

Principales problemas en el juicio oral penal peruano*

Main problems in the Peruvian criminal oral trial

Jorgeluis Alan ROMERO OSORIO**

RESUMEN: El presente trabajo de investigación tiene por objeto exponer las principales cuestiones problemáticas que afronta actualmente el proceso penal peruano. Utilizando como muestras de análisis tres instituciones jurídicas del juicio oral: la prueba de oficio, el interrogatorio del tribunal y la desvinculación procesal. Exponiendo para ello tanto las posturas doctrinarias como jurisprudenciales a favor y en contra de la admisión de dichos institutos jurídicos. Para posteriormente, proponer alternativas de solución a dicha problemática.

PALABRAS CLAVE: Sistema acusatorio; sistema inquisitivo; pruebas de oficio; interrogatorio del tribunal y desvinculación

* El presente trabajo está dedicado a todos los miembros del Círculo de Estudios de Derecho Penal Constitucional - CEDPC de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo” Ancash - Perú, del cual tengo el honor de ser su asesor externo nacional ad honorem. Asimismo, agradezco a mi hermana Marycarmen Rosa Romero Osorio por la revisión y edición del presente trabajo.

** Fiscal Penal Titular del Ministerio Público del Perú - Distrito Fiscal de Ancash. Máster Oficial en Derecho Constitucional y Especialista en Justicia constitucional, interpretación y tutela de los derechos fundamentales por la Universidad de Castilla - La Mancha, Reino de España. Magistrado investigador ad honorem de la Revista Oficial del Poder Judicial del Perú y de la Revista de Investigación de la Academia de la Magistratura del Perú. ORCID: 0000-0003-1543-9297. Contacto: <jromeroodj@mpfn.gob.pe>. Fecha de recepción: 01/09/2021. Fecha de aprobación: 20/10/2021.

procesal.

ABSTRACT: The purpose of this research paper is to expose the main problematic issues currently facing the Peruvian criminal process. Using as samples of analysis three legal institutions of the oral trial, which come to be the ex officio evidence, the interrogation of the court and the procedural disengagement. Exposing for this purpose both the doctrinal and jurisprudential positions for and against the admission of these institutes. Finally, to propose alternative solutions to this problem.

KEYWORDS: Accusatory system; inquisitorial system; ex officio evidence; interrogation of the court and procedural disengagement.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de la Teoría general del proceso existen dos sistemas procesales bien diferenciados, el Publicístico y Privatístico.¹ Sistemas que, si bien es cierto, están enmarcados en el proceso civil, sus semejanzas con los sistemas del proceso penal (Inquisitivo y Acusatorio), nos permite inferir que la diferencia esencial entre ambos procesos radica en que el proceso civil tiende a ser publicístico, mientras que el proceso penal, privatístico.

Ello obedece a que en el proceso civil existe un conflicto intersubjetivo entre particulares, por lo que resulta necesario que el juez intervenga de manera activa a efectos de sopesar la desigualdad que pueda existir entre las partes. Mientras que en el proceso penal existe un conflicto intersubjetivo entre la Sociedad y el particular.

Por tanto, la intervención del juez es de manera pasiva a efectos de evitar que la Sociedad representado por el Ministerio Público tenga mayor ventaja de la que ya goza frente al particular imputado. Además, el proceso civil se halla orientado a la búsqueda de la verdad, mientras que el proceso penal se muestra como un proceso orientado únicamente a garantizar la defensa del acusado y a constatar si las pruebas de cargo son o no suficientes para superar la presunción de inocencia.²

De este modo, antes de arribar a las principales problemáticas que presenta el juicio oral penal en el Derecho peruano es menester establecer que según el artículo I numeral 2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal, el sistema que asume el proceso

¹ Monroy Gálvez, Juan, *Introducción al Proceso Civil*, Bogotá, Temis, 1996, pp. 70-71.

² DEL CASTILLO PÉREZ, César, *La prueba de oficio en el Código Procesal Penal y el principio de inocencia*. Tesis para optar el grado de maestro en Derecho. Mención en Ciencias Penales, Escuela de Posgrado, Universidad Nacional Hermilio Valdizán, Huánuco, Repositorio de la UNHEVAL, 2018. p. 20.

penal peruano es de corte acusatorio. Puesto que existe una clara distinción entre pruebas de cargo y descargo, se pasa del principio de autoridad al principio dialéctico, por el cual la formación de la prueba es una función de las partes controladas por el juez imparcial “separación de funciones”³

Sin embargo, viejos rezagos del sistema inquisitorio, tales como el interrogatorio del tribunal y las pruebas de oficio han sido recogidos en los artículos 375.4 y 385.2 del Código Procesal Penal respectivamente. El primer artículo citado preceptúa que el juez durante el desarrollo de la actividad probatoria ejerce sus poderes para conducirla regularmente, pudiendo intervenir cuando lo considere necesario a fin de que el fiscal o los abogados de las partes hagan los esclarecimientos que se les requiera o, excepcionalmente, para interrogar a los órganos de prueba solo cuando hubiera quedado algún vacío.

Mientras que el segundo artículo citado faculta al juez penal que, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas podrá disponer de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resulten indispensables o útiles para esclarecer la verdad, cuidando en no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes. Lo que ha motivado que algunos juristas concluyan que con ello no se permitirá desarrollar un proceso verdaderamente adversarial.⁴

De este modo, podemos advertir de manera anticipada que existen incoherencias con el sistema procesal adoptado en el ordenamiento jurídico procesal peruano, lo que conllevará a que diversas instituciones jurídicas existentes en la etapa de juicio oral se vean influenciadas con ello. Siendo esta la problemática que se

³ TABOADA PILCO, Giammpol, “El Principio contradictorio en el Proceso penal”, en *Nuevo Código Procesal Penal Vol. 1*, Instituto Legales, Lima, Ediciones Legales E.I.R.L., 2014, p. 69.

⁴ Angulo Arana, Pedro, “Las pruebas de oficio en el Nuevo Código Procesal Penal”, en *Nuevo Código Procesal Penal*, Instituto Legales, Lima, Ediciones Legales E.I.R.L., 2014, p. 1429.

expondrá en el presente trabajo proponiendo alternativas de solución que tanto la doctrina como la jurisprudencia procesal penal no han podido arribar hasta la actualidad.

II. PRUEBA DE OFICIO

El problema que acarrea esta institución jurídica ha conllevado que algunos juristas propongan como solución la necesidad de que los jueces autorregulen su propia facultad o que traten de ejercerla sin la necesidad de postular a su expulsión del ordenamiento jurídico.⁵ Fundamentan su subsistencia a un mejor conocimiento de los hechos, al esclarecimiento de la verdad, al aprovechamiento de la experiencia del juez y legitimar la impartición de justicia.⁶ Amparándose en el principio de oficialidad que permite al juzgador superar la pasividad de las partes en la búsqueda de la verdad real.⁷

Fundamentos que se condicen justamente con las características del sistema inquisitivo como son el *inicio ex officio* por parte del Estado, el juicio delegado a un juez que tiene acceso al “cuerpo de las ciencias penales”, la investigación del juez que no está limitada a la evidencia que es traída ante él, y la preponderancia de formas intensivas de búsqueda de la verdad.⁸

Otro sector de la doctrina es más cauta al establecer límites en la actuación de la institución jurídica en comento, adhiriéndose a la postura del Tribunal Supremo Español (STSE, del 26 de diciembre de 2003, f. j. 3), a saber: a) las pruebas deben estar vinculadas al objeto del proceso respeto del principio acusatorio; b) en las

⁵ *Ibidem*, p. 1429.

⁶ *Ibidem*, pp. 1431-1434.

⁷ CÁCERES JULCA, Roberto, *Código Procesal Penal Comentado*, Lima, Jurista Editores E.I.R.L., 2008, p. 442.

⁸ FIGUEROA NAVARRO, Aldo, *El Juicio en el nuevo sistema procesal penal*, Lima, Pacífico Editores S.A.C., 2017, pp. 57-59.

actuaciones de la causa han de encontrarse las fuentes del medio de prueba ordenado actuar de oficio respecto de la garantía de imparcialidad judicial; y, c) la práctica de la prueba debe respetar los principios que le son inherentes con la plena intervención de las partes. Sin perjuicio de permitirse a las partes que propongan nueva prueba destinada a contradecir la ordenada judicialmente respecto del principio de contradicción y del derecho de defensa⁹. No obstante, no se satisface con las exigencias de un sistema acusatorio puesto que, de aceptar dichos límites nos conllevaría a crear un mini juicio dentro del estadio del debate probatorio, cuyo objeto sería la actuación de las pruebas de oficio.

Asimismo, cierto sector de la doctrina sostiene que en los sistemas donde rige el principio acusatorio se deja la actividad probatoria en manos de las partes, a diferencia de los sistemas donde rige el principio de oficialidad, y en el cual el órgano jurisdiccional interviene en la obtención de las pruebas porque el proceso penal está encaminado al esclarecimiento de los hechos.¹⁰ Siendo la veracidad el objeto de contrastación del contenido de un medio probatorio cuando se practica prueba sobre prueba o prueba de oficio.¹¹

Sin embargo, esta institución jurídica adolece de graves cuestionamientos, tales como la de violar el principio acusatorio, la de lesionar el principio adversarial, perjudicar a la contradicción y de afectar la imparcialidad del juez.¹² Si bien es cierto, a nivel de la legislación comparada esta figura jurídica es reconocida en igual

⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal Peruano Estudios*, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2017, p. 36.

¹⁰ ARANA MORALES, William, *Manual de Derecho Procesal Penal para operadores jurídicos del Nuevo sistema procesal penal acusatorio garantista*, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2014, p. 25.

¹¹ TALAVERA ELGUERA, Pablo, *La prueba en el nuevo proceso penal. Liti-gación estratégica*, Lima, Editorial y Gráfica EBRA EIRL, 2009, p. 102.

¹² ANGULO ARANA, Pedro, *op. cit.*, pp. 1440-1441.

o menor medida que la efectuada en nuestra legislación¹³, ello no obsta que su análisis jurisprudencial pierda sentido. Más aún, si en los Códigos Procesales de Colombia, Chile, Bolivia y Nicaragua se prohíbe en forma expresa cualquier actuación de prueba de oficio.¹⁴

Es así que, en la Casación N° 1552-2017/Lambayeque F.J. 5,¹⁵ la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido claramente que la prueba de oficio es discrecional para el órgano jurisdiccional; por tanto, su no utilización no constituye infracción normativa alguna. Esto implica la falta de importancia de esta figura jurídica en el proceso penal, de lo contrario su no utilización implicaría una infracción normativa. En consecuencia, el fundamento de que la decisión de fondo sea justa¹⁶ se desvanece.

Inclusive, en esta Casación el alto tribunal peruano señala que será casacionalmente relevante, si la no admisión de actuación de un medio de prueba concreto se realiza pese a su pertinencia y utilidad, o si no se llega a ejecutar por una razón no legalmente justificada o por un motivo no imputable a la parte que lo propuso. En estos casos, la infracción del principio de aportación de parte es lo relevante, no la falta de actuación de la prueba de oficio.¹⁷ De lo que se colige, el reconocimiento al sistema acusatorio en la actividad probatoria frente a la prueba de oficio.

Más aún, si en el artículo 373 del Código Procesal Penal se faculta a las partes, luego de instalado el juicio oral, ofrecer nuevos

¹³ *Ibidem*, pp. 1441-1444.

¹⁴ SALINAS SICCHA, Ramiro, "El modelo acusatorio recogido y desarrollado en el Código Procesal Penal de 2004", en *Revista Gaceta Penal & Procesal Penal*, núm. 61, 2014, pp. 255-256.

¹⁵ Recurso Casación N° 1552-2017/Lambayeque (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 02 de Marzo de 2018).

¹⁶ ANGULO ARANA, Pedro, *op. cit.*, p. 1446.

¹⁷ Recurso Casación N° 1552-2017/Lambayeque (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 02 de Marzo de 2018).

medios de prueba conocidos con posterioridad a la audiencia de control de la acusación. De este modo, se evidencia que la institución jurídica en comento permite al juez se arroga las potestades de las partes de ofrecer nuevos medios de prueba, pese a que éstos últimos tenían la oportunidad de ejercerla en el respectivo estadio procesal.

Compartimos la postura que la prueba de oficio o no llegará a esclarecer nada o simplemente inclinará la balanza a favor de algún sujeto procesal; el descubrimiento de la verdad no es una actividad académica sino que tiene efectos en el juicio, y por tanto, se sienta las bases para quebrar la imparcialidad judicial, retornando al juez inquisidor el averiguador de la verdad¹⁸.

Sin embargo, a pesar que el artículo 385.2 del Código Procesal Penal señala el carácter excepcional de la prueba de oficio, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 33-2014/Ucayali F.J. 15 ha establecido como doctrina jurisprudencial vinculante lo siguiente: «Si por error, el Fiscal en la etapa intermedia, en casos de delitos sexuales en agravio de menores de edad, no ha ofrecido como medio de prueba la escucha del audio, o la visualización del video o la oralización del acta donde se registra la declaración previa al juicio oral del agraviado; el juez sobre la base del interés superior del niño, de su papel de garante de los derechos de los ciudadanos y de conformidad con el artículo 385 del Código Procesal Penal, incorporará de oficio dicho medio de prueba en la etapa respectiva. Asimismo, en caso exista retractación por parte de la víctima, también será posible incorporarla; así, el Fiscal, de conformidad con el artículo 378.1 del citado código adjetivo, pedirá que se le confronte con su declaración previa».¹⁹

¹⁸ ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor, *Derecho Procesal Penal. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial* Vol. 2, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2015, p. 327.

¹⁹ Gaceta Jurídica. *Compendio total de jurisprudencia vinculante penal y procesal penal. Precedentes vinculantes, acuerdos plenarios y doctrina jurisprudencial*.

Postura que ha sido asumida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República a través de la Casación N° 63-2016/Cañete F.J. 4.5²⁰. Ello a pesar de que el propio Código Procesal Penal en sus artículos 383.1.c) y 378.6 ha establecido que solo podrán ser incorporados al juicio para su lectura las declaraciones de testigos prestadas ante el fiscal con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que el testigo no hubiese podido concurrir al juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes a la voluntad de las partes; y, en caso de que si un testigo declara que ya no se acuerda de un hecho, se puede leer la parte correspondiente del acto sobre su interrogatorio anterior para hacer memoria, disponiéndose lo mismo si en el interrogatorio surge una contradicción con la declaración anterior que no se puede constatar o superar de otra manera.

III. INTERROGATORIO DEL TRIBUNAL

Contrariamente a lo que sucede en los modelos acusatorios adversariales puros (Inglaterra, Estados Unidos, Australia, etc.) en los cuales el juez nunca dispondrá interrogatorios de oficio, nuestro juez sí podrá hacerlo; no habiéndose apostado por un modelo adversarial puro, sino que nuestro sistema posee una tendencia hacia la adversariedad.²¹ En la doctrina nacional se limita el interrogatorio del testigo por parte del juez al considerarlo de carácter excepcional; es decir, no supe la actividad de las partes, menos

dencial Vol. 2, editado por Percy Revilla Llaza y Branko Yvancovich Vásquez, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2017, p. 218.

²⁰ CARO JOHN, José Antonio, *Summa Procesal Penal*, Lima, Nomos & Thesis, 2020, p. 385.

²¹ ANGULO ARANA, Pedro, *Claves de la litigación oral en el proceso penal. Alegatos e interrogatorios*, Lima, Gaceta Jurídica, 2017, p. 274.

aún si las mismas han procedido con una estrategia deficiente; y, solo procede cuando hubiera quedado algún vacío.²²

En ese sentido, la finalidad de las preguntas del juzgador no gira en torno: a) establecer el relato o historia de los eventos, b) hallar inconsistencias en lo declarado por el testigo; c) permitir que el testigo se explique ante probables inconsistencias de sus declaraciones, ni d) cuestionar la credibilidad de las explicaciones dadas por el testigo; todo ello, es actividad y responsabilidad de las partes. En ese orden de ideas, el juzgador solo interroga por temas que no han sido objeto ni del examen directo, contraexamen, reexamen y recontraexamen, respectivamente.²³ Es decir, el tribunal no tiene ningún ámbito habilitante para interrogar a los testigos, pues todo el objeto del debate se centra en lo expuesto por las partes. Lo mismo ocurre con respecto al interrogatorio de los peritos.

Otro sector de la doctrina, afiliándose a una corriente doctrinaria moderna (no clásica dentro del modelo mixto) que concibe a la prueba como actividad procesal no solo de las partes, sino también del juez o tribunal, destacando como autores de tal orientación a Pietro Castro y Fernández, Cortés Domínguez, Octells Ramos, Gimeno Sendra y otros más.²⁴ Justifican esta figura procesal alegando que el juez puede intervenir en el debate sólo para realizar actos de aclaración y, excepcionalmente para preguntar, ya sea al testigo, perito o acusado cuando exista algún vacío que de alguna manera imposibilite formar la convicción del magistrado sobre la verdad o certeza de algún hecho en particular afirmado por la partes.

²² BENAVENTE CHORRES, Hesbert, “El examen de testigos y peritos en la audiencia de Juicio oral”, en *Nuevo Código Procesal Penal Vol. 2*, Instituto Legales, Lima, Ediciones Legales E.I.R.L., 2014, p. 338.

²³ BENAVENTE CHORRES, Hesbert, “El examen de testigos y peritos en la audiencia de Juicio oral”, en *Técnicas de litigación oral y teoría del caso*, Gaceta Jurídica, Lima, *El Búho* E.I.R.L., 2018, p. 1421.

²⁴ ANGULO ARANA, Pedro, *El interrogatorio de testigos en el nuevo proceso penal*, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2008, pp. 288-289.

Aclarándose que esta facultad sólo podrá ser usada después de que los sujetos procesales han terminado con el interrogatorio, toda vez que su objeto es ampliar la información en los términos necesarios para que pueda producir dicho interrogatorio sus debidos efectos.²⁵

Esta facultad del juez de solicitar la aclaración, le corresponde a las partes al momento de efectuar el reexamen. Sin embargo, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República mediante²⁶ ha señalado de manera expresa que el Código Procesal Penal no impone una limitación absoluta al juez, y le autoriza a dirigir la formación de la prueba, pedir aclaraciones y precisiones de las partes, así como, ante lagunas relevantes, a interrogar a los órganos de prueba. Pero estas “lagunas relevantes” se deben a la propia ineficiencia de las partes al momento de interrogar a sus testigos y peritos ofrecidos.

Teniendo, de este modo, la última palabra el juez al momento de efectuar el interrogatorio sin dar oportunidad a que las partes puedan realizar alguna objeción, interrogar ni mucho menos contrainterrogar; ya que de este modo se desnaturalizaría el juicio. Puesto que, si una de las partes objeta la pregunta efectuada por el juez, ¿quien resolvería dicha objeción? ¿el propio juez?

Por ello un sector de la doctrina sostiene que el juez debe buscar solamente alguna aclaración de los temas cubiertos en el interrogatorio cruzado pero no de hacer preguntas que él estime conveniente e incluso, aquellas que no hayan sido efectuadas por las partes²⁷; no existiendo el deber judicial de esclarecimiento presente en el modelo mixto y que importa responsabilidad en la actividad probatoria de los hechos, ocurriendo que aquella pesa ahora sobre los sujetos procesales y únicamente por excepción, al

²⁵ CÁCERES JULCA, Roberto, *op. cit.*, p. 429.

²⁶ Recurso Casación N° 553-2020/Apurímac (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 29 de Enero de 2021).

²⁷ QUIROZ SALAZAR, William, *El interrogatorio y el contrainterrogatorio en el nuevo Código Procesal Penal*, Lima, Gaceta Jurídica, 2013, p. 140.

subsistir la necesidad de esclarecer un tema o temas puntuales, se activa la facultad del juez para satisfacer ello.²⁸

IV. DESVINCULACIÓN PROCESAL

El artículo 374.1 del Código Procesal Penal establece si en el curso del juicio, antes de la culminación de la actividad probatoria, el juez penal observa la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público, deberá advertir al fiscal y al imputado sobre esa posibilidad. En este supuesto el Tribunal plantea la tesis de desvinculación, con pleno respeto de los hechos objeto del debate (acusación y defensa). El nuevo tipo penal puede ser uno distinto del señalado en la acusación escrita, pero siempre respetando la homogeneidad del bien jurídico entre delito acusado y delito sugerido por el Tribunal o un tipo legal agravado o atenuado, según conste en autos la presencia de circunstancias de atenuación o agravantes específicas.²⁹

Siendo el límite la variación de la concreta figura delictiva, no la inclusión de otras circunstancias que no alteren la tipificación del hecho acusado (San Martín Castro, 2017, pág. 415). Pese a que en el artículo 349.3 del citado código adjetivo se establece que en la acusación el Ministerio Público puede señalar alternativa o subsidiariamente, las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta del acusado en un tipo penal distinto para el caso de que no resultasen demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la defensa del acusado. Coligiéndose que el juez al desvincularse de la imputación jurídica efectuada por el Ministerio Público, subsana la omisión efectuada por este último al momento de requerir la acusación.

²⁸ ANGULO ARANA, Pedro, *op. cit.*, p. 274.

²⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, p. 415.

Por su parte, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República mediante Casación N° 659-2014/Puno F.J. 3, ha señalado para los supuestos en el que se aplica la desvinculación procesal es importante indicar los requisitos de la determinación alternativa o desvinculación procesal que son: a) homogeneidad del bien jurídico tutelado; b) inmutabilidad de los hechos y de las pruebas; c) la preservación del derecho de defensa; y, d) la coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo penal.³⁰

Dicho alto tribunal añade que la determinación alternativa o desvinculación procesal es una institución del proceso penal destinada desde un punto de vista instrumental a conjurar o remediar casos excepcionales al principio acusatorio, derivados de un requerimiento fiscal de acusación constreñido por un error de calificación inicial que actúa como camisa de fuerza o corsé jurídico, impidiendo una adecuación típica dentro del principio de corrección normativa del juicio de tipicidad inicial, en aplicación de un rigor técnico-legal a que está obligada la Sala de Mérito para el esclarecimiento del hecho, de sus circunstancias y de la participación criminal efectiva de los imputados.³¹

Como se puede advertir, nuevamente el juez se arroga funciones que no le competen a efectos de realizar una adecuación típica de los hechos objeto de imputación jurídica deficiente realizado por el Ministerio Público. Más aún, si esta institución jurídica carece de sustento doctrinario, desconociéndose en qué momento apareció en el Perú y que constituye una excepción del principio *in dubio pro reo*.³²

³⁰ PARIONA PASTRANA, Josué, *Doctrina jurisprudencial. Selección de la jurisprudencia vinculante y de las sentencias más trascendentes de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia (2014-2016)*, Lima, Nomos & Thesis EIRL, 2017, p. 316.

³¹ *Ibidem*, p. 317.

³² ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor, *op. cit.*, pp. 287-288.

Es así que en la jurisprudencia alemana se admite la determinación alternativa con los siguientes requisitos: a) Se debe haber agotado todos los medios probatorios procesalmente admitidos; b) La certeza que el acusado solo pudo haber actuado en una u otra forma; c) Que la determinación alternativa debe llevar al castigo; d) Que los reproches alternativos deben ser equiparables desde un punto de vista ético jurídico y psicológico; f) Cuando es seguro que el delincuente ha cometido un hecho punible determinado en una forma comisiva, determinada legalmente a través de una de las dos acciones que desde el punto de vista jurídico o equivalentes (simple alternatividad de los hechos); g) Se debe aplicar la ley más favorable.³³

V. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

Coincidimos con la propuesta de solución consistente en que se prevea legislativamente una fórmula como la que existe en Colombia, esto es, que se instaure de manera expresa la prohibición de que el juez intervenga ordenando pruebas.³⁴ Rechazado la postura de su admisión, en el sentido de que la prueba de oficio o prueba sobre prueba esté destinada a echar por tierra la fuerza probatoria de un medio de prueba ya practicado en el juicio³⁵; pues dicha afirmación conllevaría necesariamente a la afectación del principio de imparcialidad del juez.

Prueba de oficio que si es admisible en el proceso civil, en donde el juez es el sujeto al que le compete la función epistémica

³³ *Ibidem*, p. 289.

³⁴ CRUZ VEGAS, Guillermo, “¿Para mejor resolver? Crítica a la prueba de oficio en Juicio Oral”, en *Problemas de aplicación del Código Procesal Penal de 2004*, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2011, p. 185.

³⁵ TALAVERA ELGUERA, Pablo, *op. cit.*, pp. 101-102.

fundamental, esto es, la determinación de la verdad de los hechos³⁶ bajo el sistema publicístico. Mientras que en el proceso penal dicha función epistémica no le corresponde al juez sino al Ministerio Público, quien como titular de la acción penal le corresponde probar los hechos que se le atribuyen al acusado. Es por ello que el Código Procesal Penal en su artículo 387.4 establece si el fiscal considera que los cargos formulados contra el acusado han sido enervados en el juicio, retirará la acusación. Acogiéndose de este modo el proceso penal al sistema privatístico.

Aunque cierto sector de la doctrina señala que ni el proceso civil es un proceso entre partes iguales que deba presenciar el Estado pasivamente, ni el penal un proceso entre acusador y acusado, en posición de adversarios equilibrados³⁷ justificando con ello el activismo judicial. Sin embargo, ello no obsta a que el juez penal se arroge competencias de una de las partes en detrimento del otro, como si ocurre legítimamente en el proceso civil.

Puesto que un juicio penal no implica la búsqueda de la verdad por cualquier medio. El sistema adversarial es el medio adoptado y el rol del juez en dicho sistema es mantener el balance entre las partes en contienda, sin tomar el mismo parte en su disputa. No es un rol inquisitivo mediante el cual trata de remediar las deficiencias del caso presentado por cada lado.³⁸

Asimismo, discrepamos con la postura referida a que el juzgador dentro del juicio oral, y cuando los hechos no sean o aparezcan suficientemente probados y haya duda entre ellos, se debe decidir por favorecer al reo; en tanto, el practicar u ordenar actuar

³⁶ TARUFFO, Michele, *Teoría de la prueba*, Lima, Ara Editores E.I.R.L., 2012, p. 212.

³⁷ ASENSIO MELLADO, José María «Activismo» y «garantismo». Un dilema artificial», en *Revista Gaceta Penal & Procesal Penal*, Gaceta Jurídica, núm. 32, 2012, pp. 177.

³⁸ QUISPE LABRA, Jhaison, «La vulneración del principio acusatorio con la prueba de oficio en el proceso penal peruano», en *Revista Gaceta Penal & Procesal Penal*, núm. 65, 2014, pp. 270.

una prueba de oficio vulneraría el principio de *in dubio pro reo*.³⁹ Puesto que de aceptarlo, sólo la parte acusada sería la beneficiaria con la exclusión de la prueba de oficio, perjudicando a la parte acusadora. Siendo la única solución razonable la prohibición legal de este instituto procesal.

En lo que respecta a la desvinculación procesal, si bien es un instituto jurídico reconocido en la normativa procesal penal y delimitada por la jurisprudencia de la Corte Suprema glosada *ut supra*, nos adherimos a su permanencia, pero que su realización se lleve a cabo antes de la declaratoria formal de la culminación de la actividad probatoria,⁴⁰ ello con la finalidad de que las partes puedan ofrecer medios de prueba idóneos tanto para desbaratar como confirmar los elementos objetivos del tipo penal objeto de nueva calificación jurídica efectuada por el juez según su teoría del caso, actuándose las mismas bajo las reglas del contradictorio, garantizándose de este modo el derecho de defensa de las partes, ello de conformidad con lo previsto en el artículo 374.1 del Código Procesal Penal.

Más aún, si la doctrina mayoritaria ha establecido que la calificación jurídica no forma parte de ese núcleo esencial del objeto del proceso, y esto es precisamente lo que posibilita que el órgano jurisdiccional, a la hora de dictar sentencia pueda cambiar la calificación de los hechos que se juzgan, debido también a la vigencia en el proceso de la máxima *iura novit curia*.⁴¹ Teniendo en cuenta en todo momento la aplicación de la ley más favorable al acusado.

³⁹ CRISTÓBAL TÁMARA, Teodorico, “La prueba de oficio vs. el principio *in dubio pro reo* en el proceso penal peruano”, en *Revista Gaceta Penal & Procesal Penal*, núm. 95, 2017, pp. 242.

⁴⁰ ROBLES SEVILLA, Alexander, “El momento para plantear la desvinculación procesal: una interpretación desde el principio de preclusión de la actividad probatoria en el juicio oral”, en *Revista Gaceta Penal & Procesal Penal*, núm. 112, 2018, pp. 273.

⁴¹ LEÓN ALVA, Eduardo, “Acusación alternativa y acusación complementaria. Especial referencia a la facultad que otorga la norma procesal penal

Compartiendo, asimismo, con la postura de que la desvinculación procesal también puede ser aplicada en segunda instancia, ya que el juicio de apelación implica un nuevo juicio, donde se podrá actuar nueva prueba de ser el caso. Entre sus presupuestos se encuentra que la modificación en la calificación jurídica haya sido previamente solicitada por el fiscal en su recurso impugnatorio, la cual siempre deberá ser más grave que la establecida por el juez de primera instancia.⁴²

Finalmente, en lo que respecta al interrogatorio del tribunal, debe de modificarse el artículo 375.4 del Código Procesal Penal, en el extremo de prohibirse al juez interrogar a los órganos de prueba inclusive cuando hubiera quedado algún vacío en el desarrollo de la actividad probatoria. Pues, es función de las partes de llenar ese vacío a través del re examen de sus órganos de prueba ofrecidos.

Así lo parece entender un sector de la doctrina al señalar, lo más importante del nuevo modelo es que el interrogatorio resulta siendo considerado un ejercicio estratégico, tanto desde el punto de vista de la acusación como de la defensa, siendo, por ello, que debía haberse dejado el manejo de este a sus actores, esto es, el fiscal y al abogado defensor, resultando lamentable que a partir del artículo 375 del Código Procesal Penal, se otorgue poderes y facultades al juez que, en realidad, corresponden a las partes.⁴³

Mientras aún subsista esta figura procesal, lo que debería hacer el juez al momento de advertir las graves limitaciones entre las partes al momento de efectuar el interrogatorio y contra interrogatorio, no es el de interrogar para suplir dichas deficiencias sino la de ordenar el reemplazo de la parte que se encuentra en inferiori-

al juez (artículo 374.1 del CPP)”, en *Revista Gaceta Penal & Procesal Penal*, núm. 80, 2016, p. 254.

⁴² CALDERÓN VALVERDE, Leonardo, “Algunos comentarios a la desvinculación procesal en el CPP del 2004. Un análisis a partir de su evolución normativa”, en *Revista Gaceta Penal & Procesal Penal*, núm. 78, 2015, pp. 212.

⁴³ ANGULO ARANA, Pedro, *op. cit.*, p. 36.

dad de condiciones⁴⁴ previo apercibimiento, ello de conformidad con lo previsto en el artículo 364 numerales 2 y 5 del Código Procesal Penal, claro está, que en el caso de que el abogado defensor del acusado sea el reemplazado, se le concederá a este último el plazo de 24 horas para que designe a su nuevo abogado defensor o en su defecto asumirá su defensa el defensor público.

VI. CONCLUSIONES

- El proceso penal peruano se encuentra inspirado en el sistema privatístico reconocido dentro de la Teoría general del proceso como aquel por el cual el juez interviene en el proceso a instancia de parte y no de oficio.
- Mientras que el proceso civil peruano se afilia al sistema publicístico, el cual faculta al juez a intervenir en el proceso de manera activa, pudiendo actuar de oficio pruebas y examinar a los órganos de prueba.
- Existe un grave error de algunos procesalistas penales, de asumir posturas del sistema publicístico del proceso civil y trasladarlos al proceso penal, para justificar la existencia de la prueba de oficio e interrogatorio del tribunal.
- El sistema procesal a la que se adhiere el Código Procesal Penal es el acusativo con razgos adversariales, por cuanto no es un sistema adversarial puro ya que cuenta con instituciones jurídicas como la prueba de oficio, el interrogatorio del tribunal y la desvinculación procesal.
- La prueba de oficio como institución jurídica propia del juicio oral es una excepción al principio de aportación probatoria de las partes, que tiene como fundamento la búsqueda de la verdad material por parte del juez.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 290.

- El interrogatorio del tribunal encuentra su fundamento en el principio de oficialidad del proceso, por el cual el juez se encuentra facultado de intervenir de manera directa en el examen y contra examen de los órganos de prueba.
- La desvinculación procesal es un instituto jurídico propio del juicio oral, encuentra su fundamento legitimante en el principio *iura novit curia*, por el cual el juez puede adecuar el tipo penal objeto de imputación, emitiendo sentencia de fondo al respecto.
- El principal problema que genera la prueba de oficio, es la afectación del principio de imparcialidad del juez, pues este se arroga la potestad de ofrecer medios de prueba que beneficie a algunas de las partes.
- El interrogatorio del tribunal afecta de igual modo el principio de imparcialidad del juez, pues este al asumir el rol de examinar o contra examinar a los órganos de prueba ofrecidos por las partes, perjudica la teoría del caso de una de éstas en beneficio de la otra.
- La desvinculación procesal adolece del defecto de vulnerar el principio *in dubio pro reo*, por cuanto cualquier variación de la imputación jurídica efectuada por el Ministerio Público, implica necesariamente que el juez se encuentra en una incertidumbre en la adecuación de los hechos imputados a un determinado tipo penal ello por ineficiencia del Ministerio Público, lo cual al constituir una duda a favor del acusado, debería de absolverse a este y no condenársele por un nuevo tipo penal, que pudiendo incluso ser más beneficioso, le genera un antecedente penal.
- Tanto la prueba de oficio como el interrogatorio del tribunal deberían estar expresamente prohibidos o proscritos en el Código Procesal Penal, por cuanto existen otros mecanismos procesales como la prueba nueva que pueden ofrecer las partes antes del inicio de la fase de la actuación probatoria, y el re examen y re contraexamen en la propia fase de actuación de pruebas, que pueden alcanzar la misma finalidad, esto es, encontrar la verdad procesal y no la verdad material.

- Finalmente, respecto a la desvinculación procesal esta debe mantenerse pero delimitada bajo los estándares establecidos por la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema de Justicia de la República, y teniendo como requisito fundamental que la misma sea realizada por el juez antes de que formalmente concluya la actuación probatoria. Ello con la finalidad, de que las partes puedan solicitar la admisión y actuación de algún medio de prueba tendiente a corroborar o desvirtuar la adecuación de los hechos objeto de imputación al nuevo tipo penal propuesto por el juez.