del agraviado conforme lo dispone el Art. 143° del Código de Procedimientos Penales.

**c) La prueba testimonial:** Tal como lo manda el Art. 138° del Código de Procedimientos Penales, el Juez Instructor o Juez Penal debe citar como testigos a las personas indicadas en la denuncia del Fiscal Provincial, en la

denuncia de la parte civil o parte agraviada y en el atestado policial. Esta parte también con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal ha sufrido sustanciales modificaciones.

- d) **La confrontación:** Es la diligencia en la cual el inculpado se enrostra frente a frente con sus coinculpados, con los testigos y la parte agraviada. El Fiscal o el inculpado pueden pedir que se realice esta diligencia. También el Juez puede ordenar de oficio la confrontación tal como lo dispone el Art. 131 del C. de P.P.
- e) **El reconocimiento del inculpado en rueda de presos:** Es la diligencia mediante la cual los testigos deben reconocer a la persona del procesado. Con este objeto se forma una rueda de presos conformada por tres, cuatro, cinco o más presos. Dentro de esta rueda debe estar el inculpado. Luego, se lleva al testigo al lugar donde se encuentran los presos formando la rueda y en ese momento el testigo deberá identificar al inculpado.
- f) **La prueba pericial:** Cuando en la instrucción sea necesario conocer y apreciar algún hecho importante que requiera conocimientos especiales, el Juez deberá nombrar peritos, notificando de ese nombramiento al Fiscal, inculpado y a la parte civil. Los peritos deben ser dos, de preferencia especialistas en la materia que se les encomienda y al servicio del Estado. A falta de profesionales nombrará a

personas de reconocida honorabilidad y competencia en la materia. El inculpado y la parte civil pueden nombrar por su cuenta un perito cuyo dictamen se agregará al proceso. Si el peritaje es contradictorio deberá llevarse a cabo del debate pericial correspondiente.

- g) La inspección ocular o inspección judicial y la reconstrucción:** Es la diligencia que el personal del juzgado, juntamente con el Fiscal, el inculpado y el abogado del inculpado practican en el lugar donde se cometió el delito. La concurrencia de la parte civil es facultativa salvo que lo solicite el Fiscal o el inculpado. El Juez Penal también puede ordenar de oficio que el agraviado o la parte civil concurra a dicha diligencia. En la inspección Judicial, cuando es posible hacerlo se reconstruye la forma y circunstancia como se cometió el delito, con intervención de los protagonistas del hecho. Es mejor hablar de inspección judicial de que inspección ocular, porque en esta diligencia, el juez no solo ve, sino que describe el lugar donde se cometió el delito, puede ordenar que se incauten objetos que tengan relación con los hechos, así como puede recibir la declaración de las personas que concurren a este acto. La incautación de los instrumentos, armas y efectos que tengan relación con el hecho investigado deberán ser sellados y conservados para el acto del juzgamiento.

- h) Reconocimiento e identificación del cadáver de una persona muerta sospechosamente:** Antes de la inhumación, el Juez y los peritos nombrados para el efecto deben practicar el reconocimiento del cadáver con el objeto de identificar a su persona. Si no hubiera testigos que pudieran identificar el cadáver y si el estado de éste lo permite, se expondrá durante 24 horas al público, en lugar apropiado. Si a pesar de ello el cadáver no fuera reconocido el Juez penal lo hará fotografiar y conservará todas las prendas con que fue encontrado.
- i) La autopsia o necropsia:** La autopsia es el examen anatómico del cadáver. La autopsia puede ser clínica o judicial, la primera se efectúa por el exclusivo interés de la ciencia y la segunda sirve para averiguar las causas que han provocado la muerte, si se presume que la muerte no ha sido natural. La autopsia se practica por orden del Juez cuando se trata de una muerte repentina, violenta o sospechosa. Se puede practicar inclusive exhumado el cadáver. La autopsia deberá comprender siempre la apertura de la cavidad craneal, pectoral y abdominal. La necropsia es lo mismo es un término más técnico gramaticalmente, pero menos usual que el de autopsia o examen de los cadáveres, con el fin de determinar las causas y forma de la muerte.

- j) Exhumación del cadáver:** Si el delito ha sido denunciado o se descubre la comisión del delito después de la inhumación del cadáver, el Juez ordenará la exhumación para que se lleve a cabo la autopsia correspondiente y se establezca la causa de la muerte.
- k) Reconocimiento médico de lesiones corporales:** Los peritos médicos deben practicar el reconocimiento de las lesiones sufridas por un apersona, determinando en su dictamen el arma o instrumento con el cual ha producido dicha lesión y si dichas lesiones van a producir deformaciones y señales permanentes en el rostro, si puso en peligro la vida del agraviado, o causó la pérdida de algún miembro u órgano. Como bien sabemos el reconocimiento médico determina los días de asistencia facultativa y los días de incapacidad para el trabajo y en base a ello distinguimos si se trata de una falta o de un delito contra la vida, el cuerpo y la salud.
- l) La preexistencia de la preñez en caso de aborto:** En caso de aborto se hará comprobar previamente la preexistencia de la preñez, los signos demostrativos de la expulsión violenta del feto, las causas que la determinaron, los probables autores y demás circunstancias que sirva para apreciar el carácter y la gravedad del hecho.
- m) La preexistencia de los delitos contra el patrimonio:** En los delitos contra el patrimonio es obligatorio que el

agraviado acredite la preexistencia de la cosa, materia del delito.

- n) **La exhibición de archivos oficiales, cartas y otros documentos:** Por orden del Juez, el jefe de una oficina pública deberá exhibir los documentos y archivos que tiene en su poder. Si se trata de secretos oficiales se requiere de la autorización del ministerio del ramo, quien puede inclusive negar la exhibición cuando se trata de secretos militares o diplomáticos. Solo el Juez puede leer las cartas o papeles de la persona objeto del registro, separando los que considere necesarios para el proceso.
  
- o) **Pericia psiquiátrica del enfermo mental:** Cuando hubiera sospechas de que el inculpado sufre de alteraciones mentales el Juez mandará reconocerlo por dos peritos psiquiatras. Este reconocimiento se llevará a cabo a petición del Fiscal, el defensor, del inculpado o de oficio por orden del Juez.
  
- p) **Internamiento de un procesado en un hospital:** Si el inculpado se enfrenta en el Penal al punto de ser necesario su traslado al hospital, el Juez previo informe médico y disponiendo las seguridades del caso ordenará su internamiento a fin de que reciba el tratamiento médico adecuado.

## 8.6. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

La valoración de la prueba, es el acto de mayor trascendencia en el proceso penal. Consiste en la apreciación subjetiva que hace el Juez o Fiscal, según sea el caso, en el proceso a su cargo, concerniente a las pruebas ofrecidas por el actor público o por las partes. La valoración de las pruebas tiene ciertas particularidades de la valoración en el proceso civil<sup>85</sup>. De dice que "influye la solvencia moral e intelectual del juez para que haga apreciación de acuerdo con su conciencia.

Se tiene también que tanto los términos *apreciación* y *valoración* son sinónimos y utilizados indistintamente en el proceso penal. En cuyo caso "la valoración es un proceso psicológico que verifica el juzgador sobre el valor estimativo de la prueba luego de haberla sopesado y apreciado no solo dentro de un aspecto unitario sino dentro de la integridad del proceso mismo, haciendo un análisis crítico y constructivo, para los efectos de una determinación; pero deberá el Juez alejar de su mente las circunstancias que lo pueden inducir a error"<sup>86</sup>. En ese sentido, todo magistrado muy a pesar de que entra en juego criterios subjetivos, en el proceso probatorio la valoración de la prueba deben ponerse en movimiento el sentido objetivo, es decir, ser objetivista y flexible. La prueba sólo se podrá declara definitiva, cuando es analizada con rigor científico y técnico, únicas garantías para una correcta y eficaz administración de justicia.

---

<sup>85</sup> Según el artículo 197º del Código Procesal Civil: "Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo la resolución sólo será expresada las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión".

<sup>86</sup> TAMBINI DEL VALLE, Moisés. *Op.cit.*, p. 55.

Luego también, desde el momento que el magistrado toma conocimiento de un delito, éste no puede hacerse juicios previos, pronunciarse anticipadamente sobre la suerte del evento, tomar posiciones apriorísticos que lo puedan conducir a error. Señala CARNELUTTI: "Tanto daño hace la rigidez de un magistrado como su pedantería, son elementos que se confabulan contra la mejor apreciación de los hechos, y ponen de manifiesto la falta de inteligencia y de valor moral, de quien pretende actuar en la administración de justicia en la forma expuesta"<sup>87</sup>.

Para administrar justicia, en cualquiera de sus ramas: civil, penal, contenciosa-administrativa, militar, laboral, etc.) es necesaria la apreciación de los medios probatorios que se hayan introducido al proceso. No se trata de saber si el Juez o el Fiscal –en el caso de análisis- puede perseguir la prueba de los hechos por iniciativa propia, o si debe ser un espectador del debate probatorio, sino determinar cuáles son los principios que debe tener en cuenta para apreciar esas pruebas aportadas al proceso de una u otra manera, y cuáles los efectos que puede sacar de cada uno de los medios de prueba.

Dos sistemas existen al respecto:

- a) El de *tarifa legal de pruebas*, generalmente llamado *sistema legal* y que consiste en imponer al Juez o al Fiscal una cerrada y preestablecida valoración de la prueba, en forma que la ley ordena si debe darse por convencido o no ante la ella.

---

<sup>87</sup> CARNELUTTI, citado por TAMBINI DEL VALLE, Moisés. *Op.cit.*, p.56.

- b) El denominado de la *libre apreciación*, que otorga al Juez y al Fiscal la facultad de apreciar el valor o fuerza de convicción de las pruebas, fundado en la sana crítica. Es lo mismo hablar de *libre valoración* que de valoración de acuerdo a la sana crítica.

## **CAPÍTULO IV**

### **RESPONSABILIDAD CIVIL DEL FISCAL POR INCUMPLIMIENTO DE SU FUNCIÓN DE TITULAR DE LA CARGA DE LA PRUEBA**

#### **1. ASPECTOS CONCEPTUALES DE LA RESPONSABILIDAD**

##### **1.1. ETIMOLOGÍA Y CONCEPTO GENÉRICO**

Etimológicamente, la palabra viene del latín *responsus*, participio pasado del verbo *respondere*, que significa: hacerse garante.

El concepto de responsabilidad es uno de los temas más importantes de la disciplina jurídica y se halla presente en casi todas las ramas del Derecho. La Real Academia Española no expresa el verdadero sentido jurídico de la responsabilidad. Identifica la responsabilidad con la deuda, o con la obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia del delito, de una culpa o de otra causa legal. El error salta a la vista al no hacer una diferencia entre obligación y responsabilidad, al constituir conceptos diferentes.

En cambio, CABANELLAS, en términos generales, llama responsabilidad, a la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado.

También se la entiende como la capacidad para aceptar las consecuencias de un acto consciente y voluntario. La responsabilidad en Derecho supone dos categorías fundamentales, entendida como *responsabilidad jurídica*, opuesto por principio a la responsabilidad moral, que se funda en el pecado, en la agresión a la divinidad. Nos referimos a: a) la responsabilidad civil, que puede ser contractual y extracontractual; b) la responsabilidad penal, que a su vez supone: la responsabilidad criminal propiamente dicha, y, la responsabilidad civil derivada del delito. De esta manera se tiene que la responsabilidad es uno de los más importantes de la disciplina jurídica y se encuentra presente en la totalidad de ramas del Derecho.

## **1.2 . MÉTODO DE ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD**

La responsabilidad tiene un método de análisis. Es común la afirmación según la cual el instituto de la responsabilidad civil tiene elementos que configuran su supuesto de hecho. Dichos elementos son el daño, el hecho generador, la relación causal y los criterios de imputación. El análisis de un supuesto de responsabilidad civil requiere de un método. El método está representado por los pasos a seguir en el abordaje de un problema de tutela aquiliana. Ello implica que se deba analizar cada elemento conformante del supuesto de hecho de la

responsabilidad, esto es, el daño, el hecho generador, la relación de causalidad y los criterios de imputación.

El análisis de la responsabilidad civil se separa en dos etapas, a saber:

- a) El denominado análisis material y;
- b) El llamado análisis de imputabilidad.

El primero está dirigido hacia la reconstrucción de las circunstancias y sucesos involucrados en el evento lesivo. Es debido a ello que, en esta etapa, se analizan los elementos daño, hecho generador y relación de causalidad. Por ello mismo, esta etapa desemboca en el descubrimiento del causante del daño.

Aquí se examinan los requisitos del daño resarcible, los cuales son la injusticia, esto es, el carácter no justificado del daño, la certeza fáctica, es decir, la veracidad y efectividad del acontecimiento dañoso (aportar la prueba de su efectivo acaecimiento en el plano fáctico), la certeza lógica, o sea, la comprobación de que este es consecuencia lógica y necesaria de determinado hecho, la subsistencia, vale decir, que no haya sido ya reparado y la especialidad, esto es, que haya afectado un específico interés jurídicamente relevante.

Se evalúa, además el hecho generador que es el acontecimiento que lo ha provocado, el cual no necesariamente tiene que ser ilícito. De ahí que la antijuricidad haya perdido la dignidad de elemento de la responsabilidad porque no hay duda de que existen ciertos supuestos en los cuales el hecho generador no es ilícito (es el caso de los Fiscales que

incumplen sus funciones como titulares de la carga de la prueba en un proceso que ellos dieron origen como titulares de la acción penal). La antijuricidad o, más precisamente la falta de antijuricidad, es, más bien, parte del supuesto de las llamadas causas de justificación del daño, las cuales han sido contempladas por el artículo 1971 del Código Civil.

Por último, la relación que, según lo prescrito por el artículo 1985, del Código Civil, debe ser adecuado. La causa adecuada de un daño se obtiene a través de un juicio retrospectivo de regularidad y probabilidad que determine, precisamente, que el evento reputado como causa del daño es consecuencia normal, regular y probable del hecho generador. El elemento causal resulta como veremos, de vital importancia para analizar correctamente un caso de responsabilidad solidaria. Por ello, debe recalcar que la búsqueda de la causa adecuada implica que, a través de un juicio retrospectivo de regularidad y de probabilidad, se discrimine entre una serie de eventos implicados en el resultado lesivo, hasta constatar que uno o más son normalmente idóneos para producirlo, estos son, que, de manera objetiva, aumenten la probabilidad de que el daño se produzca<sup>88</sup>.

## **2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL**

En materia civil la responsabilidad puede ser contractual y extracontractual. Esta responsabilidad conlleva al resarcimiento de los daños y perjuicios causados por uno mismo o por tercero, por el que debe responderse. La doctrina civil y el Código Civil vigente recoge los

---

<sup>88</sup> Comentario de Actualidad Jurídica de Gaceta Jurídica, N° 140, julio 2005, p. 48.

dos grandes tipos de responsabilidad: la contractual y la extracontractual. Amaro CAVALCANTI, define esta responsabilidad como la obligación de prestar una reparación pecuniaria que restablezca la situación patrimonial anterior del lesionado, esto es, que haga desaparecer la lesión sufrida por alguien<sup>89</sup>. Para ORDOQUI y OLIVERA constituye el Estado de sujeción en que cae un sujeto por haber causado a otro, con su conducta ilícito-culposa, imponiéndosele, en consecuencia, la obligación de reparar dicho perjuicio<sup>90</sup>. Podemos cerciorarnos de estas definiciones que la responsabilidad supone en todos los casos una forma de obtener la satisfacción de una obligación personal, situación que nace de la violación de una norma cualquiera.

De los aludidos conceptos, podemos afirmar que la responsabilidad dentro el sistema jurídico, "la disciplina de la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien se trate de daños que sean el resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional"<sup>91</sup>. Se explica así que la responsabilidad civil si es consecuencia del incumplimiento de una obligación contraída voluntariamente está frente a una *responsabilidad civil contractual*. A la inversa, si ella es consecuencia de la inexistencia de relación jurídica entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es

---

<sup>89</sup> CAVALCANTI, Amaro, citado por VÁSQUEZ OLIVERA, Salvador. *Op.cit*, p. 498.

<sup>90</sup> ORDOQUI y OLIVERA, citado por VÁSQUEZ OLIVERA, *Op.cit*, p. 498.

<sup>91</sup> TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la responsabilidad civil*. Lima, Editorial Grijley, 2001, p. 25.

consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del *deber jurídico genérico de no causar daño a otro*, nos encontramos en el ámbito de la *responsabilidad civil extracontractual*. Esta, entonces, deviene como consecuencia del incumplimiento de un deber jurídico genérico, mientras que la responsabilidad contractual es producto del incumplimiento de un deber jurídico o relación jurídica específica.

Para que se configure la responsabilidad civil tiene que existir determinados presupuestos jurídicos:

- a) **La antijuricidad:** Genéricamente se denomina a todo aquello que es contrario al Derecho. La calificación de lo antijurídico no sólo emana de la ley sino de la valoración subjetiva de cada caso concreto, dado que está generalmente aceptado que la antijuricidad la establecen los magistrados. En la normatividad civil la antijuricidad típica contractual se encuentra expresado en el artículo 1321º del Código Civil, mientras que la antijuricidad típica y atípica, es decir, antijuricidad en sentido amplio y material (no formal), fluye de los artículos 1969º y 1970º de la misma norma sustantiva.
- b) **El daño causado:** En Derecho Civil se llama al perjuicio material (que incide sobre la integridad física o el patrimonio de una persona) o moral (que incide sobre la consideración, el honor, los afectos o sentimientos de una persona) sufrido por una persona. En sentido estricto, se entiende por daño la lesión a todo derecho subjetivo, en el sentido de interés jurídicamente protegido por el ordenamiento jurídico.

- c) **La relación de causalidad:** Implica que si no existe una relación jurídica de causa a efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase. “La diferencia de regulación legal en nuestro Código Civil radica que en el campo extracontractual se ha consagrado en el mismo artículo 1985° la teoría de causa adecuada, mientras que en el contractual en el mismo artículo 1321° la teoría de causa inmediata y directa. Sin embargo, para efectos prácticos, las dos teorías nos llevan al mismo resultado”<sup>92</sup>.
- d) **Factores de atribución:** Según TABOADA CÓRDOVA, son aquellos que determinan finalmente la existencia de la responsabilidad civil, una vez que se han presentado, en un supuesto concreto de un conflicto social, los presupuestos antes mencionados de la antijuricidad, el daño producido y la relación de causalidad<sup>93</sup>. De tal manera que frente a la responsabilidad contractual, los factores de atribución serían la culpa y el riesgo. En el campo extracontractual serían la culpa y el riesgo creado.

### 3. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

Realizaremos algunas anotaciones básicas sobre temas que, a nuestro parecer, resultan de capital importancia para entender las

---

<sup>92</sup> TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Op.cit*, p. 30-31. Además señala que en ambas clases de responsabilidad civil existen las figuras de *concausa* y de la *fractura causal*, que se presentan cuando dos conductas o acontecimientos contribuyen a la producción del daño, o cuando existe un conflicto de causas o conductas, una de las cuales llega a producir efectivamente el daño, haciendo imposible que la otra hubiera llegado a producirlo. A la conducta que sí ha producido el daño efectivamente, fracturando el eventual nexo de causalidad de la otra conducta, se le llama justamente *fractura causal*. Las fracturas causales en el ámbito extracontractual son cuatro: el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de la víctima y el hecho de un tercero.

<sup>93</sup> *Ibíd.*

cuestiones fundamentales de la responsabilidad civil extracontractual, que se aproxima al tema tratado en la investigación. Entre ellas veremos: los factores de atribución de responsabilidad; y la relación de casualidades. Para empezar analizaremos fundamentalmente lo concerniente a:

- **La responsabilidad subjetiva.** Aquí analizamos someramente temas tales como: la ilicitud de la conducta; el desvanecimiento de la noción de antijuricidad; el tránsito hacia la responsabilidad objetiva.
- **La responsabilidad objetiva.**
- **La relación de casualidad.**
- **La responsabilidad Civil en el C.C. de 1984:**
  - a) El anexo casual en el C.C.
  - b) Actividades riesgosas o peligrosas.
  - c) Supuestos de exoneración de responsabilidad.

Luego efectuaremos algunos comentarios que surgen a partir del tratamiento jurisprudencial de la responsabilidad civil extracontractual.

Entre ellos veremos:

- La irregularidad de valorar la condición personal del obligado como criterio para fijar el monto de la indemnización;
- La reparación civil en la vía penal e indemnización en la vía civil; y
- Los sujetos de la responsabilidad civil (la legitimación activa de la conveniente).

Empecemos efectuando algunas apreciaciones de la cuestión. Ante la presencia del damnificado del Derecho se pregunta si éste debe soportar estóicamente el daño que sufre o existe alguien más hacia quien debe trasladarse parte de este daño. Ante tal interrogante surge la teoría de la Responsabilidad Civil. Efectivamente, ante la presencia de un daño el derecho indaga sobre: 1) el daño *persé*; 2) el agente dañoso, a quien o a quienes atribuirle la responsabilidad de reparar el daño; pero no se contenta con eso; 3) interesa también determinar la relación de casualidad entre la conducta del agente y el daño producido: cuál fue la causa que originó el daño. Qué sucede si fue la propia víctima la que con su actuar originó el daño; qué sucede si el daño se produjo por una causa ajena tanto a la víctima como a cualquier otro tercero. ¿Acaso siempre debe responder alguien, aunque el daño se haya producido por hecho fortuito o fuerza mayor? Y si así fuera, cómo se explicaría y justificaría eso. Finalmente el Derecho se pregunta, 4) por qué alguien debe asumir la responsabilidad por el daño causado, cómo se justifica ello.

Estas interrogantes resumen las principales preocupaciones en base a las cuales se desarrolló la Teoría de la Responsabilidad Civil.

Algo que nos servirá de gran apoyo será entender que el Derecho es un producto cultural, que el Derecho responde a las preocupaciones que experimenta el ser humano en una determinada época. No debemos de perder de vista esto: solo así entenderemos cómo el desarrollo de las sociedades van introduciendo nuevos problemas, nuevas preocupaciones, nuevos elementos de análisis, nuevas interrogantes que

responder. La Responsabilidad Extracontractual no es una excepción, por el contrario es una de las clásicas instituciones históricas del Derecho, en consecuencia debemos tener presente que no tiene principios universales o inmutables sino que ellos responden a las preocupaciones de la época en la que se desarrolla o se plantea el problema. Entender esto será crucial para el tema que vamos a desarrollar, entender ello nos devolverá la capacidad de juicio, como dice Fernando de TRAZEGNIES<sup>94</sup>.

Con esta permisa, veamos en base a qué criterios se dice que otra persona distinta al damnificado debe responder por el daño causado.

### **3. 1. RESPONSABILIDAD SUBJETIVA**

En los orígenes de la Responsabilidad Civil, el factor de atribución de responsabilidad tenía relación directa con la conducta del agente. El agente solo respondía si su conducta podía ser reprochada en base a la presencia de la culpa o del dolo. Para determinar si hubo culpa o dolo en el agente, era necesario evaluar, la conducta del mismo. Desde esa perspectiva de juicio, era inevitable que el factor atribuido de responsabilidad, en esta etapa, tenga que ser esencialmente (cuando no únicamente), uno de naturaleza subjetiva.

En este contexto, los presupuestos de la Responsabilidad Civil son; la ilicitud, la culpabilidad, la relación de causalidades entre la conducta y el daño; y, el efecto viene a ser obligación de resarcir el daño injustamente causado, o sea, hacerse cargo de las consecuencias

---

<sup>94</sup> TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. *La responsabilidad extracontractual*. Lima, Editorial PUCP, 1990, t.I, p. 43.

dañosas de la propia conducta<sup>95</sup>. En virtud del principio de responsabilidad subjetiva, sólo existirá responsabilidad cuando el agente haya causado un daño actuando con dolo o con culpa. En estos supuestos de responsabilidad el factor atributivo es el dolo o la culpa. Si se prueba la existencia del daño y además la actuación dolosa o culposa del agente, entonces éste es responsable.

Respecto a la responsabilidad basada en factores subjetivos (dolo o culpa), es conveniente advertir algunas cuestiones:

- Responde a un contexto socio-económico eminentemente agrarista. El nivel de desarrollo de las relaciones sociales no exigía otro factor de atribución de responsabilidad. Efectivamente, en una sociedad agraria, como la del siglo pasado, conformada <sup>96</sup>fundamentalmente sobre estructuras sencillas y con abundante relaciones penales, la culpa “parecía” resultar suficiente.
- Sin embargo, en este esquema la Responsabilidad Civil muchos daños sufridos sin ninguna culpabilidad quedaban en la esfera de la “fatalidad”, eran desgraciadas, “infortunios “ que depara la vida. La necesidad de la existencia de la culpa y la distribución de la carga de la prueba sobre la víctima determinaban que no hubiera posibilidad que fuera indemnizada y, en consecuencia, eran atribuidas a las desgracias.
- La evaluación de la culpa excede la capacidad de investigación del Derecho y lo vuelve inoperante. Ya en la Edad Media, un Juez Inglés,

---

<sup>95</sup> PARELLADA, Carlos Alberto. *Daños en la actividad judicial e informática desde la responsabilidad profesional*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1990, p.3.

<sup>96</sup> *Ibíd*, p. 4.

decía que: “el pensamiento humano no debe ser investigado judicialmente, porque ni el diablo sabe lo que piensan los hombres”.

#### **a) La ilicitud de la conducta**

En el mismo origen del proceso de evolución de la teoría de la Responsabilidad Civil es común encontrar que la obligación de indemnizar parte de la comisión de un acto ilícito. En ese contexto, el Código Civil de 1936 dedicaba una Sección a lo que llamaba: “Del Acto Ilícito”, a partir del cual desencadenaba los supuestos de Responsabilidad Civil.

El Código Civil actual, acorde con la evolución que experimenta la doctrina contemporánea tituló a la Sección sexta del Libro VII simplemente como: “*Responsabilidad extracontractual*”, con lo cual se abandona desde el membrete del tema del acto ilícito para ubicar la Responsabilidad Civil dentro de la variedad de supuestos que nos presenta la realidad actual.

En tal contexto el presupuesto común de la responsabilidad Civil ya no viene a ser la ilicitud de la conducta sino una valoración omnicomprensiva, si cabe el término. El lugar de la ilicitud va ser ocupado por la antijuricidad.

La antijuricidad no es simple contrariedad a la ley sino a la juridicidad, que se contribuye por la conducta deseada por el Derecho, concepto más amplio que el de la Ley, su espíritu, sus recursos auxiliares con la buena fe, las costumbres que integran y complementan las

disposiciones legales en su función integradora y ordenadora de la convivencia social.

En este contexto resulta una consecuencia lógica distinguir el concepto que podía dar lugar a confundir “pena” con “reparación”. A este nivel ya se puede afirmar que la finalidad básica de la Responsabilidad Civil no es sancionar al agente dañoso sino reparar a la víctima. Surge pues, un cambio del foco de atención, ya no se mira al agente dañoso (el causante del daño) sino a la víctima. De allí que ya no se habla de Responsabilidad Civil sino de Derecho de Daños<sup>97</sup>.

#### **b) El desvanecimiento de la noción de antijuricidad**

Si bien el tránsito a la antijuricidad dejando ya el criterio limitativo de la ilicitud significó un avance respecto a la tutela de la víctima, empero la evolución también deja atrás este criterio. Efectivamente, actualmente ya se habla de la existencia de una obligación de indemnizar sin que exista antijuricidad.

Ahora advertimos que en numerosos casos habrá responsabilidad, se estará obligado a soportar las consecuencias dañosas que otro ha sufrido, sin que –en verdad –pueda encontrarse ilicitud o antijuricidad en la conducta del agente. ALTERINI, Atilio A., ha llamado a este estadio de la evolución de al Responsabilidad Civil como el “desvanecimiento de la noción de antijuricidad” como presupuesto de la Responsabilidad Civil<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup> *Ibid*, p. 7.

<sup>98</sup> ALTERINI, Atilio Aníbal. *Contornos actuales de la responsabilidadm civil*. Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1987, p. 13.

Es en este contexto donde emerge, como ejemplo de ese desborde de la antijuricidad, los supuestos de Responsabilidad por Accidentes de Trabajo, los supuestos de Responsabilidad del Estado por los actos lícitos de la Administración, del Poder Judicial o del Legislativo ocasiona a un particular un daño, un menoscabo, que implica hacerle soportar en forma desigual, con respecto al resto de los particulares, la gestión del bien común que persigue la medida adoptada. En consecuencia, es aquí donde tiene que plantearse con claridad la responsabilidad del Ministerio Público,

En tales supuestos no estamos ante la ilicitud de la conducta como determinante de la Responsabilidad; en todos esos casos, falta ese reproche de antijuricidad hacia la conducta del responsable. En tales supuestos hay responsabilidad, no obstante tratarse de “un hecho neutro, o si se prefiere lícito, al que la ley importa la obligación de resarcir”<sup>99</sup>.

### **c) El tránsito hacia la responsabilidad objetiva**

Las dificultades para escudriñar la motivación de subyace detrás de cada conducta humana ha llevado el Derecho a reducir su análisis de la culpa a niveles más drásticos pero a la vez objetivos. Ahora se mira la conducta tal como se presenta, así simplemente y ya no se busca desentrañar sus motivaciones, se mira a los comportamientos socialmente esperados antes que a las posibilidades específicas de cada individuo. Así, el Derecho resistiéndose a abandonar la noción de culpa inventó la ficción del “hombre razonable”, bajo el cual subyacía la idea

---

<sup>99</sup> BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, citado por TUESTA SILVA, Wilder. *Código Civil comentado*. Lima, Editorial Grijley, 2000, p. 827.

del “buen padre de familia” romano. Con lo que se pretendió construir una medida de valoración que funcione como un “prototipo de ser humano que es capaz de actuar siempre de la forma más adecuada, dentro de lo razonable”.

Por ese camino continuó el tránsito hacia la objetivación de la Responsabilidad. Ahora se da un paso adelante, estableciendo la inversión de la carga de la prueba; el que quiere librarse de responsabilidad tiene que demostrar que actuó sin culpa. Con lo que se deja el viejo principio de la carga de la prueba, ya no debía ser el demandante quien debe cargar con la prueba, lo único que le toca probar es la ocurrencia del daño.

### **3.2. RESPONSABILIDAD OBJETIVA**

Finalmente, de la inversión de la carga de la prueba, no distó mucho la construcción de la Teoría Objetiva de la Responsabilidad Civil. Aquí solo se atiende a los hechos del caso concreto (esto es: el nexo causal), ya no es necesario preguntarse si hubo culpa o dolo. Toda alegación referente a la presencia o ausencia de culpa, no atribuye ni exime responsabilidad en estos casos: demostrado la autoría del daño, el causante queda obligado a repararlo. Esto no significa que en un régimen de Responsabilidad Objetiva no hay eximentes. Si las hay; pero todos ellos sin, excepción, tendrán que referirse a la ruptura del nexo causal: caso fortuito o fuerza mayor, hecho de tercero, o de la propia víctima pero no cualquier hecho, tal hecho tiene que ser un hecho *determinante*; o imprudencia, también determinante, de la víctima.

El presupuesto de la imputación de responsabilidad objetiva se presenta cuando el daño se genera en circunstancias del uso de un bien riesgoso o peligroso o el desarrollo de actividades riesgosas o peligrosas. *Todo aquel que, mediante el uso de un bien riesgoso o peligroso, o mediante el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, cause daño a otro*, estaría en consecuencia, obligada ineludiblemente a indemnizar al agraviado con el daño. En estos supuestos no es necesario probar la existencia de la culpa o del dolo, basta probar la autoría.

Decíamos que para probar la autoría es necesario probar la existencia de un nexo causal. A continuación analizaremos lo relacionado con la conceptualización y prueba del nexo causal.

### **3. 3. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD**

Habíamos dicho que, salvo excepciones, quien debe responder por el daño causado es precisamente el autor del daño, es decir: *el que causó el daño*. El Código Civil alude (como sujeto pasivo de la obligación de indemnizar el daño), *el autor del daño o en términos generales a "aquel que causa daño a otro"*, por lo menos en esa parte, en los siguientes artículos: *aquel que (...) causa daño a otro* (art. 1969); *aquel que (...) causa daño a otro* (art. 1970); *el autor no está obligado a...* (art. 1972); *no es responsable por el daño que acusa ...* (art. 1974); *...daño que ocasione*(art. 1975); *daño causado por persona incapaz* (art. 1976);... *aquel que incita o ayuda a acusarlo* (art. 1978); *...daño que éste (se refiere a un animal) cause* (art. 1979); *daño que origine la caída de un edificio* (art. 1980). *Daño causado* (art. 1981).

Como se puede notar, por regla general, el Código atribuye la obligación de indemnizar un daño, a aquél que lo causó, a aquel que es autor del daño, o, usando otra expresión, a aquel que ha originado el daño. Hay supuestos, como el caso de un accidente de tránsito o del disparo de una bala, con consecuencia de muerte o lesiones, en las cuales la determinación de la causa o autoría del daño producido, no presenta dificultades. Es lógico, y por lo tanto indiscutible, que el que asumirá la obligación de indemnizar, será el autor del daño, en estos casos, es sumamente sencillo. En estos casos las cuestiones referentes a la relación causal pasan tan inapercibidas que parecieran que no existieran.

No sucede lo mismo, cuando la víctima del accidente de tránsito o del disparo, no muere por el accidente o por el efecto del impacto de la bala, sino por una mala atención médica o simplemente por haber colisionado la ambulancia que lo transportaba, con otro vehículo, o por haberse incendiado el hospital donde está siendo tratado. Y es por motivo de mala atención médica o de la colisión de la ambulancia o del incendio, que se produce el deceso. En estos casos, no faltaran opiniones polémicas que pretendan sustentar la tesis de que, siguiendo la secuencia de los hechos antes aludidos, el responsable de la muerte es el conductor del primer vehículo, o el autor del disparo. El razonamiento podría ser el siguiente: si tal hecho (el accidente o el impacto de la bala), no se hubieran producido, no hubiera sido necesario transportarlo en ambulancia, o internarlo para su tratamiento; y, en consecuencia, la colisión de la ambulancia o el incendio del hospital, no

hubieran ocasionado ningún daño; pues sencillamente, la persona, no se hubiera encontrado en tal circunstancia, de no mediar el primer accidente o el disparo.

Como se puede notar, por esa vía, los supuestos que ameriten la atribución de responsabilidad, puede extenderse demasiado, originando excesos, y, como tal, injusticias.

El Derecho conoce de arduas polémicas y de varias teorías, que han pretendido explicar la extensión o la limitación de la determinación del *nexo causal*. Qué dice el Código Civil al respecto. Por ahora es necesario, por lo menos mencionar, cuáles son las teorías que se han construido al respecto. Veamos:

Existen varias teorías que tratan sobre la determinación del nexo causal entre una conducta y a la concurrencia del daño. Como siempre, una teoría pretende comprender o explicar supuestos no comprendidos o tratados insuficientemente por otra preexistente. Así surgió la Teoría de la Equivalencia de las condiciones; la Teoría de la Causa próxima, Teoría de Von Bar; Teoría de la Casualidad Adecuada; tesis de Birkmeyer; tesis de Klohler; y, Teoría de la causa Eficiente<sup>100</sup>.

### **3. 4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL C.C. DE 1984**

Para el legislador de 1984, la responsabilidad extracontractual se encuentra dividida en dos grandes campos, los mismos que se rigen por dos grandes principios: los daños producidos mediante actividades o

---

<sup>100</sup> Sobre todas estas teorías, puede verse un desarrollo muy bien expuesto en: PEIRANO FACIO, Jorge. *Responsabilidad Extracontractual*. 3<sup>ra</sup>.ed. Bogotá, Editorial Temis, 1981, pp. 410-426.

cosas o bienes riesgosos, están sometidos a los criterios de imputación de responsabilidad objetiva; los demás casos de daños, están sometidos a los criterios de responsabilidad subjetiva.

El artículo 1969º asume los criterios de *imputación subjetiva de responsabilidad*. El artículo 1970º regula la *responsabilidad objetiva*. Observemos que, en este último caso, el Código no menciona al dolo ni a la culpa, eso es así, sencillamente porque dichos conceptos resultan extraños a la responsabilidad objetiva. El dolo o la culpa, nacen de la valoración de la conducta del agente damnificante; y eso, es propio de la responsabilidad subjetiva basada en el artículo 1969º, el demandante no requiere probar la culpa del demandado (este es el causante del daño), sin embargo tiene que probar necesariamente el daño que ha sufrido. Puede haber responsabilidad sin culpa y sin dolo, pero no puede haber responsabilidad sin daño. La carga de la prueba del daño por parte del demandante, es una regla que no solo se cumple en los supuestos de responsabilidad subjetiva sino también en los supuestos de responsabilidad objetiva.

### **3.5. EL NEXO CAUSAL EN EL CÓDIGO CIVIL**

La determinación precisa del nexo causal interesa "no sólo como condición general de la responsabilidad: también (interesa) para establecer la medida de esa responsabilidad, ya que, al menos en

principio, el responsable solamente debe resarcir los daños concretos que tengan vinculación causal con su acto”<sup>101</sup>.

El artículo 1985º, establece que debe existir una *relación de casualidad adecuada* entre el hecho y el daño producido. De lo que se infiere que el C.C. se adhiere a la teoría de la casualidad adecuada. La teoría de la casualidad adecuada, o de la condición adecuada, como recomienda llamar ORGAZ, considera que si bien es cierto, en concreto, todos los antecedentes de un hecho deben ser considerados condiciones necesarias, o equivalentes, para la producción de ese hecho; empero, es necesario deducir de todo el conjunto de condiciones, una que posea la calidad de causa. Solo a aquella se podrá atribuir la producción del evento. ¿Cómo se puede llegar a determinar cuál de todas las condiciones es la que tiene la calidad de causa? El camino para llegar a identificar cual de todas las condiciones es la que tiene la calidad de causa, se inicia lejos del caso en concreto. No se debe partir del caso en concreto, sino desde una valoración en abstracto, o en general. En ese sentido, “la tesis de la casualidad adecuada llega a desentrañar, desde el punto de vista jurídico, una causa por la vía de la generalización y de la apreciación de la situación *in abstracto*”.

Lo que se trata de indagar es: si tal o cual condición es probable o cuando menos posible se produzca el resultado (el daño) cuya causa concreta se trata de averiguar. Si la respuesta es afirmativa, se le atribuye a esa condición (hecho o conducta) la categoría de causa, las demás seguirán teniendo la simple calidad de “condición”. Será entonces

---

<sup>101</sup> ORGAZ, Alfredo. “*La relación entre el acto ilícito y el daño*”, en: La Ley, t. 55, Buenos Aires, 1949, p. 796, citado por TUESTRA SILVA, Wilder, *Op.cit.*, p. 830.

causa del daño, aquella condición (hecho o conducta), que resulte, normal y generalmente, idónea para la producción del daño o, como dice el artículo 901º del Código Civil Argentino, aquella que “según el curso natural, y ordinario de las cosas”.

En resumen, según “para establecer (...) la causa de un daño es preciso hacer un juicio de probabilidad, la pregunta a contestar es la siguiente: La acción u omisión del presunto responsable, ¿era por sí misma capaz de ocasionar *normalmente* este daño? Si se responde afirmativamente, de acuerdo con la experiencia de la vida, se declara que la acción u omisión “era adecuada” para producir el daño, y entonces éste es objetivamente imputable al agente; si se contesta que no, falta la conexión causal, aunque considerando el caso concreto tenga que reconocerse que esa conducta fue también condición *sine qua non* del daño: pero éste se considera solamente causal o fortuito”<sup>102</sup>. Para la aplicación de esta teoría, el Juez no debe tener en cuenta el hecho y las circunstancias en concreto, sino que debe mentalmente retroceder hasta el momento de la acción u omisión, y desde allí, despojándose de cualquier elemento propio del caso en concreto, debe preguntarse si el curso normal de las cosas, tal hecho u omisión es idóneo para producir tal daño.

En Argentina, el *Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio* acoge el artículo 1609º, la teoría de la casualidad adecuada. En efecto, el referido artículo (sumillado como: Imputabilidad de las consecuencias) establece que: “La responsabilidad abarca las

---

<sup>102</sup> ORGAZ, Alfredo. *Op. cit.*, p. 800.

consecuencias que se hallan en relación de casualidad adecuada con el hecho generador. Quedan comprendidas en ellas las consecuencias inmediatas y las consecuencias mediatas previstas o previsibles; y están excluidas las consecuencias causales”.

### **3.6. ACTIVIDADES RIESGOSAS O PELIGROSAS.**

No encontramos en el texto el artículo 1970º la referencia a casos específicos. Por el contrario, el legislador ha incorporado en dicho artículo únicamente un principio básico de responsabilidad objetiva, no quiso referirse taxativamente a supuestos concretos de responsabilidad, como puede ser: responsabilidad del empleador; del incapaz en ciertas condiciones; del propietario del vehículo, etc. En tal contexto, es fácil percibir que el legislador no ha restringido la responsabilidad objetiva a los casos “ultrapeligrosos”. No. Por el contrario, hablar de riesgo o peligro en forma conjunta equivale a decir: “Todo lo que en cualquier forma pueda engendrar peligro”. La reiteración enfática de adjetivos es una invitación al Juez peruano para que realice una interpretación extensiva del concepto; a diferencia de lo que sucede con el Juez norteamericano a quien se le exige hacer una interpretación restrictiva en razón del uso de la expresión “riesgo anormal”.

### **3.7. SUPUESTOS DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD.**

Al respecto señala TUESTA SILVA, los presupuestos normativos para atribuir responsabilidad a alguien, sea tratándose de responsabilidad subjetiva (art. 1969º) o de responsabilidad objetiva (art.

1970º). Ahora veamos en qué casos y bajo qué presupuestos teóricos y normativos es posible eximirse la responsabilidad.

No existirá la obligación de indemnizar en los siguientes casos:

- Cuando el demandado prueba que no actuó con culpa ni con dolo, en el caso que se le pretende imputar responsabilidad subjetiva. En caso contrario, es decir si se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva, no funciona esta eximente de responsabilidad.
- Si el daño se produjo en el ejercicio regular de un derecho, en un estado de necesidad o como consecuencia del ejercicio de una defensa legítima de la propia persona o de otra o en protección de un bien propio o ajeno. Para que la defensa sea legítima y por lo tanto eximente de responsabilidad, tiene que ser racional, proporcional, y no haber motivado la respuesta agresiva de la cual se pretende defender. Estas eximentes de responsabilidad funcionan tanto en la responsabilidad subjetiva como en la responsabilidad objetiva.
- Si el daño se produjo cuando el agente se encontraba, sin su culpa, en estado de inconciencia.
- El caso fortuito y la fuerza mayor y otros supuestos eximentes de responsabilidad.

Estos supuestos se encuentran regulados en el artículo 1972º. Lo trataremos en forma particularizada porque no interesa precisar dos

cuestiones a nuestro parecer fundamental. En este artículo encontramos dos grandes inexactitudes. Veamos:

- En principio, es necesario precisar que: el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho determinante de tercero, o en los casos en la que la propia víctima haya actuado con tal imprudencia que su propia conducta haya resultado determinante del daño, tales supuestos eximen de responsabilidad no solamente tratándose de los supuestos de responsabilidad objetiva (artículo 1970º) como lo dice expresamente el artículo 1972º. No. El caso fortuito y la fuerza mayor, eximen de responsabilidad en cualquiera de los dos sistemas de responsabilidad civil, sea tratándose de los supuestos de responsabilidad objetiva o subjetiva. Estamos seguros que la anunciada reforma del Código corregirá esta inexactitud. Empero y entra tanto se produzca la reforma, la limitación contenida en el artículo 1972º, en ningún momento puede ni debe limitar la invocación de estas causales como eximentes a ser aplicadas también en el terreno de la responsabilidad subjetiva.
- Finalmente, es necesario advertir que en los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor aludidos en el artículo 1972º, no estamos propiamente ante supuestos eximentes de responsabilidad como en los casos anteriores sino que, tratándose de la presencia del caso fortuito no se puede atribuir responsabilidad a nadie, porque el daño no ha sido causado por nadie más que por estos hechos; en consecuencia, no hay un autor del daño a quien reprocharle tal conducta. El caso fortuito o la fuerza mayor son circunstancias que

afectan la cadena causal y que, por eso (y sólo por eso) se los trata como factores eximentes de responsabilidad, pero en realidad no lo son propiamente tales. Lo que sucede es que: al afectar el nexo causal desvían a éste a tal punto que lo alejan de cualquier responsable humano, y termina refugiando la responsabilidad en lo que se conoce como “la desgracia” o “la mala suerte”. Tierras ingratas e inhóspitas donde nadie responde de nada.

### **3.8. QUIEBRE DEL NEXO CUASAL.**

El artículo 1972º contiene supuestos en los cuales el “autor” no está obligado a la reparación del daño. Este artículo contiene un error, pues denomina “autor” a alguien que en realidad no lo es. En efecto, si analizamos los supuestos descritos en dicho artículo, resulta fácil darnos cuenta que no se tratan de una exoneración de responsabilidad sino que, en tales supuestos no existe obligación de indemnizar porque sencillamente dicha persona no es autor del daño. Se trata pues de un caso de ruptura del nexo causal. La causa del daño no es la conducta del “agente” sino que el daño se produce a consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, de un hecho determinante de tercero o de la imprudencia de la víctima.

### **3.9. PRECISIONES RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.**

Tal como quedaron reseñados los fundamentos y los presupuestos de la responsabilidad civil objetiva, parecería que el que usa un bien riesgoso o peligro o ejerce una actividad riesgosa o peligrosa siempre e inevitablemente sería responsable. No. Como ya

vimos esto no es así. También en la responsabilidad objetiva es posible encontrar supuestos eximentes de responsabilidad. Pues, lo que determina la responsabilidad al agente es su calidad de autor, de agente del daño; en consecuencia, para que exista responsabilidad será necesario demostrar la existencia del nexo causal entre el que creó el riesgo y aquel que sufrió el daño.

En conclusión; la diferencia entre la responsabilidad subjetiva y a la responsabilidad objetiva consiste básicamente en que: mientras que en la primero, el agente será responsable:

- 1) Si es autor del daño, si ocasionó el daño, si existe un nexo causal entre la conducta y el daño;
- 2) Si tal daño se produjo por dolo o culpa. En cambio, en la responsabilidad objetiva, sólo es necesario probar la existencia del daño y del nexo causal. Nada más.

#### **4. LA RESPONSABILIDAD PENAL**

La responsabilidad penal se configura por la infracción de la ley penal cometida por una persona imputable y cuya consecuencia se manifiesta en la aplicación de una pena. Si ha ocasionado además daños y perjuicios, implica la responsabilidad civil correspondiente. También la responsabilidad se concreta en la aplicación de una pena, por acción o por omisión –dolosa o culposa- del autor de una u otra. Es de tipo eminentemente personal, de interpretación restringida, de irretroactividad prohibida por la generalidad de las leyes, de voluntariedad presunta

(demostrativa de la relación de causalidad entre el agente y el resultado) y de orden público.

También genéricamente se le entiende como la declaración pronunciada por órgano jurisdiccional estatal, de que en determinado sujeto se verifican, en concreto, las condiciones de imputabilidad por ley genéricamente requeridas, y de que éste, si es imputable, está obligado efectivamente a sufrir las consecuencias de un hecho, como autor de él. Ella a su vez supone: a) la responsabilidad criminal propiamente dicha, y b) la responsabilidad civil derivada del delito.

## **5. FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

Tradicionalmente y en el Derecho moderno se reconoce cuatro funciones a la responsabilidad civil. Guido ALPA y Mario BESSONE señalan al respecto las siguientes funciones:

- La consolidación de la potestad del Estado, en tanto ha quedado atrás la época de la solución violenta de los conflictos privados y porque ahora, en la sociedad civil, no se admiten como resarcible sino los daños que el ordenamiento jurídico permite.
- La sanción, que ha evolucionado desde la simple punición física hasta la adopción de una naturaleza pecuniaria (“el daño que el agente debe reparar es un daño valorizable en metálico”).
- La prevención, porque, intimidados por las sanciones, los particulares harán todo lo posible para evitar los daños y la propagación de estos.

- El resarcimiento, que consiste, propiamente, en la restauración del damnificado, al cual se asigna una suma de dinero para compensar el daño sufrido de manera indebida<sup>103</sup>.

A decir de Leysser L. LEÓN, los autores citados precisan, empero, que en nuestros días la responsabilidad civil no resuelve, ni pretende, resolver en un mínimo grado, todas las funciones o elementos señalados. El daño –expresan- puede ser liquidado y resarcido incluso sin recurrir al juez, sobre la base de convenciones estipuladas previamente, o también a través de mecanismos extrajudiciales, como el arbitraje. Por consiguiente, la sanción contemplada por el ordenamiento jurídico no tiene ya aquel efecto intimidatorio que poseía en otros tiempos. Por ello resulta, que la función de la responsabilidad que prevalece en la actualidad es la resarcitoria, pues las normas de responsabilidad civil son de continuo interpretadas con miras a extender, cuanto más sea posible, el resarcimiento de todas las víctimas.

## **6. LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL**

En primer lugar, definamos que es la profesión: la profesión es el conjunto de destrezas mediante el aprendizaje sistematizado de una carrera, que permitirá al poseedor ejercerla, con derecho a una retribución económica. En consecuencia, los profesionales son quienes han alcanzado un título profesional, el cual puede ser otorgado por la universidad o por algún Instituto Superior. Existen notas distintivas para su desempeño: habitualidad, reglamentación normativa, habilitación

---

<sup>103</sup> ALPA, Guido y Mario BESSONE. *Elementi di diritto civile*. Milán, Giuffrè, 1990, p. 338. Texto citado por LEÓN, Leysser L., en: *La Responsabilidad Civil; líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Lima, Normas Legales, 2004, p. 349.

previa conforme a ley, presunción de onerosidad, autonomía técnica, sujeción a colegiación, sometimiento a normas éticas y sometimiento a potestades disciplinarias.

De ahí que se entienda por ejercicio profesional a la manifestación de la actividad humana, respecto de la cual es posible la aplicación de determinadas responsabilidades de naturaleza civil o penal, siempre que concurren sus elementos esenciales. En el plano más concreto, se trata de determinar la responsabilidad civil de los profesionales, en especial su naturaleza jurídica, atendiendo a las profesiones que más debate ha suscitado en esta materia. Es el caso que el profesional en el ejercicio del mismo deviene en responsabilidades contractuales y extracontractuales.

Hablar de la responsabilidad civil del abogado supone adoptar una posición que toma en cuenta el rol de este profesional en la sociedad y la situación de aquellos que requieren sus servicios y se encuentran luego frente a la lesión de sus intereses. "Si bien el carácter intelectual de la profesión, en este caso del abogado, con las consecuencias que ello implica, ha llevado precisamente a denominarla como la típica profesión liberal, desarrollándose como tal hasta nuestros días, también observamos de otro lado que en la época actual se toma conciencia de la trascendente función social que ha de cumplir el abogado, de manera tal que la expresión 'profesión liberal' queda referida únicamente para señalar su autonomía científico-técnica"<sup>104</sup>.

---

<sup>104</sup> WOOLCOTT OYAGUE, Olenka. *La responsabilidad civil de los profesionales*. Lima, Ara Editores, p. 395.

La función del abogado en el ejercicio de la profesión puede regularmente ser extrajudicial como jurisdiccional. En el primer caso, la despliega a través del ejercicio liberal de la profesión, es el consultor jurídico en la diversidad de actividades humanas con trascendencia jurídica. Con respecto al segundo, su ejercicio se halla atado a ejercer funciones jurisdiccionales en representación del Estado: como juez o fiscal. Excepcionalmente en los tribunales arbitrales.

En el primer caso, la relación puede ser contractual o extracontractual, en la modalidad de contrato de prestación de servicio profesional. Ahora, si el abogado causa dolo o por culpa un daño a su cliente o a terceros en el ejercicio de su actividad será pasible de responsabilidad civil, en cuyo caso tendrá que reparar el daño que generó. "Tal responsabilidad será contractual en tanto y en cuanto se produzca al interior de una relación de esa índole, es decir, la del abogado y su cliente, ya sea para una actuación judicial o extrajudicial. Para establecer esta responsabilidad, es preciso determinar el contenido de la relación jurídica contractual"<sup>105</sup>. Si el daño que resulten de la actividad del abogado se produce afectando a terceros, la responsabilidad que asume el profesional es de índole extracontractual.

En el caso de determinar la responsabilidad de los abogados, sea de origen contractual o extracontractual, "se trata de una tarea ardua y compleja que se reserva al órgano jurisdiccional, en la que juegan factores lógicos, axiológicos y fácticos en exigencia recíproca, para concluir en el acto creador del Juez, determinado a su vez por su

---

<sup>105</sup> WOOLCOTT OYAGUE, Olenka. *Op.cit*, p. 397.

sensibilidad, intuición y prudencia en la consideración de ciertas peculiaridades de la actividad que, en la materia de nos atañe, estarían configuradas, entre otras, por la facultad discrecional del profesional para decidir la adopción de un tratamiento, procedimiento o técnica en especial”<sup>106</sup>.

## 7. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE MAGISTRADOS

El tema es controvertido en el Derecho comparado como en nuestra legislación nacional. A pesar de la existencia de normas jurídicas que establecen que los jueces asumen responsabilidad de carácter civil como consecuencia de... éstas no son aplicables en la práctica. No conocemos casos específicos en la región, menos existe jurisprudencia que determine que las normas tienen aplicación concreta.

Partimos del siguiente criterio: la actividad jurisdiccional asumido por los jueces, como cualquier otra actividad del ser humano, puede generar daños, directa o indirectamente. De la misma se deduce, como es natural, que la solución para el problema producido es la responsabilidad civil y penal del magistrado. Regularmente, “el análisis de la responsabilidad civil de los magistrados se ubica, cómo no en el campo de la responsabilidad extracontractual, pero faltaría a la realidad una negativa de reconocer que el otrora traslúcido límite entre las dos áreas indicadas ha sido fuertemente remecido por los aportes más recientes de la doctrina jurídica extranjera y nacional”<sup>107</sup>. Se refiere a que no hay forma legítima de poner en tela de juicio la diferencia ontológica

---

<sup>106</sup> *Ibid*, p. 53.

<sup>107</sup> LEÓN, Leysser L. *La responsabilidad civil; líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Lima Normas legales, 2004, p.353.

que existe entre la responsabilidad civil derivada de la falta de cumplimiento de las obligaciones y aquella otra que emana de la verificación de la infracción de un, usualmente aludido, “deber jurídico general de no causar daño a nadie”. En ese debate, Mauro CAPPELLETTI y Pier Giuseppe MONATERI explican que la responsabilidad del juez puede organizarse, por lo menos, conforme a cuatro modelos distintos, a saber:

- El modelo *represivo*, que se funda en la acción disciplinaria contra el juez ejercido por el Poder Ejecutivo.
- El modelo *autónomo-corporativo*, que prevé una auto-organización de los jueces para controlar su propio comportamiento.
- El modelo de la *responsabilidad social*, que tiene como mira hacer responsable al juez, y simultáneamente, enmarcar el fenómeno en un contexto de relevancia institucional que presiona socialmente al magistrado, para que cumpla diligentemente su función.
- El modelo de *responsabilidad civil*, que considera la actividad judicial como una mera especie de la actividad “profesional”, y por ende, hace responsables a los jueces por los daños cometidos con ocasión del desempeño de sus funciones.

## **8. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE MAGISTRADOS EN EL DERECHO COMPARADO**

El Derecho comparado, ha desarrollado no sin problemas, aspectos relacionados a la responsabilidad civil de los magistrados en general, específicamente de los jueces en la administración de justicia.

Una de las primeras legislaciones, es la desarrollada por el Derecho español. En el Siglo XIX establecieron en la Constitución de 1812 la responsabilidad civil de los jueces en los casos de inobservancia de las leyes reguladoras del proceso civil y penal. De tal manera que España, como ocurre con contadas instituciones y fórmulas jurídicas, puede preciarse de ostentar el primado en esta materia, porque también legisla con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881, de responsabilidad civil de los jueces por los daños culposamente o dolosamente causados en el desempeño de sus funciones. Igualmente en la Constitución de 1978, el artículo 121º es puntual al respecto, y consagra la responsabilidad, *objetiva y directa*, como suele afirmarse, el Estado-Juez: "Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia".

También el Derecho italiano estableció a través de una norma especial la responsabilidad civil del juez a través de la Ley Nº 117 del 13 de abril de 1988, denominada "*Resarcimiento de los daños ocasionados en el ejercicio de las funciones judiciales u responsabilidad civil de los jueces*". De tal manera que Italia es uno de los pocos países en los que existe una legislación especial en materia de responsabilidad de los magistrados. Así la citada ley expresa:

"Art. 1.- *Del ámbito de aplicación:*

- a. Las disposiciones de la presente Ley se aplican a todos los que pertenecen a las magistraturas, ordinaria, administrativa, de contaduría, militar y especiales, y a los que ejercen actividad judicial,

independientemente de la naturaleza de sus funciones, así como a los que participan, sin tener la calidad de jueces, en el ejercicio de la función judicial.

- b. Las disposiciones referidas en el inciso 1º también se aplican a los jueces que ejercen sus propias funciones en el seno de un tribunal.
- c. En siguientes disposiciones, el término 'juez' corresponde a todos los sujetos comprendidos en los inciso 1º y 2º.

*Art. 2. Responsabilidad por dolo o culpa grave.*

- a. Quien ha sufrido un daño injusto por efecto de un comportamiento, de un acto, o de una resolución del juez, realizados con dolo o culpa grave y en el ejercicio de las funciones judiciales, o por efecto de una denegación de justicia, puede actuar contra el Estado para obtener el resarcimiento de los daños patrimoniales, y también de los no patrimoniales, que deriven de la privación de la libertad personal.
- b. En el ejercicio de las funciones judiciales, no puede dar lugar a responsabilidad la actividad de interpretación de normas de Derecho, ni tampoco la actividad de evaluación de los hechos y de las pruebas.
- c. Constituyen culpa grave:
  - i. La grave violación de la ley, derivada por negligencia inexcusable.

- ii. La afirmación, determinada por negligencia inexcusable, de un hecho cuya existencia es descartada, incuestionablemente, mediante los actos del proceso.
- iii. La negación, determinada por negligencia inexcusable, de un hecho cuya existencia fluye, e incuestionablemente, de los actos del proceso.
- iv. La emisión de una resolución relativa a la libertad de la persona, fuera de los casos permitidos por la ley, o sin motivación”.

En Francia, los errores judiciales se corrigen mediante los mecanismos de las impugnaciones. No hay legislación especial al respecto, salvo la Ley Nº 72-626 de 1972, en cuyo artículo 11 se establece que el Estado responde frente a terceros por los daños ocasionados por el funcionamiento defectuoso del servicio de justicia. En teoría, no existe responsabilidad personal por error en el juicio, a menos que exista falta grave, en cuyo caso el Estado es siempre el encargado de satisfacer a la víctima, sin perjuicio de su derecho de repetición contra el magistrado directamente responsable del daño ocasionado. Pero como señala el jurista Francois TERRÉ, "en la práctica, jamás se ha interpuesto recursos contra un juez, a título personal"<sup>108</sup>.

En Alemania, los jueces son responsables, sin limitaciones, si cometen daños por un error judicial o por la mala aplicación del Derecho. La norma aplicable está contenida en la parte que el *Bürgerliches Gesetzbuch*, el Código Civil alemán dedica al tema de la responsabilidad

---

<sup>108</sup> TERRÉ, Francois, citado por LEÓN, Leysser L. *Op.cit*, p.357.

civil de los funcionarios públicos. En el numeral 839, 2º párrafo, 1º parte del BGB, se lee en efecto: “Sin con ocasión de la decisión de un asunto judicial, un servidor público infringe su deber de función, será responsable por los daños resultantes, solamente si la infracción del deber constituye un ilícito penal”<sup>109</sup>. De tal manera, el juez resulta responsable solamente si aplica el Derecho de manera errónea o si ha prometido una sentencia fraudulenta: su sola culpa no implica el resarcimiento del daño, aun cuando fuera una culpa grave. “Todos estos datos han llevado a que se considere que los jueces, en Alemania, gozan de un ‘privilegio’, el *Richter-privileg*, ni más ni menos”<sup>110</sup>.

En el Japón, el juez, o el funcionario público en general, que en el marco de sus actividades ocasiona un daño a otra persona, hace que el Estado resulte responsable frente al afectado. Al respecto, impera la regla de una ley específica en materia de responsabilidad del Estado. El juez no responde individualmente.

En Israel, el juez es responsable de los daños derivados de un acto de culpa grave, y en casos muy extremos. Por lo demás, también este es otro país donde la responsabilidad no es personal, sino que se aplica al Estado, conforme a la *Civil Wrongs Ordinance*, Sección 8.

En la joven república de Eslovenia, se ha reconocido, constitucionalmente el derecho fundamental a ser indemnizado. En el este caso, el ordenamiento considera que el juez no es responsable por la interpretación del Derecho, desde el momento en que ella está

---

<sup>109</sup> LEÓN, Leysser L. *Op.cit*, p. 358.

<sup>110</sup> *Ibid.*

comprendida dentro de los poderes connaturales a su función. Pero el juez sí es responsable si la interpretación que brinda es contraria a una regla que sea bien clara, o cuando, intencionalmente, aplica el Derecho contrario a la interpretación común que fluye de los precedentes referidos a una misma materia.

En el Derecho comparado encontramos una diferencia sustancial en el sistema del *Common law*, donde el Juez, sencillamente, no responde jamás. En Inglaterra siempre se ha respetado el precepto de que “el Rey no puede equivocarse” (“*The King can do no wrong*”), y por ende, la virtual “*immunity from civil liability*”. En Estados Unidos, según VINCENZO VIGORITU, existen hasta dos *inmunidades*: la absoluta y la calificada; en la primera, la demanda de resarcimiento eventualmente interpuesta es simplemente rechazada *in limine*, en la segunda, el juez goza de la inmunidad únicamente si demuestra que actuó de buena fe y con razonabilidad a la luz de las circunstancias<sup>111</sup>.

## **9. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

### **9.1. PRECISIONES NECESARIAS**

Es importante determinar la responsabilidad de los funcionarios públicos, por la vinculación que tiene con la responsabilidad civil del Estado, los Jueces y Fiscales. Precisa previamente definir el significado de funcionario público. Para LINARES QUINTANA, la función pública y funcionario público son en Derecho Administrativo, conceptos

---

<sup>111</sup> *Ibid*, pp. 359.360.

inseparables. Funcionario público es el que desempeña funciones públicas, vale decir, funciones mediante las cuales realiza el Estado su destino. Para BIELSA, funcionario público es todo aquel que en virtud de designación especial y legal, ya por decreto, ya por elección, y de una manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una esfera de competencia dada, declara o ejecuta la voluntad del Estado para realizar un fin público o actividad jurídica o social. por su parte CABRERA VÁSQUEZ, define la función pública como el conjunto de actividades que se realizan o ejercen para el cumplimiento de los fines del Estado, las mismas que son efectuadas por personas físicas, para lo que se cuenta con la investidura correspondiente y que implica derechos y deberes<sup>112</sup>.

Al respecto, los primeros vestigios normativos sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos la tenemos con la Ley del 28 de septiembre de 1868 denominada "Ley de Responsabilidad del Funcionario Público". El primer artículo establecía: "Los funcionarios que en el ejercicio de su cargo hagan lo que la ley prohíbe u omitan lo que ella manda, serán responsables de tales actos u omisiones". El segundo artículo prescribía: "Si un funcionario público ha infringido sus deberes por ignorancia o descuido, su responsabilidad será meramente civil; y mixto, si ha infringido por prevaricato, soborno u otra causa criminal, en cuyo caso será condenado, no sólo al resarcimiento de los daños y perjuicios, sino también a la pena o penas que designa el Código Penal".

---

<sup>112</sup> CABRERA VÁSQUEZ, Marco. *Introducción al Estudio de la Función Pública*. Lima, Editora Sagsa, 1985, p.407.

## **9.2. EL SERVIDOR Y FUNCIONARIOS PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA**

El artículo 39° de la Constitución prescribe:

“Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo nacional de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría, y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley”.

El mencionado artículo describe dos aspectos, uno de los cuales se refiere a quienes se encuentran al servicio de la Nación, y de otro lado, la jerarquía que debe existir dentro del referido servicio. Con respecto al primer punto, los primeros antecedentes constitucionales y legales sobre la denominación que asume nuestra actual Constitución, las mismas que datan de 1828 y se prolongan hasta 1933, siendo una constante el referirse a quien laboraba en la Administración Pública como “funcionario o empleado público”.

Posteriormente, los artículos 58° y 60° de la Constitución de 1979 sustituyen el concepto de “empleado público” por el de “servidor público” y determina por primera vez en un texto constitucional la jerarquía funcional de la administración pública, encabezada por el presidente de la República. Sobre dicha base constitucional, expidió el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de

Remuneraciones del Sector Público del año 1984 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM, que desarrolla los conceptos de “servidor y funcionario público”.

Durante la formulación de la Constitución de 1993, la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso Constituyente Democrático, sostuvo que los funcionarios del Estado desempeñan una función pública pero no forman parte de una carrera administrativa, sin embargo, se considera dentro la denominación “funcionarios públicos” a aquellos que desempeñan un cargo político, conceptos éstos que fueron debatidos en el Pleno del congreso, con la insistencia de consignar expresamente que los “servidores públicos” están al servicio de la nación y no de los gobiernos de turno, toda vez que serían los altos funcionarios quienes confunden los conceptos.

Durante el debate de la última propuesta de reforma constitucional en el año 2003 en el Congreso de la República, se mantiene la estructura del artículo bajo comentario, no obstante, se acordó la sustitución del término de “trabajadores” por el de “servidores públicos”, atendiendo a que esta última terminología se avoca propiamente a la legislación administrativa.

Las recientes disposiciones de nuestro ordenamiento legal vigente comienzan a asumir nueva concepciones del tema, tales como la ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, que entró en vigencia el 2005; así mismo, sobre dicha base la Ley N° 27815 que modificada por la Ley N° 28496, Ley del Código de Ética de la Función Pública, involucra una concepción más amplia al denominado “empleado público”, dado que

comprende a todo funcionario o servidor de la Administración Pública. Recordemos también que la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, involucra el término “funcionario” a todos los que participan de dicho procedimiento sin efectuar distinción alguna.

Situación similar e interesante es la consignada con nuestro Código Penal al considerar en forma amplia a los “funcionarios o servidores públicos” como aquellos comprendidos en la carrera administrativa, los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular. En esta materia existen algunas sentencias, como la de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en 1998, que considera “funcionario público” a la persona que jurídica, disciplinaria o jerárquicamente se encuentra vinculada con las funciones fundamentales del Estado<sup>9</sup>, tales como las de gobierno, legislativas, ejecutivas, electorales, de servicios básicos a la Nación, asistenciales y de apoyo por la preeminencia del interés común o social, o la de declarar o ejecutar la voluntad del Estado para realizar un fin público<sup>113</sup>.

### **9.3. LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

El artículo 41° de la Constitución vigente expresa:

“Los funcionarios y servidores públicos que señalan la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por este deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar

---

<sup>113</sup> Expediente N° 5547-97 del 18 de mayo de 1998. En: CD Diálogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica, Lima. También en el Expediente N° 4490-99 del 19 de junio de 2000. Sala de Apelaciones de Lima para Reos Libres. En: CD Diálogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica, Lima.

posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condición que señala la ley.

Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial.

La ley establece la responsabilidad de los funcionarios públicos y servidores públicos, así como el plazo en su inhabilitación para la función pública.

El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado”.

Siendo un tema extremadamente complejo, en el ámbito administrativo, y en especial en el contexto del control administrativo y el comportamiento de los funcionarios públicos, existen dos conceptos de particular importancia. Uno de ellos es el de la responsabilidad, por la cual los funcionarios y servidores públicos deben asumir las consecuencias de sus actos al interior del Estado. Asimismo, la doctrina y las normas legales hacen referencia a un concepto adicional que es el de la llamada responsabilidad” (traducción del inglés *accountability* ) y que hace referencia a la obligación del funcionario o servidor público de dar cuenta de sus actos.

La razón, se expresa en la conveniencia y deber de que el titular de la entidad de la que se trate, los funcionarios y los servidores públicos tienen el deber de desempeñar sus funciones con eficacia, economía,

eficiencia, transparencia y licitud, a lo cual debe agregarse que desempeñan el cargo en representación de la población. Los titulares, servidores y funcionarios públicos tienen el deber permanente, personal e intransferible de dar cuenta del ejercicio de sus funciones, del cumplimiento de sus objetivos y de los bienes y recursos recibidos<sup>114</sup>.

Otra norma que regulaba la responsabilidad de los hoy funcionarios y servidores públicos era el Reglamento de Procedimientos Administrativos D.S. N° 006-SC-67 (11.nov.1967), prescribía en el artículo 30°: El funcionario o empleado que:

- a. Demorare la remisión de datos, actuados o expedientes solicitados para resolver en vía administrativa o como prueba en la vía judicial.
- b. Obstaculizare en forma maliciosa y notoria la expedición de una resolución.
- c. Se abstuviese de intervenir a resolver en un proceso, salvo los casos del artículo 18°.

Deberá ser sancionado, conforme a lo dispuesto en los inc. b) y e) del artículo 86° de la Ley 11377, y de la Ley de responsabilidad de los funcionarios públicos a que se refiere el artículo 29°.

Posteriormente se puso en vigencia el Decreto Legislativo N° 276 denominada Ley de Bases de la Carrera Administrativa y Remuneraciones del Sector Público de fecha 24 de marzo de 1984. En su artículo 25° se establecía: “Los servidores públicos son responsables

---

<sup>114</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. “La carrera administrativa”. En: GUTIERREZ, Walter. *La Constitución Comentada, t. I*. Lima, Gaceta Jurídica, 2005, pp. 673-674.

civil, penal y administrativamente por el incumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público, sin perjuicio de las sanciones de carácter disciplinario por las faltas que cometan”.

Asimismo, los artículos 153º y 154º del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Carrera Administrativa expresa:

Artículo 153º: “Los servidores públicos serán sancionados administrativamente por el incumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades civil y/o penal en que pudieran incurrir”.

Artículo 154º: “La aplicación de la sanción se hace teniendo en consideración la gravedad de la falta. Para aplicar la sanción a que hubiere lugar, la autoridad respectiva tomará en cuenta además:

- a. La reincidencia o reiterancia del autor o autores.
- b. El nivel de carrera; y
- c. La situación jerárquica del autor o autores.

La vigente Ley del Procedimiento Administrativo General, N° 27444, regula el procedimiento administrativo de manera general y amplia, ya que es aplicable para todas las entidades de la administración pública, como son los poderes del Estado, gobiernos locales y regionales, y demás entidades cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas. En esta Ley es el artículo 238º la que regula la responsabilidad en la administración pública. También está la ley Marco del Empleo Público o Ley N° 28175. En ambos casos se incide en que los funcionarios públicos son responsables civil, penal o

administrativamente por el incumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público.

En nuestra legislación la responsabilidad civil de los funcionarios públicos, en específico de los magistrados, ha ido evolucionando en consideración a la formulación de las diversas Constituciones Políticas. Así la Constitución de 1933 establecía que el Estado indemnizaría a las víctimas de los errores judiciales. El artículo 230º prescribía: “El Estado indemnizará a las víctimas de los errores judiciales, previo el respectivo juicio de revisión”. En consideración a dicha norma constitucional, el 27 de agosto de 1945 se promulgó la Ley N° 10234 sobre Indemnización de los Condenados por Error. Las personas condenadas por error tenían derecho a una indemnización, según sea la magnitud del daño material y moral que hay sufrido.

También en el gobierno del Dr. Alan García se promulgó la Ley N° 24974 o Ley que regula la indemnización por errores judiciales, así como por detenciones arbitrarias. Norma ésta nunca tuvo aplicación práctica, es de las tantas Leyes populistas que existe en la normatividad nacional. La Constitución de 1979 también consagró el derecho a ser indemnizado por errores judiciales, en el numeral 233º, la que también no pasó de ser una declaración lírica. La Constitución de 1993 la responsabilidad de los funcionarios públicos prescrito en el artículo 39º está regulada en el artículo 41º.

## **10. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE FISCALES POR INCUMPLIMIENTO DE TITULARES DE LA CARGA DE LA PRUEBA**

Se tiene que partir del criterio que el Estado y sus representantes (funcionarios en sus más diversas acepciones en la estructura del Estado) en relación con la sociedad tienen que asumir las mismas responsabilidades que cualquier particular en cuanto a su actuación si esta afecta o causa daño a las situaciones jurídicas de las personas. Si el Estado está vinculado con la sociedad mediante normas legales y si está obligado a actuar bajo los términos de éste, del incumplimiento de tales obligaciones responderá patrimonialmente bajo la figura de responsabilidad extracontractual, en tanto que las entidades (Ministerio Público) y sus representantes (Fiscales) actúan en el marco del respeto del principio de legalidad, de forma que la fuente principal de la actuación de éstos es la Constitución y Ley.

Partiendo de esta premisa, consideramos que un particular, en este caso el agraviado, pueda emplazar al Estado a fin de que indemnice por daños producidos a sus derechos o intereses. Sin embargo, debemos considerar que el Estado peruano no ha sido estructurado ni diseñado para atender reparaciones por los daños y perjuicios que puedan ocasionar sus funcionarios en el incumplimiento de sus funciones, sino para brindar servicios, regular asuntos de interés general, para decidir sobre situaciones administrativas y sobre administrados, para prestar servicios a través de la administración de justicia, así como para recaudar recursos económicos de la ciudadanía.

Por ello, sería ideal que la Constitución Política reconozca la indemnización como derecho frente al Estado y que nuestras leyes diseñen un sistema claro de su regulación, de su cumplimiento de las obligaciones derivadas de la responsabilidad extracontractual, y mecanismos de ejecución efectiva, pues, como ya hemos expuesto, las normas legales para hacer efectivo sobre las responsabilidades de los magistrados parecen normas embalsamadas, sin aplicación práctica.

El artículo 238.3º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, establece los criterios a ser considerados para la determinación de indemnización: a) la existencia de un daño efectivo, b) que el daño sea valorado económicamente, y c) que el daño sea individualizado en relación con un administrado o un grupo de estos<sup>115</sup>. Sobre la base de la simple lectura del artículo referido puede interpretarse que la entidad estatal tiene la posibilidad directa de resarcir la indemnización y la determinación de la responsabilidad debe definirse en el fuero judicial, planteándose en la vía civil ordinaria. Creemos que es la vía contenciosa-administrativa la idónea para ventilar estos procesos considerando que lo primero que debe determinar un juez que tiene una demanda de indemnización contra el Estado es conocer si éste actuó dentro de sus atribuciones y si no abusó de estas. Para ello, el juez civil puede tener conocimiento de la categoría del daño y tener mejor criterio para cuantificarlo (si es que no lo hizo convincentemente el demandante), pero para llegar a este extremo debe decidirse si existió actuación indebida de parte del representante del Ministerio Público.

---

<sup>115</sup> MARTÍN TIRADO, Richard. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima, ARA Editores, 2001, p. 310.

La Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto Legislativo N° 52, promulgado durante el segundo gobierno del arquitecto Fernando Belaunde Terry, sobre la responsabilidad de los Fiscales, se hace una tibia regulación de sus responsabilidades. La Ley no hace ninguna referencia a limitación o restricción de la responsabilidad de los Fiscales. Expresa el artículo 22º: “La infracción de los impedimentos y prohibiciones a que se refieren los artículos precedentes dan lugar a responsabilidad disciplinaria, civil o penal, según el caso. Son también responsables, en alguna de estas formas, por las infracciones, que cometan en el ejercicio de sus funciones, así como en los casos de conducta irregular o que los hagan desmerecer en el concepto público”. Así también el artículo 51º dice: “las responsabilidades civil y penal de los miembros del Ministerio Público se rigen por las normas legales sobre la respectiva materia”. Más preciso en todo es el que prescribe el artículo 118º del Código Procesal civil sobre la responsabilidad de los fiscales.

Seremos más precisos. El Fiscal es responsable civilmente por dolo y por culpa, en este último caso y para el tema tratado, como culpa inexcusable. Con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal el Fiscal tiene más poder que en el Código de Procedimientos Penales. Él no es la ley, pero lleva la palabra de la ley, es la voz del Estado y la sociedad. Se desprende, entonces, que los Fiscales tienen deberes funcionales predeterminados por la ley, que surgen del ejercicio de la función de ser titulares de la carga de la prueba. Significa que no sólo pueden debe ser un hombre formado en ciencia jurídica, sino además un investigador, debe tener la disciplina del investigador

científico, porque es a través de la investigación confiada a su función que se llegará a la verdad y mediante ella a la justicia. La búsqueda de la verdad es la preocupación fundamental del Fiscal en el nuevo proceso penal, la que no podrá cumplirse si es que tiene método y disciplina de investigador.

¿Qué demuestra la realidad del rol del Fiscal en la actualidad? Un gran déficit en el cumplimiento de sus obligaciones funcionales. Las muestras que exponemos más adelante indican un deficiente rol del Ministerio Público en el proceso de investigación penal. Sucede que su rol de titulares de la carga de la prueba es marginal en el objetivo de llegar a la verdad dentro un proceso penal. Ello se expresa en las siguientes dificultades:

- a) Los Fiscales no participan activamente en la investigación pre judicial, preliminar o extra judicial. Ella la deja al arbitrio de la PNP. Ellos definen la suerte del imputado, califican el tipo y señalan sin mayores indicios o medios probatorios la presunta responsabilidad de los autores. En una reciente sentencia El Tribunal Constitucional, señala la primacía de la autoridad del Ministerio Público; en el exp. 4098-2005-PHC/TC, señala: *"...el Tribunal Constitucional debe decir que por mandato constitucional (artículo 159, inciso 4) es el Ministerio Público –y no la Policía Nacional- el encargado de conducir, desde su inicio, la investigación del delito. Como lógica consecuencia, se puede señalar, por tanto, que al ser el Ministerio Público el que tiene la potestad de investigar el delito, éste puede decidir realizar las investigaciones por sí mismo, o con apoyo de la*

*Policía Nacional. De ahí, que hacer depender –como soterradamente lo propone el accionante –el ejercicio de la potestad constitucional de ejercitar la acción penal, que nuestra Ley Suprema reconoce al Ministerio Público (artículo 159 inciso 6), a la investigación previa de la policía supone colocar a ésta por encima de aquel o, peor aun, otorgarle una atribución que nuestra Constitución no le reconoce,*<sup>116</sup>

- b) La denuncia del Ministerio Público al Poder Judicial en un 90 % sigue la suerte de la apreciación de la PNP en la investigación preliminar. Esto sucede con mayor gravedad cuando el proceso llega a la etapa de juzgamiento y el Fiscal Superior sin mayor estudio del proceso reproduce los mismos términos del atestado policial y la denuncia Fiscal en su acusación sustancial. Aunque no ha sido materia de análisis en la presente investigación, se presentan reiteradas acusaciones donde, por ejemplo, el Fiscal Superior sin mayor escrúpulo solicita severas penas para los acusados, y el colegiado en su sentencia los absuelve por falta de pruebas. ¿En qué situación queda el Ministerio Público como defensor de la ley y la legalidad?
- c) Las denuncias del Ministerio Público se efectúan sin una adecuada prognosis del ilícito y sin la sustanciación de los medios probatorios. El principio de ser titulares de la acción penal lo conduce a la arbitrariedad en la mayoría de casos por la errónea calificación del tipo penal.

---

<sup>116</sup> Diario oficial Peruano; Normas Legales; Procesos Constitucionales, 2006, Pág. 6178

- d) Una vez formulado la denuncia, en todo la secuela del proceso hay un *mutis probandi* del Ministerio Público sobre su obligación funcional de ser titulares de la carga de la prueba: no impulsan en el órgano jurisdiccional el diligenciamiento de las pruebas ofrecidas en su denuncia, las que surgen en la etapa investigatoria o las ofrecidas por las partes. Se convierte en la práctica en un mero observador.
- e) El Ministerio Público, en el desarrollo del proceso, hace nuevamente su aparición solamente a la culminación del término investigatorio para emitir el dictamen –hoy informe-, y, aún sin haber hecho actuar las pruebas ofrecidas y sin estar acreditado responsabilidad del procesado regularmente “encuentra” la existencia del ilícito y la responsabilidad del mismo. El Ministerio Público en todos estos casos goza de “inmunidad”, pues nada le sucederá el haber formulado denuncias o acusaciones sin pruebas o dejado de cumplir su rol de titular de la misma.
- f) El Fiscal Superior, igualmente, en forma regularmente “coherente” con lo apreciado por el informe del Fiscal Provincial, emite su dictamen acusatorio, aún forzando todas las circunstancias expuestas líneas arriba. Al respecto dice la jurisprudencia: “Y, respecto a la actuación del Ministerio Público, las conclusiones no podrían ser de alcances menos categóricos, por ser la entidad encargada de conducir desde su inicio la investigación del delito (art. 159º, inciso 4º de la Constitución), siendo determinante la participación del Fiscal Superior, a quien, culminada la fase de la

*instrucción, compete (...) formular acusación sustancial, si las pruebas actuadas en la investigación policial y en la instrucción lo han llevado a la convicción de la imputabilidad del inculpado. O meramente formal, para que oportunamente se proceda al juzgamiento del procesado, si abrigase dudas razonables sobre su imputabilidad' (art. 92º, inciso 4º del Decreto Legislativo N° 52). En tal sentido, la opinión del Fiscal Superior es un factor de vital importancia para determinar la existencia o inexistencia de mérito para pasar a juicio oral".* Fundamento Jurídico N° 17. Exp. N° 3563-2004-HC/TC.

El deficiente rol del Ministerio Público conduce, pues, a la existencia de procesos que no tienen razón de existir. Como indicamos en el análisis de los casos, un gran porcentaje de procesos son archivados por falta de pruebas, como consecuencia de una insustentable denuncia penal formulado por el Ministerio Público.

El Ministerio Público no es ajeno a los deberes morales fundamentales que son intrínsecos a la naturaleza de su función: independencia, imparcialidad, diligencia, lealtad, probidad, decoro, veracidad, eficiencia y la defensa de la dignidad de la persona. En todos los casos, la conducta del Fiscal deviene en responsabilidad civil por culpa, que es aquella que surge como consecuencia de las faltas incurridas por el Ministerio Público en el cumplimiento de sus obligaciones funcionales en la tramitación de un proceso, sea por descuido, negligencia inexcusable, impericia profesional o imprudencia en el obrar.

De todas ellas la más saltante es la culpa inexcusable. En el campo de la actividad pre jurisdiccional o jurisdiccional es la que se produce cuando el Fiscal yerra en forma notoria, manifiesta y no amerita duda en el cumplimiento de sus funciones. “Se considera que la culpa inexcusable puede ser entendida como aquella que puede revestir más gravedad que la propia culpa grave.–aunque en la doctrina se las considera como sinónimas- sería por tanto, aquella en la que ni los más torpes pueden incurrir, la que por el modo o la forma de la producción de los eventos, revelan especial torpeza en el actuar, aquella que de ningún modo tiene justificación, menos aun, puede dejar de ser sancionada”<sup>117</sup>. En este caso, no debe quedar impune el incumplimiento de funciones de los representantes del Ministerio Público, cuando en la secuela de un proceso dañan la dignidad (daño moral) de las personas, pero también aspectos patrimoniales.

También debieran ser pasibles de responsabilidad por culpa inexcusable en los casos siguientes: grave error de Derecho, interpretación insustentable de la ley, indefensión por no analizar los hechos probados por el afectado y resolver en discrepancia sobre temas sobre los que existe jurisprudencia obligatoria o uniforme, o sobre la base de los fundamentos insostenibles. El error de Derecho en sentido general, es el considerado como la acción desacertada o equivocada. CABANELLAS lo define como la ignorancia de la ley o de la costumbre obligatoria. La interpretación insustentable de la ley, se produce cuando la interpretación no se ajusta a las pautas que la doctrina reconoce en los

---

<sup>117</sup> LOVÓN SÁNCHEZ, José Alfredo. *La responsabilidad civil de los jueces*. Arequipa, Legislación Peruana General, 2004, p. 198.

diferentes tipos de interpretación. La indefensión por no analizar hechos probados, se la concibe como la falta de defensa actual o permanente. Asimismo se conceptúa como el desamparo o carencia de protección.

También en la doctrina DORMÍ considera que la responsabilidad de los representantes del Estado en la administración pública tiene diversos alcances:

- a) Por los valores jurídicos tutelables: pudiendo tener responsabilidad de tipo política (en cuanto afecta el interés general de la sociedad), administrativa (si afecta el buen funcionamiento de la administración), civil (si causa daño o perjuicio a la administración o terceros) y penal (en cuanto resulta la comisión de un delito).
- b) Por el elemento subjetivo: en cuanto a la repetición, vale analizar si la responsabilidad fue subjetiva (considerando dolo o culpa) u objetiva (por la actividad riesgosa de la entidad).
- c) Por el carácter personal: las responsabilidades pueden ser personales no transmisibles (política, penal, administrativa) y personales (civil, a los herederos).
- d) Por el carácter vinculante: considerando responsabilidades excluyentes entre sí y responsabilidades independientes y acumulables (con la inaplicación del non bis in ídem)).

- e) Por el carácter procedimental: las responsabilidades para su materialización requieren autorización previa, preventiva o remoción previa<sup>118</sup>.

En esta parte se debe tener presente que el Estado tiene la posibilidad de repetir sobre los agentes públicos a su servicio involucrados en la actividad generadora del daño indemnizado. Esta repetición debe realizarse previo procedimiento administrativo con características disciplinarias. La responsabilidad del Estado deviene en objetiva frente al sujeto agraviado indemnizado, y el servidor público tiene factores de atribución de responsabilidad subjetiva, de forma que debe evaluarse el dolo o la culpa del empleado a fin de determinar la cuantía de la repetición. De esta manera, el Estado debe implementar políticas, acciones y medidas concretas tendientes a evitar daños resarcibles mediante indemnización, de forma que garantizando los derechos de los ciudadanos se justifica que el ente estatal presta servicios a la sociedad.

## **11. EL PREVARICATO COMO DELITO DE FUNCIÓN DE JUECES Y FISCALES**

El Congreso de la República, mediante la Ley N° 28492, modificó uno de los supuestos del delito de prevaricato establecido en el artículo 418° del Código Penal. Dicha modificación tuvo como punto de partida el Proyecto de Ley N° 11571/2004-CR de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (Ceriajus), que propuso

---

<sup>118</sup> DORMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Tomo II. Lima, Gaceta Jurídica y Ciudad Argentina Editorial, 2005, p. 367.

la eliminación de la primera modalidad del artículo 418º, a fin de descriminalizar la expedición de dictamen o sentencia contraria a la ley. Tal propuesta se basó en que penalizar la decisión de los jueces contrarios a ley restringía severamente las facultades interpretativas del Juez, debido a que no es posible determinar de manera absoluta y a priori que un enunciado normativo sea claro, pues, como lo ha demostrado la filosofía analítica, ello siempre va a depender del caso concreto. La recomendación es consecuente con la corriente que propicia dispensar a los Jueces, para que en determinadas circunstancias puedan resolver contra la ley, por consideraciones superiores de justicia.

Para su cabal comprensión veamos algunos aspectos generales y específicos de la cuestión. El término *prevaricato* proviene del latín *praevaricatio* (de *prae* y *varicare*, desviarse del camino recto), o sea la traición del deber de la defensa<sup>119</sup>. Para MOMMESEN, el significado etimológico de la palabra *praevaricatio* es "atravesamiento"<sup>120</sup>. La Real Academia Española precisa que la voz *prevaricato* se origina en el latín *praevaricatio*, y haciendo la definición castellana de esta última, dice que prevaricar es acción de cualquier funcionario que de manera análoga a la prevaricación, a su vez, entiende el acto de delinquir de los funcionarios cuando, a sabiendas o por ignorancia inexcusable, dictan o prefieren resoluciones de manifiesta injusticia.

El tratadista Francesco CARRARA señala la existencia fonoménica de tres diferentes formas de prevaricación:

---

<sup>119</sup> MAGGIORI. *Derecho Penal, Parte Especial*, vol. III. Bogotá, Editorial Temis, 1972, p. 307.

<sup>120</sup> MOMMESEN, citado por FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la administración de justicia*. Lima, Juristas Editores, 2000, p. 159.

1. A veces tiene un sentido vulgar, cuando expresa aberración o vicio humano. "fiscal has de decir, que no friscal, prevaricador del buen lenguaje, que Dios te confunda", dice don Quijote a Sancho cuando éste encaja con un rosario ilógico un sartal de refranes.
2. En sentido jurídico, que CARRARA califica de muy amplio, prevaricador es el funcionario que viola la ley en ejercicio de sus funciones, para obtener un fin ilícito, y
3. En sentido para él exacto, prevaricador es el abogado que abusa de la confianza de su representado.

Al respecto queremos realizar algunas precisiones del prevaricato. Este delito ha sido objeto de una modificación sustancial en su estructura y no lo podemos pasar por inadvertido habida cuenta de una institución que pende constantemente sobre la cabeza de los magistrados en general (Jueces y Fiscales), por ende, debe recibir éste y otros comentarios para un cabal conocimiento, en tanto además, que los señores abogados en más de una vez lo han esgrimido cual espada de Damocles.

Si usamos como referencia el artículo 354º del abrogado Código Penal de 1924, el prevaricato es un delito de función, por tanto, conforme con este texto, sólo alcanzaba al Juez, y podía ser realizado sólo por acción; comprendiendo las siguientes conductas:

- a) Dictar resoluciones manifestantes contrarias al texto expreso y claro de la ley.
- b) Que se hagan citas de resoluciones o hechos falsos, y

c) Que las resoluciones se apoyen en las leyes supuestas o derogadas. La pena a la que se hace merecedor el sujeto activo del delito era la de multa a la renta de 30 a 90 días e inhabilitación absoluta perpetua. La norma rigió hasta el 26 de marzo de 1987.

La ley N° 24653, del 27 de marzo de 1987, modificó el texto del artículo en comento. Agregó al tipo penal a otro funcionario, esto es, al Fiscal que comentaría el delito de prevaricato si emitía dictámenes manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, y también le alcanzaban las conductas criminalizadas descritas en lo literales a), b) y c) del párrafo anterior. En cuanto a la pena, ésta se incrementó de 60 a 180 días de multa y con inhabilitación perpetua; y finalmente el tipo penal se extendió peligrosamente a los demás funcionarios o servidores públicos que incurrieran en las mismas acciones en el ámbito administrativo. Este texto se mantuvo hasta la entrada en vigencia del actual Código Penal de abril de 1991. Nótese en ambos casos, no expresa nada con respecto a la reparación civil a los perjudicados por incumplimiento de sus funciones sea por dolo o culpa.

El Código Penal actual, al criminalizar el prevaricato, lo tipifica en el artículo 418°, pero reduciendo los alcances de la legislación anterior, certeramente lo limita como delito de función, sólo para los Jueces y Fiscales, incurriendo en falta de técnicas, el tipo penal indicaba que los funcionarios ya mencionados que “a sabiendas” dictan resolución o emiten dictámenes incurrieran en el delito, pero bien sabemos que todos los delitos del Código material penal son dolosos. Salvo que el Código lo señale expresamente que se trata de un tipo penal culposo, conforme el

artículo 12º del Código Penal, es necesario entender que el delito de prevaricato es un delito culposo, como sí lo es en otros países.

Nuevamente, tal delito sólo puede ser realizado por acción, comprendiendo las siguientes conductas:

- a) Dictar resoluciones o emitir dictámenes contrarios al texto expreso y claro de la ley.
- b) Que se haga citas de pruebas inexistentes o se haga citas a hechos falsos, y
- d) Que las resoluciones y los dictámenes se apoyen en leyes supuestas o derogadas.

La pena a la que se hacía merecedor el sujeto activo del delito era la de multa a la renta de 30 a 90 días e inhabilitación absoluta perpetua. Dicha norma estuvo vigente hasta el 26 de marzo de 1987. Resulta claro que el legislador del Código Penal de 1991 quitó el adverbio “manifiestamente”, generando que basta que el dictamen de un Fiscal o la resolución de un Juez sean contrarios al texto expreso y claro de la ley para que el delito de prevaricato exista. Esto generó una sobrecriminalización del tipo penal que se ha venido aplicando y encausando a los magistrados en procesos hasta la actualidad.

El tipo penal contenido en el Código actual varió la pena, reprimiendo el ilícito con la pena privativa de libertad con menor de tres ni mayor de cinco años, e inhabilitación conforme con el artículo 426º del Código en comento. Este tipo penal se ha mantenido hasta la dación de

la Ley N° 28492, publicada en las separatas de normas del Diario Oficial *El peruano*, el 12 de abril de 2005.

El legislador ha mantenido todo el tipo penal del prevaricato señalado en el párrafo anterior, pero ha incluido nuevamente el adverbio “manifiestamente”. En ese sentido, ha vuelto a la redacción contenida en el artículo 354° del Código Penal de 1924, pero sólo para la acción de dictar resoluciones o emitir dictámenes, no basta entonces que la resolución o el dictamen sea contrario al texto expreso y claro de la ley, se requiere que aquellos sean manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, haber agregado tal adverbio, implica hablar del tipo subjetivo en el prevaricato. Por ejemplo, quedan excluidos del tipo penal dictar resoluciones o emitir dictámenes que contengan errores por omisión, por interpretación o hermenéutica, por ignorancia o desconocimiento, en todos estos casos de mediar el error, la buena fe elimina inmediatamente el dolo, ergo el error, la culpa inexcusable y la ignorancia eliminan al prevaricato.

Sin embargo, queda por decir que no puede alegar desconocimiento ni error el magistrado que es conocido por su buena cultura jurídica o por su jerarquía del cargo que desempeña, que lo alejan de la posibilidad de explicar su conducta por la justificación del error, culpa o ignorancia, en tanto sea mayor su jerarquía y cultura, menor será el margen de error, por eso lo manifiestamente contrario no será igual en todos los magistrados ni jerarquías.

Tal delito así es inminentemente doloso, intencional, el prevaricato está movido por el ánimo protervo de torcer la ley a sabiendas de su

ilicitud. Así, una conducta prevaricadora en el fondo propicia el desorden, perjuicio y descrédito de la administración, lo que hace su comportamiento reprochable, pues, generan injusticia e impunidad, desasosiego y desconcierto, quebrantando en mayor grado del equilibrio que se estaba llamado a restaurar, dejando insatisfecho el anhelo de la justicia y generando en los justificables desconfianza lo que connota mayor gravedad. En todos estos casos, tanto Jueces como Fiscales deben ser sujetos de asumir responsabilidades de carácter administrativo, penal y civil.

Manifiestamente contrario al texto expreso y claro de la ley, significa violar el tenor literal de una ley, que es clara y diáfana para cualquier persona de cultura media. Implica también violar su espíritu, es decir, aquello que no puede desconocer mínimamente un funcionario al ejercer sus funciones, cuando se viola manifiestamente la ley por quien la aplica, es obvio que lo hace queriendo violarla porque conoce su verdadero sentido y aplicación. Por ello el prevaricador hace prevalecer su voluntad o capricho individual.

Si bien el tipo objetivo del delito se describe correctamente en el tipo penal del prevaricato, lo mismo no sucede en el tipo subjetivo por lo que es necesario recurrir a la dogmática penal para entender que en tal delito hay un abuso de poder, pues, se prevarica en el ejercicio de las funciones y como un acto emanado de ellas, un Juez o un Fiscal que con su resolución o su dictamen abusa de su decisión funcional, con violación expresa y voluntaria de la ley, prevarica por abusar de su investidura y de la función adscrita a ella. No se puede prevaricar invadiendo órbita ajena,

porque el acto funcional resolutorio o dictaminador es exclusivamente de aquel que tiene esa función.

El prevaricato está concebido de modo tal que cualquier acto funcional decisorio: del Juez a través de cualquier decisión o simplemente dictaminador del Fiscal es igualmente punible, aunque para el caso del Fiscal también decide por resoluciones como es el caso de no incoar denuncia penal, archivar investigaciones, formular denuncias sin pruebas suficientes, o decide no ampliar la denuncia iniciado un proceso penal. Como señala FRISANCHO APARICIO, "la actividad prevaricadora vulnera la rectitud y la legalidad en el cumplimiento de los actos en que consiste la actividad de administrar justicia en el debido proceso (...) Involucra un gravísimo menoscabo a la confianza pública en el ejercicio de la potestad judicial, la misma que debe guiarse de acuerdo a los principios del Estado de Derecho"<sup>121</sup>.

## **12. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS**

Los Cuadros y Gráficos estadísticamente expuestos e interpretados fundamentan nuestra inicial hipótesis. Para ello lo hemos dividido en dos partes. La primera parte ilustra la carga procesal por cada clase de proceso, la situación jurídica de los procesados y el tipo de delito tramitados en el ámbito de la investigación. La segunda parte, constituye la confirmación de nuestra hipótesis y afirmaciones sobre las insuficiencias de la labor del Ministerio Público como titulares de la acción penal y de la carga de la prueba.

---

<sup>121</sup> FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la administración de Justicia*. Lima, Juristas Editores, 2000, pp. 171-172.

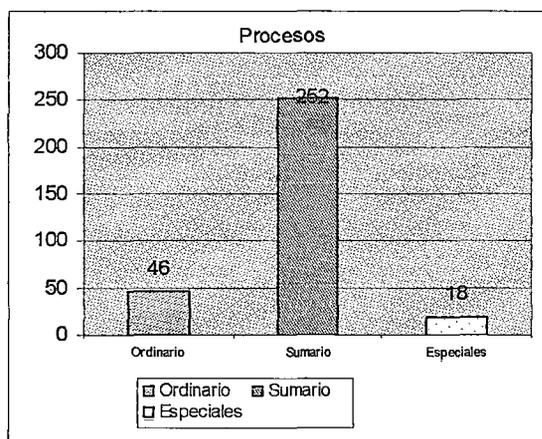
## PRIMERA PARTE:

- El Cuadro N° 0.1., Gráfico N° 0.1-A, y, Gráfico N° 0.1 -B (que corresponden al año 2001), **INTERPRETACIÓN:** del total de 316 procesos, refleja que mayormente los procesos corresponden a la vía del proceso sumario con un 79.75 %, seguido de los procesos ordinarios con un 14 %, y los especiales con un 5.70 %. Esta tendencia es determinante en el contexto regional y nacional.

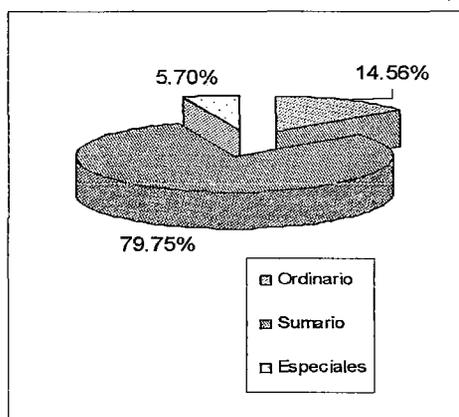
### CUADRO N° 01

Procesos	Expedientes	%
Ordinario	46	14.56%
Sumario	252	79.75%
Especiales	18	5.70%
<b>Total de Expedientes</b>	<b>316</b>	<b>100.00%</b>

### GRÁFICO N° 1-A



### GRÁFICO N° 1-B



FUENTE : Poder Judicial - Casa de Justicia- Juliaca Juzgados Penales.

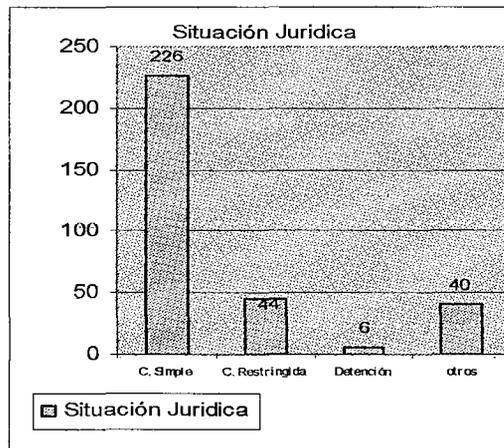
## SITUACIÓN JURÍDICA AÑO 2001

- El Cuadro N° 2, Gráfico N° 2-A y Gráfico N° 2-B (que también corresponden al año 2002), con respecto a la situación jurídica de los procesados, de un total de 316 procesos, el 71.52 % están con comparecencia simple, el 13,92 % están con comparecencia restringida, el 1.90 % con mandato de detención , y el 5 % con otras medidas 12.66 %

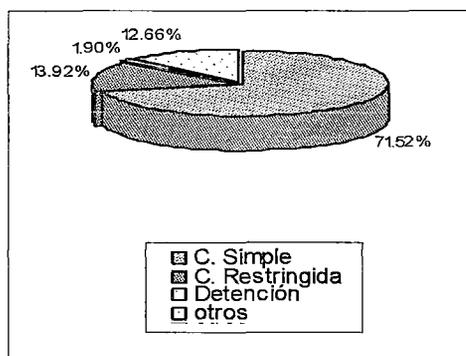
**CUADRO N° 2**

Situación Jurídica	Expedientes	%
C. Simple	226	71.52
C. Restringida	44	13.92
Detención	6	1.90
Otros	40	12.66
<b>Total Expedientes</b>	<b>316</b>	<b>100.00</b>

**CUADRO N° 2-A**



**CUADRO N° 2-B**



FUENTE : Poder Judicial - Casa de Justicia- Juliaca Juzgados Penales.

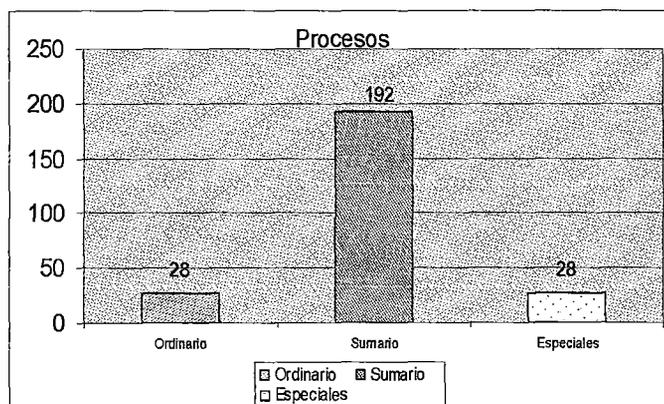
## PROCESOS AÑO 2002

- El Cuadro N° 1, Gráfico N° 1-A y Gráfico N° 1-B, (que corresponden al año 2002) **INTERPRETACIÓN:** de un total de 248 procesos, aparece que los procesos son mayormente sumarios en un 77.42 %, el ordinario y los especiales representan el 11.29 % respectivamente.

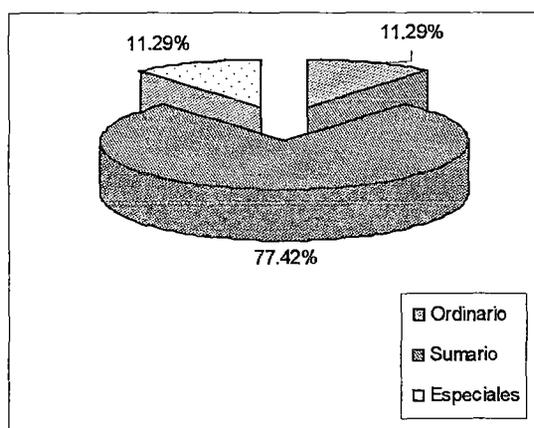
**CUADRO N° 1**

Procesos	Expedientes	%
Ordinario	28	11.29%
Sumario	192	77.42%
Especiales	28	11.29%
<b>Total de Expedientes</b>	<b>248</b>	<b>100.00%</b>

**GRAFICO 1-A**



**GRÁFICO N° 2-A**



FUENTE : Poder Judicial - Casa de Justicia- Juliaca Juzgados Penales

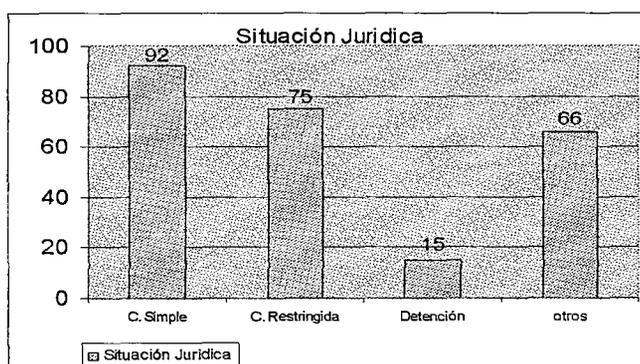
## SITUACIÓN JURIDICA AÑO 2002

- El Cuadro N° 2, Gráfico N° 2-A y Gráfico N° 2-B (que también corresponden al año 2002), **INTERPRETACIÓN:** con respecto a la situación jurídica de los procesados, de un total de 248 procesos, aparece el 37.10 % están con comparecencia simple, el 30, 24 % están con comparecencia restringida, el 26.61 % con otras medidas, y el 6.05 % con mandato de detención.

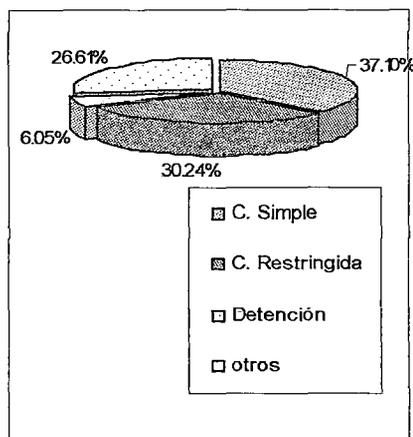
**CUADRO N° 2**

Situación Jurídica	Expedientes	%
C. Simple	92	37.10
C. Restringida	75	30.24
Detención	15	6.05
Otros	66	26.61
<b>Total Expedientes</b>	<b>248</b>	<b>100.00</b>

**GRAFICO 2-A**



**GRAFICO N° 2-B**



FUENTE : Poder Judicial - Casa de Justicia- Juliaca Juzgados Penales

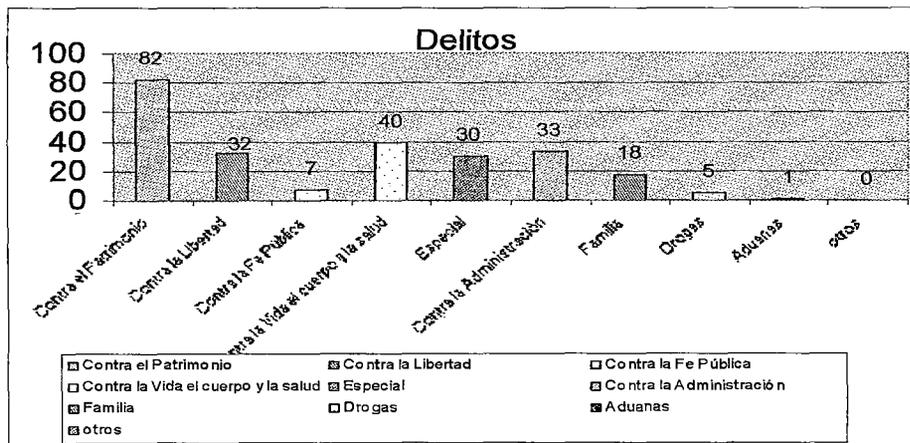
## DELITOS AÑO 2002

- El Cuadro N° 3, Gráfico N° 3 –A y Gráfico N° 3- B, (también del año 2002). **INTERPRETACIÓN:** con respecto el tipo de delito, se tiene que mayormente los delitos cometidos en la jurisdicción espacial de la investigación, aparece que el 33.06 % son delitos contra el patrimonio; los otros delitos están detallados en menores porcentajes. Esta tendencia es similar en toda la región y el país.

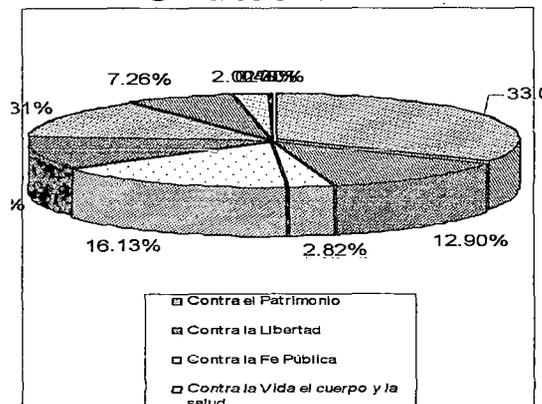
**CUADRO N° 3**

Delitos	N° Expedientes	%
Contra el Patrimonio	82	33.06
Contra la Libertad	32	12.90
Contra la Fe Pública	7	2.82
Contra la Vida el cuerpo y la salud	40	16.13
Especial	30	12.10
Contra la Administración	33	13.31
Familia	18	7.26
Drogas	5	2.02
Aduanas	1	0.40
Otros	0	0.00
<b>Total</b>	<b>248</b>	<b>100.00</b>

**GRAFICO N 3-A**



**GRAFICO N° 3-B**



FUENTE : Poder Judicial - Casa de Justicia- Juliaca Juzgados Penales

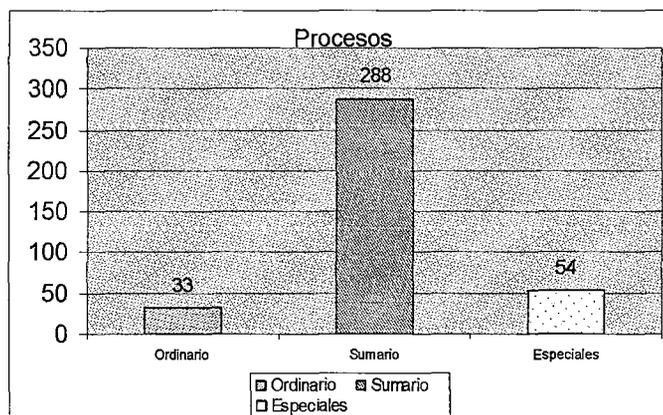
## PROCESOS AÑO 2003

- El cuadro N° 4, Gráfico N° 4 –A y Gráfico N° 4 –B (correspondientes al año 2003). **INTERPRETACIÓN:** de un total de 375 procesos, con respecto a la clase de procesos, resulta que mayormente con un 76.80 % son procesos sumarios; un 8.80 % ordinarios, y un 14.40 % especiales. Lo expuesto es un indicador de la carga procesal que ostentan los Jueces Especializados en los Penal. Este porcentaje incide de una u otra manera en los problemas que existe en el Poder Judicial.

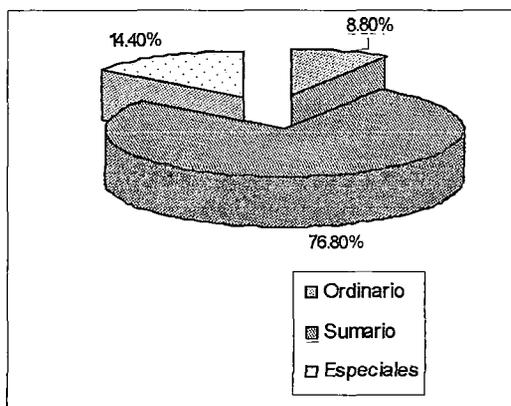
**CUADRO N° 4**

Procesos	Expedientes	%
Ordinario	33	8.80%
Sumario	288	76.80%
Especiales	54	14.40%
<b>Total de Expedientes</b>	<b>375</b>	<b>100.00%</b>

**GRAFICO N° 4-A**



**GRAFICO N° 4-B**



FUENTE : Poder Judicial - Casa de Justicia- Juliaca Juzgados Penales

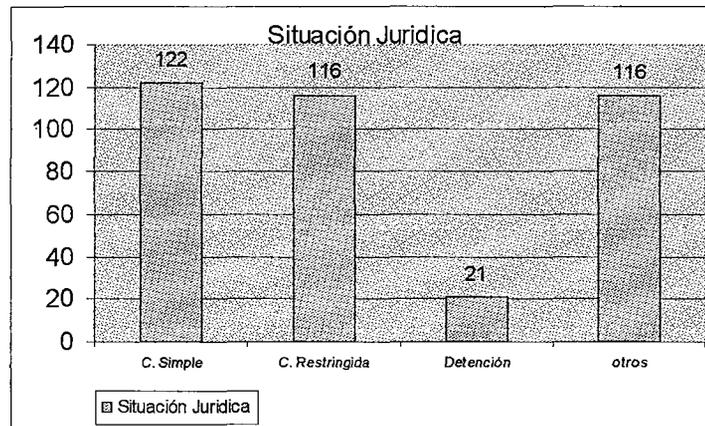
## SITUACIÓN JURÍDICA AÑO 2003

- El cuadro N° 5, Gráfico N° 5-A y Gráfico N° 5 – B (también correspondiente al año 2005). **INTERPRETACIÓN:** del total de 375 procesos, mayormente el 32.53 % se hallan con comparecencia simple; el 30.93 con comparecencia restringida, el 30.93 % con otros, y el 5.60 % con mandato de detención.

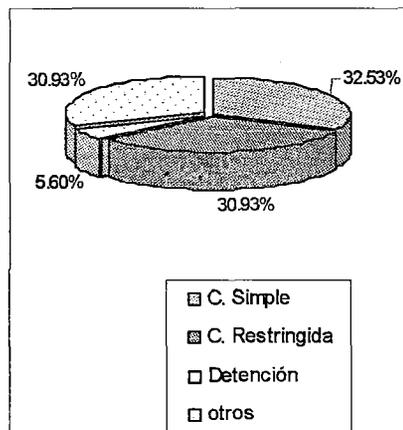
**CUADRO N° 5**

Situación Jurídica	Expedientes	%
C. Simple	122	32.53
C. Restringida	116	30.93
Detención	21	5.60
Otros	116	30.93
<b>Total Expedientes</b>	<b>375</b>	<b>100.00</b>

**GRÁFICO N° 5-A**



**GRÁFICO N° 5-B**



FUENTE : Poder Judicial - Casa de Justicia- Juliaca Juzgados Penales

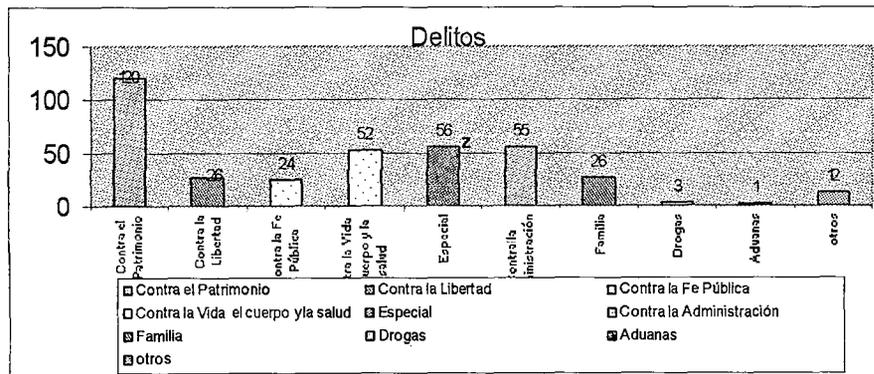
## DELITOS AÑO 2003

- El Cuadro N° 6, Gráfico N° 6 –A y Gráfico N° 6 –B (que también corresponde al año 2003) **INTERPRETACIÓN:** del total de 375 procesos, aparece que, mayormente los delitos son cometidos contra el patrimonio con un 32.00 %, los otros delitos detallados son cometidos en menor proporción.

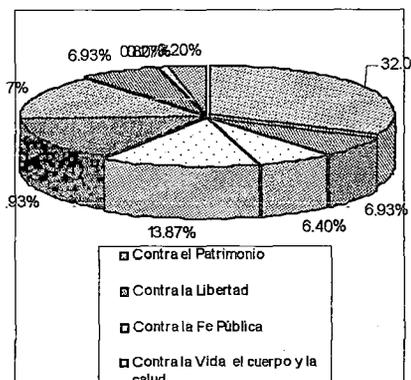
**CUADRO N° 6**

Delitos	N° Expedientes	%
Contra el Patrimonio	120	32.00
Contra la Libertad	26	6.93
Contra la Fe Pública	24	6.40
Contra la Vida el cuerpo y la salud	52	13.87
Especial	56	14.93
Contra la Administración	55	14.67
Familia	26	6.93
Drogas	3	0.80
Aduanas	1	0.27
Otros	12	3.20
<b>Total</b>	<b>375</b>	<b>100.00</b>

**GRÁFICO N° 6-A**



**GRÁFICO N° 6-B**



FUENTE : Poder Judicial - Casa de Justicia- Juliaca Juzgados Penales

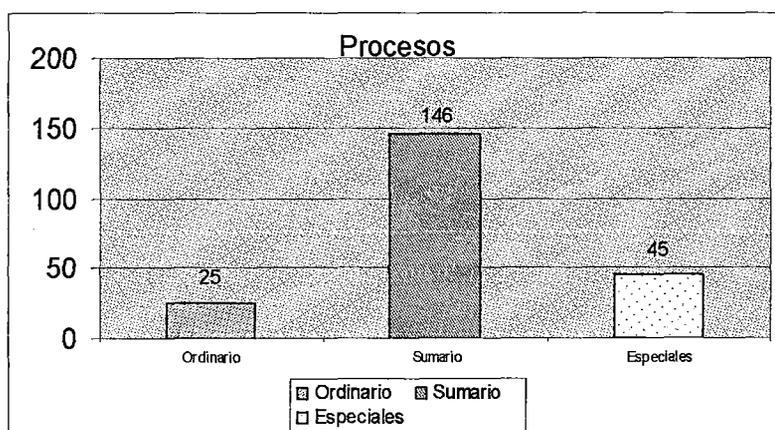
## PROCESOS AÑO 2004

- El Cuadro N° 7, Gráfico N° 7 –A y Gráfico N° 7 –B (del año 2004).  
**INTERPRETACIÓN:** de un total de 216 procesos, aparece que, mayormente los procesos sumarios representan el 67.59 %, los procesos especiales un 20.83 % y los ordinarios un 11.57 %.

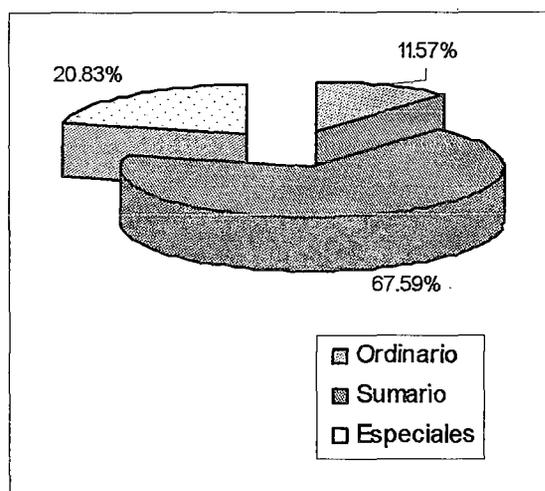
**CUADRO N° 7**

Procesos	Expedientes	%
Ordinario	25	11.57%
Sumario	146	67.59%
Especiales	45	20.83%
<b>Total de Expedientes</b>	<b>216</b>	<b>100.00%</b>

**GRAFICO N° 7-A**



**GRAFICO N° 7-B**



FUENTE : Poder Judicial - Casa de Justicia- Juliaca Juzgados Penales

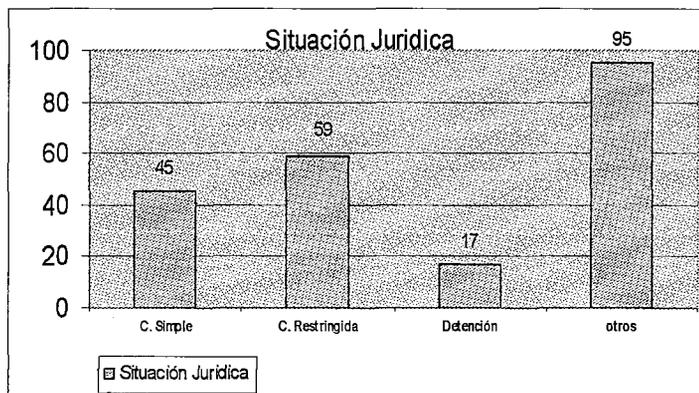
## SITUACIÓN JURÍDICA AÑO 2004

- **El Cuadro N° 8, Gráfico N° 8 –A y Gráfico N° 8 –B** (también del año 2004) **INTERPRETACIÓN:** de un total de 216 procesos, la situación jurídica de los procesados, mayormente aparece que el 27.31 % se hallan con comparecencia restringida; el 20.83 % con comparecencia simple, el 7.87 % con mandato de detención, otros, con el 43.98 %.

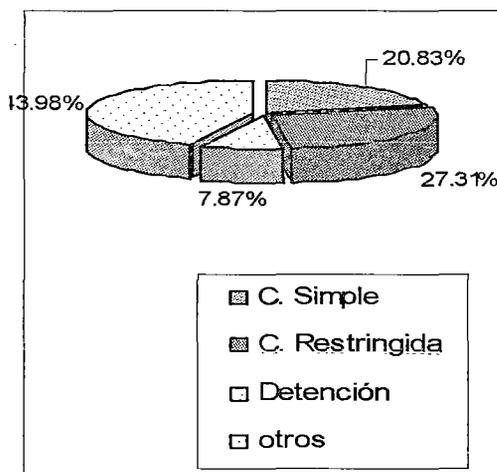
**CUADRO N° 8**

Situación Jurídica	Expedientes	%
C. Simple	45	20.83
C. Restringida	59	27.31
Detención	17	7.87
Otros	95	43.98
<b>Total Expedientes</b>	<b>216</b>	<b>100.00</b>

**GRAFICO N° 8-A**



**GRAFICO N° 8-B**



FUENTE : Poder Judicial - Casa de Justicia- Juliaca Juzgados Penales

## DELITOS AÑO 2004

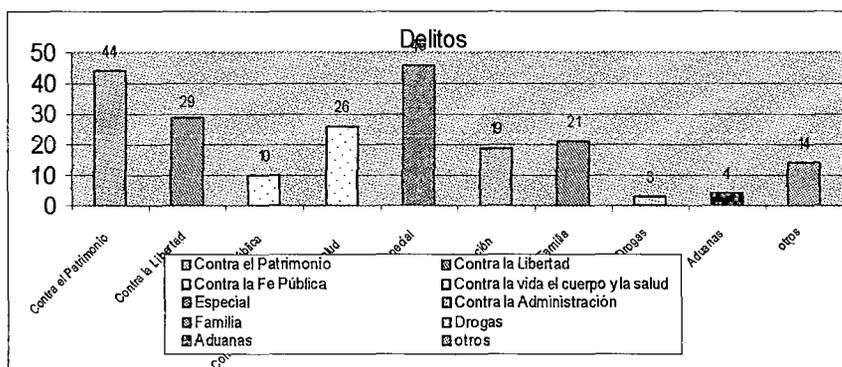
- El Cuadro N° 9, Gráfico N° 9 –A y Gráfico N° 9 –B, (Año 2004).

**INTERPRETACIÓN:** del total de delitos, de un total de 216 procesos, aparece que mayormente se han cometido delitos especiales con un 21.30 %, seguido del delito contra el patrimonio con un 20.37 %, los otros delitos aparecen en menor proporción.

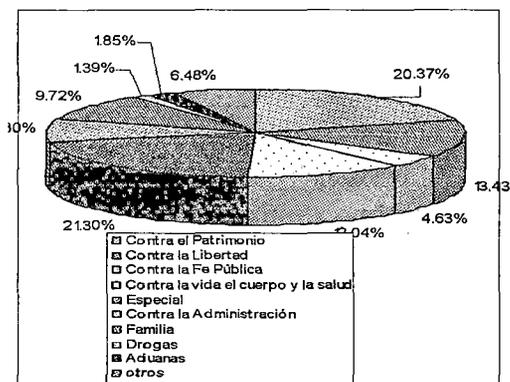
**CUADRO N° 9**

Delitos	N° Expedientes	%
Contra el Patrimonio	44	20.37
Contra la Libertad	29	13.43
Contra la Fe Pública	10	4.63
Contra la vida el cuerpo y la salud	26	12.04
Especial	46	21.30
Contra la Administración	19	8.80
Familia	21	9.72
Drogas	3	1.39
Aduanas	4	1.85
Otros	14	6.48
<b>Total</b>	<b>216</b>	<b>100.00</b>

**GRÁFICO N° 9-A**



**GRAFICO N° 9-B**



FUENTE : Poder Judicial - Casa de Justicia- Juliaca Juzgados Penales

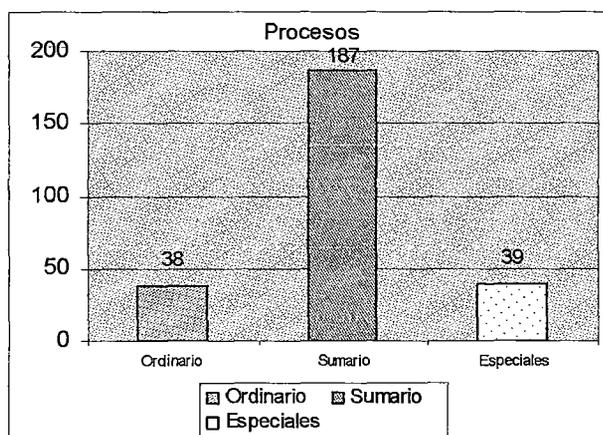
## PROCESOS AÑO 2005

- El Cuadro N° 10, Gráfico N° 10 –A y Gráfico N° 10 –B (correspondiente al año 2005) **INTERPRETACIÓN:** de un total de 264 procesos, aparece que mayormente los procesos sumarios tienen un mayor porcentaje con un 70.83 %, seguido de los especiales con un 14.77 % y los ordinarios con un 14.39 %.

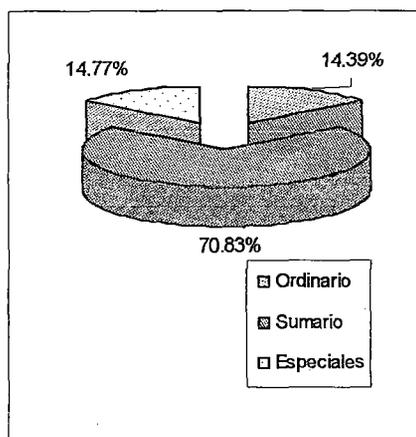
**CUADRO N° 10**

Procesos	Expedientes	%
Ordinario	38	14.39%
Sumario	187	70.83%
Especiales	39	14.77%
<b>Total de Expedientes</b>	<b>264</b>	<b>100.00%</b>

**GRAFICO N° 10-A**



**GRÁFICO N° 10-B**



FUENTE: Poder Judicial - Casa de Justicia- Juliaca Juzgados Penales.

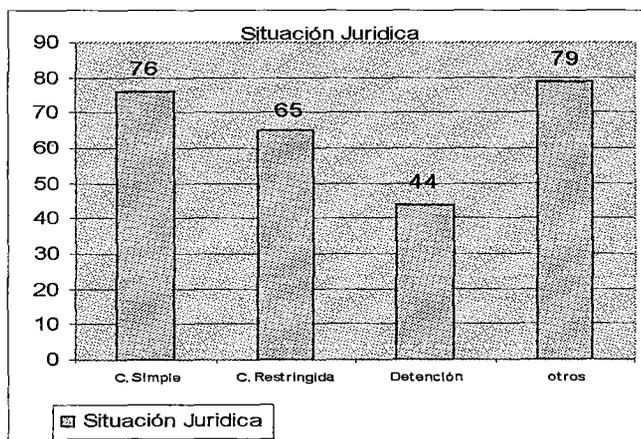
## SITUACIÓN JURÍDICA AÑO 2005

- **El Cuadro N° 11, Gráfico N° 11-A y Gráfico N° 11 – B** (también correspondiente al año 2005) **INTERPRETACIÓN:** de un total de 264 procesos, con respecto a la situación jurídica de los procesados, aparece que mayormente un 28.79 % se hallan con comparecencia simple; el 24.62 % con comparecencia restringida, un 16.67 % con mandato de detención, en otros el 29.92 %.

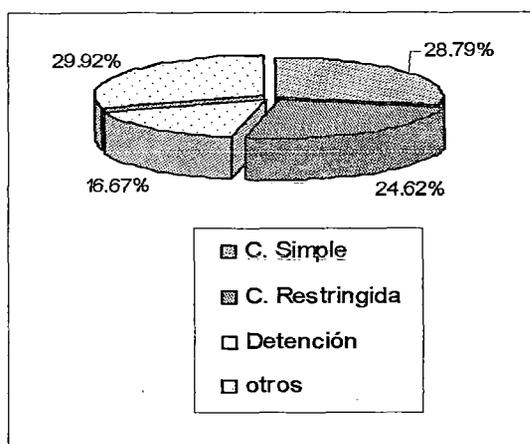
**CUADRO N° 11**

Situación Jurídica	Expedientes	%
C. Simple	76	28.79
C. Restringida	65	24.62
Detención	44	16.67
Otros	79	29.92
<b>Total Expedientes</b>	<b>264</b>	<b>100.00</b>

**GRAFICO N° 11-A**



**GRÁFICO N° 11-B**



FUENTE: Poder Judicial - Casa de Justicia- Juliaca Juzgados Penales

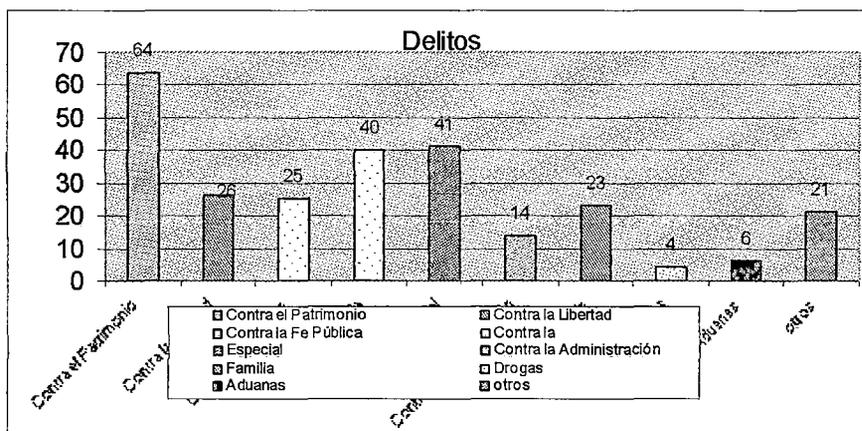
## DELITOS AÑO 2005

- El Cuadro N° 12, Gráfico N° 12 –A y Gráfico N° 12 – B (Del año 2005), **INTERPRETACIÓN:** del total de 264 proceso, los delitos contra el patrimonio son mayormente los que más se cometen con un 24.24 %, seguidos contra la vida con un 15.15 %, los otros son en menor porcentaje.

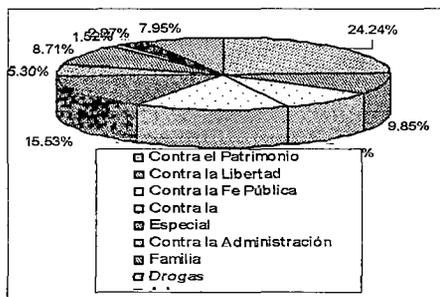
### CUADRO N° 12

Delitos	N° Expedientes	%
Contra el Patrimonio	64	24.24
Contra la Libertad	26	9.85
Contra la Fe Pública	25	9.47
Contra la Vida el Cuerpo y la Salud	40	15.15
Especial	41	15.53
Contra la Administración	14	5.30
Familia	23	8.71
Drogas	4	1.52
Aduanas	6	2.27
Otros	21	7.95
<b>Total</b>	<b>264</b>	<b>100.00</b>

### GRAFICO N° 12-A



### GRAFICO N° 12-B



FUENTE: Poder Judicial - Casa de Justicia- Juliaca Juzgados Penales

## SEGUNDA PARTE:

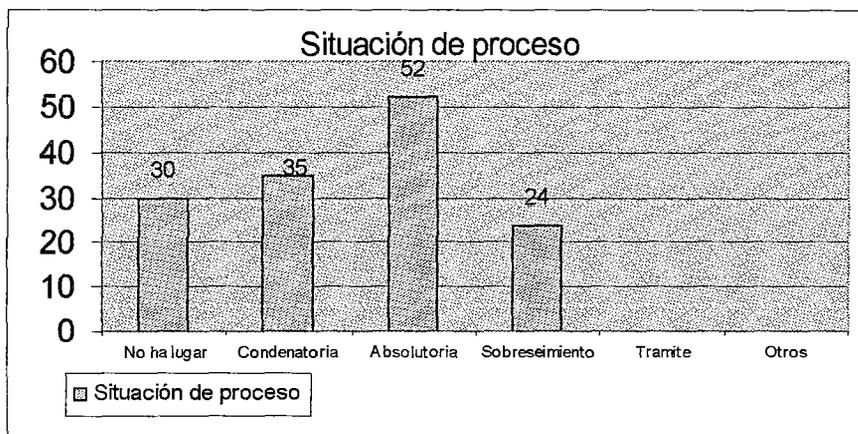
Con el estudio de los casos expuestos y analizados, en esta segunda parte, se comprueba de la hipótesis, sobre el incumplimiento de las funciones de los representantes del Ministerio Público como titulares de la acción penal y de la carga de la prueba. Pasemos a la explicación e interpretación de los Cuadros y Gráficos que están expuestos seguidamente:

- **El cuadro signado con el N° 1.0., Grafico N° 1.0.A y el grafico N° 1.0-B. INTERPRETACIÓN:** Constituye un estudio global de 141 procesos del año 2001 y refleja la situación final de los procesos tramitados en el poder judicial en el espacio y tiempo establecidos. De ellos aparece que mayormente el 36.88 % situación final del proceso ha terminado absolviendo al procesado; un 17.02 % han sido sobreseídos, un 21.28 % de denuncias han sido declarados no ha lugar, y solamente el 24.82 % del total de procesados han sido condenados

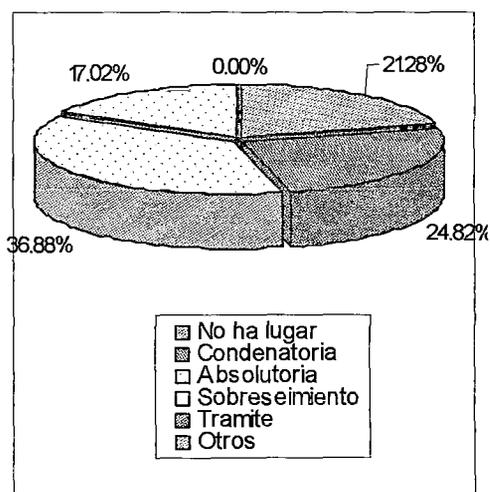
**CUADRO N° 1.0**

<b>Situación de proceso</b>	<b>Expedientes</b>	<b>%</b>
No ha lugar	30	21.28
Condenatoria	35	24.82
Absolutoria	52	36.88
Sobreseimiento	24	17.02
Tramite		0.00
Otros		0.00
<b>Total expedientes</b>	<b>141</b>	<b>100.00</b>

**GRÁFICO N° 1.0-A**



**GRÁFICO 1.0 - B**



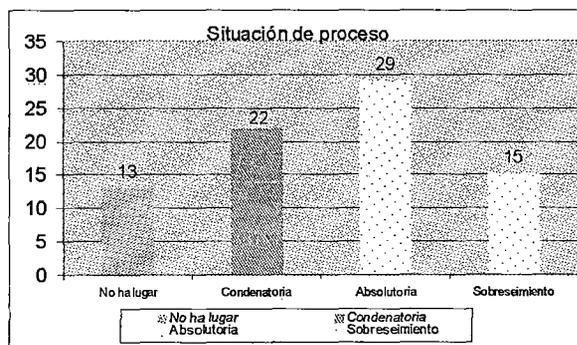
FUENTE : Poder Judicial - Casa de Justicia- Juliaca Juzgados Penales

- El Cuadro signado con el N° 1.1., Gráfico N° 1.1. A y el Gráfico N° 1 – B . **INTERPRETACIÓN:** constituye un estudio global de 79 procesos del año 2002 y refleja la situación final de los procesos tramitados en el Poder Judicial en el espacio y tiempo establecidos. De ellos aparece que mayormente el 36.71 % la situación final del proceso ha terminado absolviendo al procesado; un 18.99 % los procesos han sido sobreseídos, un 16.46 % de denuncias han sido declarados no ha lugar, y solamente el 36.71 % del total de procesados han sido condenados.

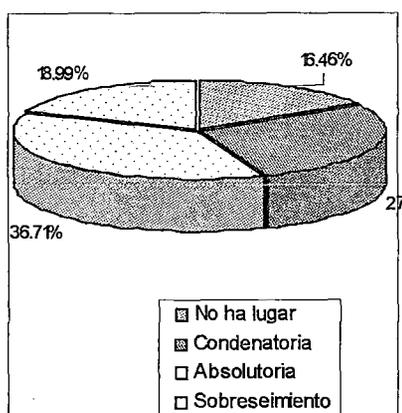
**CUADRO N° 1.1**

Situación de proceso	Expedientes	%
No ha lugar	13	16.46
Condenatoria	22	27.85
Absolutoria	29	36.71
Sobreseimiento	15	18.99
<b>Total expedientes</b>	<b>79</b>	<b>100.00</b>

**GRAFICO N° 1.1-A**



**GRAFICO N° 1-B**



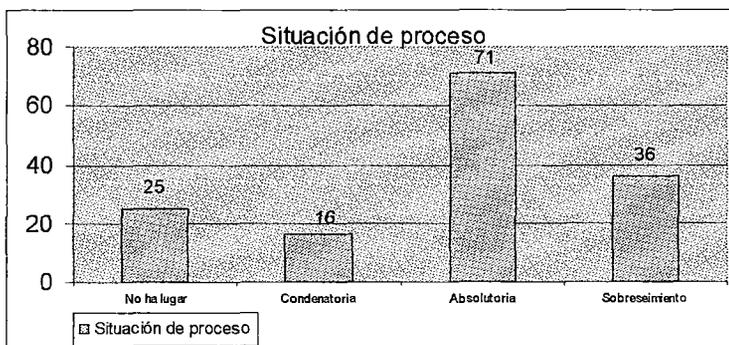
FUENTE : Poder Judicial - Casa de Justicia- Juliaca Juzgados Penales

- **El Cuadro N° 1.2. Gráfico N° 1. 2 – A y Gráfico N° 1.2. – B. INTERPRETACIÓN:** que constituye un estudio de 148 procesos correspondientes al año 2003, también refleja el mismo comportamiento anterior de la situación final de los procesos tramitados. De ellos mayormente los procesados han sido absueltos en un 47.97 %; en un 24.32 % los procesos han sido sobreseídos; un 16.89 % han sido declarados “no ha lugar”, y solamente un 10.81 % han sido condenados.

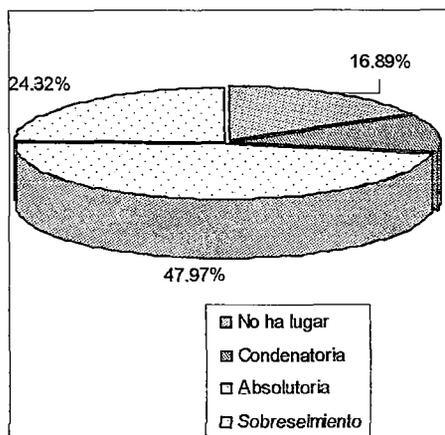
**CUADRO N° 1.2**

Situación de proceso	Expedientes	%
No ha lugar	25	16.89
Condenatoria	16	10.81
Absolutoria	71	47.97
Sobreseimiento	36	24.32
<b>Total expedientes</b>	<b>148</b>	<b>100.00</b>

**GRAFICO 1.2-A**



**GRAFICO N° 1.2-B**



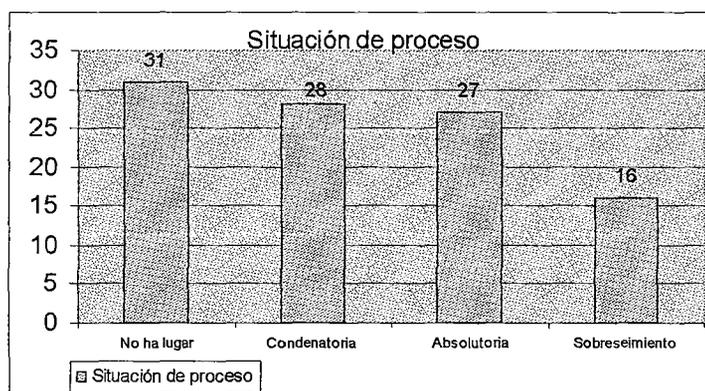
FUENTE : Poder Judicial - Casa de Justicia- Juliaca Juzgados Penales.

- **El Cuadro N° 1.3., Gráfico N° 1.3 –A y Gráfico N° 1.3. B. INTERPRETACIÓN:** que corresponde al año 2004, también manifiestamente explicativo sobre el tratamiento de los procesos en el poder Judicial en materia penal. De un total de 102 procesos analizados, sobre la situación final de los procesos y los procesados, se tiene que mayormente un 30.29 % han sido declarados “no ha lugar”; un 26.47 han sido absueltos; un 15.69 % de procesos han sido sobreseídos, y solamente de todo ese total un 27.45 % han merecido condenas.

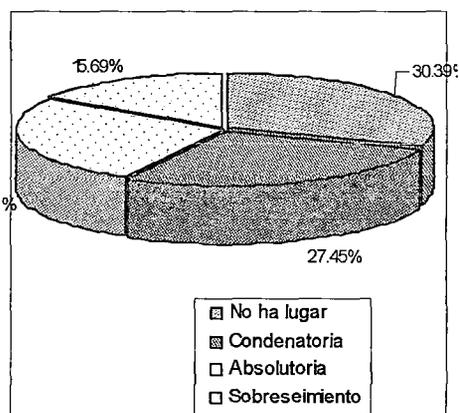
**CUADRO N° 1.3**

Situación de proceso	Expedientes	%
No ha lugar	31	30.39
Condenatoria	28	27.45
Absolutoria	27	26.47
Sobreseimiento	16	15.69
<b>Total expedientes</b>	<b>102</b>	<b>100.00</b>

**GRAFICO N° 1.3-A**



**GRAFICO N° 1.3-B**



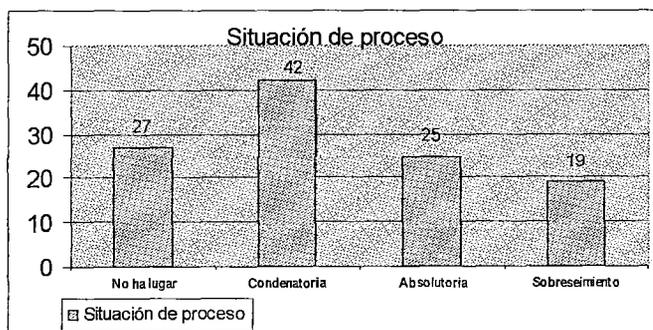
FUENTE: Poder Judicial - Casa de Justicia- Juliaca Juzgados Penales

- **El Cuadro N° 1-4, Gráfico N° 1.4. –A y Gráfico N° 1.4 – B. INTERPRETACIÓN:** que corresponde al año 2005, de un total de 113 casos investigados sobre la situación final de los procesos y procesados, se tiene el único caso donde aparece mayormente un porcentaje elevado de condenados con un 37.17 %; sin embargo en conjunto, sigue siendo menor en proporción a los procesos declarados “no ha lugar” con un 23.89 %; absueltos un 22.12 % y sobreseídos un 16.81 %.

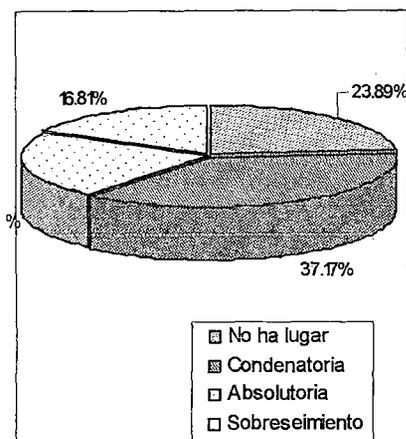
**CUADRO N° 1.4.**

Situación de proceso	Expedientes	%
No ha lugar	27	23.89
Condenatoria	42	37.17
Absolutoria	25	22.12
Sobreseimiento	19	16.81
<b>Total expedientes</b>	<b>113</b>	<b>100.00</b>

**GRÁFICO N° 1.4-A**



**GRAFICO N° 1.4-B**



FUENTE: Poder Judicial - Casa de Justicia- Juliaca Juzgados Penales

## RESULTADO FINAL:

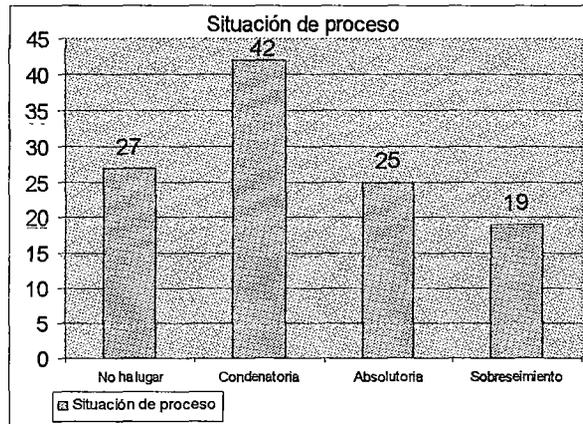
Finalmente y como conclusión de los casos investigados, el Cuadro A, o "Cuadro de Resultados Finales del 2001 – 2005" es más que elocuente sus resultados. De total de procesos analizados en la Segunda Parte, del numeral 12 de este Capítulo, que suman en total 583 procesos, se tiene que mayormente el 34.99 % han sido absueltos, esto es, en 204 procesos; un 21.61 % ha sido declarados "no ha lugar", es decir, 126 procesos; un 18.87 % los procesos han sido sobreseídos, es decir, 110 procesos y, solamente de todo ese total de 583 procesos un 24.53 % que representan 143 procesos han merecido condenas.

Esta situación tiene su explicación, como reiteradas veces hemos dicho en el desarrollo de la tesis, en la falta de diligencia y acertado cumplimiento de sus deberes de titulares de la acción penal y de la carga de la prueba de parte del Ministerio Público, sea en la calificación de los delitos, la falta de ofrecer medios probatorios suficientes e idóneos al momento de formular sus denuncias, por la no actuación de las pruebas ofrecidas, es decir, el rol de ser defensores de la ley y la legalidad no se expresa con eficacia y eficiencia en el ejercicio de sus funciones.

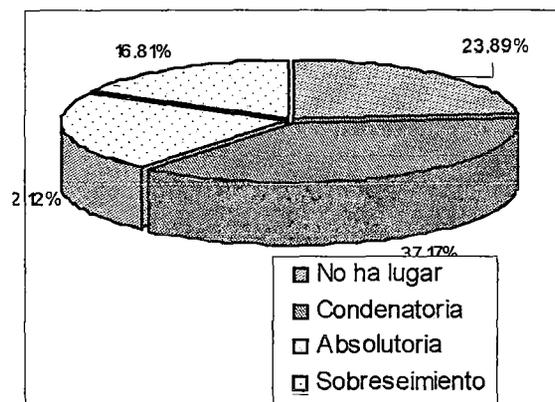
### CUADRO DE RESULTADOS FINALES DEL AÑOS 2001-2005 CUADRO N° - A

Situación de proceso	Expedientes	%
No ha lugar	126	21.61
Condenatoria	143	24.53
Absolutoria	204	34.99
Sobreseimiento	110	18.87
<b>Total expedientes</b>	<b>583</b>	<b>100.00</b>

**GRAFICO N° 1.4 – A**



**GRAFICO N° 1.4- B**



## CONCLUSIONES

1. Todos los servidores y funcionarios públicos al servicio de la Nación asumen responsabilidades en el cumplimiento de sus funciones, por lo tanto, sin excepción alguna, deben asumir las consecuencias de sus actos al interior del Estado, de conformidad a los artículos 39º y 41º de la Constitución Política.
2. La responsabilidad es un mecanismo de control en quienes desempeñan funciones públicas, permitiendo que tal ejercicio se sustente en los principios de eficacia y eficiencia, economía procesal, transparencia en el ejercicio de la función y licitud al servicio de la sociedad y el Estado. Los representantes del Ministerio Público, son por tradición doctrinal y normativa constitucional los defensores de la ley y la legalidad.
3. Los miembros del Ministerio Público deben asumir similares responsabilidades, administrativas, civiles y penales que los funcionarios del Estado en el ejercicio de sus actividades. El control a los actos de los servidores y funcionarios públicos, entre ellos, los ejercidos por los miembros del Ministerio Público, deben ser internos y externos, horizontal y vertical, haciéndose extensivo al control político y social.
4. Es conveniente incidir normativa y éticamente a fin que los Fiscales cumplan con rigor jurídico y mayor diligencia el ejercicio de la actividad funcional como representantes del Ministerio Público, en su condición de defensores de la legalidad, como titulares de la acción penal y de la prueba, tanto en la etapa prejurisdiccional y jurisdiccional a fin que este

organismo recobre credibilidad como componente de la administración de justicia en el Perú.

5. Los representantes del Ministerio Público deben ser responsables civilmente cuando en el ejercicio de sus funciones actúan con negligencia inexcusable, dolo o fraude y cometan grave error en la calificación de los delitos, formulen denuncias y acusaciones en hechos no probados suficientemente, no actúen ni prueben las pruebas ofrecidas en su denuncia en su condición de titulares de la acción penal y carga de la prueba, sin perjuicio de la sanción administrativa y penal que merezca.
6. La obligación del pago de los daños y perjuicios proveniente de la responsabilidad civil debe ser solidaria entre el Estado y el Fiscal. Sin embargo el Fiscal, debe responder también frente al Estado, por cuanto en su condición de funcionario público está en la obligación de actuar con probidad, eficiencia y defensa de la ley y la legalidad.
7. Los Fiscales deben ser buenos investigadores. Para la formulación de sus denuncias y acusaciones no deben llevarse por indicios. Es preciso conseguir las pruebas suficientes para incriminar a alguien. Deben actuar sobre cuestiones concretas y ciertas, y no sobre suposiciones y presunciones subjetivas.
8. Los Fiscales deben hacer prevalecer el mandato constitucional de "conducir desde el inicio la investigación del delito", sin sujetarse a la calificación empírica de los delitos que suelen efectuar los miembros de la Policía Nacional en la etapa pre-jurisdiccional.

## SUGERENCIAS

1. Cada Fiscalía Superior de la jurisdicción de Corte Superior de Justicia debe abrir un libro que registre el número de denuncias de cada uno de los Fiscales Provinciales que en sede jurisdiccional son declaradas “no ha lugar a formular denuncia penal” por falta de pruebas o indicios razonables que hagan evidentes la comisión de un delito. Ello como un efectivo mecanismo de control en el ejercicio de la función pública, en tanto, como es evidente del estudio realizado son altos los porcentajes que son declaradas “no ha lugar”.
2. Igualmente, el libro antes indicado debe permitir registrar los casos en que los procesados son absueltos por falta de pruebas ofrecidas en la denuncia o no han sido actuadas en la secuela del proceso por parte del Ministerio Público como titular de la carga de la prueba, dando lugar al sobreseimiento.
3. Este trabajo investigativo se hará llegar a la Fiscal de la Nación para que tenga conocimiento del problema expuesto en la presente investigación, verificarla si fuera el caso, a fin de adoptar las medidas correspondientes, dentro la política de hacer mucho más eficaz y eficiente la labor de los representantes del Ministerio Público.
4. Los representantes del Ministerio Público para no ser sujetos de las responsabilidades señaladas en la tesis, como problema central de su actividad, debe volver a recalificar los delitos que contiene el Atestado Policial, pues, como se ha indicado, mayormente los Fiscales, dejan al

arbitrio de la PNP la calificación de los delitos, quienes por su limitada formación penal no hacen una adecuada prognosis del ilícito o ilícitos.

5. La presente sugerencia se concretiza en la propuesta del Proyecto de Ley, la que haré llegar como propuesta al Congreso de la República haciendo uso del inciso "7" del artículo 159 de la Constitución Política del Estado, asimismo, haré llegar la propuesta al Fiscal de la Nación para su conocimiento y las consideraciones que el caso amerita.

## PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 51° DE LA LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO DECRETO LEGISLATIVO N° 52

### EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

1. El Ministerio Público de conformidad con la legislación nacional es un organismo autónomo, extrapoder, cuya principal misión es requerir se ejercite la efectiva administración de justicia y que ella se realice con arreglo al principio y defensa de la legalidad y los intereses públicos, en tanto se trata de una función postulante o requiriente, pero en ningún caso decisorio.
2. El Ministerio Público es el organismo que representa a la sociedad ante los tribunales, para proteger la defensa de la legalidad y los intereses públicos tutelados por el Derecho. Conforme lo señala el artículo de la Constitución Política del Estado, corresponde al Ministerio Público: a) 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. b) Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia. c) Representar en los procesos judiciales a la sociedad. d) 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. e) Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte. f) Emitir dictamen previo las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla. G) Ejercer iniciativa en la formación de las leyes, dar cuenta al Congreso o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación

3. Conforme también lo señala el artículo 11º de la Ley Orgánica del Ministerio Público, o Decreto legislativo N° 52, el Ministerio Público es titular de la acción penal pública. El artículo 14º señala que sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba en las acciones civiles, penales y tutelares que ejercite, así como en los casos de faltas que denuncie. El artículo 51º prescribe que las responsabilidades civil y penal de los miembros del Ministerio Público se rigen por normas legales sobre la respectiva materia.
4. El artículo 118º del Código Procesal Civil, sanciona que el representante del Ministerio Público es responsable civilmente cuando en el ejercicio de sus funciones actúa con negligencia, dolo o fraude. El proceso se sujeta al trámite que corresponde al de responsabilidad civil de los jueces.
5. El Ministerio Público, en la legislación procesal penal formalmente es parte, y como tal figura en el proceso promoviendo la acción penal, aportando pruebas en su condición de titular de la carga de la prueba, ejercitando recursos, etc., y que materialmente, representa el interés público acusando afirmando la pretensión punitiva del Estado o puede, a la luz de las actuaciones sumarias, requerir el sobreseimiento de la causa o, abierto el juicio oral retirar la acusación.
6. El Ministerio Público tiene una trascendental intervención en todo el curso del proceso penal en su condición de titular de la acción penal y responsable y deber de la carga de la prueba, es decir, proponer la prueba pertinente, sin embargo, estando a los altos índices de procesos penales sobreseídos y absueltos, dan una imagen cuestionable de la labor de los representantes del Ministerio Público como titulares de la

acción penal y la carga de la prueba, procesos que innecesariamente incrementan la ya abultada carga procesal en los juzgados y salas penales.

7. Es de responsabilidad del Congreso de la República velar por una correcta, eficaz y oportuna administración de justicia, haciendo que los operadores de la misma, en este caso los representantes del Ministerio Público respondan al interés del Estado y la sociedad a fin de recuperar la imagen del Poder Judicial y el Ministerio Público.
8. Los Congresistas de la República que suscriben en uso del derecho de iniciativa legislativa, que les confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Estado, presentan el Proyecto de Ley.

**El Presidente de la República.**

**Ha dado la Ley siguiente.**

**LEY DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 51° DE LA LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO O DECRETO LEGISLATIVO N° 52:**

**Artículo 1°.- Objeto de la Ley.-** La presente Ley procura hacer más correcta, eficaz y oportuna la administración de justicia en materia penal tramitados en los Juzgados Especializados en lo Penal y Salas correspondientes.

**Artículo 2°.- Modificatoria del artículo 58° del Decreto Legislativo.**

Las responsabilidades civil y penal de los miembros del Ministerio Público se rigen por normas legales sobre la respectiva materia. **El Fiscal es responsable civilmente cuando en el ejercicio de sus funciones actúa con negligencia**

**inexcusable, dolo o fraude y cometa un grave error en la calificación de los delitos, formule denuncias y acusaciones en hechos no probados suficientemente, no actúe las pruebas ofrecidas en la denuncia en su condición de titular de la carga de la prueba, sin perjuicio de la sanción administrativa o penal que merezca.**

**La obligación de pago de los daños y perjuicios proveniente de la responsabilidad civil es solidaria entre el Estado y el Fiscal.**

(La negrita constituye la modificatoria).

## BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO PINILLOS, Roberto. *Diccionario práctico de Derecho Procesal Civil*. Lima, Gaceta Jurídica, 2002.
- ACTUALIDAD JURÍDICA de Gaceta Jurídica. Nº 133, diciembre 2004.
- ARANZAMENDI NINACONDOR, Lino. *Diseño y proceso de la Investigación Jurídica*. Arequipa, Ediciones Adrus, 2005.
- BALLÓN LOZADA, Héctor. *Historia del Derecho en Arequipa*. Arequipa, Ediciones LPG, 2005.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993; análisis comparado*. 5ª ED. Lima, Editorial RAO, 1999.
- BONNECASE, Julien. *Elementos de Derecho Civil: Derecho de las obligaciones de los contratos y del crédito*. Vol. XIV., t.II. Puebla, Editorial José M. Cajica, 1945.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 5ª ED. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1987.
- CABRERA VÁSQUEZ, Marco. *Introducción al Estudio de la Función Pública*. Lima, Editora, Sagsa, 1985.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El Proceso Penal, teoría y práctica*. Lima, Palestra, 1998.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. 5ªed. 2 tomos. Bogotá, Editorial Temis, 2002.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones Generales del Derecho Procesal*. Madrid, Ediciones Aguilar, 1966.
- Enciclopedia Jurídica OMEBA, t. XXIII.
- FALCÓN, Enrique M. *Tratado de la Prueba*. 2 tomos. Buenos Aires, 2003.

- FLORES POLO, Pedro. *Diccionario Jurídico Fundamental*. 2ª ED. Lima, Ediciones Grijley, 2002.
- FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la administración de justicia*. Lima, Juristas Editores, 2000, 171-172.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *La reparación civil en el proceso penal*. Lima, Idemsa, 2005.
- GUTIERREZ, Walter (Coordinador). *La Constitución Política comentada. t.II*. Lima, Gaceta Jurídica, 2005.
- KÁDAGAND LOVATÓN, Rodolfo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 2ª ED. Lima, Editorial Rohdas, 2001.
- LEGAL EXPRESS de Gaceta Jurídica. Año 4, N° 40, abril 2004.
- LEÓN, Leysser L. *La responsabilidad civil; líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Lima, Normas Legales, 2004.
- LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho Penal, parte general. t. II*. Lima, Gaceta Jurídica, 2004.
- LÓPEZ GUERRA, Luis. *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*. Lima, Ediciones Palestra, 2001.
- LORCA NAVARRETE, Antonio. *Derecho Procesal Penal*. Madrid, Tecnos, 1986.
- LOVÓN SÁNCHEZ, José Alfredo. *La responsabilidad civil de los jueces*. Arequipa, Legislación Peruana General, 2004.
- MAGGIORI. *Derecho Penal, parte especial*. vol. III. Bogotá, Editorial Temis, 1972, p. 307.
- MARCHENA GÓMEZ, Manuel. *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*. Madrid, Marcial Pons, 1992.

- MAVILA LEÓN, Rosa. *El nuevo sistema procesal penal*. Lima, Juristas Editores, 2005.
- MONTES NAVIDAD, Hilda Graciela. *El Ministerio Público y la prevención del Delito*. 2ª ED. Lima, Editorial San Marcos, 2005.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. *La Función del Juez en el Derecho Comparado*. Lima, Editorial San Marcos, 2004.
- MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional*. 2 tomos. 10ª ED. Valencia, Tirant lo Banch, 2000.
- MONTES NAVIDAD, Hilda. *El Ministerio Público y la prevención del Delito*. Lima, Ediciones San Marcos, 2005.
- ORTECHO VILLENA, Víctor Julio. *Estado y Ejercicio Constitucional*. Lima, Ediciones Marsol, 1999.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. "La posición del Ministerio Público en el Código procesal Penal de 2004". *Actualidad Jurídica de Gaceta Jurídica*, N° 149, 2006.
- PETIT, Eugéne. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Madrid, Saturnino Calleja, 1924.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo. *El Contrato Social o Principios del Derecho Político*. 2ª edición, Londres 1799. (Precedido de un estudio de Ricardo LEVENE). Buenos Aires, Editorial Perrot, 1958.
- SABATER PÉREZ; GARCÍA FERNÁNDEZ, Elena; HIDALGO GARCÍA, Carmen (Consejo de Redacción). *Jueces, 3er. Tiempo*. Madrid, ED. Valbuena, 2003.
- SAGÜES, Néstor Pedro. *Elementos de Derecho Constitucional*. t.I. 3ªed. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001.

- SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. v.I. Lima, Editorial Grijley, 1999.
- SOLIS ESPINOZA, Alejandro. *Metodología de la investigación jurídico social*. Lima, Ediciones B y B, 2001.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la responsabilidad civil*. Lima Grijley, 2001.
- TAMBINI DEL VALLE, Moisés. *La prueba en el Derecho procesal Penal*. Lima, Jus Editores, sff.
- VÁSQUEZ OLIVERA, Salvador. *Derecho Civil. Definiciones*. Lima, Ediciones Palestra, 2002.
- VIDAL RAMIRES, Fernando. "En torno al ministerio Público". *Revista peruana de jurisprudencia*. Año 7, N° 51, mayo 2005.
- WITKER, Jorge. *La investigación jurídica*. México, McGraww-Hill, 1995.
- WOOLCOTT OYAGUE, Olenka. *La responsabilidad Civil de los Profesionales*. Lima, ARA Editores, 2002.

## **ANEXOS**

**Procesos (Expedientes) que han sido materia de Análisis en la presente investigación:**

### **EXPEDIENTES ANALIZADOS AÑO 2001**

#### **NO HA LUGAR**

##### **Expedientes: 38**

2001-006, 2001-009, 2001-011, 2001-018, 2001-024, 2001-042, 2001-044, 2001-047, 2001-056, 2001-066, 2001-069, 2001-083, 2001-095, 2001-097, 2001-113, 2001-122, 2001-125, 2001-133, 2001-141, 2001-167, 2001-175, 2001-181, 2001-187, 2001-189, 2001-197, 2001-199, 2001-205, 2001-237, 2001-242, 2001-255, 2001-268, 2001-276, 2001-284, 2001-304, 2001-308, 2001-316, 2001-318, 2001-320.

#### **ABSUELTOS:**

##### **Expedientes: 54**

2001-003, 2001-004, 2001-005, 2001-008, 2001-012, 2001-015, 2001-022, 2001-041, 2001-068, 2001-070, 2001-073, 2001-081, 2001-090, 2001-091, 2001-092, 2001-100, 2001-106, 2001-110, 2001-118, 2001-126, 2001-129, 2001-138, 2001-146, 2001-147, 2001-156, 2001-176, 2001-178, 2001-180, 2001-182, 2001-183, 2001-188, 2001-192, 2001-194, 2001-208, 2001-210, 2001-215, 2001-216, 2001-217, 2001-223, 2001-228, 2001-229, 2001-245, 2001-246, 2001-248, 2001-250, 2001-251, 2001-258, 2001-264, 2001-273, 2001-274, 2001-292, 2001-301, 2001-310, 2001-313.

#### **SOBRESEIMIENTOS:**

##### **Expedientes: 23**

2001-002, 2001-014, 2001-026, 2001-036, 2001-049, 2001-050, 2001-054, 2001-058, 2001-074, 2001-086, 2001-120, 2001-132, 2001-134, 2001-140, 2001-144, 2001-150, 2001-174, 2001-224, 2001-256, 2001-269, 2001-294, 2001-300, 2001-311.

## **EXPEDIENTES ANALIZADOS AÑO 2002**

### **NO HA LUGAR :**

#### **Expedientes: 13**

2002-001, 2002-009, 2002-048, 2002-056, 2002-060, 2002-062, 2002-063, 2002-065, 2002-068, 2002-147, 2002-155, 2002-225, 2002-227.

### **ABSUELTOS:**

#### **Expedientes: 28**

2002-005, 2002-030, 2002-033, 2002-034, 2002-038, 2002-051, 2002-080, 2002-081, 2002-088, 2002-104, 2002-112, 2002-129, 2002-132, 2002-137, 2002-141, 2002-145, 2002-146, 2002-157, 2002-164, 2002-172, 2002-177, 2002-207, 2002-216, 2002-218, 2002-219, 2002-226, 2002-248.

### **SOBRESEIUMENTOS:**

#### **Expedientes: 16**

2002-018, 2002-032, 2002-036, 2002-054, 2002-070, 2002-092, 2002-098, 2002-122, 2002-129, 2002-154, 2002-156, 2002-168, 2002-205, 2002-217, 2002-242, 2002-249.

## EXPEDIENTES ANALIZADOS AÑO 2003

### **NO HA LUGAR :**

#### **Expedientes: 24**

2003-011, 2003-026, 2003-063, 2003-065, 2003-067, 2003-154, 2003-172,  
2003-219, 2003-275, 2003-324, 2003-328, 2003-331, 2003-335, 2003-337,  
2003-338, 2003-339, 2003-345, 2003-348, 2003-350, 2003-353, 2003-354,  
2003-356, 2003-360, 2003-364.

### **ABSUELTOS: 70**

#### **Expedientes:**

2003-002, 2003-004, 2003-006, 2003-010, 2003-013, 2003-017, 2003-021,  
2003-022, 2003-032, 2003-034, 2003-037, 2003-042, 2003-044, 2003-049,  
2003-050, 2003-053, 2003-069, 2003-070, 2003-073, 2003-078, 2003-083,  
2003-091, 2003-095, 2003-134, 2003-138, 2003-139, 2003-141, 2003-146,  
2003-155, 2003-156, 2003-157, 2003-158, 2003-166, 2003-169, 2003-171,  
2003-174, 2003-177, 2003-179, 2003-183, 2003-185, 2003-190, 2003-196,  
2003-202, 2003-210, 2003-211, 2003-220, 2003-244, 2003-245, 2003-247,  
2003-249, 2003-253, 2003-255, 2003-257, 2003-259, 2003-267, 2003-269,  
2003-270, 2003-272, 2003-276, 2003-285, 2003-294, 2003-310, 2003-311,  
2003-313, 2003-315, 2003-318, 2003-329, 2003-349, 2003-359, 2003-372.

### **SOBRESEIMIENTOS:**

#### **Expedientes: 37**

2003-024, 2003-027, 2003-031, 2003-033, 2003-076, 2003-153, 2003-160,  
2003-162, 2003-165, 2003-175, 2003-194, 2003-195, 2003-207, 2003-208,  
2003-213, 2003-215, 2003-217, 2003-223, 2003-225, 2003-232, 2003-233,  
2003-243, 2003-250, 2003-261, 2003-265, 2003-268, 2003-279, 2003-291,  
2003-293, 2003-296, 2003-300, 2003-306, 2003-307, 2003-316, 2003-320,  
2003-361, 2003-371.

## EXPEDIENTES ANALIZADOS AÑO 2004

### NO HA LUGAR

#### **Expedientes: 29**

2004-022, 2004-055, 2004-060, 2004-072, 2004-073, 2004-074, 2004-080,  
2004-081, 2004-093, 2004-105, 2004-115, 2004-126, 2004-128, 2004-129,  
2004-030, 2004-131, 2004-132, 2004-134, 2004-135, 2004-136, 2004-137,  
2004-138, 2004-139, 2004-157, 2004-169, 2004-174, 2004-177, 2004-180,  
2004-214.

### ABSUELTOS:

#### **Expedientes: 25**

2004-008, 2004-023, 2004-041, 2004-045, 2004-053, 2004-054, 2004-083,  
2004-087, 2004-095, 2004-108, 2004-118, 2004-124, 2004-144, 2004-150,  
2004-151, 2004-156, 2004-158, 2004-161, 2004-179, 2004-183, 2004-185,  
2004-202, 2004-203, 2004-207, 2004-215.

### SOBRESEIUMENTOS:

#### **Expedientes: 16**

2004-008, 2004-030, 2004-036, 2004-070, 2004-078, 2004-121, 2004-125,  
2004-159, 2004-190, 2004-162, 2004-165, 2004-166, 2004-170, 2004-171,  
2004-190, 2004-217.

## EXPEDIENTES ANALIZADOS AÑO 2005

### **NO HA LUGAR :**

#### **Expedientes: 28**

2005-002, 2005-010, 2005-012, 2005-019, 2005-032, 2005-039, 2005-077,  
2005-079, 2005-082, 2005-089, 2005-092, 2005-094, 2005-100, 2005-101,  
2005-146, 2005-149, 2005-150, 2005-157, 2005-158, 2005-163, 2005-167,  
2005-203, 2005-213, 2005-218, 2005-226, 2005-227, 2005-229, 2005-239.

### **ABSUELTOS:**

#### **Expedientes: 25**

2005-006, 2005-008, 2005-009, 2005-019, 2005-031, 2005-038, 2005-050,  
2005-055, 2005-067, 2005-085, 2005-093, 2005-098, 2005-142, 2005-148,  
2005-151, 2005-154, 2005-201, 2005-202, 2005-205, 2005-211, 2005-221,  
2005-222, 2005-223, 2005-250, 2005-253.

### **SOBRESEIMIENTOS:**

#### **Expedientes: 17**

2005-016, 2005-025, 2005-045, 2005-054, 2005-060, 2005-065, 2005-070,  
2005-099, 2005-104, 2005-117, 2005-131, 2005-138, 2005-144, 2005-174,  
2005-212, 2005-224, 2005-234.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO PINILLOS, Roberto. *Diccionario práctico de Derecho Procesal Civil*. Lima, Gaceta Jurídica, 2002.
- ACTUALIDAD JURÍDICA de Gaceta Jurídica. N° 133, diciembre 2004.
- ARANZAMENDI NINACONDOR, Lino. *Diseño y proceso de la Investigación Jurídica*. Arequipa, Ediciones Adrus, 2005.
- BALLÓN LOZADA, Héctor. *Historia del Derecho en Arequipa*. Arequipa, Ediciones LPG, 2005.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993; análisis comparado*. 5ª ED. Lima, Editorial RAO, 1999.
- BONNECASE, Julien. *Elementos de Derecho Civil: Derecho de las obligaciones de los contratos y del crédito*. Vol. XIV., t.II. Puebla, Editorial José M. Cajica, 1945.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 5ª ED. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1987.
- CABRERA VÁSQUEZ, Marco. *Introducción al Estudio de la Función Pública*. Lima, Editora, Sagsa, 1985.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El Proceso Penal, teoría y práctica*. Lima, Palestra, 1998.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. 5ªed. 2 tomos. Bogotá, Editorial Temis, 2002.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones Generales del Derecho Procesal*. Madrid, Ediciones Aguilar, 1966.
- Enciclopedia Jurídica OMEBA, t. XXIII.

- FALCÓN, Enrique M. *Tratado de la Prueba*. 2 tomos. Buenos Aires, 2003.
- FLORES POLO, Pedro. *Diccionario Jurídico Fundamental*. 2ª ED. Lima, Ediciones Grijley, 2002.
- FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la administración de justicia*. Lima, Juristas Editores, 2000, 171-172.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *La reparación civil en el proceso penal*. Lima, Idemsa, 2005.
- GUTIERREZ, Walter (Coordinador). *La Constitución Política comentada*. t.II. Lima, Gaceta Jurídica, 2005.
- KÁDAGAND LOVATÓN, Rodolfo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 2ª ED. Lima, Editorial Rohdas, 2001.
- LEGAL EXPRESS de Gaceta Jurídica. Año 4, N° 40, abril 2004.
- LEÓN, Leysser L. *La responsabilidad civil; líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Lima, Normas Legales, 2004.
- LÓPEZ BORJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho Penal, parte general*. t. II. Lima, Gaceta Jurídica, 2004.
- LÓPEZ GUERRA, Luis. *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*. Lima, Ediciones Palestra, 2001.
- LORCA NAVARRETE, Antonio. *Derecho Procesal Penal*. Madrid, Tecnos, 1986.
- LOVÓN SÁNCHEZ, José Alfredo. *La responsabilidad civil de los jueces*. Arequipa, Legislación Peruana General, 2004.
- MAGGIORI. *Derecho Penal, parte especial*. vol. III. Bogotá, Editorial Temis, 1972, p. 307.

- MARCHENA GÓMEZ, Manuel. *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*. Madrid, Marcial Pons, 1992.
- MAVILA LEÓN, Rosa. *El nuevo sistema procesal penal*. Lima, Juristas Editores, 2005.
- MONTES NAVIDAD, Hilda Graciela. *El Ministerio Público y la prevención del Delito*. 2ª ED. Lima, Editorial San Marcos, 2005.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. *La Función del Juez en el Derecho Comparado*. Lima, Editorial San Marcos, 2004.
- MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional*. 2 tomos. 10ª ED. Valencia, Tirant lo Banch, 2000.
- MONTES NAVIDAD, Hilda. *El Ministerio Público y la prevención del Delito*. Lima, Ediciones San Marcos, 2005.
- ORTECHO VILLENA, Víctor Julio. *Estado y Ejercicio Constitucional*. Lima, Ediciones Marsol, 1999.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. "La posición del Ministerio Público en el Código procesal Penal de 2004". *Actualidad Jurídica de Gaceta Jurídica*, Nº 149, 2006.
- PETIT, Eugéne. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Madrid, Saturnino Calleja, 1924.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo. *El Contrato Social o Principios del Derecho Político*. 2ª edición, Londres 1799. (Precedido de un estudio de Ricardo LEVENE). Buenos Aires, Editorial Perrot, 1958.
- SABATER PÉREZ; GARCÍA FERNÁNDEZ, Elena; HIDALGO GARCÍA, Carmen (Consejo de Redacción). *Jueces, 3er. Tiempo*. Madrid, ED. Valbuena, 2003.

- SAGÜES, Néstor Pedro. *Elementos de Derecho Constitucional*. t.I. 3ªed. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. v.I. Lima, Editorial Grijley, 1999.
- SOLIS ESPINOZA, Alejandro. *Metodología de la investigación jurídico social*. Lima, Ediciones B y B, 2001.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la responsabilidad civil*. Lima Grijley, 2001.
- TAMBINI DEL VALLE, Moisés. *La prueba en el Derecho procesal Penal*. Lima, Jus Editores, s/f.
- VÁSQUEZ OLIVERA, Salvador. *Derecho Civil. Definiciones*. Lima, Ediciones Palestra, 2002.
- VIDAL RAMIRES, Fernando. "En torno al ministerio Público". Revista peruana de jurisprudencia. Año 7, Nº 51, mayo 2005.
- WITKER, Jorge. *La investigación jurídica*. México, McGraww-Hill, 1995.
- WOOLCOTT OYAGUE, Olenka. *La responsabilidad Civil de los Profesionales*. Lima, ARA Editores, 2002.