



UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

ESCUELA DE POSTGRADO

**LA PRUEBA DE OFICIO Y SU RELACIÓN CON EL DEBIDO
PROCESO EN EL PROCESO PENAL EN EL MARCO DE UN
ESTADO CONSTITUCIONAL**

**Tesis para optar el grado de Maestro
en Derecho
Mención en Ciencias Penales**

AMERICO ROOSEVELT ALVARADO TUYA

Asesor: Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO

Huaraz – Perú

2017

Nº. Registro: T0505

MIEMBROS DEL JURADO

Doctor Elmer Robles Blacido

Presidente

Doctor Ricardo Robinson Sánchez Espinoza

Secretario

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo

Vocal

ASESOR:

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo

AGRADECIMIENTO

A Dios

A la UNASAM

Al Ministerio Público

DEDICATORIA

A mis padres por su ejemplo y gratitud.

ÍNDICE

	Pág.
Resumen	viii
Abstract	ix
I. INTRODUCCIÓN	1
1.1. Objetivos	12
1.2. Hipótesis	13
1.3. Variables	14
II. MARCO TEÓRICO	15
2.1. Antecedentes	15
2.2. Bases teóricas	16
2.3. Definición de términos	35
III. METODOLOGIA	37
3.1. Tipo y diseño de investigación	37
3.2. Plan de recolección de la información de la investigación	38
3.3. Instrumento(s) de recolección de datos	40
3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información	40
IV. RESULTADOS	43
4.1. Resultados de la encuesta aplicada a los operadores jurídicos a fin de conocer sus percepciones sobre nuestro problema de investigación	43

V. DISCUSIÓN	58
5.1. Discusión empírica	58
5.2. Discusión teórica	64
VI. CONCLUSIONES	146
VII. RECOMENDACIONES	149
VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	151

RESUMEN

El propósito fundamental de la presente investigación fue analizar si la prueba judicial dispuesta de oficio guarda compatibilidad constitucional con el principio del debido proceso legal y sus derivados, en especial la imparcialidad y la imparcialidad que debe orientar la actuación del juez en el curso del proceso en el marco de un Estado Constitucional; para lo cual se realizó una investigación jurídica de tipo dogmático -normativa-teórica- y por su naturaleza fue cualitativa; se empleó la técnica documental cuyos instrumentos fueron las fichas Textuales, fichas de análisis de contenido y cuestionarios; para el procesamiento y análisis de datos empíricos, se utilizó el enfoque cuantitativo empleando la estadística descriptiva simple cuadros y gráficos estadísticos y para el procesamiento y análisis de los datos teóricos se empleó la técnica del análisis cualitativo; de los resultados obtenidos se concluyó que la posibilidad de actuación de las pruebas de oficio se sustenta no en la renuncia ni en la imparcialidad del Juez, sino en el hecho de que la actividad probatoria se configura en función del modelo procesal adoptado, en razón que la iniciativa probatoria del órgano jurisdiccional se muestra plenamente en contradicción con los postulados que caracterizan a un proceso “adversarial”, es decir, un proceso exclusivamente de “partes”, en el que el órgano jurisdiccional tiene como única misión garantizar que los contendientes observen las reglas del juego, así como resolver la contienda a través de una resolución de fondo.

Palabras claves: Garantismo, prueba de oficio, legalidad, legitimidad, juez, proceso penal, responsabilidad penal.

ABSTRACT

The main purpose of the present investigation was to analyze whether the judicial evidence provided *ex officio* maintains constitutional compatibility with the principle of due process and its derivatives, especially the impartiality and impartiality that should guide the judge's action in the course of the process in The framework of a Constitutional State; For which a legal investigation of dogmatic type was carried out - normative-theoretical - and by its nature was qualitative; The documentary technique was used whose instruments were the Texts, content analysis sheets and questionnaires; For the processing and analysis of empirical data, we used the quantitative approach using simple statistical descriptive charts and statistical graphs and for the processing and analysis of the theoretical data we used the technique of qualitative analysis; Of the results obtained it was concluded that the possibility of acting on the *ex officio* evidence is based not on the resignation or the impartiality of the Judge, but on the fact that the probative activity is configured according to the procedural model adopted, The probationary initiative of the court is completely at variance with the postulates which characterize an adversarial process, that is to say, a process exclusively of "parties", in which the court is solely responsible for ensuring that the parties observe the Rules of the game, as well as resolve the contest through a substantive resolution.

Key words: Garantism, legal proof, legality, legitimacy, judge, criminal process, criminal responsibility.

I. INTRODUCCIÓN

En el constitucionalismo moderno es indudable que la misión del Poder Judicial, a través de sus jueces, es actuar de modo de evitar la lesión o amenaza de derechos. A través del sistema de checks and balances (frenos y contrapesos) consagrado –y no creado, conviene recordar– a partir de las ideas de Montesquieu, se sabe que la actuación del Poder Judicial deberá estar legitimada en la autorización que le concede el Legislador, y todo desde una perspectiva constitucional. Es ese el punto que merece reflexión y donde está radicada la “tesis” que aquí será defendida.

Proyectando para el ambiente del proceso jurisdiccional el control del Poder a través de la dinámica de la tripartición, consideramos que el sistema de enjuiciamiento constitucionalmente más legítimo sería aquel en que, para la formación del pronunciamiento definitivo del Poder Judicial, el procedimiento se desenvuelva ante jueces (personas físicas) distintos. Es decir: debe haber un juez para la urgencia, uno para la instrucción y uno para la sentencia, que deben actuar en sus respectivas etapas de competencia. Este sistema de enjuiciamiento – que en su esencia debe prevalecer tanto en el proceso civil, como en el penal – es denominado sistema de enjuiciamiento escalonado o procedimiento judicial funcionalmente escalonado.

A través de ese sistema de enjuiciamiento escalonado (o procedimiento judicial funcionalmente escalonado) el resultado de la actividad jurisdiccional (sentencia) sería precedido por etapas en las cuales sería posible un mayor grado de imparcialidad funcional del juez –ya que es imposible alcanzar la imparcialidad

subjetiva–, legitimando la jurisdicción (Poder) ante el debido proceso legal (Garantía).

En los sistemas de enjuiciamiento que conocemos, el desenvolvimiento del proceso rumbo a la formación del pronunciamiento de mérito queda a cargo y bajo el “gobierno” de un único juez – persona física – que ejerce solo toda la magnitud del Poder que la Constitución confiere al Poder Judicial. Es claro que el sistema recursivo, en cierta medida, acaba viabilizando un procedimiento escalonado, ya que el pasaje en cosa juzgada ocurrirá, de regla, después del curso del proceso por dos grados de jurisdicción.

Pero el hecho es que la etapa más importante del procedimiento dirigido a la formación de la sentencia ocurre ante el mismo y único juez, cuyo sistema procesal le otorga el enorme Poder de deferir la tutela de urgencia, de dirigir el procedimiento probatorio – inclusive con amplios poderes inquisitivos – y al final, y después del natural e innegable estremecimiento subjetivo de su imparcialidad, todavía tendrá el Poder de sentenciar sobre el mérito.

Nótese que el sistema de frenos y contrapesos surge en la teoría política exactamente como técnica de limitación del poder hasta entonces concentrado en las manos de aquél que, grosso modo, ejecutaba, legislabo y juzgaba, convirtiéndose en un ser político omnipotente cuyo “gobierno” necesariamente arbitrario – para el bien o para el mal, mas indiscutiblemente arbitrario – regía la vida de los demás.

Los procesalistas no advertieron que un sistema en el cual se permite al mismo juez i) conceder tutela de urgencia, ii) dirigir el procedimiento probatorio

inquisitivamente y al final iii) pronunciarse sobre el mérito, evidentemente es un sistema perverso que viabiliza la figura de un super juez autorizado a decretar un acto de poder (sentencia) en la exacta medida de su arbitrio. En otras palabras, el juez “gobierna” el escenario procesal absolutamente solo, y a pesar de que sus actos sean impugnables a través de recurso, la verdad es que la sentencia decretada resultará de su exclusiva “presidencia” del proceso¹.

Resulta importante destacar que en el ámbito del proceso penal la enseñanza de la doctrina es que cada vez más se organicen sistemas procesales fundados en el modelo acusatorio, mezclando (modelo mixto), o mismo dejando de lado, el modelo inquisitivo que por siglos rigió y del cual aún se tienen registros en algunos países de América Latina.

Recientemente, Pellegrini Grinover fue categórica en reconocer que en el proceso penal el “mantenimiento del juez en las diversas fases del proceso puede contaminar su imparcialidad”, tal como ocurre, por ejemplo, en Brasil, Honduras, México, Paraguay, Uruguay y Venezuela, pues en esos países “el juez de las investigaciones preliminares y de la recepción de la acusación es el mismo que juzga la causa”. Y por eso, prosigue la profesora de la Universidad de San Pablo, “es forzoso reconocer que no siempre la estructura del proceso penal es consecuente con la imparcialidad”². Y si en el proceso penal la doctrina reconoce esa distorsión,

¹ El resultado de lo que se propone puede ser sintetizado así: *el juez de la urgencia NO puede ser el mismo de la sentencia*; o, todavía, *el juez de la instrucción NO puede ser el mismo de la resolución*. Admitir lo contrario es ultra valorizar la *jurisdicción* (poder) en detrimento del *debido proceso* (garantía) de modo de tratar la *imparcialidad judicial* como mera garantía formal en vez de realidad a ser alcanzada. Y, eso, aunque estemos habituados con el sistema de enjuiciamiento en el cual todas esas innegables representaciones de poder (urgencia, instrucción y resolución) están concentradas en las manos de un mismo juez hasta el dictado de la sentencia de mérito.

² PELLEGRINI GRINOVER, Ada (2008). *Os poderes do juiz penal na américa latina*. San Pablo: Revista dos Tribunais, p. 177.

no existe ninguna razón de orden constitucional, jurídica o política para que esa misma lógica de raciocinio sea alejada del proceso penal.

En ese panorama se vuelve imperioso que el sistema de enjuiciamiento sea estructurado a partir de dos valores constitucionales fundamentales: la jurisdicción (Poder) y el debido proceso (Garantía). La prevalencia de uno de esos valores sobre el otro hará que el producto de la actividad desarrollada por el Poder Judicial carezca de legitimidad constitucional, aunque la práctica demuestre que no siempre exista ese necesario equilibrio entre poder y garantía.

Fundado en esas premisas se intentará demostrar que la prueba de oficio hiere la imparcialidad del juez y rompe con la lógica dialéctica del proceso que necesariamente está fundada en el debate entre dos sujetos parciales (denunciante y denunciado) ante un sujeto imparcial (juez), donde cada cual tiene sus poderes y facultades vinculados a la cláusula del debido proceso y, por lo tanto, a la Constitución.

Habiendo el orden constitucional ordenado al Poder Judicial juzgar “bien”, estableciendo que la jurisdicción debe actuar de modo de evitar la lesión o amenaza a derechos, es evidente que habrá situaciones en que el órgano judicial deberá tener una actitud más contundente de modo de hacer que el Poder Judicial cumpla su función constitucional.

Pero dependiendo de la amplitud de esa actuación, inmediatamente deberán incidir todos los mecanismos del debido proceso para que la decisión a ser dictada por el Poder Judicial se legitime en la perspectiva del balanceamiento en el que

Poder y Garantía se complementen, ya que son valores constitucionales y democráticos igualmente relevantes. O, en otros términos, la sentencia final debe ser dictada por otro juez – persona física – debidamente inmunizado por la imparcialidad funcional.

En suma, después de reconocer que la prueba de oficio sólo se justifica en un ambiente de excepcionalidad, y que una vez determinada herirá de muerte a la imparcialidad judicial, será propuesto el sistema de enjuiciamiento escalonado (o procedimiento judicial funcionalmente escalonado) como legítima alternativa a ser pensada. Y el proceso desarrollado en procedimiento escalonado se convertirá en un método de debate rigurosamente organizado en la perspectiva de la jurisdicción y del debido proceso legal, del poder y de la garantía, por lo tanto.

Por otro lado, enfocar nuestro problema de investigación en el marco del debate activismo vs. Garantismo. La producción de un medio de prueba dispuesto por iniciativa del juez – por lo tanto, sin requerimiento de la parte – es lo que en sede doctrinaria genéricamente se denomina prueba de oficio. Tal posibilidad es proyección de los poderes instructorios amplios que según la doctrina moderna tiene el juez³. Es decir, no habiéndose la parte interesada encargado adecuadamente de la producción de la prueba dirigida a la demostración del hecho constitutivo, impeditivo, extintivo o modificativo del derecho alegado, podrá el juez disponer la producción de cierto medio de prueba que le parezca conveniente para demostrar el hecho del cual surge la pretensión del demandante o la resistencia del demandado.

³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2000). *Compendio de la prueba judicial*. T. I Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, pp. 51-53.

O sea, el juez practica un acto procesal (demostración/confirmación de hechos) que el sistema de enjuiciamiento reserva a la iniciativa de la parte como verdadera carga.

En líneas generales los fundamentos de esa concepción se reúnen en ciertos argumentos como: i) el juez tiene el compromiso constitucional de juzgar bien; ii) la búsqueda de la verdad real sería un deber del juez para que le sea posible dictar una sentencia “justa”; iii) debido al carácter publicístico del proceso, el juez debe actuar de manera de suplir las eventuales deficiencias técnicas de la parte; iv) cuando el juez dispone la prueba de oficio no sabe exactamente a cuál de las partes el respectivo hecho, una vez probado, podrá beneficiar (principio de la adquisición).

Esa postura oficiosa encuentra sus raíces en un sistema de enjuiciamiento de carácter inquisitivo (*inquisitorial system*), donde la figura del juez aparece con preeminencia por sobre las partes y sus intereses dispositivos, y revela una concepción altamente publicística del proceso penal. Entre otros temas, la temática de los amplios poderes instructorios del juez en el proceso penal (prueba de oficio) gravita en el centro del caliente debate “activismo judicial versus garantismo procesal”, de gran impacto por toda la América española, y con alguna repercusión en España, Italia y Portugal, pero muy poco – o casi nada – tratado por la doctrina brasileña. En suma, se discute si el juez con exceso de poderes tiene legitimidad frente a la cláusula del debido proceso legal, que tiene como una de sus consecuencias la aséptica imparcialidad del órgano jurisdiccional.

En líneas generales el debate activismo versus garantismo gira en torno: i) De los aspectos ideológicos del proceso penal, ii) De sus sistemas de enjuiciamiento –

inquisitivo o dispositivo⁴ (*inquisitorial system e adversarial system*)⁵ –, iii) del papel del juez y de las partes en la relación procesal, iv) de la dimensión constitucional de la jurisdicción, v) del contenido y del significado del debido proceso legal, vi) de la garantía constitucional de la amplia defensa y el contradictorio, entre otros.

En la actualidad, el debate activismo versus garantismo divide a la doctrina del proceso penal de la América hispano–parlante y genera disputas y/o polémicas doctrinarias – a veces hasta con disparos cruzados – que acaba por apartar a los procesalistas en verdaderas “trincheras ideológicas”.

Para una rápida comprensión de aquello que es defendido por cada una de las corrientes, es posible adelantar que el activismo judicial defiende una postura más contundente del juez para resolver problemas que muchas veces no cuentan con adecuada solución legislativa. Es decir: se otorga al magistrado un poder creativo que en último término valoriza el compromiso constitucional de la jurisdicción, y ello aunque no exista previsión legal que lo autorice a la respectiva actuación.

En tanto, el garantismo procesal defiende una mayor valorización de la categoría fundamental proceso, y consecuentemente de la cláusula constitucional del *due process*, de modo de valorizar la amplia defensa, el contradictorio y la imparcialidad del juez, como los pilares de legitimación de la decisión

⁴ Los sistemas: *inquisitivo* y *dispositivo* también son identificados por la doctrina como sistema *publicístico* y sistema *privatístico*, respectivamente. En ese sentido, inclusive advirtiendo que ningún sistema es “químicamente puro en el plano normativo”, MONROY GÁLVEZ, Juan (2007). *Teoría general de proceso*. Lima: Palestra Editores, pp. 155-160.

⁵ TARUFFO, Michele (2008). *El proceso civil adversarial en la experiencia americana – el modelo americano de los procesos de connotación dispositiva*. Bogotá: Editorial Temis, pp. 237-275.

jurisdiccional a ser dispuesta. Para el activismo, el juez debe actuar de manera de resolver problemas en el curso del proceso, y ello independientemente de la diligencia de la parte en postular por las respectivas soluciones, exista o no autorización legislativa para la actuación del juez.

Para el garantismo, el proceso es un método en el cual el resultado dependerá del efectivo debate entre las partes y de su diligencia en la realización de las correspondientes actividades. Los garantistas buscan aplicar las bases dogmáticas del garantismo de Luigi Ferrajoli al derecho procesal penal⁶, y como afirma Alvarado Velloso, la utilización del sustantivo garantista para denominar esa corriente de pensamiento fue inspirada, de hecho, en el garantismo del que habla el profesor italiano⁷.

Teniendo en cuenta – al menos así me parece – que NO es posible aislar las posturas activistas y garantistas de forma maniqueísta⁸, es de fundamental importancia la conjugación de los respectivos valores para que las manifestaciones del juez en sede de procedimiento probatorio lo sean de acuerdo con el poder que le es propio (=jurisdicción) y con la garantía de que ese poder será ejercido dentro de criterios democráticos previamente establecidos (debido proceso legal).

Cada vez, hay más autores que piensan que la investidura del juez en el sentido de determinar cierto medio de prueba de oficio, aunque que técnicamente

⁶ Cfr. FERRAJOLI, Luigi (2005). *Derecho y razón - Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editora Trotta.

⁷ ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2008). “El garantismo procesal”. En: *Activismo y garantismo procesal*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, p. 145.

⁸ ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2009). *Sistema procesal – garantía de la libertad*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009, pp. 191-197; BENABENTOS, Omar (2001). *Teoría unitaria del derecho procesal*. Rosario: Editorial Juris, p. 90.

posible para que el Poder Judicial cumpla su misión constitucional de bien juzgar, debe estar acompañada por la garantía, dirigida a las partes, de que el juez que actuó de esa manera se aparte – también de oficio – para que la sentencia a ser dictada lo sea por otro juez funcionalmente imparcial. Es por eso que consideramos que el procedimiento judicial funcionalmente escalonado – como lo llamamos antes – sería una alternativa a ser pensada. En ese sentido, el juez que dirigiese la instrucción, y eventualmente dispusiera una prueba de oficio, NO podría dictar la sentencia sobre el *meritum causae*.

Con la técnica del procedimiento escalonado el sistema de enjuiciamiento podría ofrecer al justiciable la garantía concreta de que el juez que dispuso la prueba de oficio, o incluso aquél que haya dispuesto una tutela de urgencia, no sería el mismo que dictaría la sentencia definitiva para resolver el litigio. En otras palabras, el juez de la sentencia sería un juez funcionalmente imparcial por no haber participado en las etapas que preceden al juzgamiento del mérito. La imparcialidad judicial, a propósito, está garantizada en las más diversas Constituciones contemporáneas y en las reglas generales del derecho internacional (Pacto de San José de Costa Rica, por ejemplo).

Por otro lado, nuestro sistema procesal penal ha experimentado una suerte de transmutación orgánica de algunas de sus instituciones jurídicas y la pervivencia de otras, sometiendo a ostracismo viejos rituales inquisitoriales y fecundando el germen de un sistema acusatorio, el mismo que está imbuido de caracteres garantistas, propugnadores de la adversarialidad; definiendo in extenso los roles de cada uno de los sujetos procesales, sin dejar de lado la taxatividad en cuanto a la

regulación de sus facultades e incorporando in abstracto nuevos esquemas de procedurismo, sin perder de vista el desarrollo de una metódica normatividad imbricada de valores y principios protectores de quienes resultan ser perjudicados (agraviados o víctimas) en sus bienes jurídicos; y de aquellos, que la sociedad y el Estado los sindican como generadores de dicho perjuicio o lesión.

Ya en su momento el colombiano Mauricio Pava Lugo, nos decía que un sistema penal acusatorio se erige como un modelo de procesamiento criminal en donde la igualdad de armas entre la acusación y la defensa constituye fundamento sustancial de su estructura y efectividad, bajo el concepto de que ser “adversarial” o de “partes” logrará que tanto la acusación como la defensa se presenten en igualdad de condiciones ante un juez-árbitro que final y rápidamente dirimirá el conflicto, inclinándose por aquella parte que mejor hubiese argumentado y construido su caso, no siendo más que una utopía al persistir una tan enorme distancia entre la “teoría jurídica” y la práctica judicial⁹; con dichas palabras dotadas de criticidad, dadas por el profesor colombiano, surcamos el derrotero de los alcances del sistema procesal acusatorio, el mismo que está cobrando vigencia en todo el territorio de la república del Perú, y ello, dada la implementación progresiva de este nuevo Código Procesal Penal del 2004; constituyendo una excepción a tal modelo, la actuación de pruebas oficio, cual es el tópico que será materia del presente estudio.

⁹ PAVA LUGO, Mauricio (2009). *La defensa en el sistema acusatorio*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, p. 9.

En tal dirección, nuestro Código Procesal Penal (CPP) rompiendo las cadenas aherrojantes de un solipsismo inquisitorial superado, apertura las puertas hacia una “visión” acusatoria garantista, trayendo consigo aparejado cambios radicales en la forma y modo de realizar el proceso. Siendo que un tema trascendental y generador de disímiles posiciones, es el relativo a la prueba de oficio dentro de la estructura basal del Código Procesal Penal, posiciones que parten desde una crítica a la labor del juez al facultársele la actuación de pruebas oficiosas, las cuales trastocarían la esencia ontológica del nuevo modelo procesal; y otros, que propugnan su permisión y vigencia, al dotar al proceso penal de mayores luces que permitan acrisolar la óptica judicial y con ello el mejor resolver de las causas sometidas a su conocimiento.

En ese sentido, el trabajo de investigación se encuentra estructurado, de la siguiente manera:

El marco teórico, que comprende el estudio de los antecedentes de la investigación y las bases teóricas jurídicas que justifican nuestro problema de investigación y por otro lado dan sustento al trabajo de investigación en general. Se han desarrollado los fundamentos teóricos doctrinales sobre la prueba, el proceso penal, el debido proceso, legitimidad de las pruebas, Estado Constitucional, garantismo procesal.

Asimismo, **la metodología**, que involucra: el tipo y diseño de investigación, el plan de recolección de la información y/o diseño estadístico, instrumentos de recolección de la información, y el plan de procesamiento y análisis de la información y datos obtenidos en el trabajo de campo, como son el análisis de las

resoluciones judiciales. Seguidamente, **los resultados**, en donde a fin de conocer la opinión de los operadores jurídicos y abogados se aplicó una encuesta con la finalidad de conocer sus punto de vista respecto al problema de investigación planteado, y de esa forma determinar los problemas tanto a nivel empírico como dogmático.

Luego se procedió a **la discusión**, que consistió en determinar, a través de una apreciación crítica, si las bases teóricas, concuerdan o no con la realidad o aspecto práctico; es decir si la teoría está o no funcionando convenientemente. Se incluye, finalmente, las **conclusiones** al que se han arribado en el proceso de la presente investigación, las **recomendaciones** del caso, y las **referencias bibliográficas** citadas y consultadas en el proceso de investigación.

Finalmente en este apartado se incluyen algunos elementos de la parte metodológica, como los objetivos de investigación, tanto a nivel general como específicos; así mismo se incluyen la hipótesis de investigación que sirvió de guía y orientación en la investigación y las variables que permitieron recolectar una serie de datos tanto teóricos como empíricos, los mismos que fueron utilizados en el proceso de contrastación de las hipótesis planteadas; siendo formulados de la siguiente forma:

1.1. Objetivos

Objetivo general

Analizar si la prueba judicial dispuesta de oficio guarda compatibilidad constitucional con el principio del debido proceso legal y sus derivados, en

especial la imparcialidad y la imparcialidad que debe orientar la actuación del juez en el curso del proceso en el marco de un Estado Constitucional.

Objetivos específicos

- a) Determinar los alcances y limitaciones a la prueba de oficio en el marco de los paradigmas activistas y garantistas del derecho penal.
- b) Explicar los fundamentos jurídicos para establecer que la prueba de oficio vulnera el debido proceso y es incompatible con el modelo garantista que inspira al código Procesal Penal.
- c) Establecer si el juez permanece con su imparcialidad absolutamente inamovible cuando dispone la prueba de oficio, realizando, por lo tanto, actividad que sería propia de la parte, y, en la secuencia, dicta sentencia con base en la prueba por él dispuesta.
- d) Explicar hasta qué punto priman los derechos fundamentales de stirpe individual–justiciable frente a los llamados derechos fundamentales de carácter social y de la justicia misma como valor, al implementarse la prueba de oficio en el proceso penal.

1.2. Formulación de hipótesis

El hecho de que el juez pueda llegar a ostentar, en un momento determinado, un cierto poder de discrecionalidad que le permita disponer de oficio de algunas pruebas dentro del proceso del que conoce y que no hayan sido inducidas por las partes, necesariamente implica que el tipo de sistema procesal se lo permita y de esa forma degenera peligrosamente el sistema; por

ello acentuar el papel del juez en los diversos procedimientos de los que debe conocer no resulta conveniente por vulnerar el debido proceso, especialmente en sus manifestaciones de imparcialidad e imparcialidad, el mismo que generaría un trauma o déficit para el sistema democrático–garantista.

1.3. Variables

- **Variable Independiente:** Prueba de Oficio
- **Variable Dependiente:** Debido proceso.
- **Variable interviniente:** Teoría garantista

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Revisado las tesis sustentadas en la EPG–UNASAM y de otras universidades de nuestra región; no se ha podido encontrar algún trabajo de investigación similar o parecida a la presente por lo que podemos manifestar que la presente investigación será un aporte al entendimiento de la problemática jurídica de la prueba de oficio en el nuevo código procesal penal peruano.

En la busque de antecedentes internacionales se ha podido encontrar los siguientes trabajos: Janeth Alicia Casanova Escobar: “La prueba de oficio en el procedimiento penal en Colombia” Fundación Universitaria Católica del Norte - Posgrado virtual derecho probatorio penal. Tuquerres – Colombia. Cuyo resumen plantea que la prueba de oficio está proscrita de acuerdo al art. 361 de la ley 906 de 2004, especialmente en la etapa del juicio, ello puede constituir un avance en el desarrollo de la filosofía del sistema penal con tendencia acusatorio, como quiera que el sistema es adversarial, y si el juez interviene decretando pruebas, implicaría un desequilibrio de las partes, por ello se puede afirmar que la permisión en la etapa preliminar es un retroceso, en tanto en otros países, y muchos doctrinantes consideran, que este poder-límite, debe circunscribirse a la filosofía del sistema acusatorio. Por otro lado, existen publicaciones tanto a nivel de libros como de revistas especializadas que abordan sobre nuestro problema de investigación y los que nos proporcionaran la información necesaria para poder explicarlo en sus diversas manifestaciones, pero que no constituyen antecedentes de la investigación, sino son referente para nuestro marco teórico.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. La prueba de oficio en los sistemas procesales penales

La prueba de oficio ha tenido presencia a través de la historia, en los diferentes modelos o paradigmas procesales, con características y principios propios, así, el maestro Adolfo Alvarado Velloso¹⁰, nos explica, refiriéndose al sistema inquisitivo o inquisitorial, que éste es un método de enjuiciamiento unilateral mediante el cual la propia autoridad –actuando como pretendiente o parte– se coloca en el papel de investigador, de acusador y de juzgador; además que dicho Juez que se encarga de la perquisición, también ostenta la función de pesquisa en la búsqueda de la prueba, discriminando aquellas que le puedan resultar aceptables para lograr el convencimiento de la rectitud de su acusación y, así, poder dormir en paz sin sufrir el peso de un cargo de conciencia por eventuales injusticias cometidas (cuando hay parte interesada también en la producción de alguna prueba, la actividad se cumple igual mediante el ejercicio de las denominadas medidas para mejor resolver), culmina el jurista, sosteniendo que el mismo Juez –que primero investigó, luego imputó y después probó la imputación– es quien ahora juzga.

En otra arista, el sistema acusatorio pone al Juez en la posición de garante de la legitimidad de la prueba y evaluador de la misma; es decir que no participa de las otras fases de la actividad probatoria, como la búsqueda y recolección de medios de prueba¹¹, remembrándose que en dicho modelo es rasgo típico que la acción, la

¹⁰ ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2004). *Debido proceso versus pruebas de oficio*. Bogotá: Editorial Juris, p. 85.

¹¹ CHOCANO NÚÑEZ, Percy (2008). *Derecho probatorio y derechos humanos*. Lima: Idemsa Editores, p. 567.

jurisdicción y la defensa se distingan con precisión en la ley, la que atribuye cada poder a un órgano diferente; acusador (público o privado), juez (técnico) e imputado y su defensor (de confianza u oficial), dándosele al imputado la calidad de sujeto procesal. En éste arquetipo procesal, la prueba es adquirida y aportada únicamente por las partes, despojándose al iudex, de la actuación de pruebas de oficio.

Posteriormente, surge como consecuencia de la amalgama de los dos sistemas anteriores, un tercero, denominado Mixto; el cual se caracteriza en rasgos generales, por la división del proceso en una fase instructoria y otra de juicio (sumario y plenario), con predominio inquisitivo para la primera y acusatorio para la segunda; siendo los matices muy variados en consideración al concepto que se tenga de la necesidad de tutelar el interés privado o el público.

Sobre este sistema, debe aclararse que tanto el acusatorio como el inquisitivo son inconcusa y absolutamente antagónicos y que, por razones obvias, no puede hablarse seriamente de una suerte de convivencia entre ellos, aunque resulte aceptable que puedan alternarse en el tiempo conforme a distintas filosofías políticas imperantes en un lugar dado¹².

Ya en su tiempo el valetudinario Código de Procedimientos Penales Peruano de 1940 (que adoptaba el Sistema Procesal Mixto), el Juez Penal se encontraba facultado para sustituir las deficiencias en la aportación de pruebas por parte del Ministerio Público, a tal punto que permitía la actuación de prueba de oficio, tal situación se debía a que el mencionado Codex se inspiraba en un modelo penal

¹² ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Ob. Cit., p. 161.

netamente inquisitivo (en la etapa de instrucción); en cambio, en un proceso penal de corte acusatorio puro, el Juez está prohibido de decretar pruebas de oficio, en razón a que estas deben ser solicitadas por el acusador, en el orden que mejor convenga para probar su teoría del caso, o por el defensor, dentro de su estrategia de defensa.

Por su parte nuestro novísimo sistema procesal penal de tendencia acusatorio garantista, preconiza en su artículo 385º, que el Juez Penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si in itinere del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la “verdad”; de ello se infiere que nuestro vigente Código Procesal Penal, tiene inserto dentro de su normatividad, rasgos inquisitorios, al facultar al Juez Penal, disponer la actuación de pruebas de oficio, so pretexto de su indispensabilidad o utilidad para el esclarecimiento de la tan anhelada y escasa, verdad.

Como un destello en nuestro análisis, indiquemos rápidamente lo que el maestro Montero Aroca, nos expresa sobre la actuación oficiosa de la prueba, indicando que el objeto del proceso penal ha de ser determinado por los acusadores, siendo lo concreto que éstos sean los que deban fijar los hechos de que se acusa a una persona determinada, de modo que el órgano judicial que ha de dictar sentencia no puede convertirse en investigador, en el sentido de que no podrá salir a buscar

hechos distintos de los que son objeto de la acusación, pues ello comportaría su conversión en acusador¹³.

De los aspectos glosados hasta aquí, se puede otear, que en el decurso de la historia y de los sistemas procesales adoptados, siempre ha estado presente el tema probático, con características muy particulares en cada de uno de ellos, resaltándose el sistema acusatorio “puro”, como aquel en donde efectivamente la actividad probatoria se encontraba en manos de las partes ‘exclusivamente’, confinando la actividad del Juez únicamente en la dirección y arbitraje de las causas, es decir en éste sistema la prueba de oficio se encontraba proscrita desde todo punto de vista.

Realidad diferente, es la acaecida en los sistemas inquisitivo y mixto, en donde la prueba de oficio estaba presente, quizás en mayor o menor grado (entiéndase que en el inquisitivo la prueba de oficio era la generalidad en la forma de la adquisición de la prueba).

Por último, en el sistema procesal de tendencia acusatorio garantista imperante en la actualidad para nuestra república, la prueba de oficio se encuentra presente para casos excepcionales y regulados en la norma adjetiva penal, ello en atención a lo expresado por el propio Código Procesal Penal (artículos 155.3 y 385); a este respecto debe añadirse –con intención clarificante–, lo que el maestro Julio Maier¹⁴, nos dice respecto a los sistemas procesales, indicando que hablar de un sistema procesal “puro”, llámese por ejemplo, acusatorio, y con todas las

¹³ MONTERO AROCA, Juan (1999). *Introducción al derecho jurisdiccional peruano*. Lima: Emmarce, p. 281.

¹⁴ MAIER, Julio (1996). *Derecho procesal penal. Fundamentos*. T. I. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 257.

implicaciones que se generan (verbigracia, en materia probática), no se puede prudentemente predicar, debido a que, por un lado, se reconocen las herencias que van de un sistema a otro, y por otro, en concreto el sistema acusatorio puro no puede existir pues se basa en una forma de democracia imposible de ejercer hoy: la democracia directa¹⁵, en tal sentido no se puede afirmar que nuestro modelo procesal penal, es uno de tipo “puro”, sino únicamente de una “tendencia”, ergo, estamos frente a un sistema procesal penal con tendencia acusatorio – garantista.

2.2.2. Definición de prueba de oficio

Antes de incoar este respecto, debemos previamente como exigencia estructural de desarrollo, alcanzar algunas ideas respecto a la prueba, trayendo para ello a colación las palabras del jurista Alcalá Zamora y Castillo, quien nos dice que la prueba se suele definir como “el conjunto de actividades destinadas a obtener el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión del litigio sometido a proceso”¹⁶.

Reforzando la idea, la prueba es entendida también como aquellas circunstancias sometidas a los sentidos del juez y las cuales ponen de manifiesto el contenido del juicio; en otros términos, las pruebas vienen a ser los atestados de personas o de cosas acerca de la existencia de un hecho¹⁷. De dichas nociones, podemos sostener que la prueba consiste en aquella actividad que tiende a la

¹⁵ IBÁÑEZ GUZMAN, Augusto. Citado por BENAVENTE CHORRES, Hesbert et al (2007). “Las pruebas de oficio en un modelo con tendencia acusatorio-adversarial”. En: *Actualidad Jurídica*, N° 168, Gaceta Jurídica, p. 126.

¹⁶ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (2008). *Derecho procesal penal*. T. III. México: UNAM, p. 17.

¹⁷ ELERO, Pietro (1994). *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*. Buenos Aires: Librería El Foro, p. 74.

acreditación de circunstancias, hechos, realidades, con el objeto de demostrar la verdad, su existencia o contenido; y que permiten adoptar una decisión legal por parte del ente juzgador.

Ya vistas algunas nociones básicas de la prueba, definamos ahora que se entiende por prueba de oficio, circunvalándonos en nuestra realidad procesal penal, señalando que son aquellas cuya actuación se realiza por iniciativa y disposición del juez individual o del colegiado y cuando se requieran mayores esclarecimientos luego del periodo probatorio regular¹⁸.

Como tal, las pruebas de oficio son aquellas actuaciones realizadas por parte del Juez, quien al encontrarse ante un acopio de pruebas deficiente, al advertir además que resulta necesario incorporar otros medios de prueba no ofrecidos por las partes, pero que resultan fundamentales para la resolución de un caso, que ordena su incorporación y actuación en el proceso penal.

Hasta aquí, se ha esbozado algunas ideas entorno a la prueba en general y a la prueba de oficio, en particular; empero, *in limine* se ha señalado que nuestro sistema procesal penal, ha adoptado la tendencia acusatorio–garantista, con lo cual, el tema de la prueba de oficio, no debe entenderse como la implicancia en la búsqueda de la verdad a cualquier medio, dado a que el sistema adversarial es el medio adoptado, y el rol del Juez de dicho sistema es mantener el balance entre las partes en contienda, sin tomar él mismo parte en su disputa. No es un rol inquisitivo

¹⁸ ANGULO ARANA, Pedro (2008). “Las pruebas de oficio en el nuevo código procesal penal”. En: *Actualidad Jurídica*, N° 175, Gaceta Jurídica, pp. 154-155.

mediante el cual trata de remediar las deficiencias del caso presentado por cada lado.

En efecto, el juzgador, no podrá participar de la actividad probatoria, ora asumiendo las funciones del persecutor, ora asumiendo la defensa del imputado¹⁹. Del relato doctrinario precedente, se advierte que en la doctrina, la adopción de pruebas de oficio, es un tema muy discutido, y sobre todo, cuando en las realidades nacionales de cada país, las normas regulatorias del proceso penal, consienten en sus preceptos, la actuación de dichas pruebas, pese a que el modelo adoptado por ellas, su inspiración y principios que se subyacen, lo destierran.

2.2.3. Nuestra realidad procesal penal y la prueba de oficio

Nuestro código procesal penal, estatuye como norma rectora y principio basilar, que la aportación de la prueba se efectúa por las partes, tanto a requerimiento del Ministerio Público como de los demás sujetos conformantes del proceso. Empero, el artículo 155 inciso 03 del cuerpo normativo aludido, señala meridianamente que la ley establecerá por excepción, los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio, siendo así, el artículo 385 inciso 02 del CPP, establece que el Juez Penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer –de oficio o pedido de parte–, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad; advirtiéndole al Juez que deberá

¹⁹ GUARIGLIA, Fabricio (2005). “Rompiendo paradigmas, la investigación penal preparatoria en el código procesal penal de la provincia de Chubut”. En: *Estudios sobre Justicia Penal – Homenaje al profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, p. 325.

cuidar con dicha actuación, la labor propia de las partes –aportación de medios de prueba–.

Sobre la excepcionalidad a que hace alusión la ley procesal, ésta debió haber sido complementada con el principio de necesidad para el fundamento decisorio; es decir, la prueba de oficio debió ser entendida como necesaria cuando implique la posibilidad de que el Juez cambie su decisión²⁰, en razón además que una de las finalidades primordiales del proceso penal, es el descubrimiento de la verdad (artículo 385 inciso 2), comprendiéndose que, en ocasiones, la persecución de dicha finalidad puede exigir que la actividad probatoria de parte sea completada por la práctica de ciertos medios de prueba ordenados de oficio²¹.

Con dicho argumento vemos que la prueba de oficio, interviene en el proceso penal como una especie de agente coadyuvante, para que el Juez, en aras de la obtención de la verdad, pueda ordenar su actuación, y tras ello, clarificar la decisión a adoptar.

No puede dejarse lado, que existen detractores a ultranza, respecto a la actuación de la prueba de oficio, tal es la opinión de Teresa Armenta Deu, quien en un tono ignominioso, pero académico, nos dice que la autorización de aplicación de la prueba de oficio, conspira el esquema acusatorio en tanto desquicia, más allá de

²⁰ GACETA PENAL (2009). *Juicio oral. Lo nuevo del código procesal penal de 2004*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 143-144.

²¹ TALAVERA ELGUERA, Pablo (2009). *La prueba en el nuevo proceso penal*. Lima: Academia de la Magistratura, p. 51.

lo tolerable, uno de sus presupuestos esenciales, su columna vertebral: la separación funcional entre las labores de investigación y los actos de juzgamiento²².

Volviendo a nuestra realidad fáctica-jurídica, el artículo 385 del vigente Estatuto Procesal Penal, señala las circunstancias en las cuales es permisible – facultad– del Juez actuar pruebas de oficio, señalando que si para conocer los hechos, siempre que sea posible, que no se haya realizado diligencias en la investigación preparatoria o éstas resultaran manifiestamente insuficientes, el Juez Penal, de oficio o a pedido de parte, previo debate de los intervinientes, ordenará la realización de una inspección o de una reconstrucción, disponiendo las medidas necesarias para llevarlas a cabo.

Con dicha connotación normativa, lo que se busca es que el Juez conozca lo más exactamente posible los hechos que se han sucedido, en razón a que al tener mayor conocimiento de los hechos, será factor determinante para esclarecer la responsabilidad o la inocencia del inculcado; no dejándose de lado que dicho precepto persigue también el acercamiento a lo sumo, respecto a la verdad de lo acaecido, sirviendo al Juez para efectos de su pronunciamiento final –plasmado en la sentencia–.

La norma in comento establece que la disposición de actuaciones de oficio, debe ser viable, o en término de la *lex*, ser posible, significando que tras un examen acucioso y concienzudo por parte del juzgador, éste deberá concluir acerca de su

²² ARMENTA DEU, Teresa (2003). *Principio acusatorio y derecho penal*. Barcelona: Editorial Bosh, p. 44.

posibilidad, y más aún que con dicha actuación se generen elementos de convicción que le permitan un mejor resolver.

De otro lado dicha norma también refiere, acerca de las diligencias que no se han realizado en la investigación preparatoria o que si éstas resultaran manifiestamente insuficientes; en tal supuesto la *mens legislatoris*, ha pretendido incrustar en el aludido apotegma normativo, la práctica de actuaciones de oficio, cuando en el decurso de la investigación preparatoria, no se han llevado a cabo diligencias necesarias para el esclarecimiento real de los hechos incriminados, y además que dichas diligencias no realizadas, aún pueden efectivizarse.

En contrario, si se han realizado, pero éstas fueron defectuosas e insuficientes, el Juez también se encuentra habilitado para disponer su actuación; sobre este punto, el maestro Pablo Talavera Elguera, nos dice que la insuficiencia de la diligencia, se enmarca en tanto no ofrece como información lo que se hubiera esperado o el dato decisivo y relevante, útil para materializar el pronunciamiento de fondo, siendo tal razón la que habilita que nuevamente se actúe²³.

El mismo artículo 385 inciso 1, señala taxativamente cuales son las dos diligencias que puede realizar el Juez, la inspección y la reconstrucción, entendiéndose por la primera, aquella que tiene por finalidad comprobar las huellas y otros efectos materiales que el delito haya dejado en los lugares y cosas o en las personas (artículo 192 inciso 2 del CPP); y la segunda, tiene por objeto verificar si

²³ TALAVERA ELGUERA, Pablo (2004). *Comentario al nuevo código procesal penal*. Lima: Editorial Grijley, p. 81.

el delito se efectuó, o pudo acontecer, de acuerdo con las declaraciones y demás pruebas actuadas, conforme lo señala el artículo 192 inciso 3.

Prosiguiendo con el discurrimento, el referenciado artículo en su inciso dos, aborda los medios probatorios nuevos, facultando al Juez Penal para disponer de oficio la actuación de aquellos, no señalándose ni excluyéndose a cuales se refiere, por lo que debe de entenderse que son todos aquellos medios probatorios regulados y admitidos por el Código Procesal Penal (exempli gratia: la confesión, el testimonio, la pericia, el careo, la prueba documental, el reconocimiento, entre otros), imponiéndose como requisito que éstos, sean indispensables y manifiestamente útiles para el esclarecimiento de la verdad. Por último, la norma inserta un coto a la actuación judicial de oficio, al prescribir que el Juez Penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes, dicho supuesto debe enfocarse a que el Juez no debe desarrollar actuaciones, que cuantitativamente, pudieran dar la impresión de que se sustituye a cualquiera de las partes (cantidad de medios de prueba) o que psicológicamente este subjetivado²⁴, debiendo interpretarse este extremo, con una recta epiqueya y adecuada sindéresis por parte del juzgador.

En un sentido transfronterizo, conviene en este estado de la cuestión, traer la experiencia española respecto a los tipos de actuación que puede el Juez de Oficio ordenar, empleando para ello la opinión dada por Gisbert Gisbert, en donde pone de relieve la actuación probatoria del órgano jurisdiccional señalando que éste puede considerar dos tipos; en primer lugar, como participación en la prueba

²⁴ ANGULO ARANA, Pedro. Ob. Cit., pp. 156-157.

propuesta a instancia de parte (reconduciéndose a este grupo las actuaciones que tienen como finalidad la dirección de la práctica de la prueba) y, en segundo lugar, como práctica de la prueba en sentido estricto (de acuerdo a lo regulado en la norma procesal penal)²⁵.

2.2.5. Modelo Acusatorio con tendencia Adversarial en el nuevo Código Procesal Penal²⁶

El Nuevo Código Procesal Penal de 2004 se inspira en el mandato constitucional de respeto y garantía de los derechos fundamentales de la persona y busca establecer un equilibrio entre estos derechos y las facultades de persecución y sanción penal del estado a través de sus órganos competentes, ello se fundamenta en el principio de limitación del poder que tiene y debe informar a un Estado Democrático de Derecho, cuyo límite son los derechos fundamentales reconocidos en la constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos que son incorporados al derecho interno.

Entre los rasgos más esenciales del Sistema Acusatorio Adversarial que encontramos en el NCPP 2004 específicamente en el título preliminar están la gratuidad de la administración de la justicia penal; la garantía del juicio previo del cual derivan los principios de oralidad, publicidad, contradicción, doble instancia, igualdad procesal, presunción de inocencia, interdicción de la persecución penal

²⁵ GISBERT GISBERT, Antonio (1998). “La iniciativa probatoria del órgano jurisdiccional y el principio acusatorio”. En: *Revista de Derecho Procesal*, N° 03, Barcelona, p. 606.

²⁶ CONTRERAS GONZÁLEZ, María Elena (2007). “Modelo acusatorio con tendencia adversarial en el nuevo código procesal penal”. En: *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, N° 20, Lambayeque, pp. 5-12.

múltiple; la inviolabilidad de la defensa, la legitimidad de la prueba y la legalidad de las medidas limitativas de derechos.

Así también se establece para todos los delitos, sin excepción, un proceso común y se elimina el inconstitucional procedimiento sumario que es sumamente inquisitivo y que lejos de nacer como una excepción se convirtió en una regla aplicable a casi el 90% de los tipos penales.

Centrándonos en el tratamiento que hace el NCPP 2004 del juicio oral o fase de juzgamiento, notamos que establece claramente cuáles son los principios aplicables en esta etapa pero estableciendo antes que esta es la etapa principal del proceso y debe realizarse sobre la base de una acusación realizada por el órgano competente, que se debe llevar a cabo con todas las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú.

Así pues, establece que rigen en esta etapa plenamente los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción durante toda la etapa de juzgamiento y en la actuación probatoria. A su vez, establece en el desarrollo del juicio se deben observar los principios de continuidad del juzgamiento y concentración de los actos del juicio, pues la audiencia se debe desarrollar en forma continua y podrá prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión, así también será imprescindible identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor.

De esta manera también se establece como garantía de control popular que el juicio se desarrolle en forma pública lo cual representa una clave esencial del control popular y de la participación ciudadana en los procesos penales; esto trae a referencia la frase célebre de Mirabeau que dice: “Dadme como juez si queréis al peor de mis enemigos con la condición de que todas las actuaciones que deba cumplir tengan que cumplirse en público.” Así pues, la presión que ejerce el público sobre el juez al momento del juicio, especialmente en jueces profesionales o permanentes que quieren mantener su cargo, es tal que no se llegaría a este control si los juicios se realizaran a puertas cerradas.

Sin embargo, el juzgador mediante auto especialmente motivado podrá resolver, aún de oficio, que el acto oral se realice total o parcialmente en privado, en los casos expresamente establecidos como que se afecte directamente el pudor, la vida privada o la integridad física de alguno de los participantes en el juicio, o se afecte gravemente el orden público, la seguridad nacional o los intereses de la justicia (Art. 357).

Así mismo también establece que el juicio se debe realizar con la presencia ininterrumpida de los jueces, del fiscal y de las demás partes en caso contrario establece soluciones en caso de que estos se ausenten; así, si el acusado no concurre a la audiencia será conducido compulsivamente al juicio; y cuando el defensor del acusado, injustificadamente, se ausente de la audiencia o no concurra a dos sesiones consecutivas o a tres audiencias no consecutivas se dispondrá la intervención de un abogado defensor de oficio, y al ausente se le excluirá de la defensa y el abogado defensor de oficio continuará en la defensa hasta que el acusado nombre otro

defensor; cuando el Fiscal, injustificadamente, se ausente de la audiencia o no concurra a dos sesiones consecutivas o a tres sesiones no consecutivas, se le excluirá del juicio y se requerirá al Fiscal jerárquicamente superior en grado que designe a su reemplazo.

La audiencia en este proceso se realizará oralmente y se documentará en acta, tan latente estará la oralidad en el juicio que toda petición o cuestión propuesta en audiencia será argumentada oralmente, al igual que la recepción de las pruebas y, en general, toda intervención de quienes participan en ella, pues está prohibido dar lectura a escritos presentados con tal fin, salvo quienes no puedan hablar o no lo supieren hacer en el idioma castellano, en cuyo caso intervendrán por escrito, salvo que lo hagan por medio de intérprete. En ese sentido también las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente y se entenderán notificadas desde el momento de su pronunciamiento, debiendo constar su registro en el acta.

En el desarrollo del Juicio el Fiscal expondrá resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y fueron admitidas. Posteriormente, lo harán los abogados del actor civil y del tercero civil exponiendo concisamente sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas y finalmente, intervendrá el defensor del acusado y expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas y cuando ya estén culminados los alegatos preliminares, el Juez informará al acusado de sus derechos y le indicará que es libre de manifestarse sobre la acusación o de no declarar sobre los hechos. Así pues el acusado en cualquier estado del juicio podrá

solicitar ser oído, con el fin de ampliar, aclarar o complementar sus afirmaciones o declarar si anteriormente se hubiera abstenido.

El Juez, después de haber instruido de sus derechos al acusado, le preguntará si admite ser autor o partícipe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil. Si el acusado, previa consulta con su abogado defensor, responde afirmativamente, el Juez declarará la conclusión del juicio; y en caso acepte los hechos objeto de acusación del Fiscal pero se mantiene un cuestionamiento sobre la pena y/o la reparación civil, el Juez previo traslado a todas las partes, establecerá debate solo sobre ese extremo.

En cambio si la respuesta es negativa el juez dispondrá la continuación del juicio y en ese sentido la actuación de las pruebas admitidas en la etapa intermedia y, solo excepcionalmente, podrá disponer de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad.

Esto debido a que en el proceso penal acusatorio, los resultados de las diligencias de investigación realizadas durante la fase preparatoria no constituyen prueba para condenar, ni pueden ser valoradas directamente en la sentencia definitiva, pero esto no quiere decir que los resultados de las diligencias y los actos de investigación carezcan de valor sino que estos tienen como fin sustentar la acusación que dará paso al juicio oral.

Así la función de la prueba en un proceso judicial es precisamente procurar certeza de tales hechos sobre los cuales se debe pronunciar, la función de la prueba

tiene también dos aspectos, un aspecto positivo que se refiere a la comprobación de la certeza de los hechos alegados por cada parte o por su contra parte, y en un aspecto negativo consiste en la refutación de los hechos alegados por las partes, en el proceso penal la prueba de refutación o la contraprueba es una posibilidad abierta a todo lo largo del proceso.

Bajo ese contexto y la premisa que frente al delito el Estado, en ejercicio de su *ius puniendi*, debía establecer el marco legal de sanción, así como, los aparatos de persecución, imposición y ejecución de sanciones, se determinó que el Juez tenga todas las facultades para el logro de tales cometidos.

Por tal razón, el Juez penal se le dotó de facultades de investigación, actividad probatoria y de fallo. Sin embargo, el centralismo de la dinámica de todos los casos penales en lo que puede hacer el juez ha originado una serie de disfuncionalidades: a) lentitud en la resolución de los procesos penales; b) instrucciones deficientes; c) insuficiente argumentación en los fallos; etc.

Sin embargo, el cambio de paradigma al acusatorio con tendencia adversarial implica el ver al delito como un conflicto de intereses; en efecto, al hablar de delito debemos de pensar que detrás de ello hay una víctima y un responsable; y ambos, persiguen intereses que esperan ser amparados por la justicia penal.

Así, la víctima tiene los siguientes intereses: a) que se imponga una sanción al responsable del delito (pretensión punitiva, la cual, será llevada por el Ministerio Público al órgano jurisdiccional a través del proceso penal); y b) que se reparen los daños y perjuicios que ha sufrido (pretensión resarcitoria, que la puede sustentar

directamente en el proceso penal si se constituye en actor civil). Por su lado, el presunto responsable tiene como interés: la declaratoria de su inocencia de los cargos que se le han formulado en su contra, o al menos, recibir una sanción atenuada.

Frente a esta lucha de intereses, son, valga la redundancia, los interesados los llamados a impregnar del dinamismo necesario, a fin que el órgano jurisdiccional falle a favor de alguno de ellos. Si lo afirmado lo trasladamos a sede de proceso penal son, entonces, las partes los llamados a impregnar de dinamismo la actividad procesal: investigadora y de probanza, tendiente al amparo de sus intereses o pretensiones. Ya no sería el Juez el centro del proceso, sino las partes. El Juez sólo tendría que, por un lado, controlar el respeto de las garantías procesales y la observancia de los derechos constitucionales,² y por otro lado, formular adecuados y fundados juicios de valoración y decisión de las pretensiones que ante él se han presentado, expuesto, debatido y concluido.

Sin embargo, la actividad y dinamismo que impregnen las partes en el proceso penal debe canalizarse en las imputaciones o cargos que el Ministerio Público formule en su acusación, caso contrario, el proceso penal caería en un desorden procesal en donde cada parte apuntaría a diferentes blancos. La necesidad de la acusación fiscal es tal, que sin ella no habría la necesidad de continuar con un proceso penal. Esta es la exigencia que trae el *acusatorio* y, que a su vez, exige que el Ministerio Público sea el director de las investigaciones, por la sencilla razón que investigar y acusar son las dos caras de la misma moneda: Se investiga para saber si se acusará, y se acusa de lo que se ha investigado.

Por otro lado, el dotar de esa importancia a la Fiscalía no significa el minimizar la labor de la defensa, al contrario, en aras de la igualdad procesal (o de armas) los medios de investigación y de probanza que la ley flanquea a la fiscalía lo debe también ejercer la defensa. Ambos deben tener los mismos derechos procesales para alcanzar las fuentes de información, procesarla, analizarla e integrarla en interés a su teoría del caso que presentará ante el órgano jurisdiccional.

Para ello, ambas partes deben entender que son *adversarios*, contrincantes, rivales, en el proceso penal, y que deben desplegar su mayor esfuerzo en aras de sus intereses procesales. Si esto así ocurre, el debate que se dará en el juicio oral estará enriquecido de contenido e información que facilitará una adecuada decisión por parte del juzgador.

Todo lo señalado dota de sentido al modelo acusatorio – adversarial. Sin embargo, debemos afirmar que, en el caso peruano, no está ante un adversarial puro, sino uno con tendencia, rasgos u orientación a lo adversarial, porque del nuevo Código Procesal Penal (NCPP), porque aún se mantiene, por excepción, la prueba de oficio (art. 155.3 NCPP), como el interrogatorio que el magistrado puede realizar al acusado, testigos o peritos durante el juicio oral (art. 375.4 NCPP).

2.3. Definición de términos²⁷

- **Código Procesal Penal.-** Conjunto adjetivas penales o jurídicas—procesal—penales, destinadas a regular el inicio, desarrollo y culminación de un proceso penal. En síntesis, es el conjunto de normas jurídicas que regulan el desarrollo del proceso penal.
- **Debido proceso penal.-** El Debido proceso penal es el conjunto de etapas formales secuenciadas e imprescindibles realizadas dentro un proceso penal por los sujetos procesales cumpliendo los requisitos prescritos en la Constitución con el objetivo de que: los derechos subjetivos de la parte denunciada, acusada, imputada, procesada y, eventualmente, sentenciada no corran el riesgo de ser desconocidos; y también obtener de los órganos judiciales un proceso justo, pronto y transparente
- **Debido proceso.-** El debido proceso es un principio jurídico procesal o sustantivo según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitirle tener oportunidad de ser oído y a hacer valer sus pretensiones legítimas frente al juez.
- **Derechos fundamentales.-** Son aquellos derechos humanos garantizados con rango constitucional que se consideran como esenciales en el sistema político que la Constitución funda y que están especialmente vinculados a la dignidad de la persona humana.

²⁷ Cfr.: CABANELLAS DE TORRE, Guillermo (2007). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 30ª. Ed. Buenos Aires: Heliasta; FLORES POLO, Pedro (2002). *Diccionario Jurídico Fundamental*. Lima: Editorial Grijley; LUJAN TÚPEZ, Manuel (2013). *Diccionario Penal y Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica.

- **Ordenamiento Jurídico.-** Conjunto de normas jurídicas que rigen en un lugar determinado en una época concreta y que están estructuradas en base al principio de jerarquía normativa. En el caso de los Estados democráticos, la Constitución Política constituye la base del ordenamiento jurídico.
- **Principio de legalidad.-** Principio fundamental del Derecho público conforme al cual todo ejercicio del poder público debería estar sometido a la voluntad de la ley de su jurisdicción y no a la voluntad de los hombres.
- **Principio de proporcionalidad.-** Principio exige un equilibrio entre los fines perseguidos y los medios utilizados, es decir la correspondencia que debe existir entre la medida adoptada y los hechos fácticos.
- **Prueba de oficio.-** La prueba de oficio constituye una herramienta auxiliar del juzgador, instituida por el derecho procesal moderno, para practicar aquellas diligencias que considere necesarias, por motivaciones de orden público, para el mejor esclarecimiento de los hechos, antes de resolver un asunto sometido a su conocimiento.
- **Prueba.-** La palabra “prueba” corresponde a la acción de probar. A su vez, la expresión “probar” deriva del latín “probare” que, en el significado forense se refiere a justificar la veracidad de los hechos en que se funda un derecho de alguna de las partes en un proceso.

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y diseño de investigación

3.1.1. Tipo de investigación

Corresponde a una Teórica, desde el punto de vista de la investigación jurídica denominada Investigación Dogmática, cuya finalidad fue ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado.

3.1.2 Tipo de diseño

Corresponde a la denominada No Experimental, debido a que carece de manipulación intencional de la variable independiente, además no posee grupo de control ni experimental; su finalidad fue estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.

3.1.3. Diseño General

Se empleó el diseño Transversal, toda vez que se realizó el estudio del hecho jurídico en un momento determinado de tiempo, es decir, está delimitado temporalmente para el periodo 2011.

3.1.3.1. Diseño específico

Se empleó el diseño Descriptivo–explicativo, toda vez que se estudió los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y poder explicar el comportamiento de las variables de estudio.

3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

A continuación, se detallan las actividades del proceso que se seguido en la construcción de un plan de información:

Proceso que incluye:

- a) Determinación de la población o sujetos de estudio
- b) Selección de la muestra
- c) Operacionalización del estudio (afín a los aspectos relacionados con los eventos del proyecto, así como todos sus procesos)
- d) Diseño del instrumento
- e) Método para procesar la información

3.2.1. Población²⁸

La delimitación de la población de la investigación fue:

- A. Universo Físico:** Estuvo constituida por el ámbito mundial y nacional.
- B. Universo Social:** La población materia de estudio se circunscribió a los juristes que han desarrollado la dogmática jurídica y a los operadores jurídicos que generaron la jurisprudencia correspondiente.
- C. Universo temporal:** El período de estudio correspondió al año 2011.

²⁸ ZELAYARAN DURAND, Mauro (2007). *Metodología de la investigación jurídica*, Ediciones Jurídicas, Lima, pp. 251- 258.

3.2.2. Muestra²⁹

- **Tipo:** No Probabilística.
- **Técnica muestral:** Intencional.
- **Marco muestral:** Doctrina, Jurisprudencia, Normatividad y operadores jurídicos.
- **Unidad de análisis:** Elementos documentales y respuestas de los operadores jurídicos.

3.2.2. Unidad de Análisis³⁰

La unidad de análisis estuvo conformada por las fuentes documentales:

Doctrina, Jurisprudencia, normatividad; y personales: operadores jurídicos.

Además, la unidad de análisis estuvo compuesta por:

- Unidad temática: Constituido por las variables de estudio
- Categorización del tema: En base a los indicadores se estableció las categorías de análisis.

²⁹ SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. Ob. Cit., pp. 169-180.

³⁰ GOMES, Romeu (2003). "Análisis de datos en la investigación". En: Investigación social. Lugar editorial, Buenos Aires, p. 55. Expresa que "La palabra categoría, se refiere en general a un concepto que abarca elementos o aspectos con características comunes o que se relacionan entre sí. Esa palabra está relacionada a la idea de clase o serie. Las categorías son empleadas para establecer clasificaciones. En este sentido trabajar con ellas implica agrupar elementos, ideas y expresiones en torno a un concepto capaz de abarcar todo", En ese sentido, las categorías son los diferentes valores, alternativas es la forma de clasificar conceptuar o codificar un término o expresión de forma clara que no se preste para confusiones a los fines de determinada investigación. En dichas alternativas serán ubicados, clasificados, cada uno de los elementos sujetos a estudio (las unidades de análisis).

- Unidad de registro: Documental en base al análisis de categorías y respuesta de los operadores jurídicos del cuestionario aplicado.

3.3. Instrumentos(s) de recolección de la información³¹.

- a) Para recoger la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la Técnica Documental, cuyos instrumentos fueron las fichas Textuales, Resumen y comentario, a través del cual se obtuvo información de la doctrina.
- b) También se empleó la técnica de Análisis de contenido, cuyo instrumento fue la ficha de análisis de contenido, con el cual se obtuvo información de la jurisprudencia.
- c) Para recoger datos empíricos, se empleó la técnica de la encuesta cuyo instrumento fue el cuestionario para el cual se elaboraron preguntas cerradas sobre el problema de investigación, la misma que se aplicó a los operadores jurídicos, el mismo que permitió elaborar los cuadros y gráficos estadísticos.
- d) Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleara el Método de la Argumentación Jurídica.

3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información

Respecto al análisis de datos y/o información empírica, se utilizó el enfoque cuantitativo para los datos empíricos, empleados la estadística descriptiva simple

³¹ ZELAYARAN DURAND, Mauro. Ob. Cit., pp. 127-132.

para la representación e interpretación de datos en cuadros y gráficos estadísticos.

Cuyos pasos a seguir fueron:

- a) selección de la información que fue estudiada;
- b) selección de las categorías que se utilizarán;
- c) selección de las unidades de análisis, y
- d) selección del sistema de recuento o de medida
- e) Representación e interpretación de datos

Mientras que para el procesamiento y análisis de los datos empíricos se empleó la técnica del análisis estadístico descriptivo, el cual busca representar los datos en cuadros y gráficos estadísticos en base a la frecuencia de respuestas.

Para el procesamiento y análisis de los datos teóricos se empleó la técnica del análisis cualitativo³², para lograr la aprehensión de particularidades y significados aportados en la jurisprudencia y doctrina, para lo cual se empleó la argumentación jurídica para el análisis de la información. Los criterios a seguir en el presente proceso de investigación fueron los siguientes:

- Identificación del espacio físico donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.

³² BRIONES, Guillermo (1986). *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*. México: Editorial Trillas, p. 43.

- Recojo de información de la información.
- Análisis y evaluación de la información.
- Sistematización de la información.

Finalmente, los datos o información que se obtengan en el proceso de recolección y análisis sirvieron para validar la hipótesis³³ en base la teoría de la argumentación jurídica³⁴, debido a que el Derecho puede concebirse como argumentación, ya que desde cualquier perspectiva la actividad de todo jurista cuando aplica el Derecho consiste fundamentalmente en argumentar, justificar el derecho. Por lo que, la habilidad para presentar buenos argumentos a fin de justificar una postura; el fin básico de la teoría de la argumentación jurídica no es la de mostrarles cosas nuevas a los juristas, sino el de justificar los planteamientos o enunciados.

³³ ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica*. Editorial Ffecaat, Lima, p. 58 y ARANZAMENDI, Lino (2011). *Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho*. Editorial Jurídica Grijley, Lima, pp. 112 y ss. “Las investigaciones jurídicas-teóricas, se particulariza, porque tienen como punto de partida un determinado marco teórico y permanece en él. Su finalidad consiste en formular nuevas teorías, modificar, cuestionar, refutar o validar las existentes, pero sin contrastarlos con ningún aspecto práctico”

³⁴GASCON ABELLAN, Marina y GARCIA FIGUEROA, Alfonso (2005). *La argumentación en el derecho*, Editorial Palestra. Lima, p. 49

IV. RESULTADOS

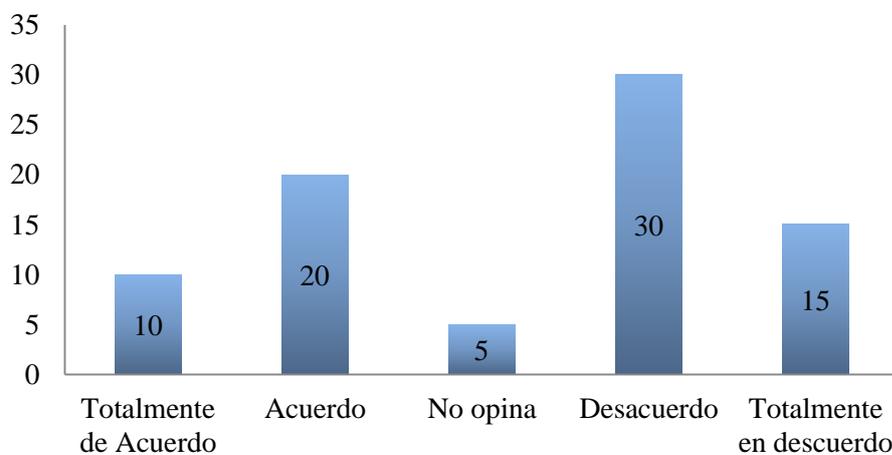
4.1. Resultados de la encuesta aplicada a los operadores jurídicos a fin de conocer sus percepciones sobre nuestro problema de investigación

1. *¿Considera usted la posibilidad que tendría el juez penal, en el marco del Estado constitucional contemporáneo para “excepcionalmente” decretar y practicar pruebas de oficio en casos concretos, aun contraviniendo la voluntad del legislador penal?*

CUADRO N° 01

	F	F%
Totalmente de Acuerdo	10	12.50
Acuerdo	20	25.00
No opina	5	6.25
Desacuerdo	30	37.50
Totalmente en desacuerdo	15	18.75
Total	80	100

Gráfico N° 01

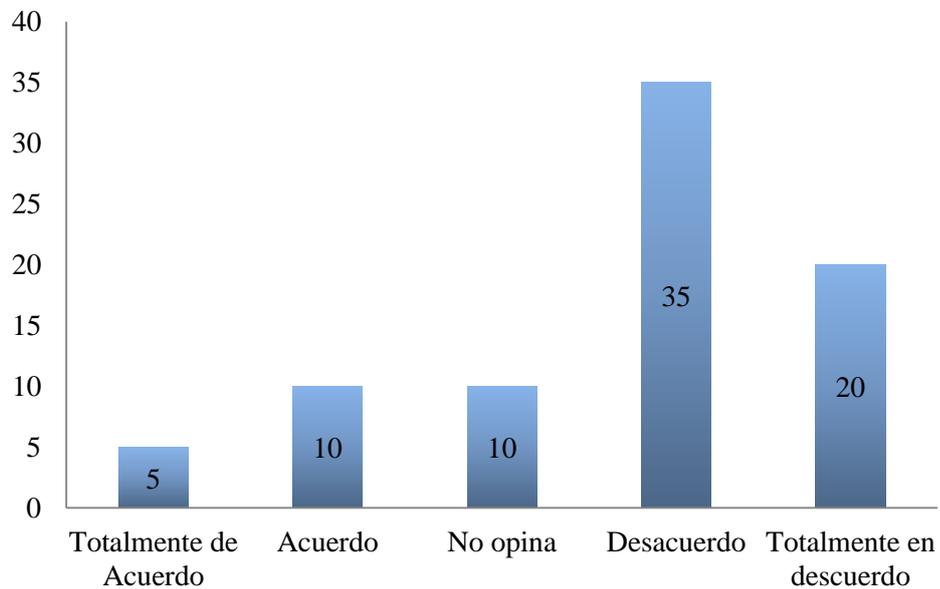


2. *¿Considera usted que en el debate jurídico actual respecto a la prueba de oficio debemos tener en cuenta los fundamentos del activismo judicial?*

CUADRO N° 02

	F	F%
Totalmente de Acuerdo	5	6.25
Acuerdo	10	12.50
No opina	10	12.50
Desacuerdo	35	43.75
Totalmente en desacuerdo	20	25.00
Total	80	100

Gráfico N° 02

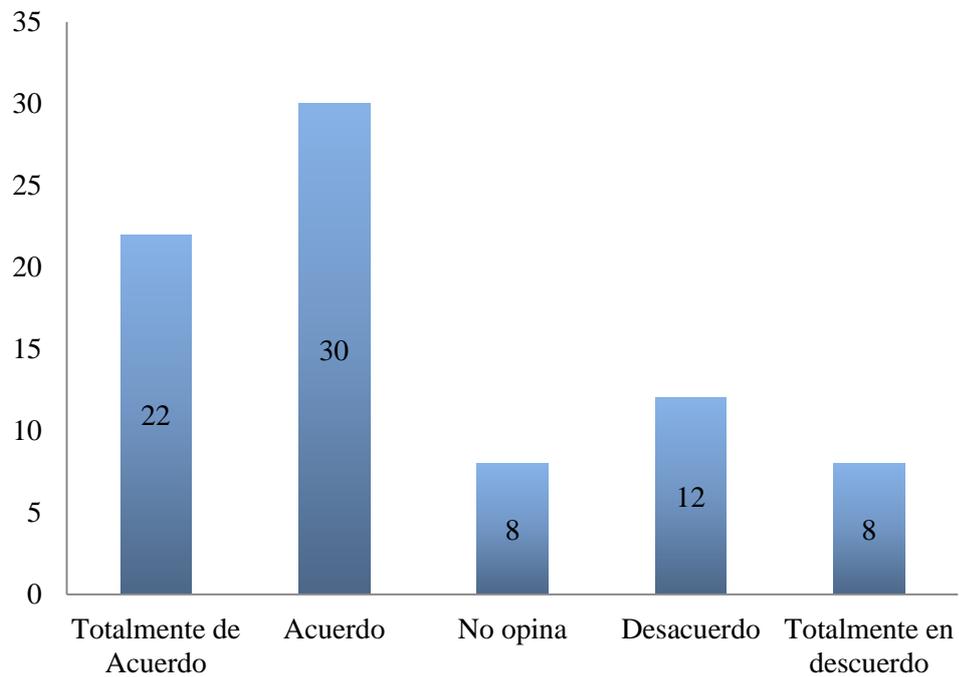


3. *¿Considera usted que en el debate jurídico actual respecto a la prueba de oficio debemos tener en cuenta los fundamentos de garantismo procesal?*

CUADRO N° 03

	F	F%
Totalmente de Acuerdo	22	27.50
Acuerdo	30	37.50
No opina	8	10.00
Desacuerdo	12	15.00
Totalmente en desacuerdo	8	10.00
Total	80	100

Gráfico N° 03

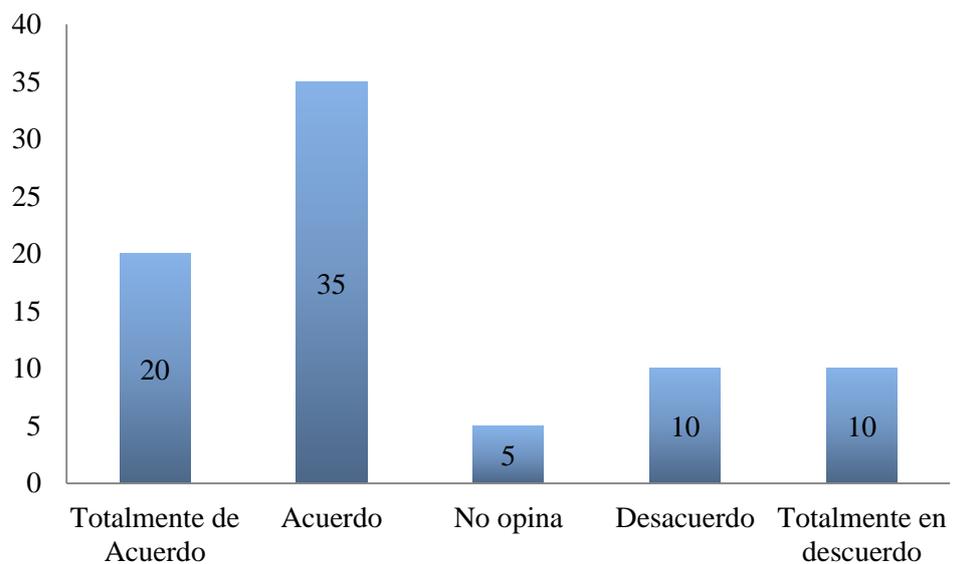


4. *¿Considera usted que en el debate jurídico actual respecto a la prueba de oficio debemos tener en cuenta los fundamentos del activismo judicial y garantismo procesal, afirmándose que las dos posturas dogmáticas deben compatibilizarse para la concreción de la Constitución?*

CUADRO N° 04

	F	F%
Totalmente de Acuerdo	20	25.00
Acuerdo	35	43.75
No opina	5	6.25
Desacuerdo	10	12.50
Totalmente en desacuerdo	10	12.50
Total	80	100

Gráfico N° 04

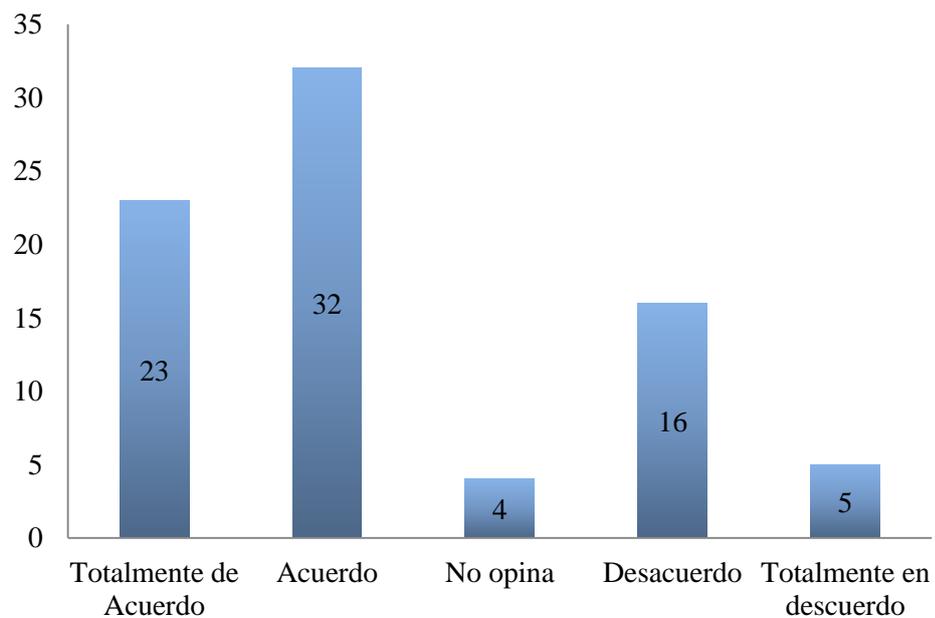


5. *¿Sin perjuicio que la jurisdicción autoriza al juez la producción oficiosa de la prueba, usted considera que dicha circunstancia afecta la imparcialidad e imparcialidad exigible al órgano jurisdiccional?*

CUADRO N° 05

	F	F%
Totalmente de Acuerdo	23	28.75
Acuerdo	32	40.00
No opina	4	5.00
Desacuerdo	16	20.00
Totalmente en desacuerdo	5	6.25
Total	80	100

Gráfico N° 05

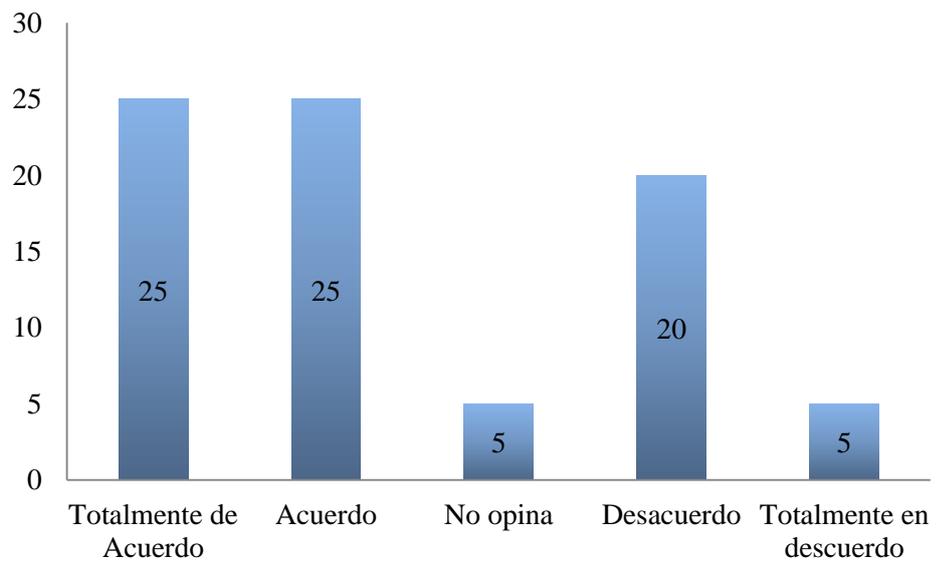


6. *¿Considera usted que la prueba de oficio vulnera el debido proceso?*

CUADRO N° 06

	F	F%
Totalmente de Acuerdo	25	31.25
Acuerdo	25	31.25
No opina	5	6.25
Desacuerdo	20	25.00
Totalmente en desacuerdo	5	6.25
Total	80	100

Gráfico N° 6

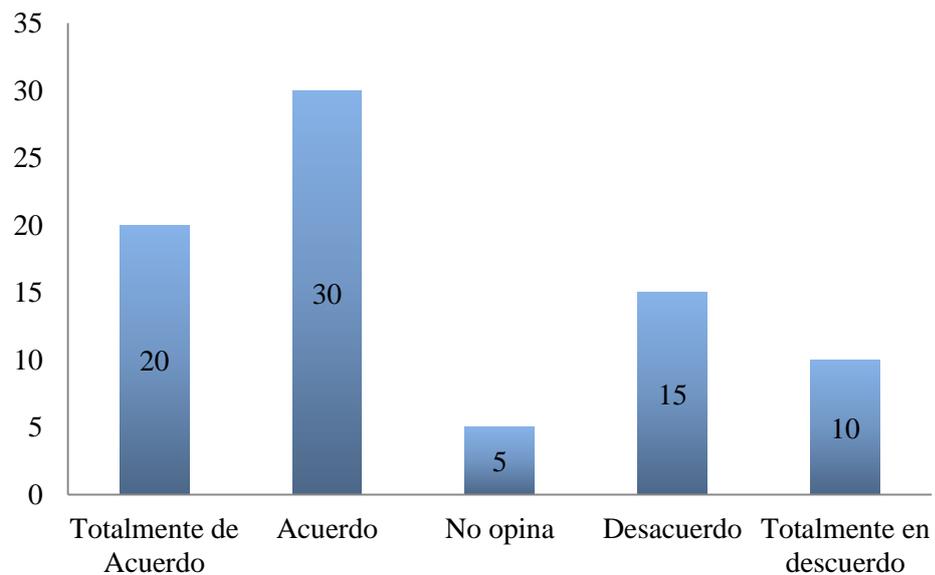


7. *¿Considera usted que con la prueba de oficio se rompe la armonización y equilibrio que debe de existir entre jurisdicción (poder) y debido proceso legal (garantía)?*

CUADRO N° 07

	F	F%
Totalmente de Acuerdo	20	25.00
Acuerdo	30	37.50
No opina	5	6.25
Desacuerdo	15	18.75
Totalmente en desacuerdo	10	12.50
Total	80	100

Gráfico N° 07

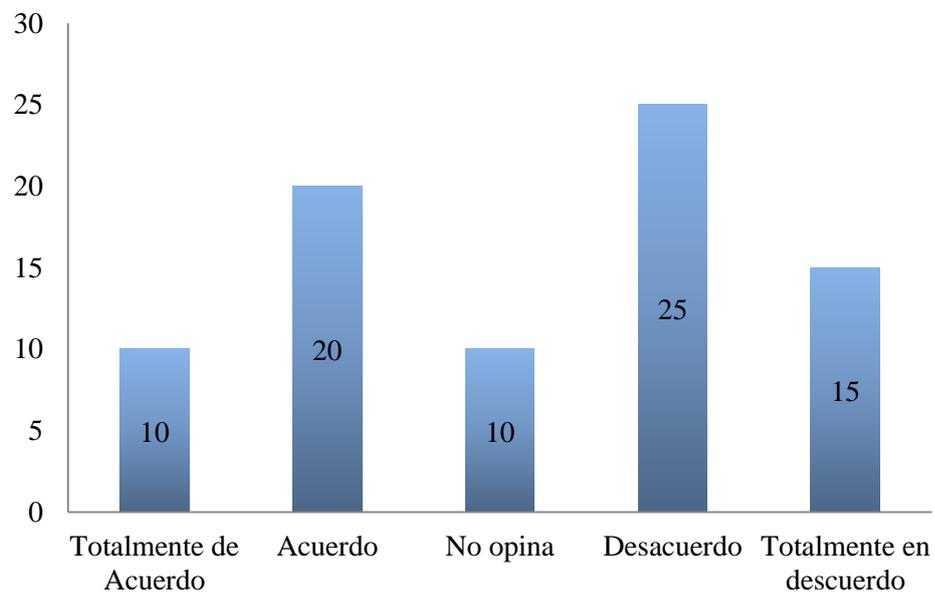


8. *¿Considera usted que el nuevo código Procesal Penal regula adecuadamente el tema de la prueba de oficio?*

CUADRO N° 08

	F	F%
Totalmente de Acuerdo	10	12.50
Acuerdo	20	25.00
No opina	10	12.50
Desacuerdo	25	31.25
Totalmente en desacuerdo	15	18.75
Total	80	100

Gráfico N° 8

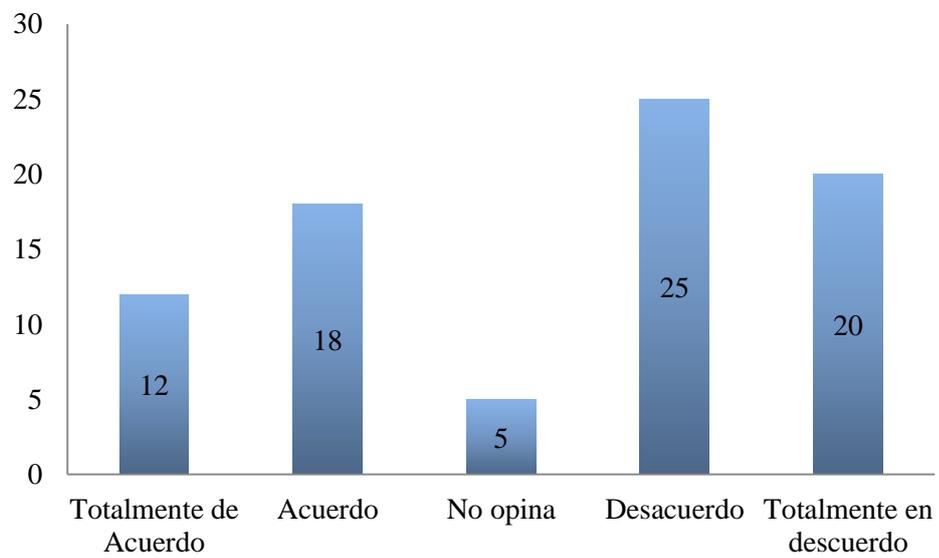


9. *¿Considera usted que la jurisprudencia respecto a la prueba de oficio es uniforme en nuestro ordenamiento jurídico?*

CUADRO N° 09

	F	F%
Totalmente de Acuerdo	12	15.00
Acuerdo	18	22.50
No opina	5	6.25
Desacuerdo	25	31.25
Totalmente en desacuerdo	20	25.00
Total	80	100

Gráfico N° 09

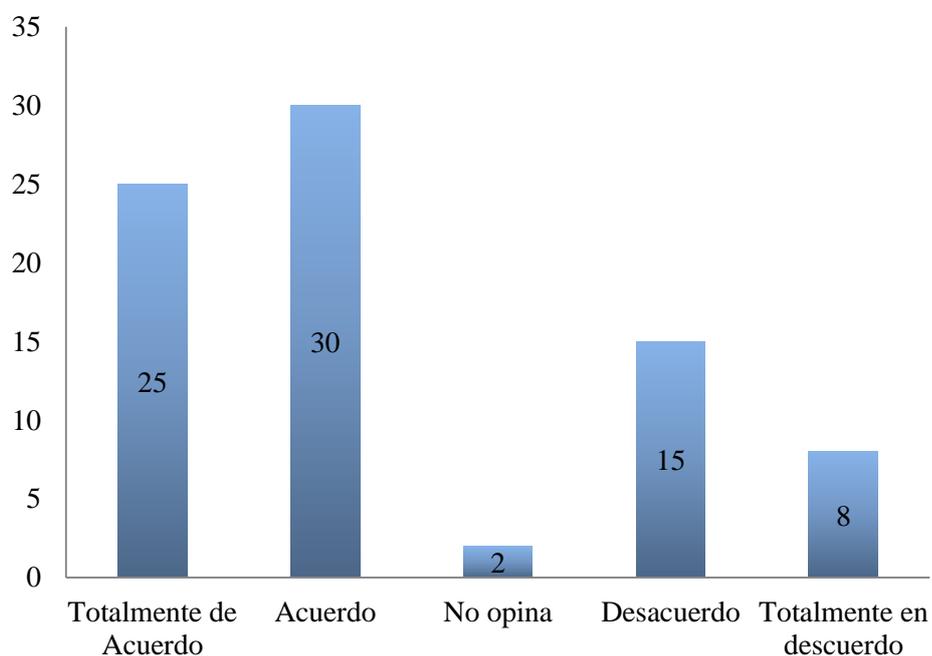


10. *¿Considera usted que existen fundamentos constitucionales y procesales para otorgarle legitimidad al juez respecto a la prueba de oficio?*

CUADRO N° 10

	F	F%
Totalmente de Acuerdo	25	31.25
Acuerdo	30	37.50
No opina	2	2.50
Desacuerdo	15	18.75
Totalmente en desacuerdo	8	10.00
Total	80	100

Gráfico N° 10

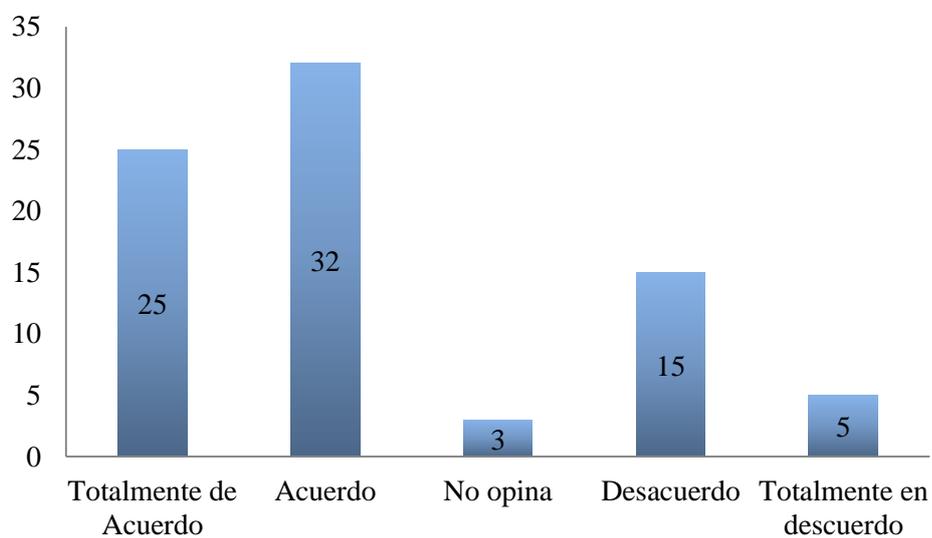


11. *¿Considera usted que la postura oficiosa –prueba de oficio– encuentra sus raíces en un sistema de enjuiciamiento de carácter inquisitivo, donde la figura del juez aparece con preeminencia por sobre las partes y sus intereses?*

CUADRO N° 11

	F	F%
Totalmente de Acuerdo	25	31.25
Acuerdo	32	40.00
No opina	3	3.75
Desacuerdo	15	18.75
Totalmente en desacuerdo	5	6.25
Total	80	100

Gráfico N° 11

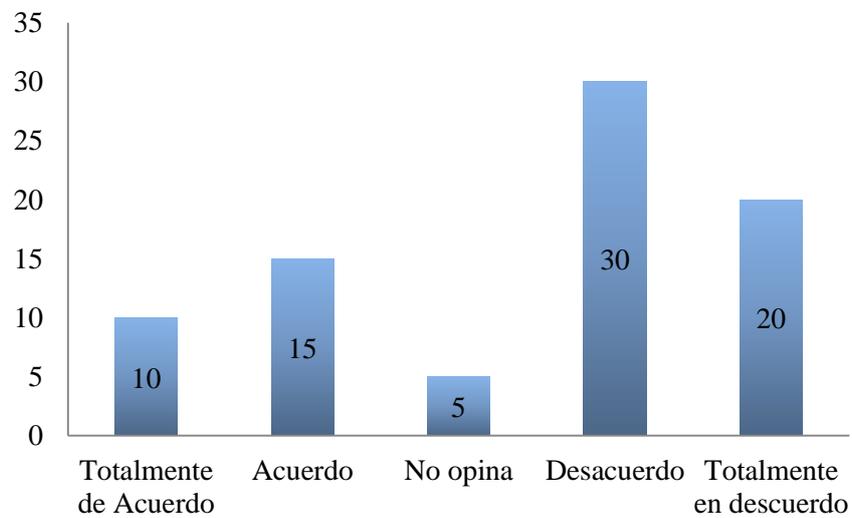


12. *¿Considera usted que el prueba de oficio es compatible con el modelo garantista adoptado por el nuevo Código Procesal Penal?*

CUADRO N° 12

	F	F%
Totalmente de Acuerdo	10	12.50
Acuerdo	15	18.75
No opina	5	6.25
Desacuerdo	30	37.50
Totalmente en desacuerdo	20	25.00
Total	80	100

Gráfico N° 12

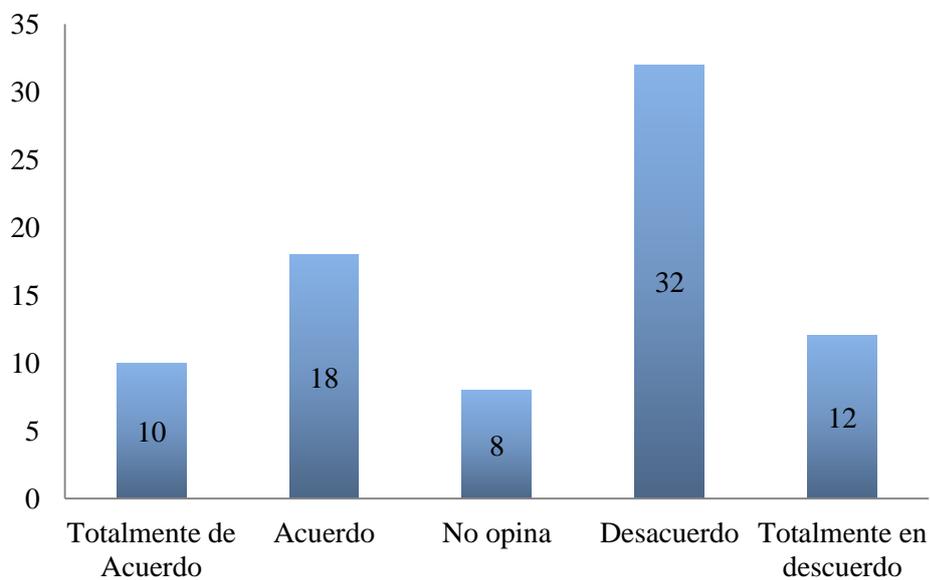


13. *¿Considera adecuado la intervención del juez con exceso de poderes, tiene legitimidad frente a la cláusula del debido proceso legal, que tiene como una de sus consecuencias la aséptica imparcialidad del órgano jurisdiccional?*

CUADRO N° 13

	F	F%
Totalmente de Acuerdo	10	12.50
Acuerdo	18	22.50
No opina	8	10.00
Desacuerdo	32	40.00
Totalmente en desacuerdo	12	15.00
Total	80	100

Gráfico N° 13

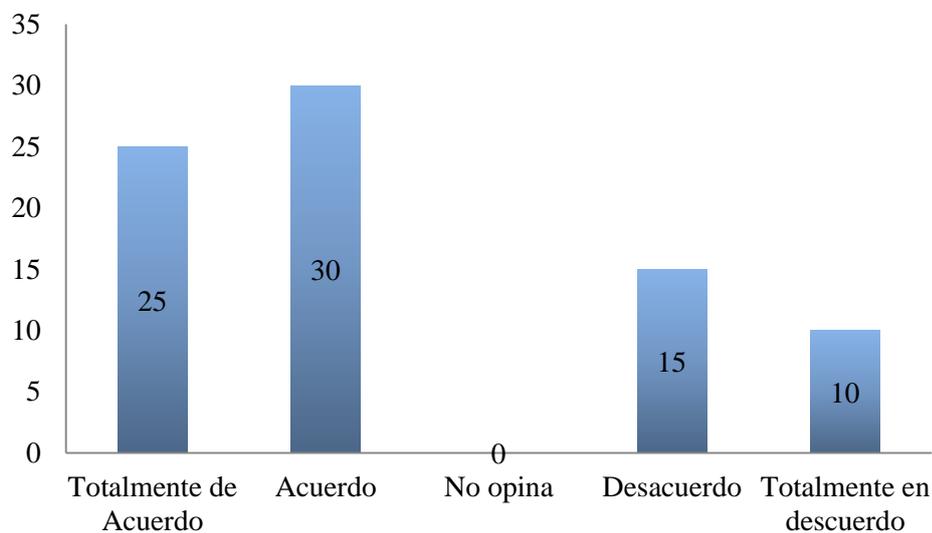


14. *¿Considera usted que el garantismo procesal defiende una mayor valorización de la categoría fundamental proceso, y consecuentemente de la cláusula constitucional del debido proceso, de modo de valorizar la amplia defensa, el contradictorio y la imparcialidad del juez, como los pilares de legitimación de la decisión jurisdiccional a ser dispuesta?*

CUADRO N° 14

	F	F%
Totalmente de Acuerdo	25	31.25
Acuerdo	30	37.50
No opina	0	0.00
Desacuerdo	15	18.75
Totalmente en desacuerdo	10	12.50
Total	80	100

Gráfico N° 14

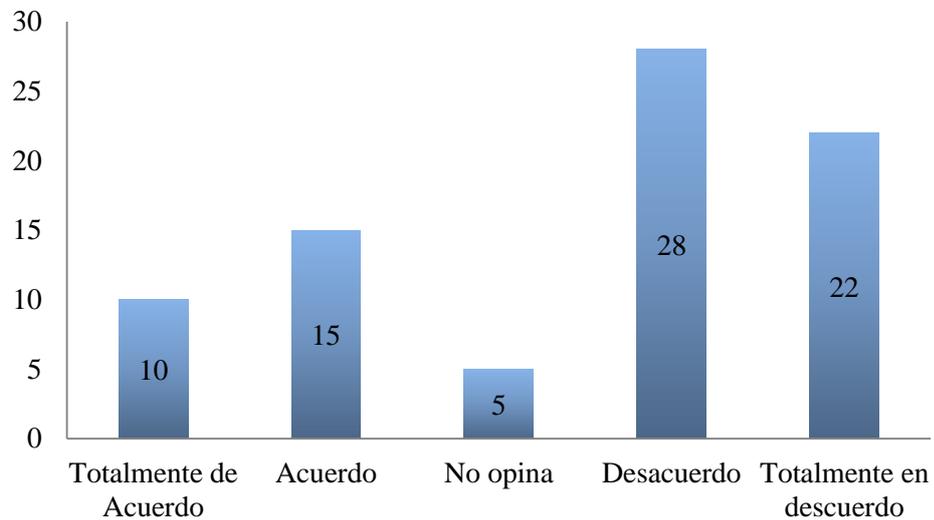


15. *¿Está de acuerdo con que el juez debe actuar de manera de resolver problemas en el curso del proceso, y ello independientemente de la diligencia de la parte en postular por las respectivas soluciones, exista o no autorización legislativa para la actuación del juez?*

CUADRO N° 15

	F	F%
Totalmente de Acuerdo	10	12.50
Acuerdo	15	18.75
No opina	5	6.25
Desacuerdo	28	35.00
Totalmente en desacuerdo	22	27.50
Total	80	100

Gráfico N° 15



V. DISCUSIÓN

5.1. Discusión empírica

A la pregunta ¿Considera usted la posibilidad que tendría el juez penal, en el marco del Estado constitucional contemporáneo para “excepcionalmente” decretar y practicar pruebas de oficio en casos concretos, aun contraviniendo la voluntad del legislador penal? 10 encuestados que hacen el 12.50% respondieron que estaban totalmente de acuerdo; el 25.00% que representa a 20 encuestados manifestaron que están de acuerdo; el 6.25% que equivale a 5 encuestados no opinan; en tanto que el 37.50% equivalente a 30 encuestados están en desacuerdo y el 18.75% que significan 15 encuestados están totalmente en desacuerdo. De lo que se deduce que la mayoría de encuestados están en desacuerdo frente a la pregunta planteada, conforme se observa el gráfico N° 01.

El gráfico N° 02 nos manifiesta que 5 encuestados que hacen un 6.25% manifiestan que están totalmente de acuerdo; 10 encuestados que son el 12.50% están de acuerdo; 10 encuestados que hacen un 12.5% no opinan; en tanto que 35 personas que son el 43.75% menciona estar en desacuerdo y el 25.00% que representa a 20 encuestados están totalmente en desacuerdo; por lo que se deduce que el mayor porcentaje de encuestados están en desacuerdo en considerar que en el debate jurídico actual respecto a la prueba de oficio se debe tener en cuenta los fundamentos del activismo judicial.

Del gráfico N° 03 deducimos que de 80 encuestados que hacen un total del 100% la mayoría de ellos están de acuerdo en considerar que en el debate jurídico actual respecto a la prueba de oficio debemos tener en cuenta los fundamentos de

garantismo procesal; debido a que el 27.5% que equivale a 22 encuestados están totalmente de acuerdo; el 37.50% que representa a 30 encuestados manifiesta estar de acuerdo; el 10.00% que son 8 encuestados no opinan; mientras que el 15.00% que representa a 12 encuestados están en desacuerdo y el 10.00% que son 8 encuestados dicen estar totalmente en desacuerdo.

En el gráfico N° 04 podemos observar que una mayoría relativa de encuestados es decir 35 que representan el 43.75% manifiestan estar de acuerdo que en el debate jurídico actual respecto a la prueba de oficio debemos tener en cuenta los fundamentos del activismo judicial y garantismo procesal, afirmándose que las dos posturas dogmáticas deben compatibilizarse para la concreción de la Constitución; mientras que solo 10 encuestados que representan el 12.50% afirma estar totalmente en desacuerdo; por otro lado el 25.00% de los encuestados, es decir 20 refieren estar totalmente de acuerdo; una pequeña minoría, es decir el 12.50% que son 10 encuestados, afirman estar en desacuerdo y solo el 6.25% que son 5 encuestados no opinan. Por lo que se concluye que la mayoría está de acuerdo.

La lectura del cuadro N° 05 nos muestra que de 23 encuestados que hacen el 28.75% están totalmente de acuerdo; el 40% que representan a 32 encuestados manifiestan estar de acuerdo; en tanto que el 5.00% que son 4 encuestados no opinan; el 20.00% que equivale a 16 encuestados están en desacuerdo y sólo el 6.25% que corresponden a 5 personas dicen estar totalmente en desacuerdo a la pregunta ¿Sin perjuicio que la jurisdicción autoriza al juez la producción oficiosa de la prueba, usted considera que dicha circunstancia afecta la imparcialidad e

imparcialidad exigible al órgano jurisdiccional? De lo que podemos deducir que la mayoría de encuestados están de acuerdo.

De la pregunta ¿Considera usted que la prueba de oficio vulnera el debido proceso?, el gráfico nos muestra que 25 encuestados que hacen el 31.25% están totalmente de acuerdo, 25 encuestados que equivale al 31.25% manifiestan estar de acuerdo; 5 no opinan que hacen el 6.25%; mientras que el 25.00% que representan a 20 encuestados dicen estar en desacuerdo y el 6.25% equivalente a 5 encuestados refieren estar en total desacuerdo; por ende concluimos que el mayor porcentaje de encuestados están de acuerdo a la pregunta planteada, conforme se observa el gráfico N° 06.

En el gráfico N° 07 podemos observar que el 25.00% que representan a 20 encuestados están totalmente de acuerdo; 37.50% que equivale a 30 encuestados están de acuerdo a considerar que la prueba de oficio se rompe la armonización y equilibrio que debe de existir entre jurisdicción (poder) y debido proceso legal (garantía); sólo el 6.25% que constituyen 5 encuestados no opinan; en tanto que el 18.75% que representa a 15 encuestados están en desacuerdo y 10 encuestados que hacen el 12.50% manifiestan estar totalmente en desacuerdo a la premisa mencionada; por lo que se deduce que el mayor porcentaje de encuestados están de acuerdo.

Como se observa en el gráfico N° 08 la mayoría de los encuestados se inclinan por estar en desacuerdo en que el nuevo código Procesal Penal regule adecuadamente el tema de la prueba de oficio; ya que el 31.25% de los encuestados, es decir 25, manifiestan estar en desacuerdo; así como también un 18.76%, es decir

15 encuestados, también refieren estar totalmente desacuerdo; solo 10 encuestados quienes representan el 12.50%, no opinan sobre el tema, con lo que se mantienen al margen; por otro lado una minoría se inclina por estar de acuerdo como así lo demuestran 20 encuestados, es decir el 25.00%; y otro 12.50% de los encuestados, es decir 10, manifiestan estar totalmente de acuerdo en que el nuevo código Procesal Penal regule adecuadamente el tema de la prueba de oficio.

En el gráfico N° 09 observamos que no hay una mayoría relativa que se incline por alguna de las alternativas a la pregunta realizada, ya que 12 encuestados, es decir el 15.00% manifiesta estar totalmente de acuerdo; el 22.50% de los encuestados, es decir 18, manifiestan estar de acuerdo; solo 5 encuestados prefieren mantenerse al margen del tema por lo que no opinan lo que hace un 6.25%; mientras que 25 encuestados quienes representan el 31.25%, afirman estar en desacuerdo con que la jurisprudencia respecto a la prueba de oficio es uniforme en nuestro ordenamiento jurídico; así como el 25%, es decir 20 encuestados, manifiestan estar totalmente en desacuerdo.

En el gráfico N° 10 observamos que 25 encuestados, quienes representan el 31.25%, manifiestan estar totalmente de acuerdo con que existen fundamentos constitucionales y procesales para otorgarle legitimidad al juez respecto a la prueba de oficio; así como también el 37.50%, es decir 30 encuestados, manifiestan estar de acuerdo; 2 encuestados, es decir el 2.50%, no opinan sobre el tema; por otro lado el 18.75% de los encuestados manifiestan estar en desacuerdo; y una relativa minoría como son 8 encuestados, es decir el 10.00%, afirman estar totalmente en desacuerdo.

Como se observa en el gráfico N° 11, la mayoría de los encuestados manifiestan estar de acuerdo en considerar que la postura oficiosa –prueba de oficio– encuentra sus raíces en un sistema de enjuiciamiento de carácter inquisitivo, donde la figura del juez aparece con preeminencia por sobre las partes y sus intereses; ya que el 31.25% de los encuestados refieren estar totalmente de acuerdo; y el 40.00%, es decir 32 encuestados afirman estar de acuerdo; mientras que sólo 3 encuestados no opinan sobre esta consulta; por otro lado 15 encuestados, quienes representan el 18.75%, manifiestan estar en desacuerdo con este tema; y 5 encuestados, es decir el 10.00% afirman estar totalmente en desacuerdo. De acuerdo a la presente tabulación se concluye que la mayoría de los encuestados se inclinan por estar de acuerdo en considerar que la postura oficiosa –prueba de oficio– encuentra sus raíces en un sistema de enjuiciamiento de carácter inquisitivo, donde la figura del juez aparece con preeminencia por sobre las partes y sus intereses.

A la pregunta ¿Considera usted que el prueba de oficio es compatible con el modelo garantista adoptado por el nuevo Código Procesal Penal? Sólo 10 encuestados, quienes representan el 12.50%, afirman estar Totalmente de acuerdo; así como 15 encuestados, quienes representan el 18.75%, afirman estar de acuerdo; mientras que 5 encuestados prefieren no opinar sobre el tema; por otro lado una mayoría relativa, es decir el 37.50% de los encuestados manifiestan estar en desacuerdo; y otro 25.00%, es decir 20 encuestados afirman categóricamente estar totalmente en desacuerdo. Analizando la presente tabulación se concluye que la gran mayoría de los encuestados refieren estar en desacuerdo, conforme se observa el gráfico N° 12.

Como observamos en el gráfico N° 13, podemos deducir que la mayoría de los encuestados afirman estar en desacuerdo con esta interrogante; ya que 32 encuestados quienes representan el 40% refieren estar en desacuerdo con la intervención del juez con exceso de poderes, tiene legitimidad frente a la cláusula del debido proceso legal, que tiene como una de sus consecuencias la aséptica imparcialidad del órgano jurisdiccional, así como 12 encuestados es decir el 15.00% manifiestan estar totalmente en desacuerdo con esto; mientras que solo 10 encuestados quienes representan el 12.50% afirman estar totalmente de acuerdo; mientras que el 22.50% de los encuestados, es decir 18, afirman estar de acuerdo; solo 8 encuestados no opina sobre el tema.

En el gráfico N° 14 podemos observar que 25 encuestados, es decir el 31.25% manifiestan estar totalmente de acuerdo en que el garantismo procesal defiende una mayor valorización de la categoría fundamental proceso, y consecuentemente de la cláusula constitucional del debido proceso, de modo de valorizar la amplia defensa, el contradictorio y la imparcialidad del juez, como los pilares de legitimación de la decisión jurisdiccional a ser dispuesta; mientras que 30 encuestados quienes representan el 37.50% manifiestan estar de acuerdo; por otro lado el 18.75% de los encuestados, es decir 15, manifiestan estar en desacuerdo con el tema; y 10 encuestados, quienes representan el 12.50% manifiestan estar totalmente en desacuerdo. Por lo que se deduce que la mayoría de los encuestados manifiestan estar de acuerdo con la interrogante planteada.

A la pregunta ¿Está de acuerdo con que el juez debe actuar de manera de resolver problemas en el curso del proceso, y ello independientemente de la

diligencia de la parte en postular por las respectivas soluciones, exista o no autorización legislativa para la actuación del juez?, una mayoría relativa de los encuestados, es decir el 35.00%, que son 28, manifiestan estar en desacuerdo; 5 encuestados que representan el 6.25% no opinan; mientras que otros 22 encuestados es decir el 27.50% afirman estar totalmente en desacuerdo; solo 10 encuestados que representan el 12.50% afirman estar de totalmente de acuerdo y otros 15 encuestados que representan el 18.75% manifiestan estar de acuerdo con la pregunta planteada. Por lo tanto se considera que la mayoría de los encuestados están en desacuerdo con esta premisa, conforme se observa el gráfico N° 15.

5.2. Discusión teórica

5.2.1. Constitución y proceso penal

5.2.1.1. Los derechos humanos y la constitucionalización del proceso penal.

El auge que ha cobrado actualmente los derechos humanos en el ámbito internacional, con su consagración en diversos instrumentos internacionales, ha generado un proceso, con dificultades, pero creemos irreversible, que la doctrina denomina como la internacionalización de los derechos humanos, tendencia universal que ha impactado significativamente en los ordenamientos internos de los Estados, el cual se expresa en lo que algunos tratadistas denominan como la constitucionalización de los derechos humanos. Este impacto normativo se expresa en la positivización de los derechos fundamentales en las Constituciones de los Estados³⁵.

³⁵ El Perú se adscribe a esta tendencia universal al adecuar su marco constitucional a los estándares internacionales de derechos humanos, consagrando todo un catálogo de derechos fundamentales y

Pero la importancia de los derechos humanos no solo se expresa en su reconocimiento y consagración normativa, sino también en el necesario replanteamiento de instituciones y categorías jurídicas con la finalidad de hacer efectivo la protección de estos derechos fundamentales.

En el campo del derecho penal material, esto se comprueba en el establecimiento de principios limitadores del poder punitivo del Estado, lo que ha conllevado a la consagración de los derechos fundamentales como derechos que limitan desde el principio la autoridad del Estado y que operan como fuentes de obligaciones del mismo³⁶. De esta manera, conforme señala Muñoz Conde, la legitimidad del Derecho penal o del poder punitivo del Estado proviene del modelo fijado en la Constitución y de los Pactos y Tratados internacionales, reconocidos por la Constitución y que el Derecho penal debe respetar y garantizar en su ejercicio³⁷. Para este autor, la legitimación del Derecho penal tiene un doble aspecto: *la legitimación extrínseca* proveniente del marco o modelo establecido por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos; y la *legitimación intrínseca* del propio instrumento jurídico punitivo, que estaría representada por los principios específicos que limitan la actuación o poder punitivo del Estado.

Lo mismo ha ocurrido con el derecho procesal penal, en donde la noción de proceso penal está en relación con el grado de efectividad en la protección de los

estableciendo mecanismos de garantías para su protección, ello se hizo con la Constitución de 1979 y se continúa con la actual Constitución de 1993.

³⁶ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (1999). *Principios Constitucionales de Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, p. 13.

³⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 70.

derechos fundamentales. En este sentido, es común leer en la doctrina procesal penal, tanto europea como iberoamericana, la cita del gran procesalista alemán James Goldschmidt, quien ya desde el año 1935 señalaba que: “Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución”³⁸, o en las referencias a lo señalado por Roxin en su obra *Derecho Procesal Penal*, quien caracterizó al “Derecho procesal penal como sismógrafo de la Constitución del Estado.”³⁹

Esto significa que existe una relación indesligable entre derecho constitucional y derecho procesal penal y entre Constitución y proceso penal, lo cual se expresa en la llamada constitucionalización del proceso penal, es decir, en la consagración de principios constitucionales del proceso penal, el cual nos debe llevar a redefinir la noción de proceso penal en relación al marco constitucional.

Juan Montero Aroca señala que “el proceso penal debe dejar de ser concebido como mero instrumento para la aplicación del Derecho penal y debe lograr ser entendido como garantía, como medio para garantizar el derecho a la libertad de los ciudadanos ante o frente a la aplicación de ese Derecho.”⁴⁰

Es así como la necesidad de configurar un Estado Democrático en el que se garantice la vigencia, respeto y protección de los derechos fundamentales, conlleva a establecer estos mismos derechos como límites del ejercicio del poder estatal. Generando a su vez, la tendencia a fijar en la Constitución, las reglas mínimas de un debido proceso penal, o como señala Alberto Binder, un diseño constitucional

³⁸ MONTERO AROCA, Juan (2008). *Proceso Penal y Libertad*. Madrid: Thomson-Civitas, p. 20.

³⁹ ROXIN, Claus (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 234.

⁴⁰ MONTERO AROCA, Juan. Ob. Cit. p. 23.

del proceso penal,⁴¹ que sirva como marco fundamental para la garantía de estos derechos.

En el caso peruano, el diseño constitucional del proceso penal tiene como marco jurídico fundamental lo establecido en el artículo 1 de la Constitución Política del Estado, donde se señala que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”

De esto se desprende que la potestad de administrar justicia debe estar enmarcada dentro de los cauces constitucionales, como son la observancia de los principios, valores y derechos fundamentales que la Constitución consagra y reconoce, los cuales están delineados en el artículo 1 de la Carta política, como son “la defensa de la persona” y “el respeto de su dignidad”, los cuales se constituyen en valores fundamentales de la sociedad, del Estado y del Derecho.⁴²

Esta concepción ha sido recogida de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los que el Perú es parte, como son propiamente la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros instrumentos garantistas, los cuales forman parte del derecho nacional en conformidad de la clausula de incorporación del derecho internacional consagrado en el artículo 55 de

⁴¹ BURGOS MARIÑOS, Víctor (2005). “Principios rectores del nuevo código proceso penal”. En: CUBAS VILLANUEVA, Víctor, DOIG DÍAS, Yolanda y QUISPE FARFÁN, Fany (Coords.). *El nuevo proceso penal. Estudios Fundamentales*. Lima: Palestra, p. 98.

⁴² LANDA ARROYO, César (2006). *Bases Constitucionales del nuevo código procesal penal peruano*. Lima: Palestra, p. 54.

la Constitución.⁴³

Así, la Constitución define una concepción de la administración de justicia penal en donde se consagra la limitación de las funciones persecutoria y jurisdiccional en garantía de los derechos fundamentales, los cuales resultan de obligatoria observancia para el proceso penal.

Esta perspectiva constitucional ha sido recogida en el Nuevo Código Procesal Penal del 2004, cuyo Título Preliminar ha recogido los principios y derechos constitucionales que la Constitución prevé y que son de aplicación al proceso penal.⁴⁴ Esta postura ha sido expresada en la Exposición de Motivos del Nuevo Código Procesal Penal, al afirmarse: “...la estructura del nuevo proceso penal así como sus instituciones allí contenidas se edifican sobre la base del modelo acusatorio de proceso penal cuyas grandes líneas rectoras son: separación de funciones de investigación y de juzgamiento; el Juez no procede de oficio; el Juez no puede condenar ni a persona distinta de la acusada, ni por hechos distintos de los imputados; el proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad; la garantía de la oralidad es la esencia misma del juzgamiento y; la libertad del imputado es la regla durante todo el proceso.”

Aquí se consagran algunos de los principios fundamentales que van a modelar el nuevo sistema procesal penal peruano, del cual mencionaremos los más

⁴³ Constitución Política del Perú: “Art. 55.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

⁴⁴ LANDA ARROYO, César. Ob. Cit. p. 54.

importantes, no sin antes desarrollar los estándares establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos.

5.2.1.2. Los tratados internacionales de derechos humanos y el proceso penal.

La institucionalización de los tratados internacionales de derechos humanos, no solo ha servido para consagrar un catálogo de estos derechos, sino que también permiten delinear y forjar un Estado Constitucional, como base fundamental para la vigencia y protección de los mismos. Es así como en el Estado Social y Democrático de Derecho⁴⁵ van exigir de manera consustancial el respeto y vigencia de los derechos y garantías de carácter penal y procesal penal.

Este marco jurídico internacional se constituye en una de las bases para los cambios estructurales de la reforma procesal penal en marcha en nuestro país,⁴⁶ ya que exige la incorporación de los estándares jurídicos de respeto a los derechos, principios y garantías de los sujetos procesales.⁴⁷

⁴⁵ “...el Estado social y democrático de Derecho representa un estadio en el que, a la vieja aspiración de la limitación jurídica del poder (tesis), se le unió la de que, sin embargo, ese poder actuara e incidiera en la sociedad para remodelarla (antítesis), lo que sólo puede hacer lícitamente ese poder (síntesis) si está legitimado democráticamente, si respeta los procedimientos jurídicos, si garantiza los derechos y libertades, si es responsable de su actuación y si no bloquea los mecanismos de reversibilidad de sus opciones políticas democráticas”. VICENTE GIMENO, Sendra et al (2007). *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Madrid: Editorial Colex, p. 43.

⁴⁶ El proceso de implementación de un nuevo sistema procesal penal peruano forma parte del proceso de reforma en Iberoamérica, cuyos antecedentes inmediatos son el Proyecto de Código Procesal Penal tipo para Iberoamérica de 1988, en el cual se han inspirado los Códigos de Costa Rica, Chile, Colombia y ahora Perú, sin dejar de mencionar la importancia de la Ordenanza Procesal Penal (OPP) de Alemania y el Código de Procedimiento Penal de Italia.

⁴⁷ ROSAS YATACO, Jorge (2009). *Derecho Procesal Penal. Con aplicación al Nuevo Proceso Penal Decreto Legislativo N° 957*. Lima: Jurista Editores, p. 64.

La *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948)⁴⁸, concluye una etapa en la lucha por la positivización de los derechos humanos a escala mundial, consagrando la universalidad de estos derechos y la protección internacional de los mismos. El maestro de Turín señalaba al respecto que, “Con la Declaración de 1948 comienza una tercera y última fase en la que la afirmación de los derechos es a la vez universal y positiva: universal en el sentido de que destinatarios de los principios allí contenidos no son ya solamente los ciudadanos de tal o cual estado, sino todos los hombres; positiva en el sentido de que pone en marcha un proceso en cuya culminación los derechos humanos no sólo serían proclamados o idealmente reconocidos, sino efectivamente protegidos incluso contra el propio Estado que los viola. En la culminación de este proceso, los derechos del ciudadano se habrán transformado realmente, positivamente, en los derechos del hombre.”⁴⁹

La declaración universal va reconocer en su parte preambular a la dignidad humana como intrínseca del ser humano, la cual se constituye en la base de la libertad, la justicia y la paz; y hablándonos de la importancia y relación entre Derechos Humanos y Estado de Derecho, considera de manera esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, es decir por un Estado democrático de Derecho.

Bajo estas bases filosóficas y políticas, no solo se va consagrar positivamente los derechos fundamentales, sino que se avanzará en establecer garantías mínimas para su efectividad, delineando las bases para un proceso penal democrático, como

⁴⁸ Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948. Aprobada por Resolución Legislativa N° 13282 del 15 de diciembre de 1959.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema, p. 68.

parte del contenido esencial del derecho a las llamadas garantías judiciales,⁵⁰ estableciendo entre otros los siguientes:

- a) Consagra que todo ser humano tiene derecho a la libertad y la seguridad de su persona (art.3);
- b) Proscribe la tortura, penas y los tratos crueles, inhumanos y degradantes (art.5) ya que estas constituyen graves afectaciones a la dignidad humana;
- c) Consagra la igualdad de todos ante la ley, por lo que toda forma de discriminación es rechazada (art.7);
- d) Esta igualdad permite consagrar que todos tienen derecho a un recurso efectivo para la protección de sus derechos fundamentales (art.8);
- e) Establece que nadie puede ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado (art.9);
- f) También establece que todos tienen derecho a ser oído públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial frente a cualquier acusación en materia penal (art.10);
- g) Se garantiza la presunción de inocencia y el derecho de defensa, así como el principio de legalidad (art.11); y
- h) Proscribe las injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia o su correspondencia.

⁵⁰ Según interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-9/87, en la que interpreta el derecho a las garantías judiciales del artículo 8 de la Convención Americana, señala que la expresión más exacta es la de “debido proceso legal”, ya que la expresión “garantías judiciales”, strictu sensu, se refiere a los medios procesales que “sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o ejercicio de un derecho(...) vale decir, los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia.”

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (1966)⁵¹ desarrolla los postulados, derechos y garantías contenidas en la declaración universal, estableciendo entre otras las siguientes:

- a) Consagra la proscripción de la tortura, las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art.7),
- b) Establece garantías frente a la detención o prisión arbitraria, consagrando que nadie deberá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ella (art.9.1),
- c) Establece el derecho a ser informado de las razones y motivos de su detención, y de la notificación sin demora de la acusación formulada en su contra (art.9.2);
- d) En caso de una detención, el derecho a ser puesto de manera inmediata ante el funcionario o juez competente y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, se consagra la libertad en juicio como regla y la detención preventiva como excepción (9.3);
- e) El derecho a recurrir ante un tribunal competente independiente e imparcial (art.9.4);
- f) El derecho a indemnización frente a una detención ilegal (art.9.5);
- g) También se consagra el derecho de toda persona detenida a ser tratada humanamente y con respeto a su dignidad (art.10.1),

⁵¹ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Aprobado por Decreto Ley N° 22128 del 28 de marzo de 1978. Instrumento de adhesión de 12 de abril de 1978. Depositado el 28 de abril de 1978. Fecha de entrada en vigencia el 28 de julio de 1978.

- h) Insta a la separación de los procesados de los condenados y sometidos a un tratamiento distinto de acuerdo a su condición (art. 10.2.a);
- i) Consagra un régimen penitenciario cuya finalidad sea la reforma y la readaptación social de los condenados (art. 10.3);
- j) El derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, frente a una acusación formulada (art. 14.1);
- k) El derecho a la presunción de inocencia mientras no se demuestre su culpabilidad conforme a ley (14.2);
- l) Como garantías mínimas durante el proceso, consagra el derecho a ser informado en su idioma de la naturaleza y causa de la acusación formulada (art.14.3.a); a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección (art. 14.3.b); a ser juzgado sin dilaciones indebidas (art. 14.3.c); a hallarse presente en el proceso y ser asistido por un defensor de su elección o de oficio en caso careciera de los medios suficientes (art. 14.3.d); a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo (art.14.3.e); a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal (art.14.3.f); a no ser obligado a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable (art.14.3.g);
- m) Se consagra el derecho a la impugnación frente a una sentencia condenatoria (art.14.5);

- n) El derecho a la indemnización frente a los errores judiciales (art.14.6);
- o) Así como la cosa juzgada (art.14.7).
- p) También se consagra el principio de legalidad de los delitos y las penas (art.15);
- q) La proscripción de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida, su familia, su domicilio o su correspondencia (art.17).

En cuanto a la normatividad del sistema interamericano, *la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (1948),⁵² reconoció en su parte considerativa que los derechos esenciales del hombre tienen como fundamento los atributos de la persona humana y que su protección debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución.⁵³

La Declaración Americana entre otros derechos y garantías consagra las siguientes:

- a) Se consagra el derecho a la libertad y la seguridad personal (art.1);
- b) El derecho a la igualdad (art.2);
- c) El derecho a la inviolabilidad de su domicilio (art.9);
- d) El derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia (art.10);
- e) El derecho a recurrir a tribunales para hacer valer sus derechos y disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare

⁵² Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

⁵³ Es de resaltar que este instrumento normativo fue dado meses antes que la Declaración Universal de Derechos Humanos (diciembre, 1948), sin embargo, es de resaltar la significativa coincidencia entre ambas, sobre la concepción de los derechos como atributos de la persona humana.

contra actos de la autoridad sus derechos fundamentales consagrados constitucionalmente (art.18);

- f) Se establece que nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes, el derecho a ser juzgado sin dilación injustificada y a un tratamiento humano durante la privación de su libertad (art.25);
- g) Consagra la presunción de inocencia hasta que se prueba su culpabilidad, y el derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgado por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes, y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas (art.26).

La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1969)⁵⁴, como instrumento regional desarrolla los derechos y garantías de la Declaración Americana, en la forma siguiente:

- a) Consagra el derecho de toda persona a su integridad física, psíquica y moral (art.5.1),
- b) Establece que nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art.5.2),
- c) Los procesados deben estar separados de los condenados (art.5.4),
- d) Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados (art.5.6);
- e) El derecho a la libertad y la seguridad personal (art.7.1),

⁵⁴ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Aprobado por Decreto Ley N° 22231 del 11 de julio de 1978. Instrumento de Ratificación de 12 de julio de 1978. Depositado el 28 de julio de 1978. Entrada en vigencia el 28 de julio de 1978.

- f) El derecho a no ser privado de la libertad sino por los motivos establecidos en la Constitución (art.7.2),
- g) La proscripción de la detención arbitraria (art.7.3),
- h) El derecho a ser informado de las razones de su detención y de la notificación de los cargos formulados contra ella (art.7.4),
- i) El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable (art.7.5),
- j) El derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente (art.7.6).
- k) También se consagra el derecho a las garantías judiciales como: a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones (art.8.1), el derecho de presunción de inocencia (art.8.2), el derecho a un traductor o interprete si no comprende o hable el idioma del juzgado o tribunal (art.8.2.a), derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada (art.8.2.b), concesión del tiempo y de los medios para preparar su defensa (art.8.2.c), derecho a ejercitar su defensa material o de ser asistido por un defensor de su elección (art.8.2.d), derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado (art.8.2.e), derecho de interrogar a los testigos, así como ofrecer testigos y peritos (art.8.2.f), derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (art.8.2.g), derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (art.8.2.h), la validez de la confesión si es realizada sin

coacción (art.8.3), la cosa juzgada (art.8.4), la naturaleza pública del proceso penal (art.8.5);

- l) El principio de legalidad del delito y de las penas, así como la retroactividad benigna en materia penal (art.9);
- m) El derecho a indemnización por errores judiciales (art.10);
- n) La proscripción de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en su familia, en su familia o en su correspondencia (art.11);
- o) Se consagra el derecho de igualdad ante la ley (art.24).
- p) También se consagra el derecho a la protección judicial, como son: el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art.25.1).

Cabe precisar que según la actual “Constitución de 1993 establece la incorporación de los tratados internacionales a través de una cláusula expresa de incorporación, que se encuentra en el artículo 55 que dice: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”,⁵⁵ de esta manera la incorporación del derecho internacional de derechos humanos permite la aplicación inmediata de los tratados internacionales sobre derechos humanos por parte de los órganos jurisdiccionales, los cuales han adquirido jerarquía constitucional a través de la interpretación jurisdiccional por el máximo intérprete de la Constitución como es el Tribunal Constitucional, en razón al artículo 3 de la norma fundamental, basado específicamente en la dignidad humana y en otros derechos análogos los cuales están contenidos en los instrumentos internacionales de protección de los

⁵⁵ LLACSAHUANGA CHÁVEZ, Richard y ABURTO GARAVITO, Jhousy (2008). “Las declaraciones de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno”. En: *Libro Homenaje al 60 Aniversario de las Declaraciones de Derechos*. Lima: Colegio de Abogados de Lima, p. 22.

derechos humanos, en concordancia con la cuarta disposición final y transitoria, referida a la interpretación de los derechos y libertades fundamentales en conformidad con la Declaración Universal y los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú⁵⁶.

Como señala el profesor César Landa, “Bajo este criterio hermenéutico, los tratados internacionales son normas jurídicas de aplicación directa e inmediata – *self executing*–; es decir, que no son meros derechos morales de naturaleza ética, a la cual se encuentran sometidos residualmente quienes interpreten y apliquen los derechos fundamentales de la Constitución; sino, que son normas jurídicas vinculantes y de aplicación inmediata por los poderes públicos y de respeto por los poderes privados, en la medida que contengan normas más favorables a los derechos fundamentales de la persona demanda, que las contenidas en la Constitución”⁵⁷.

En consecuencia, los tratados internacionales de derechos humanos no solo van a consagrar un catálogo de derechos, sino que van a establecer los estándares mínimos para la configuración de un proceso penal público y garantista de estos derechos, consagrando principios, derechos y garantías del proceso legal, los cuales también van a ser recogidos en las constituciones de los Estados⁵⁸, conforme veremos en el acápite siguiente sobre el caso peruano.

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 24

⁵⁷ LANDA ARROYO, César (2006). *Constitución y Fuentes del Derecho*. Lima: Palestra, p. 123.

⁵⁸ A este respecto es de resaltar la constatación efectuada por Aníbal Quiroga León, quien señala “...la historia reciente del derecho internacional de los derechos humanos exhibe un recorrido inverso que marca su peculiaridad: desde el derecho internacional “desciende” paulatinamente hacia los diversos ordenamiento internos, en distintos tiempos, en diferentes fases en sus propios momentos históricos hasta que, de pronto, logran hacer un común denominador de mínimos

5.2.1.3. Marco constitucional del proceso penal peruano.

Debemos tener en cuenta, que la Constitución es el instrumento jurídico por la cual se constituye y organiza un Estado democrático de Derecho, lo cual es fundamental para el correcto ejercicio de la función penal del Estado (función penal garantista) que excluya la arbitrariedad y las violaciones de derechos fundamentales. De ahí que la Constitución se convierta en el instrumento determinante para la validez jurídica y política de un Estado contemporáneo.

Como afirma el profesor César Landa, "...el proceso judicial, en general, y el proceso penal, en particular, en nuestro medio, siempre ha sido analizado desde la perspectiva estrictamente procesal, soslayando, de esta manera, sus bases constitucionales."⁵⁹ Esta tendencia ha venido paulatinamente revirtiéndose, y ahora la mayoría de la doctrina procesal peruana parte por establecer el marco constitucional del nuevo proceso penal peruano, la necesidad de la configuración de un Estado constitucional y la protección y garantía de los derechos fundamentales en un proceso penal.

Efectivamente, la **Constitución de 1979** crea al Ministerio Público como órgano constitucional autónomo e independiente del Poder Judicial, estableciéndose como su atribución constitucional la titularidad del ejercicio de la acción penal y la dirección de la investigación desde la fase preliminar, sin

inquebrantables o de derechos básicos inalienables e inderogables, formando parte de los cimientos del ordenamiento fundamental o constitucional de una determinada nación." (La protección de los derechos fundamentales en el marco de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. QUIROGA LEÓN, Aníbal (2005). *Derecho Procesal Constitucional y el Código Procesal Constitucional*. Lima: Ara Editores, p. 294.

⁵⁹ LANDA ARROYO, César. "*Bases constitucionales...*". Ob. Cit., p. 54.

embargo, a pesar de esta importante reforma constitucional, aún no se va tener la claridad del rol protagónico que debe cumplir el Ministerio Público en el proceso penal y en la lucha contra la criminalidad, ya que se va restringir el rol a solo “vigilar e intervenir en la investigación del delito desde la etapa policial”⁶⁰, conforme se menciona en la propia carta fundamental.

Creemos que esto es producto aún del resabio cultural inquisitivo fuertemente estructurado en todos los operadores del derecho, la restricción del importante rol del Ministerio Público en la persecución del delito, se constata mejor y claramente en la propia Ley Orgánica del Ministerio Público,⁶¹ en cuyo artículo 9 se señala textualmente:

“Artículo 9.- El Ministerio Público, conforme al inciso 5) del Artículo 250 de la Constitución Política, vigila e interviene en la investigación del delito desde la etapa policial. Con ese objeto las Fuerzas Policiales realizan la investigación. El Ministerio Público interviene en ella orientándola en cuanto a las pruebas que sean menester actuar y la supervigila para que se cumplan las disposiciones legales pertinentes para el ejercicio oportuno de la acción penal”.

De esta manera se renunció a la real dirección de la investigación del delito por parte del Ministerio Público, y en la práctica fue y sigue siendo con la legislación vigente, que las Fuerzas Policiales son las que realizan la investigación, en donde la participación del Ministerio Público es de solo vigilancia y orientación,

⁶⁰ Artículo 250 inciso 5 de la Constitución Política del Perú de 1979.

⁶¹ Se refiere al Artículo 9 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, dada por Decreto Legislativo N° 052 del 10 de marzo de 1981.

y en el peor de los casos, de nula participación, salvo el esfuerzo de algunos Fiscales identificados y conocedores del verdadero rol del Ministerio Público.

A este respecto es pertinente citar las palabras del profesor Víctor Cubas Villanueva quien señala que “En la práctica el Ministerio Público es Mesa de Partes de la Policía Nacional, legitima el trabajo de ésta y formaliza denuncia por el mérito de lo actuado a nivel policial, omitiendo ejercer las facultades que le permiten seleccionar los casos que debe llevar ante el órgano jurisdiccional”⁶².

A pesar de esta realidad, el marco constitucional ideado por la Carta de 1979 constituyó un avance importante para distinguir las funciones de acusación de la función jurisdiccional, a través de sus propios órganos competentes, el Ministerio Público y el Poder Judicial.

Otro aporte que trae la Constitución de 1979, en cuanto a los derechos fundamentales se refiere, y específicamente a los principios constitucionales penales y procesales, es la configuración de las garantías mínimas de protección judicial, en conformidad a los estándares internacionales establecidos por los tratados internacionales de derechos humanos, como son los siguientes:

- a) Establece la publicidad de los juicios penales (art.233.3), consagrando de esta manera el principio de publicidad como uno de los principios o características fundamentales del proceso penal garantista;

⁶² CUBAS VILLANUEVA, Víctor (2005). “El Ministerio Público y la Investigación Preparatoria”. En: AA.VV. *El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales*. Lima: Palestra, p. 14.

- b) Consagra como derecho fundamental y garantía constitucional procesal a la vez, el principio de la motivación escrita de las resoluciones, en todas las instancias, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos en que se sustentan (art.233.4);
- c) Establece el derecho a la indemnización por los errores judiciales cometidos en los procesos penales (art.233.5);
- d) Consagración del principio del indubio pro reo, es decir, la aplicación de lo más favorable al reo en caso de duda o de conflicto en el tiempo de leyes penales (art.233.6);
- e) La inaplicabilidad de la analogía en materia penal (art.233.7);
- f) El derecho de defensa y a un juicio previo (art.233.9);
- g) La proscripción de la condena en ausencia (art.233.10);
- h) La cosa juzgada (art.233.11);
- i) La invalidez de las pruebas obtenidas en contravención de derechos fundamentales (art.233.12);
- j) El derecho a gozar de un interprete y hacer uso de su propio idioma (art.233.15);
- k) La indemnización por detenciones arbitrarias (art.233.16);
- l) El derecho a la instancia plural (art.233.18);
- m)El derecho de los reclusos sentenciados a ocupar establecimientos penitenciarios sanos y convenientes (art.233.19);
- n) La proscripción de la tortura o tratos inhumanos o humillantes (art. 234 primer párrafo).

Lamentablemente la consagración de estas garantías mínimas no fue aparejada de la reforma del proceso penal, aun siguió y sigue rigiendo el Código de Procedimientos Penales, en donde el modelo proceso penal mixto, con arraigada cultura inquisitiva, no será garantía ni del debido proceso, ni de la protección de los derechos fundamentales en juicio.

Será con la **Constitución de 1993** que se establece las bases formales para un proceso penal democrático, donde en consonancia con las tendencias modernas se perfila un modelo constitucional del proceso penal, en la que se diferencian la función acusatoria de la función de juzgamiento, siguiendo de esta manera la tendencia establecida por el Código procesal Penal modelo para Iberoamérica de 1988 que, “en su objetivo de “acentuar la forma acusatoria del proceso penal”, han querido reemplazar al juez instructor, por una preocupación central y lógica: “No es susceptible de ser pensado que una misma persona se transforme en un investigador eficiente y, al mismo tiempo, en un guardián celoso de la seguridad individual; el buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor..”⁶³.

La carta fundamental de 1993 precisa una nueva atribución constitucional del Ministerio Público, por un lado, en el artículo 159 se ratifica sus funciones de persecutoria del delito, y por otro lado, se redefine el rol del fiscal en la investigación, disponiéndose en el inciso 4) lo siguiente:

⁶³ ANGULO ARANA, Pedro (2007). *La Función del Fiscal. Estudio comparado y aplicación al caso peruano*. Lima: Jurista editores, p. 577.

“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.”

Esta nueva función constitucional será desarrollada en el **Nuevo Código Procesal Penal del 2004**, estableciendo el artículo 60.2 que:

“El Fiscal conduce 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.”

Y el artículo 61.2 se precisará este rol de la siguiente manera:

“Conduce la Investigación Preparatoria. Practicará u ordenará practicar los actos de investigación que corresponda, indagando no sólo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado. Solicitará al Juez las medidas que considere necesarias, cuando corresponda hacerlo”.

De esta manera no solo se establece una nueva función constitucional del Ministerio Público, sino que se redefine el rol del fiscal, al otorgarle un verdadero rol protagónico en el proceso penal, como es la “conducción” de la investigación del delito. Así también, se redefine las etapas del proceso penal, estableciéndose la etapa de la investigación preparatoria la cual estará a cargo del Fiscal.

Bajo esta misma orientación, el Profesor Pedro Angulo Arana afirma que:

*“...la actividad que ahora se encomienda al fiscal resulta netamente nueva; puesto que antes, lo que se denominaba investigación fiscal, dentro de la actividad indagatoria, constituía apenas una actividad de averiguación elemental, para proveer fundamentos razonables a la formalización de la denuncia. Ello quería decir, simplemente, comprobar la veracidad del hecho y sus características de delito. Luego, la responsabilidad por la investigación formal en sí, pasaba al juez. (...) Ahora en cambio, el fiscal aparece responsabilizado de dirigir la actividad policial de investigación de los delitos, lo cual supone ejercer un vasto control de una actividad cada vez más técnica, que posee sus propias dificultades y aristas y que es realizada por integrantes de otra institución. Por otro lado, el fiscal tiene especial interés en el accionar policial, específicamente en relación a la adquisición de prueba y al respeto a los derechos fundamentales del justiciable”.*⁶⁴

El Profesor Víctor Cubas Villanueva, resumiendo la evolución de las funciones y atribuciones del Ministerio Público señala:

“Como podemos apreciar en nuestro país, las funciones y atribuciones del Ministerio Público han evolucionado desde una intervención puramente pasiva, limitada a emitir dictámenes ilustrativos previos a las resoluciones judiciales, conforme al 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 del 2004 decreto legislativo 957 convirtiendo así al Fiscal en

⁶⁴ *Ibíd.*, pp. 577-578.

Investigador. Con esto se superan los problemas de supuesta inconstitucionalidad del modelo procesal propuesto en 1991 y se ratifica la voluntad del legislador de implementar un nuevo modelo procesal penal, que Florencio Mixán denomina “acusatorio garantista”⁶⁵.

En cuanto a las garantías constitucionales, la Constitución de 1993 utiliza la expresión de principios y derechos de la función jurisdiccional, los cuales están establecidos en el artículo 139, y para efectos del proceso penal son los siguientes:

- a) La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional (139.1);
- b) La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional (139.2);
- c) La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (139.3);
- d) La publicidad de los procesos (139.4);
- e) La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias (139.5);
- f) La pluralidad de la instancia (139.6);
- g) La indemnización por errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias (139.7);
- h) El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (139.8);
- i) El principio de la inaplicabilidad de la analogía en materia penal (139.9);
- j) El principio de no ser penado sin proceso judicial (139.10);
- k) El principio de lo más favorable al procesado (139.11);
- l) El principio de no ser condenado en ausencia (139.12);

⁶⁵ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Ob. Cit., p. 235.

- m) La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada (139.13);
- n) El principio de inviolabilidad del derecho de defensa (139.14);
- o) El principio de ser informado, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención (139.15);
- p) El derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados (139.21);
- q) El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (139.22).

Estos principios hay que conjugarlos con la protección de los derechos fundamentales establecidos en el artículo 2 y el artículo 3 de la norma fundamental, con los cuales se modela un proceso penal garantista y protector de derechos fundamentales, siguiendo los estándares internacionales de protección de derechos humanos.

En consecuencia, la reconfiguración del rol del Fiscal en el proceso penal va en consonancia con la reforma procesal penal que se viene dando en Iberoamérica, donde se configura un nuevo modelo procesal penal denominado “*acusatoria garantista*” o “*acusatorio adversarial*” o “*con rasgos adversariales*”, cuya característica más resaltante son⁶⁶:

⁶⁶ REYNA ALFARO, Luis Miguel (2006). *El proceso penal aplicado. Guía de interpretación y aplicación de las normas del proceso penal para jueces y abogados litigantes*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 27.

a) El replanteamiento de los roles institucionales, donde el Ministerio Público es el órgano persecutor del delito y titular del ejercicio de la acción penal pública, para ello conduce la investigación preparatoria y cumple la función acusatoria; la Policía Nacional se constituye en un órgano técnico de apoyo obligado a cumplir los mandatos del Ministerio Público; el Poder Judicial le corresponde la función decisoria, es decir, la función de juzgamiento, además ejercerá la función de control de la investigación preparatoria, a fin de garantizar en esta etapa los derechos fundamentales de los sujetos procesales.

b) Se consagran principios fundamentales del proceso penal, como son: el principio acusatorio (Art. 356.1), el principio de contradicción (Art. I.2 y 356), el principio de igualdad de armas (Art.I.3), el principio de inviolabilidad del derecho de defensa (Art. IX), principio de la presunción de inocencia (Art. II), el principio de la publicidad del juicio (Art. I.2 y 357), el principio de oralidad (Art. I.2 y 356.1), el principio de inmediación (Art. 356.1), el principio de identidad personal (Art. 356.1), el principio de unidad y concentración (Art. 356.1).

c) La flexibilización del proceso penal estableciendo facultades discrecionales para el Ministerio Público de abstenerse de ejercitar la acción penal basado en la aplicación de criterios de oportunidad, aplicando el principio de oportunidad (Art.2), así como solicitar al juez la terminación anticipada del proceso (Art. 468), también podrá solicitar la conclusión anticipada del juicio (Art. 372) y el retiro de la acusación (Art. 387.4).

5.2.2. La prueba en el nuevo proceso penal

La reconstrucción de los hechos a través de la actividad probatoria es, sin duda, el aspecto más relevante de la función judicial; y, en ella se concentran los problemas vitales del procesalismo penal contemporáneo. ¿Qué probar? ¿Cómo probar? ¿Qué límites tiene la actividad probatoria? ¿Cuál es su punto de partida? ¿A través de qué instrumentos, aceptados en un Estado Constitucional, es posible llegar a la meta del esclarecimiento, propia del proceso penal? ¿Cuál es el papel de las partes? ¿Qué rol juega el órgano jurisdiccional en la actividad probatoria? En fin, son numerosas las preguntas, y las respuestas aún no están acabadamente cumplidas; existe un espacio brumoso y conflictivo por donde inevitablemente discurre la actividad judicial, muchas veces más avanzada que la labor de los juristas, y que en buena cuenta consolida aquella expresión germana de que el Derecho Procesal Penal es Derecho Constitucional aplicado.

Tenemos frente a nosotros un serio intento de sistematización y de carácter analítico de las instituciones vinculadas a la prueba penal, a partir del NCPP, que por lo demás es la tarea propia de la dogmática jurídica. Esta es la necesidad del libro objeto de comentario. Un nuevo Código Procesal no sólo constituye (i) un programa de acción para los órganos públicos concernidos –que ya es bastante y, a menudo, frustrante por las extremas debilidades en la formulación y gestión de políticas públicas–; (ii) plantea una interpelación a la abogacía –en su trabajo cotidiano, en sus rutinas profesionales, en sus criterios profesionales de afirmación y determinación de los hechos relevantes para justificar técnicamente su pretensión o su resistencia–; y (iii) establece un reto para la enseñanza legal, que ahora requiere

de un acercamiento distinto al Derecho, una nueva aptitud frente a los modelos de enseñanza, que deben incidir o seguir creativamente las nuevas dinámicas procesales que ponen su acento en la oralidad y en el contradictorio efectivo como principios rectores del juicio jurisdiccional. (iv) También exige una nueva mirada del quehacer judicial, un acomodo o cambio de perspectiva cultural. Si la prueba es una institución de configuración legal: prueba es lo que la ley dice que es prueba – sin duda alguna asentada en un piso constitucional sólido, cuya base es la garantía genérica de la presunción de inocencia, y sin desconocer que existen límites o prohibiciones de prueba que, como apunta GÖSSEL, tienen la misión de tutelar los intereses del individuo frente a la persecución penal del Estado–, es inevitable entonces hurgar, analizar, sistematizar, llenar de contenido constitucionalmente lícito a cada institución del derecho probatorio penal.

El NCPP, como se sabe, es particularmente cuidadoso en regular la prueba penal. Tiene asignada una Sección íntegra a ella: la Sección II del Libro Segundo “La Actividad Procesal”, que la aborda en cerca de 100 artículos, del 155° al 252°, dividida en cinco títulos: preceptos generales, medios de prueba, búsqueda de pruebas y restricción de derechos, prueba anticipada y medidas de protección. Asimismo, regula la actuación probatoria y el papel del juez sentenciador en la Sección III Juzgamiento del Libro III “Proceso Común”, en aproximadamente 50 artículos: 356°/403°, la misma que establece la oportunidad de la actuación probatoria, estipula la dinámica de la ejecución de la prueba, y concreta las reglas de la valoración y el marco de la declaración de hechos probados, en su inevitable relación con los principios acusatorio y de contradicción.

Tan impresionante tejido normativo, aunque por su complejidad y extensión, siempre insuficientes –vistos los amplios y constantemente novedosos problemas que suscita en la vida diaria–, en primer lugar, necesita de una ordenación y sistematización, de un análisis específico y, también, global o integrado de todo el Código en función a cada institución probatoria abordada; y, en segundo lugar, requiere de la configuración o, mejor dicho, identificación de una red de principios que en vía de integración jurídica y de apoyo a la correcta interpretación de las disposiciones del NCPP –que, enseña Armenta Deu ese es el papel de los principios jurídico procesales, que se deducen del ordenamiento jurídico concreto.

En esta perspectiva, que me parece la más interesante y enriquecedora, es que debe ponderarse y elogiarse un trabajo tan riguroso y meticuloso como el que nos ofrece Pablo Talavera, que opta , en palabras de Urbano Castrillo, por una teoría de la prueba, racional y sensata, fundada en una valoración alejada de cualquier asomo de arbitrariedad.

Un manejo adecuado de la fuente de prueba permite diferenciarla acabadamente del instrumento procesal que sirve para incorporarla al proceso – medio de prueba– y entender que no es exactamente la naturaleza material o personal de la fuente lo que determina el medio a utilizar, sino la forma en que la fuente se manifiesta y quién la produjo.

En consecuencia, como aclara Asencio Mellado, no cualquier manifestación personal ha de ser incorporada a través de la prueba testifical, no puede confundirse las declaraciones con la representación de los hechos que consta en soportes o que

niega virtualidad a la existencia de percepciones u opiniones formadas al margen del proceso y por sujetos independientes del mismo.

Creo que son objeto de debate inmediato, sobre el que el autor propone sus puntos de vista de procesalista agudo y bien informado, (i) la prueba de oficio –que algunos desubicados persisten en negar, reduciendo irrazonablemente la función del juez penal a ser un mero árbitro, configurando en la práctica un juez penal con menos poderes que el juez civil, pese a los intereses públicos prevalentes, del Derecho penal, que entraña el proceso penal, ¡una locura!–; (ii) la preconstitución probatoria, que no ha sido tratada con la debida diligencia en el NCPP y que, por tanto, su concreción demandará un mayor esfuerzo dogmático y jurisprudencial ; y, (iii) la prueba prohibida, especialmente en las reglas de excepción, y su imbricación con la más reciente jurisprudencia estadounidense, faro y brújula en estos temas, reconocido por tirios y troyanos.

Sobre la prueba de oficio poco, pero suficiente, ha de decirse, en principio porque el propio NCPP la acepta sin ambages. Tal vez ha sido PICO Y JUNOY quien ha sintetizado con mayor acierto la legitimidad y límites internos de esa prueba.

Así, puede decirse lo siguiente: 1. La prueba de oficio tiene su fundamento en el valor justicia –que exige que se determine con exactitud los hechos objeto del proceso–, en el carácter democrático y social del Estado de Derecho y en el derecho a la tutela jurisdiccional. El ejercicio de esta potestad no vulnera el principio acusatorio ni los derechos al juez imparcial y a la defensa de las partes. Su negativa, en todo caso, haría menos eficaz el proceso penal. 2. La iniciativa del Juez, para

evitar colisionar con ese principio y derechos, requiere que se ciña a que la prueba actuada se ciña a los hechos alegatos y discutidos por las partes – con lo que protege el acusatorio–; que las fuentes de prueba consten en la causa –con lo que se protege la imparcialidad judicial, evita la actividad inquisitiva encubierta–; que se permite a las partes intervenir en su práctica y que puedan contradecirla.

La denominada prueba preconstituida es, sin duda, el aspecto, hoy en día, de más alto nivel polémico. El NCPP tiene señalado en su artículo 325° el carácter de prueba de las “actuaciones objetivas e irreproducibles” –que el artículo 425°.2 denomina “prueba preconstituida”– siempre que se lean –forma de reproducción o ratificación– en la estación oportuna del juicio oral. Una propuesta explicativa y sistemática en orden a esa prueba, que puede ayudarnos a identificarla, calibrarla y valorarla, es la de Asencio Mellado. Resalto, ahora, tres ideas centrales:

1. La prueba anticipada y la preconstituida se practican con anterioridad al juicio, sede natural de la prueba plenaria, cuyo valor probatorio se centra en su carácter irrepitible y, luego, como criterio adicional, en la noción de urgencia.

2. La prueba preconstituida –acto de investigación de carácter material, no personal, y ordinariamente objetivo, técnico y difícilmente reproducible mediante una testifical–, en cuanto al requisito de irrepitibilidad, éste debe ser valorado caso por caso en atención a las características del acto, al sujeto que lo ha practicado y su posibilidad de reproducción posterior. Esta irrepitibilidad puede responder a diversas situaciones, que demandará diversos criterios de apreciación, en función a su previsibilidad o imprevisibilidad y la segunda, no previsible, que se centran en

pruebas personales, interrogatorios, cuya ausencia no puede preverse (desaparición, muerte, enfermedad, viaje de quien declaró en sede sumarial).

Por otro lado, el requisito de urgencia –que depende de la noción de irrepetibilidad– sólo hace referencia a la autoridad que debe practicar el acto, que legalmente se estima impostergable.

3. El carácter de prueba de este acto de investigación está condicionado al cumplimiento exacto del procedimiento legalmente establecido, y a su reproducción o ratificación en el juicio oral (ingresa a él mediante la prueba documental pública u oficial).

La prueba prohibida [creada por la jurisprudencia USA a partir del caso Weeks, 1914, y que desde su inicio fue considerada como un remedio judicial creado para disuadir de vulneraciones constitucionales, no un derecho constitucional personal, según precisara la Sentencia USA vs. Jones, en 1984], conforme enseña Gimeno Sendra, debe diferenciarse de la prueba ilícita por su objeto y por sus efectos: la primera vulnera el contenido esencial de los derechos fundamentales y determina la inutilización de la prueba originaria obtenida, de imposible corrección –prohibición de valoración del resultado probatorio–; mientras la segunda vulnera normas de rango ordinario, que entraña la nulidad del medio de prueba respectivo, pero que puede subsanarse en determinados casos y, como diría Moreno Catena, posibilita la subsanación del defecto con otras diligencias en la instrucción o en el plenario.

La prueba prohibida – diremos, “originaria”–, a su vez, puede importar la extensión de sus efectos inutilizadores a la llamada “prueba derivada”, en tanto en cuanto, diría Vives Antón, exista conexión de antijuricidad –al nexo causal debe agregarse, necesariamente, el nexo jurídico–. Dicho esto, la Ley procesal no contiene normas de desarrollo para definir y modular los alcances de tan importante institución, y la jurisprudencia extranjera ha oscilado en su apreciación, extensión y efectos de exclusión de la fuente de prueba.

5.2.3. ¿Son convenientes las pruebas de oficio en el sistema acusatorio peruano?

Nuestro sistema penal peruano debe responder a nuestro espacio y tiempo, a nuestra realidad muy propia de nuestro Sistema de Administración de Justicia con todas sus bondades y defectos, dentro de esa óptica pretendo justificar mi respuesta a tan espinosa pregunta, propongo tres argumentos:

a) **Sustento “Filosófico”** en estos momentos estamos viviendo la “*modernidad líquida*” que habla Zigmunt Bauman⁶⁷, es decir, aquella informe y transformable, que contrapone a la solidez y perdurabilidad que preconizaba la modernidad, la obsesión a la compulsión; la conciencia de que la solución de un problema no resuelve todo, pues ella misma genera otro u otros; la incertidumbre, la precariedad; la inseguridad; la vulnerabilidad; la inestabilidad; la ausencia de puntos fijos; la inquietud; la desconfianza en las instituciones; y hasta uno mismo que prefiere la libertad o la seguridad dependiendo del estado en que estemos; los

⁶⁷ ZIGMUNT, Bauman (2004). *Modernidad Líquida*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, p. 87.

sistemas procesales no son ajeno a esto, por eso es imposible afirmar en cualquier lugar del universo un sistema procesal puramente inquisitivo o uno exclusivamente acusatorio; por eso Mirjan R. Damaska⁶⁸ afirma que el mínimo común denominador de cada sistema es inestable, que el sistema se encuentra en constante cambio; que los rasgos del proceso adversarial pueden ser identificados en la Europa Continental, mientras que en tierras angloamericanas también se perciben bastantes rasgos inquisitivos; y que la fragmentariedad característica de los procesos continentales comienza ya a ser utilizada en algunos países angloamericanos, nuestro Código Procesal Penal, tiene connotaciones inquisitivas y acusatorias; en ese orden de cosas yo prefiero por lo menos un Código democrático y eso es suficiente, por ello tenemos un sistema acusatorio ajustado a Perú, a nuestras necesidades, con características y principios propios, que atienda a nuestra cultura y circunstancias de nuestro Perú profundo y moderno; no es correcto por tanto pretender encasillarnos en que esto es Acusatorio por ser su naturaleza acusatoria o inquisitivo o mixto; a la par de ese sistema procesal penal, queremos un tipo de Juez especial (y así nos han formado en la Academia de la Magistratura), es el Juez Hermes o Mercurio es el que corresponde al siglo XXI, el gran comunicador, el Juez de los derechos de tercera generación y mas que todo, el Juez de la fraternidad, construye el derecho lúdico, el derecho postmoderno, integra legislación y jurisprudencia; relativiza las posiciones externar, no trabaja con pirámides, ni códigos, ni casos aislados, ni expedientes, cuenta con mucha información, está en el cielo, en el infierno y en la tierra al resolver conflictos, ocupa los vacíos de las cosas, conecta lo vivo y lo muerto, garantiza la justicia y la paz social; incrementa

⁶⁸ MIRJAN R., Damaska (2000). *Las Caras de la Justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso penal*. Santiago: Jurídica de Chile, pp. 15-17.

su rol protagónico y se encamina resueltamente al impulso oficioso del trámite; hay compromiso con la sociedad y piensa en el futuro de su decisión; por consiguiente este Juez no puede ser un mirador, observador, estático, convidado de piedra, tiene que ser estimado dinámico y no puede decir “*no estoy para subsidiar al Fiscal, ni al abogado del acusado*”, por eso quienes redactaron este Código pensaron en ello sino no tendría de ser tantas normas que culminan y encumbran al Juez para realizar pruebas de Oficio, solo en el supuesto necesario, sin que se puede subsanar errores de los sujetos procesales (Fiscal o Acusado), el Juez por tanto debe cumplir su función de “*averiguación de la verdad*” solo y únicamente cuando la VERDAD se le presenta parcial y deformada, por actuación dolosa o de culpa inexcusable de cualquiera de los sujetos procesales o de ambos; solo así podría rechazar un teoría del caso que gana con la mentira, con la mejor exposición, con el que es más avisado criollamente hablando? No, el Juez debe procurar el valor justicia y el orden justo, con imparcialidad y objetividad; y si el proceso es adversarial, no puede salir de la mesa del proceso, la verdad se construye a partir de las partes, pero bajo la égida del Juez por algo está allí entender la facultad del juez en el ofrecimiento de pruebas de Oficio no solo tiene éste argumento *filosófico* por decirlo de algún modo.

b) Fin del Proceso, pese a la opinión de versados hombres de derecho penal en el país, yo considero que el fin del proceso es resolver el conflicto de orden penal y para ello se tiene que averiguar y lograr la VERDAD, entendida ella como CERTEZA en las decisiones, y para llegar a éste último tiene que pasarse por una serie de estadios del conocimiento, de lo improbable, pasa a lo probable, de este a lo verosímil, y de éste a la certeza, que es lo que busca el hombre de derecho, pues

si pretende encontrar la VERDAD en sí misma, se equivoca, pues ella como aspecto histórico es irreproducible, lo que sí podemos es lograr la averiguación de la verdad jurídica, por tanto lo que podemos es alcanzar la CERTEZA; en la cual no debe existir probabilidad (exigencia para la formalización de la investigación preparatoria), ni verosimilitud (exigencia para las medidas cautelares), ni duda razonable (que debe surgir luego de haber agotado razonablemente las posibilidades de actuación de todas las pruebas); tenemos una tradición histórica de actuar medios probatorios de Oficio, está en nuestro subconsciente de todos los hombres de derecho, por ser investigadores por antonomasia sino hechos un vista a todos nuestros ordenamientos procesales (civil, laboral, etc) en los cuales se pretende siempre buscar y averiguar la Verdad y esto no está mal, inclusive en el Código Procesal Penal donde trabajara el maestro Florencio Mixan Mass, Ricardo Váscones y Arsenio Ore Guardia entre otros juristas, establecieron en el Artículo 65 del Código Procesal Penal⁶⁹ en forma expresa que si el Ministerio Público dirige la investigación del delito, su objetivo consiste en alcanzar la verdad concreta sobre el caso; en el actual Código Procesal Penal, en los artículos: 163, 1; 203, 3; 212, 2; 253, 3; 268, 1, c; 268, 2; 287, 1; 295, 1; 297, 2,b; 313, 2, b; 155, 3. y el 385,2; de éstas trece normas, todo nuestro proceso desde la etapa de la investigación preparatoria hasta el juicio oral hay la posibilidad de actuar medios probatorios de Oficio con fines de averiguación de la Verdad, al cual, muchos jueces todavía son reticentes, abdicando a su función establecida con claridad en nuestro ordenamiento procesal penal; ergo, quieran o no el fin del proceso penal peruano es la

⁶⁹ Este Código que fue promulgado por el Decreto Legislativo No 638 iba a entrar en vigencia el 1 de Enero de 1994 según el D. Ley. No 25641 del 28 de Abril de 1992.

Averiguación de la Verdad, que no la ejerzan (o no quieran hacerlo) en la práctica ya responde a otros intereses que no es el momento analizar.

c) Sustento Normativo Internacional Perú ha ratificado la Convención Americana de San José de Costa Rica, que creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y ésta emitió su Reglamento vigente del 01 de Julio de 2001 en el artículo 44 habla sobre las *Diligencias probatorias de Oficio*; también Perú suscribió el Tratado de Roma, vigente en nuestro país del 1 de Julio del 2002, conocido como Estatuto de la Corte Penal Internacional, también prevé la orden y práctica de pruebas de Oficio durante el juicio, por las Salas de la Corte, tanto en primera como en segunda instancia, así fluye del artículo VI del Estatuto, a partir del artículo 62; y finalmente las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal (Reglas de Mallorca), que si bien no conforman un tratado, que no son imperativas, que no obligan, pero sí son una guía importante y recomendación atendible, no prohíben la práctica de pruebas de oficio dispuestas por el juez en el juicio oral; también se admite en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (Artículo 272), así fluyen de los artículos 25 y siguientes; en el derecho comparado tenemos pruebas de oficio en Italia (Artículo 507 del Código de Procedimiento Penal), en Alemania (Artículo 244 ordinal 2do del Código de Procedimiento Penal), lo mismo sucede con Francia, Paraguay, Venezuela, Colombia⁷⁰; finalizo pensando que las pruebas de oficio son necesario en algún momento determinado para evitar una impunidad repudiable o condena injustificados, por consiguiente su uso es residual, no pretende cubrir los errores del

⁷⁰ PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando (2009). *El Juez penal, juicio oral y pruebas de oficio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 41-42.

Fiscal ni de la defensa del Acusado, la actuación de esos medios probatorio claro está se cumplirá solo cuando se hayan actuado todos los medios probatorios de todos los sujetos procesales. En un caso concreto que se ventilo en un juicio oral en el Distrito Judicial de Huaura, con el nuevo Código, fue un caso en el que entre otras razones se absolvió a un médico que había causado la muerte de una gestante de 38 semanas y medio de embarazo y a su menor hijo por nacer, pese a que habíamos debatido en todo el juicio oral sobre la muerte de dicha madre, la Jueza no lo entendió como hecho notorio, ni admitió como prueba de oficio la incorporación del certificado de defunción, para luego en su sentencia sostener que no estaba probado la muerte de la agraviada; éstas decisiones no solo violan el Principio Lógico de No Contradicción, sino que son absurdas e irracionales y nos hace pensar que las pruebas de oficio deben ser consideradas por los señores Jueces en casos muy específicos y dramáticos (sabemos que en los distritos judiciales donde ingresó en vigencia el Código Procesal Penal, las opiniones están divididas), para que no quede en la sociedad el grado de insatisfacción por una decisión incoherente a la luz del propio Código.

5.2.4. La carga de la prueba en el proceso penal: la disyuntiva judicial entre la prevalencia de los intereses sociales–institucionales o los del justiciable

5.2.4.1. Los poderes probatorios del juez en la instrucción y el debido proceso constitucional

El “debido proceso” ha llegado a ser considerado como uno de los principales derechos fundamentales por su hondo calado en las sociedades y ordenamientos jurídicos de los Estados modernos que se precian de democráticos. Fue uno de los

primeros principios jurídicos en alcanzar rango constitucional con un carácter de protección reforzada. Como lo expresa PICÓ, con dicha constitucionalización se pretendía evitar que hacia el futuro, el legislador pudiese desconocer o violar tales derechos.

De ahí que las preguntas esenciales, objeto de esta reflexión, girarán en torno a si acaso la prueba oficiosa judicial en materia penal se pone en contravía de la principialística constitucional, ¿acaso ella atenta contra el debido proceso? o ¿hasta qué punto priman los derechos fundamentales de estirpe individual frente a los llamados derechos fundamentales de carácter social?

Entre tratadistas que se decantan por la viabilidad de la prueba de oficio en manos del juez se hallan Parra y Taruffo, por considerar que aquella está orientada a la búsqueda de la verdad. En contravía se ubica Alvarado, para quien el proceso solo apunta a una simple resolución de conflictos intersubjetivos de intereses, sin que importe algo más allá. Nosotros nos apartamos de esta línea, pues entendemos que el proceso en el Estado social, democrático y de Derecho no puede ser cualquier tipo de proceso y debe atender, ante todo, a unos fines sociales trascendentales, por lo que el juez se erige en un director activo del mismo en aras al cumplimiento cabal de su función social.

Una institucionalidad democrática, encaminada a la realización de la justicia no se puede concebir si no se halla vinculada al respeto irrestricto por los derechos fundamentales, los que, a su vez, no se efectivizan si no se enmarcan en el respeto absoluto por el debido proceso constitucional. Y será la figura del juez la que hará posible la materialización de la justicia por su intermedio, tal y como lo entendiera

en nuestro medio, en temprano momento, un atrevido jurista como fue el profesor Angarita, al manifestar que el adjetivo “social”, que se adjuntaba a la clásica fórmula del Estado de derecho, no debía entenderse como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado⁷¹.

Y resulta evidente que los derechos se efectivizan en la medida en que los principios–valor constitucionales permean el ordenamiento jurídico, las instancias institucionales y en tanto materializan los fines perseguidos por el propio Constituyente cuando definió el tipo de Estado al que habría de orientarse la acción de los órganos del poder público. Es el juez, en consecuencia, el principal funcionario del Estado social, quien habrá de cuidar, ante todo, de que tal finalidad se verifique por medio del proceso debido, mediante el cual se cuida de las formas y en el que el juez director del proceso se arroja del deber–poder de efectivizar la materialización de los derechos, conferiéndole al juez un intervencionismo limitado y encaminado a hacer respetar los fines, valores y principios constitucionales fundantes del orden propio de un Estado social, democrático y de derecho. El juez habrá de mostrarse, de esta forma, intervencionista allí donde se pongan en entredicho la justicia, la equidad, la paz social, la prevalencia del interés general sobre el particular, el acceso a la Administración de Justicia, entre otros principios–valor.

De manera que el juez debe perfilarse no únicamente garantista de los derechos del justiciable, del individuo, sino también “garantista de los intereses sociales”. En otras palabras, la intervención del juez–director del proceso se puede

⁷¹ Ver. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en Exp. N° 0048-2004-PI/TC, ff.jj. 4-5

traducir mediante el decreto de pruebas de oficio, enmarcado en los postulados jurídico-políticos y axiológicos, entendiendo por proceso debido un instrumento sustantivo para el ejercicio de la función pública judicial.

A modo de anotación esencial, partimos de la concepción acerca de que la finalidad del proceso penal no puede ser otra que la materialización de la justicia, algo que lo diferencia de la clásica concepción que del proceso civil se tuvo durante buena parte del siglo XIX, en el sentido de que éste podía reducirse a la mera resolución del conflicto de una manera civilizada y heterocompositiva, y, que, finalmente, afectaría solo a las partes, mientras que en el ámbito penal la decisión llegaba a afectar, de una u otra forma, las bases de la sociedad, de la institucionalidad, del ordenamiento jurídico mismo.

Paradoja semejante viene a contrastar con la flexibilidad que en materia probatoria en el ámbito civil se ha tornado común al conferirle al juez facultad para decretar y practicar pruebas de oficio, pues el proceso penal, considerado clásicamente modelo de la idea de la “publicización”, se torna adversarial, mientras que, paradójicamente, el proceso civil colombiano desde décadas atrás se enruta hacia su publicización, abandonando su vieja cantera iusprivatista.

Posición que sorprende si hemos de entender la Constitución como orden de configuración política y orden de protección jurídica. Si bien compartimos la idea de que los tribunales constitucionales poseen la función de establecer los límites dentro de los cuales el legislador puede fijar las diferentes opciones políticas que estime pertinentes, la interpretación que el órgano de control de constitucionalidad adelante debe ser siempre conforme a la propia Constitución y a los principios—

valores–fines que allí se definen; una interpretación que debe estar en sintonía, entre otros, con el “principio de la mayor efectividad de los derechos”⁷², razón por la cual la libertad de configuración normativa de que puede llegar a gozar el legislador será de naturaleza limitada, incluso aun cuando actúa como legislador extraordinario, como constituyente derivado, en tanto “poder constituido”. De ahí que estimemos que una norma procesal no puede desconocer la Constitución, pues el legislador se halla vinculado materialmente al respeto por los derechos fundamentales, esto es, no puede operar discrecionalmente con el contenido de los derechos, es decir, no puede colocarse en la posición del Poder Constituyente Primario.

Igualmente se subordinó el Derecho sustancial al procesal, con lo que el juez pasó a ser un convidado de piedra en la litis, con lo que se margina de procurar, ante todo en el desempeño de su misión–oficio: hacer efectiva la justicia material, dando cumplimiento al principio de acceso a la Administración de Justicia y a la eficiencia, en el sistema penal acusatorio, no podría quedar reducido al típico proceso adversarial, puesto que, por el contrario, el juez debía erigirse en “algo más que un árbitro”, al desempeñar un papel activo para el establecimiento de la verdad y en la línea de la aplicación de la justicia material.

5.2.4.1.1 La prueba de oficio vista desde la Constitución

Con relación a la prueba de oficio la labor del juez no puede reducirse a la mera opción interpretativa que le brinda la propia Constitución sino que puede ser,

⁷² Conforme se ha expresado en el derecho y doctrina comparada. Así la Sentencia del Tribunal Constitucional español 18/1984, de 7 de febrero, en la que se consignó que “la sujeción de los poderes públicos a la Constitución se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos [fundamentales] en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los jueces y Tribunales, en el ámbito de sus funciones respectivas”.

al mismo tiempo, “integrativa”, pues debe procurar, en el ejercicio de su trascendental misión, atemperar su resolución, el sentido del fallo al que pueda arribar, a los principios–valores–fines que le delinea el Constituyente Primario al encomendarle la protección de los derechos bajo diferentes modalidades de amparo, tal y como se prevé en la Sentencia de la corte superior de Colombia C-055 de 1995:

... la interpretación de la ley no puede conducir al absurdo” (...) Cuando el efecto de la interpretación literal de una norma conduce al absurdo o a efectos contrarios a la finalidad buscada por la propia disposición, es obvio que la norma, a pesar de su aparente claridad, no es clara, porque las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. El intérprete tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición entre el contexto global del ordenamiento conforme a una interpretación sistemático finalista.

De esta manera, el nuevo juez más que mostrarse como un agente del Legislador y/o del Ejecutivo, debe imponerse a sí mismo que es el principal funcionario del Estado y actuar en consonancia con la idea de que es un ser humano en ejercicio de la función pública con el deber de tutelar los derechos, apegado al debido proceso, obligado al amparo de los derechos fundamentales y con el deber de arribar en sus fallos a decisiones material y formalmente justas.

La Constitución como la primera de las normas del ordenamiento jurídico, como la norma fundante. Es por ello que cualquiera otra norma jurídica, así sea expedida por el Legislador en su calidad de representante del pueblo y órgano legitimado democráticamente para ello o excepcionalmente por el operador

jurídico, debe sujetarse en sus actuaciones a la Constitución y a los principios—valor que de ella dimanar.

El Perú, de acuerdo a nuestra carta magna es un “Estado democrático, social, independiente y soberano”, al ser un Estado social, con todo lo que ello implica en nuevos principios jurídicos y en valores. Por lo tanto, se le atribuyen, dos calidades esenciales: la sujeción formal al derecho, lo que se refiere a la validez, y una sujeción material del mismo a unos contenidos sustanciales atinentes a la justicia.

El modelo de Estado social de derecho exige que el Estado rija el desarrollo de la actividad social, propugnando la defensa del individuo y de su dignidad como fundamento del mismo Estado. De manera que en este modelo de organización política el ente estatal tiene plena “intervención” dentro de la sociedad en procura de la realización de la misma y del individuo. El Estado social de derecho se encamina a la realización de la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional.

El juez, y sobre todo el constitucional, al momento de asumir su función debe atender indudablemente la política pública que en su momento fuera delineada por el Constituyente primario, privilegiándola incluso sobre la coyuntural política de gobierno definida por el Poder político (Ejecutivo y Legislativo). El juez diseñado para el Estado social es muy específico: un juez afecto al desarrollo y logro de la principal función pública del Estado, un juez que en modo alguno fue creado solamente, como dice el profesor Pérez, para aplicar leyes, recordar normas, leer jurisprudencia y hacer remembranza de los principios generales del derecho. Un

juez concebido constitucionalmente para ‘administrar justicia’, “para acabar la incertidumbre, para lograr la paz pública (...) para que realmente sea zanjada la disputa y para que, en verdad, pueda haber paz pública”. Como quien dice, la función natural del nuevo juez es más trascendental que la de “resolver” conflictos de cualquier manera y a título de autoridad: es, ante todo, la de “hacer justicia”.

No cabe duda alguna acerca de que las Altas Cortes de justicia en un Estado de derecho le deben deferencia al Legislador, sobre todo cuando se ocupa de fijar los procedimientos a seguir en materia penal y de política criminal, pero, estimamos, siguiendo en esto al profesor Montero que si bien “el Tribunal Constitucional no puede suplir al legislador en la adopción de las decisiones políticas, sí puede y debe suplir la inactividad o la incoherencia negativa de éste al dejar de declarar incompatibles algunas actividades procesales”⁷³

5.2.4.1.2 El debido proceso como límite a la actuación de los poderes constituidos

En un Estado constitucional el legislador no puede actuar desligado de los vínculos jurídico–constitucionales a la hora de articular los derechos reconocidos en la nuestra carta magna, ente otros. Cabe anotar que el debido proceso en su doble vertiente, tanto procesal como sustancial⁷⁴, no solo se halla definido para la protección del procesado o imputado, sino también en defensa de la sociedad y es

⁷³ MONTERO AROCA, Juan. (1999). *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 247.

⁷⁴ Como el debido proceso probatorio se bifurca en el derecho probatorio sustancial y procesal, en ciertos eventos, con la prohibición taxativa que se le impone al juez penal para que aún “en casos excepcionales” pudiese inclinarse por la prueba de oficio, se puede configurar una violación a este principio, de acuerdo con la naturaleza del Derecho o disposición legal o constitucional que se transgreda.

el juez quien está llamado, mediante sus pronunciamientos, a interpretar y aplicar la Constitución, los tratados y convenios internacionales suscritos por el Estado en materia de derechos fundamentales y libertades públicas. Es mediante su intervención que, a la postre, el derecho interno se adecua al internacional. De manera que tanto la Constitución, en forma directa, como el juez, de forma indirecta, es quien impone condicionamientos al propio legislador.

La esencia del proceso penal, en un sistema jurídico que se precie de garantista, no es otra que la de afincar con claridad el “*thema probandum*” o de la necesidad de la prueba. Es allí en donde se definirá qué es lo que debe ser probado y a quién o a quiénes corresponde dicha carga. De antemano dejamos claro que la actividad probatoria en el proceso penal concierne principalmente a las partes, ostentando, eso sí, la carga mayoritaria el ente acusador del Estado, sin perjuicio de que el juez excepcionalmente esté llamado a la depuración de aquellas pruebas que le generen duda o incertidumbre. Ello concebido desde la perspectiva de que el proceso tiene una doble finalidad: la realización de la justicia y la garantía de los derechos, pero no solo del justiciable sino también de la sociedad. Esto es algo que, en ocasiones, en nuestro medio, se torna problemático conciliar y hasta ponderar, pues en el proceso concurre la idea de hacer efectivo el interés general de la sociedad incluso sobre el interés del individuo, de la persona, del justiciable.

La labor del juez penal, en no pocas ocasiones concretas, se torna sumamente difícil por la duda que lo puede embargar al momento de resolver de fondo, pues no sabe, a ciencia cierta si privilegiar los valores—fin a la justicia, a la institucionalidad, al interés general, al bienestar común, a la sociedad civil, a la

verdad de los hechos o, si, en otra línea, limitarse a preservar a aquellos encaminados a la verdad formal, a las garantías de la persona, del justiciable. En caso de duda razonable, cuando no exista suficiente prueba, se presente la insatisfacción de la misma o no se hallen elementos serios de convicción, antes de exigir responsabilidad o de absolver al imputado, podría, entonces, agotar un último esfuerzo procesal en aras a llevar claridad a su decisión. La carga de la prueba debe apreciarse desde un punto de vista mixto: desde el formal, serían las partes –Fiscalía y defensa– las que deben probar, pero desde el punto de vista material, la carga de la prueba es de todos los sujetos del trial, y, por ende, el juez penal debe disponer de cierta iniciativa probatoria para casos complejos⁷⁵. Pues lo que el juez debe administrar no es cualquier tipo de justicia, no es la meramente formal, es la material, que es el imperativo del Estado social.

Aunque nuestra dogmática penal en el Nuevo Código Procesal Penal de 2004, ha dispuesto como principio rector la presunción de inocencia y el “*indubio pro reo*”, haciendo radicar en la Fiscalía, en su calidad de ente acusador del Estado, la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal, definiendo taxativamente que “en ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria”, estimamos, “*contrario sensu*”, que sin afectar el garantismo debido, el juez en un momento dado, en caso de albergar alguna duda que podría ser resuelta mediante una prueba aclaradora, se haya legitimado para proceder a decretarla, siempre y cuando, reiteramos, con ella

⁷⁵ Si bien el sustento judicial de la sentencia se hace en buena medida con lo que las partes inmersas en el litigio aportan, fortaleciendo o desvirtuando la pretensión, en este caso punitiva, no basta con ello, pues un juez en un Estado social, democrático y de Derecho no solo administra justicia de forma pasiva y formalista, sino que, ante todo debe procurar el que efectivamente se realice la justicia. Si bien la convicción que se gesta en el juez respecto del caso del que conoce es inducida, no se puede negar que igualmente es racional. Es por ello que consideramos que en modo alguno atenta contra el garantismo la posibilidad de que el juez penal pueda excepcionalmente recurrir al decreto y práctica de pruebas de manera oficiosa.

espere fundar su convencimiento arrimando, de paso, certeza al debate. De igual manera, el imputado o su defensor pueden definir su estrategia de defensa por activa o por pasiva, en plena igualdad con el ente acusador para “solicitar, conocer y controvertir las pruebas”.

Si se quiere superar la visión formalista de la sentencia, el interés público y la salvaguarda del orden constitucional, sería suficiente, para que el juez decidiera, aún contraviniendo a sus superiores jerárquicos funcionales, acudir al decreto de la prueba de oficio, desde luego, no de manera arbitraria ni caprichosa, sino apegado a una motivación racional que justifique su decisión, sobre todo si ésta se enfoca al descubrimiento de la verdad de los hechos. Ante la incertidumbre y la duda que en ocasiones puede embargar al operador jurídico, resultaría igualmente natural que éste pueda intervenir en la actividad probatoria, si bien no teleológicamente encaminado a beneficiar a una de las partes, sino exclusivamente a estatuir la verdad de los hechos y realizar la justicia del caso concreto.

Acogerse cerradamente en este aspecto a lo estatuido por el Legislador penal de 2004, en el fondo no es más que abogar por la restricción judicial y no es más que desvirtuar en la práctica la idea que originariamente se tuvo con la implantación del sistema acusatorio, esto es, la disminución de los escandalosos niveles de impunidad en procura de la realización efectiva del valor justicia. En un Estado social la justicia no puede quedar reducida a la simple forma, ni tampoco a una negociación eficientista; ella debe ser ante todo sustancia, certeza, más que persuasión y convencimiento, orientada de cara a la actuación de valores públicos.

La justicia penal no puede agotarse en el mero eficientismo, por el contrario, hay que procurar su eficacia.

Plegarse ciegamente al artículo 155 del NCPP de 2004, como lo reclaman los penalistas oportunistas y dogmáticos en la defensa no tanto de la justicia como sí de sus casos individuales, bajo el prurito de que el juez no puede mostrarse excepcionalmente oficioso en materia probatoria por implicar el desmoronamiento de la filosofía del sistema adversarial, en la práctica no es más que reducir al juez al desempeño de un triste papel, que ni siquiera en la época más obtusa de la mentalidad montesquiana del juez se tuvo. Imponer en la práctica del foro la línea del legislador procesal penal del 2004, implicará hacer de los jueces penales unos convidados de piedra en el proceso y en el debate, unos operadores jurídicos que no actúan, que no preguntan, que no decretan pruebas, que no intervienen en su práctica, que solo observan, que son de mármol, fríos y distantes. Caben, al respecto, unos pertinentes interrogantes: ¿cuál será entonces en un Estado social de derecho la función y la finalidad de la jurisdicción? ¿Qué debemos privilegiar, la simple seguridad jurídica formal o la realización material de la justicia? ¿Si nos vamos a quedar en el mero eficientismo que aúpan las políticas de Gobierno y el Consejo Superior de la Judicatura, para qué está la jurisdicción, para qué el proceso, para qué la prueba y para qué la sentencia?

En lo personal, así resultemos nadando a contracorriente de la idea aceptada comúnmente, consideramos que el derecho procesal y el probatorio, más que inspirarse desde el poder, desde el autoritarismo deben acendrase en el respeto por los principios constitucionales, afincados en torno al debido proceso, pues más que

el efficientismo lo que debe importar es el valor justicia. Pues retomando un viejo “*dictum*” ius naturalista de corte racionalista, si el derecho no está mediado/orientado por la justicia, no es derecho, pues el auténtico derecho es el que se muestra como el instrumento realizador de la justicia. Es a ello a lo que debe atender el derrotero del discurso doctrinario de los procesalistas modernos.

Como lo señala el profesor Rivera en un análisis crítico de la relación prueba-verdad en el campo jurídico, bajo la visión de prueba legal tradicionalmente “se construyó un sistema probatorio cerrado, formalista, con un conjunto de reglas probatorias que abarcaban las actividades posibles de prueba de los hechos. No se pensó en un sistema dinámico, ni mucho menos apreciar la verdad y la prueba como un proceso dialéctico”. De ahí que se haya impedido que en el proceso penal se pueda, en ocasiones, fallar sobre la verdad del hecho, limitándose el juez a decidir con lo que aparece probado en el interior del proceso y aplicando el principio del ‘*in dubio pro reo*’, con lo que si bien se respetan las garantías debidas al justiciable, resulta, no obstante, que la decisión deviene en una evidente burla a la justicia, que es el valor central del nuevo constitucionalismo.

De acuerdo con la cláusula de Estado social, democrático y de derecho, regido por valores y principios con los que se procura un orden justo, anclado en la primacía de los derechos fundamentales, estimamos que el juez presenta facultades o iniciativas probatorias, para actuar incluso de oficio, cuando, en un caso concreto que le es sometido a su decisión, encuentra duda u oscuridad en lo que probatoriamente le aportan las partes, y, ante semejante insuficiencia debe adoptar los correctivos del caso, enfocados a iluminar su decisión y a dotarla de un mayor

grado de certeza. Tal es la razón por la cual el juez puede gozar constitucionalmente de un cierto grado de libertad no sólo para apreciar las pruebas y depurarlas, sino incluso para decretarlas y practicarlas de oficio. Discrecionalidad que tampoco puede ser entendida como sinónimo de arbitrariedad.

Los jueces en el nuevo paradigma que impone el constitucionalismo moderno, incluso los penales, están abocados a una labor hermenéutica en su función cotidiana de otorgar justicia, pues la sentencia es, de un lado, un proceso de interpretación de los hechos, y, de otro, también de aplicación del derecho vigente, que no se reduce únicamente al derecho legal, sino que habrá de entenderse como integralidad en términos dworkinianos, esto es, en atención al ordenamiento jurídico constitucional, de estirpe supralegal e incluso transnacional.

Si bien el juez penal se halla atado al Derecho procesal de naturaleza legal, también es cierto que se puede desmaniatar de él, pues ante todo se debe es al orden jurídico cuando administra justicia. La libertad de configuración procesal del Legislador, a la luz del derecho de nuevo cuño, no es ya absoluta, ni goza de omnímoda libertad para establecer requisitos procesales, pues como lo ha señalado claramente la doctrina española, ... constitucionalmente no son admisibles aquellos obstáculos que pueden estimarse excesivos, que sean producto de un innecesario formalismo y que no se compaginen con el derecho a la justicia o que no aparezcan como justificados y proporcionados conforme a las finalidades para las que se establecen, que deben ser, en todo caso, adecuadas al espíritu constitucional, siendo

en definitiva el juicio de razonabilidad y proporcionalidad el que resulta trascendente⁷⁶.

De manera que acogidos a esta tesis de la doctrina comparada, no resultarían válidos aquellos obstáculos procesales definidos por el Legislador, producto de un irracional formalismo que atente contra el derecho a la justicia ni a su aseguramiento, conforme se dispone ampliamente en la parte dogmática de nuestra Carta Constitucional⁷⁷.

5.2.4.1.3. Facultades probatorias del juez en el derecho comparado

Comúnmente se ha entendido que el aumento de los poderes del juez es característica propia de un Estado totalitario y/o autoritario, algo que no necesariamente se corresponde con lo que se aprecia en las sociedades modernas. Los poderes de instrucción del juez más que para amparar los intereses supremos del Estado, se hallan diseñados en realidad para: i) garantizar la igualdad de las partes en el litigio; ii) cuidar de los intereses sociales, inclusive sobre los de los gobernantes, y, iii) permitir la realización efectiva de la justicia. Si se aboga por una cierta discrecionalidad en esta materia para el juez es precisamente porque éste debe ser concebido libre e independiente de la administración, de los poderes Ejecutivo y Legislativo, por asumirse que se ha desligado de la mera imagen de funcionario de segunda, incondicional al poder político, en el entendido de que se debe a la justicia, al derecho, al ordenamiento jurídico y no solamente al poder. Se perfila en él una nueva inclinación no exclusiva al amparo de los derechos individuales de los

⁷⁶ GONZÁLEZ PEREZ, Jesús (1984). *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Editora Civitas, pp. 60-61.

⁷⁷ *Ibíd.*

ciudadanos o a los del Estado, sino también a los intereses públicos y sociales, incluso en ocasiones contrarios a los del propio Estado en nombre de quien ejerce su poder.

El hecho de que el juez pueda llegar a ostentar, en un momento determinado, un cierto poder de discrecionalidad que le permita disponer de oficio de algunas pruebas dentro del proceso del que conoce y que no hayan sido inducidas por las partes, no necesariamente implica que el tipo de sistema procesal que se lo permita degenerare peligrosamente en autoritario ni que se incurra en un “*gouvernement des juges*”. Acentuar el papel del juez en los diversos procedimientos de los que debe conocer resulta incluso conveniente, como bien lo ha demostrado el profesor Taruffo al señalar, desde el derecho comparado, cómo en varios ordenamientos democráticos modernos así se estila, sin ningún trauma o déficit para el sistema democrático–garantista. Tal ocurre en sistemas jurídicos de tipo continental como en el caso francés, en virtud del artículo 10 del Código de Procedimiento Civil; en el caso del artículo 37 de la Ley Procesal Federal suiza; en el artículo 281 del Código de Procedimiento Civil italiano con su reforma de 1998; amplios son los poderes de iniciativa instruccional que posee el juez en ciertos procesos especiales, como es el artículo 88 de la Ley de Procedimiento Laboral español de 1990; igual en el caso alemán, en donde en el mismo sentido se le atribuyen al juez algunos poderes de instrucción, como se percibe en los artículos 142 y 144 de la Zivilprozessordnung de 2001.

En el sistema anglosajón aún son más evidentes los poderes de dirección de juez, por ejemplo, “la regla 614(a) de la Federal Rules of Evidence atribuye al juez

el poder de disponer de oficio de pruebas testimoniales no deducidas de las partes, mientras que la regla 614(b) le atribuye el poder de interrogar acerca de los textos, deducidos de las partes o solicitados de oficio por el mismo juez. Igualmente, la Regla 706 le atribuye el poder de disponer de oficio consultas técnicas, nombrando expertos”⁷⁸. Las Civil Procedure Rules de 1998, que transformaron en parte el sistema del proceso inglés, le atribuyeron al juez amplios e intensos poderes de dirección del mismo, de control sobre la adquisición de pruebas. Ello no significa que se trastorne el sistema procesal ni que se abandone la senda democrática de los ordenamientos, ni mucho menos que se vulneren los derechos de las partes ni que se sobredimensionen los poderes del juez hasta el punto de conducir a su omnipotencia y a la dictadura judicial.

El legislador penal colombiano, en contravía no solo con los valores y principios constitucionales prohijados en nuestro ordenamiento sino incluso con la propia sistemática del Código, como se evidencia al obviar su Título preliminar, dedicado a los Principios rectores y Garantías procesales, taxativamente consagró, en la codificación penal adjetiva. Algo regresivo en un Estado que se presume social. Está bien que se siga como regla general, pero contemplando la posibilidad excepcional de que ante ciertas circunstancias el juez la pueda practicar. De ahí que se debió haber declarado la exequibilidad modulada o condicionada en este sentido de tal artículo, en sintonía con lo señalado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

⁷⁸ TARUFFO, Michele. Ob. Cit., pp. 17-25.

5.2.4.2. El juez y la carga de la prueba a la luz de los postulados del Estado Social, Democrático y de Derecho

Discusión que ha desgastado a los juristas desde tiempos inmemoriales ha sido aquella sobre quién tiene la obligación de probar en un proceso judicial. Problema que no ha sido pacíficamente zanjado. Para unos tratadistas, en especial los italianos, la carga de la prueba incumbía al demandado. Una corriente ecléctica ha estimado que a ninguna parte inicialmente se le atribuye tal obligación, sino que el debate probatorio se inclinaría a darle la razón a aquella de las partes que mejor prueba aportara. En Roma dicha carga recaía en ambas partes. Otros consideran que no es la disposición legal sino el juez quien determina a quién corresponde la obligación de la prueba, ello sin perjuicio de que otros, por el contrario, señalen que dicha carga corresponde a quien afirma y, por lo tanto, al demandante, y, desde luego, no faltó tampoco quién señalara que la prueba correspondería al más débil, es decir, al justiciable, al acusado, al demandado. Por ejemplo, para Bentham (2002), con un gran criterio de racionalidad, la carga se impone a aquella de las partes que pueda satisfacerla con menores inconvenientes, con menor pérdida de tiempo o con menor incomodidad, algo que se puede complementar con otro postulado como el de que aquella (la prueba) no constituye un deber jurídico, sino una necesidad de hecho en la que se encuentra la parte que acude a la autoridad judicial y que parece ser la tendencia adoptada en el Código de Napoleón, bajo el principio que señala que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega. Ésta fue la línea que siguió el Código Civil colombiano en el artículo 1757.

Esta discusión teórica se produjo bajo formas de sociedad y de Estado diversas, desde la Antigüedad clásica hasta el Estado legislativo, individualista y liberal, centrado en torno al sagrado principio de la propiedad privada y de la seguridad jurídica. Pero a partir del apareamiento del constitucionalismo contemporáneo y de la consolidación del Estado social la discusión se ha renovado, en seguimiento de otros derroteros, en particular en el ámbito colombiano a partir de 1991 cuando teóricamente se opera una ruptura frente al esquema constitucional tradicional.

Para entender la noción de la carga de la prueba resulta indispensable, según Devis, distinguir dos aspectos de la misma:

1) Por una parte, es una regla para el juzgador o regla de juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales ha de basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitando proferir un *'non liquet'*, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2) Por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria), para que sean considerados por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones (...)⁷⁹.

Así continúa hasta concluir que carga de la prueba “es una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe

⁷⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. Cit., p. 424.

fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables”⁸⁰.

En síntesis, el principio de la carga de la prueba señala que cada parte en un proceso debe suministrar la prueba de los hechos de las normas que contienen el efecto jurídico que ellas persiguen. Al mismo tiempo, es una regla de conducta para el juez, mediante la cual puede decidir de fondo un asunto determinado cuando falta la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar⁸¹.

Pero no todo proceso jurisdiccional se maneja de la misma manera. No es lo mismo la carga de la prueba en materia penal o constitucional que en materia civil o administrativa. En lo penal y en lo constitucional el proceso se torna “*sui géneris*” en el sentido de que la prueba se asume de distinta manera por los intereses vitales que implica para la sociedad, el individuo y el sistema democrático. Así, por ejemplo, se presenta una serie de presunciones constitucionales que hasta cierto punto hace nugatoria la carga de la prueba para el justiciable o el accionante que actúa en defensa del ordenamiento jurídico en abstracto o en defensa de los intereses de la sociedad. Tal es el caso de la presunción de inocencia (Constitución Política de Colombia, art. 29 superior) y el de la buena fe (Constitución Política de Colombia, art. 83 superior).

⁸⁰ *Ibíd.*

⁸¹ *Ibíd.*

La jurisprudencia constitucional colombiana, en materia de presunción de inocencia, ha señalado, como se colige de la sentencia C-416 de 2002 de la Corte Constitucional, que cuando en el artículo 29.4 de la Constitución Política de Colombia se dispone que toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable; dicho postulado no admite excepción alguna “e impone como obligación la práctica de un debido proceso, de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y la ley consagran para desvirtuar su alcance” (Corte Constitucional, sentencia C-416 de 2002, 2002). Posición recogida nuevamente en la sentencia T-825 de 2005 de la misma corporación cuando reiteró que la presunción de inocencia constituye una de las columnas sobre las cuales se levanta el Estado de derecho, y es, de igual modo, “uno de los pilares fundamentales de las democracias modernas. Su significado práctico consiste en que quien ha sido imputado de haber cometido un delito se presume inocente hasta tanto no se haya demostrado lo contrario mediante sentencia debidamente ejecutoriada” (Corte Constitucional, sentencia T-825 de 2005, 2005).

5.2.4.2.1. Rol y actitud del juez ante la prueba

Parámetro que no puede olvidarse en el proceso es aquel que nos señala el que las decisiones judiciales deben buscar la realización de la justicia. De ahí que estimemos connatural a la función judicial el despliegue de una labor social que es la que la fundamenta y la legítima al mismo tiempo. El derecho deberá atender a la realización de la justicia en el caso concreto para que pueda efectivamente atender a la paz social. Y será precisamente el proceso la manera adecuada para procurar la

verdad y la justicia, puesto que es por su intermedio, como diría Goldschmidt, que se manifiesta el derecho mismo (Goldschmidt, 1978, pp. 281–297).

Así ha venido ocurriendo en el ámbito colombiano, al menos durante un tiempo, a la égida de la Corte Constitucional, en cuyo seno algunos de sus magistrados llegaron a concebir como necesario un cambio de paradigma en el quehacer jurisdiccional, encaminando la actuación de los operadores jurídicos, y en general de los trabajadores del derecho, hacia la realización de la justicia material, en un tipo particular de proceso que propendiera a ella, regentado por principios jurídicos más que por reglas propiamente dichas. Magistrados como Angarita, Cifuentes y Martínez así lo entendieron en una temprana época, como en efecto se colige de la sentencia C–543 de 1992 de la Corte Constitucional, en la que se indicó que el fin del proceso debía ser, ante todo, la sentencia justa y no tan solo la cosa juzgada, en justificación de lo dispuesto por el artículo 2 superior. Se expresó en dicha providencia que “(...) entre las alternativas de solución de un caso, el juez debe inclinarse por la que produzca el resultado más justo y resuelva de fondo la controversia dando prevalencia al derecho sustancial (Constitución Política, Preámbulo, artículos 2 y 228). No cabe duda de que a la luz de la Constitución debe afirmarse como valor orientador de la actividad judicial el favorecimiento de la justicia material que se condensa en la consigna ‘*pro iustitia*’ (...)” (Corte Constitucional, sentencia C–543 de 1992, 1992).

La Corte Constitucional colombiana, durante un lapso considerable, había mantenido una jurisprudencia proactiva respecto de las facultades oficiosas del juez, como se puede apreciar en el pronunciamiento que al respecto efectuó en la

sentencia C-541 de 1997. Allí postuló que el juez en su función de administrar justicia poseía una serie de atribuciones “encaminadas a garantizar a toda persona la efectividad de un debido proceso, de manera que para este fin tiene la facultad de decretar y practicar aquellas pruebas que considere necesarias para adoptar la decisión que ponga fin al proceso, y que lleve al esclarecimiento de los hechos. Así, entonces, su determinación será producto del análisis de la verdad procesal, la cual siempre deberá ser lo más cercano posible a la verdad real” (Corte Constitucional, sentencia C 541 de 1997). Es decir, negaba la actuación de un juez espectador, de un mero convidado de piedra en lo atinente al desarrollo del procedimiento, exhortando, en su lugar, a que en calidad de sujeto supraparte participase de manera activa en el proceso desde su mismo inicio, con la misión de atender a que la aplicación del derecho sustancial respondiese al cumplimiento de los principios y fines señalados en la Constitución.

En materia civil y administrativa, si bien la carga de la prueba le permite al juez fallar, cuando el hecho no aparece demostrado, en contra de quien debía demostrar una determinada circunstancia (Parra, 1988, p. 47), dicho aserto no puede generalizarse en materia penal o cuando se debaten intereses difusos y sociales, cuando están de por medio intereses transcendentales para la sociedad y la propia institucionalidad democrática. De manera que la carga de la prueba debe asumirse más desde un punto de vista constitucional que restrictivo, en sintonía con el nuevo tipo de Estado que se prohíba, desde el cual no sólo se invocan unas cargas para demandante y demandado, sino también para el director del proceso, quien tiene el

poder–deber⁸² de auscultar la realidad de los hechos expuestos a su conocimiento, no en beneficio de alguna de las partes, sino en consideración al ejercicio de la jurisdicción, circunstancia ésta que implica la proyección de una función judicial encaminada hacia unos contenidos mínimos de justicia⁸³.

De ahí que observemos con extrañeza cómo el artículo 361 de la ley 906 de 2004 (República de Colombia, 2004) restringe al juez penal la posibilidad de decretar pruebas de oficio, estableciendo una prohibición que desdice de los postulados esenciales de la propia Constitución. Pero lo que más sorprende jurídicamente es el hecho de que la Corte Constitucional en la sentencia C–396 de 2007, lo hubiese avalado así. En su pronunciamiento de constitucionalidad estipuló que el juez no solo está impedido para practicar pruebas, sino que está obligado a decidir con base en las que las partes le presentan a su consideración. Algo que no representa un resguardo para la imparcialidad del juzgador, sino todo un retroceso si se considera la senda que se venía recorriendo en torno a la participación activa del mismo. ‘*Contrario sensu*’ a la Corte Constitucional, estimamos, junto a la Corte Suprema de Justicia, que la prueba oficiosa no es una afrenta a los principios procesales de igualdad e imparcialidad. Todo lo contrario, en tanto que el juez no es convidado al proceso para que demuestre un interés particular respecto a las partes, sino que se halla dispuesto para que resuelva de manera adecuada un conflicto intersubjetivo. Es decir, el interés del juez dentro del proceso es público porque tiende hacia la realización de un fin primordial, como la justicia. De tal forma, la función jurisdiccional le exige al juez que sus decisiones se establezcan

⁸² Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 11 de noviembre de 1999.

⁸³ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 26 de octubre de 1988.

bajo parámetros que relacionen la verdad material en consideración a unos requerimientos sociales.

Por fortuna, jurisprudencia acertada moduló durante un lapso el alcance de semejante norma, tal como la pretendió señalar el Legislador penal. La Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal⁸⁴, en sentencia de marzo 30 de 2006, matizó y aclaró la insensata disposición del Código, señalando la posibilidad de decretar pruebas de oficio en casos concretos y particulares, cuando se tratare de garantizar el cumplimiento de alguno de los fines constitucionales del proceso penal⁸⁵, con lo que les abrió a los tribunales y jueces menores una perspectiva mucho más amplia y dinámica para interpretar la ley procesal penal colombiana.

No podría constitucionalmente ser de otra forma, pues no cabe duda de que la finalidad del ámbito penal institucional es la de que el Estado no escatime instrumentos en procura de que el hecho ilícito no quede impune, para lo que se dispone de una investigación anclada en el proceso debido. Desde esta perspectiva,

⁸⁴ En perfecta sintonía con la tradición mantenida por la Sala de Casación Civil y con la de la primera Corte Constitucional colombiana (esto es la de 1992-2001), amparadoras de la interpretación de los poderes de dirección del proceso en materia de prueba de oficio. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia desde décadas atrás así lo ha prohijado, para ilustrar baste remitir a la Sentencia del 22 de enero de 1974.

⁸⁵ “(...) es factible que, por razones de índole constitucional, excepcionalmente el juez decida inaplicar la prohibición del artículo 361 de la ley 906 de 2004, para en su lugar aplicar la Constitución Política como norma preponderante que es, con el fin de garantizar precisamente el cumplimiento de alguno de los fines constitucionales del proceso penal.

“(...) Sin embargo, cuando por motivos de índole constitucional el juez arribe a la convicción de que es imprescindible decretar una prueba de oficio, antes de hacerlo debe expresar con argumentos cimentados las razones por las cuales en el caso concreto la aplicación del artículo 361 produciría efectos inconstitucionales, riesgo ante el cual, aplicará preferiblemente la Carta, por ser la ‘norma de normas’, como lo estipula el artículo 4° constitucional.

“Sólo después de un ejercicio de esa naturaleza el juez, excepcionalmente, puede decretar una prueba de oficio. Este modo de discernir tiende a garantizar la realización práctica de los cometidos constitucionales en las situaciones específicas, y no conspira contra la vigencia general de la prohibición contenida en el artículo 361 de la ley 906 de 2004” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de marzo 30 de 2006, 2006).

lo que al juez debe preocupar ante todo, más que la verdad que a su modo quieren evidenciarle las partes, es la verdad real de los hechos, teleológicamente encaminada a la realización de la justicia, en la que se funda el orden social. Sólo cuando los hechos han sido fehacientemente esclarecidos en el proceso la decisión judicial puede asentarse en Derecho.

5.2.5. Pruebas de oficio e imparcialidad del juez en el nuevo código procesal penal

5.2.5.1. Generalidades

Como se sabe, en nuestro país se viene implementando de manera gradual la vigencia del Nuevo Código Procesal Penal (NCPP), que reemplaza a un modelo procesal desgastado y no acorde con las nuevas exigencias de una justicia pronta y rápida en materia penal.

El nuevo modelo procesal, se adecua, al marco constitucional impuesto por nuestra Constitución y los Tratados Internacionales de las que nuestro país forma parte, siendo su eje principal, la vigencia efectiva de los derechos humanos. Este nuevo ordenamiento procesal, establece un modelo acusatorio, basado fundamentalmente en los principios de simplificación procesal, celeridad, seguridad, eficacia y garantías.

El NCPP, adopta el esquema acusatorio, siendo este procedimiento el que garantiza la existencia de un juez imparcial e independiente, así lo señala el Artículo I de su Título Preliminar, al mencionar que la Justicia Penal, se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes.

Esta imparcialidad exigida al órgano jurisdiccional puede verse mellada con la facultad que el legislador del NCPP ha otorgado al Juez en materia probatoria de disponer la actuación oficiosa de la prueba, esta facultad cuestionada y motivo de arduas discusiones en el proceso civil, no ha encontrado un punto convergente entre las distintas posiciones en este campo.

Sin embargo la legitimidad de la actuación del Juez Penal en materia probatoria, no era cuestionable, porque, tanto en la legislación, doctrina y jurisprudencia era reconocido sin objeción dentro del contexto de un sistema procesal mixto imperante en nuestro país, sistema que se caracteriza por adoptar principios del sistema inquisitivo y acusatorio.

Ahora resulta de importancia analizar esta facultad, en momentos, en que la implementación del NCPP exige concebir al proceso penal desde una perspectiva acusatoria.

5.2.5.2. La estructura del Nuevo Proceso Penal

La nueva estructura del proceso penal, nos presenta una distinción clara de las funciones y roles de cada uno de los órganos y sujetos procesales, reservando la función de investigación al Ministerio Público y la de Juzgamiento a los órganos jurisdiccionales.

El ministerio Público asume la conducción de la investigación del delito desde su inicio, a esta atribución se le impone el control de parte del Juez de la investigación Preparatoria, como un sistema de control de garantías, destinadas a evitar que se vulneren los derechos de las partes. El Juez asume una función

importante, la de controlar la legalidad del procedimiento y para ello el NCPP cuenta con instrumentos legales que pueden hacer uso las partes cuando consideren que sus derechos no han sido respetados, por ejemplo el inculpado puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan, durante las diligencias preliminares.

El NCPP, ha procurado garantizar al máximo la imparcialidad del órgano jurisdiccional, razón por la cual, encargó la Investigación Preparatoria al Ministerio Público, bajo el control del Juez de la Investigación Preparatoria, que en si se constituye en un Juez de Garantías, disponiendo a su vez, que el Ministerio Público, es el responsable de la iniciativa probatoria tendiente a descubrir la verdad sobre los extremos de la imputación delictiva, al señalar que tiene el deber de la carga de la prueba.

Desde esta lógica, el NCPP, restringe las facultades de investigación con que contaba el Juez en el C de PP, limitándose en el nuevo escenario la actividad del Juez a la de un tercero imparcial que controla la investigación preparatoria a cargo del Fiscal y la función de decisión, dejando de lado la doble función que le imponía el modelo inquisitivo, de investigar y juzgar.

5.2.5.3. Algunos aspectos probatorios en el NCPP

El NCPP contiene disposiciones de carácter probatorio, que mas adelante trataremos y evidencian una peculiar característica de nuestro sistema, que no necesariamente se presenta como un sistema acusatorio puro, sino uno con

tendencia al acusatorio, al mantener en el Juez facultades propias de un sistema inquisitivo.

El Ministerio Público es el titular del ejercicio público de la acción penal, tiene el deber de la carga de la prueba, por tal motivo debe demostrar la responsabilidad penal del imputado. Al mismo tiempo su actuación debe estar basada en el principio de objetividad, que lo obliga a aplicar un criterio objetivo, a tal punto que está en la obligación de solicitar el sobreseimiento cuando no cuente con los requisitos necesarios para proceder con una acusación; y además debe indagar por los hechos que determinen no solamente la responsabilidad del imputado sino también los que determinen su inocencia.

De conformidad a lo señalado por el artículo 155.1, las pruebas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales y la audiencia preliminar constituye la oportunidad legal para que se admita los medios de prueba ofrecidos por las partes que servirán para sustentar sus pretensiones, así lo dispone el artículo 352.

Desde el punto de vista probatorio, el Ministerio Público asume una vital responsabilidad en la búsqueda de la verdad y la justicia material, pero esto no es exclusividad de este órgano, por el contrario las comparte con la defensa y la parte civil, desde sus propias perspectivas.

La etapa de Juzgamiento no es el escenario natural para solicitar y disponer la actuación de medios probatorios sean estos de oficio o a solicitud de parte; por

estar reservada para la actuación de las pruebas que se hayan admitido en la audiencia preliminar a cargo de un Juez distinto al de juzgamiento.

Existe sin embargo la posibilidad de que en el juicio, alguna de las partes, solicite la practica de pruebas, la cual podrá ser ordenada por el Juez, previo debate de los intervinientes, en caso se trate de una inspección o reconstrucción, siempre en cuando no se haya realizado dicha diligencia en la investigación preparatoria o esta resultará manifiestamente insuficiente e incluso puede disponer su práctica de oficio (Artículo 385.1).

Otra posibilidad que otorga la norma a las partes de solicitar y al Juez de disponer incluso de oficio, la actuación de nuevos medios probatorios, en el juicio, esta contenida en el artículo 385.2, como una disposición de carácter excepcional, basado en lo indispensable o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad, con el requisito, que su dictado no reemplace la actuación propia de las partes.

Esta última facultad otorgada al Juez del Juicio, es de primera mano contraria a un sistema acusatorio, que prohíbe las facultades probatorias autónomas y que tiene como una de sus características básicas, la separación de los actos de investigación y actos de juzgamiento, que se erige con la finalidad de evitar que sea el juzgador quien predisponga el rumbo del proceso y como tal anticipe su convicción, lesionando gravemente su imparcialidad.

La actividad probatoria de Juez en el proceso penal está definida por el sistema procesal que se adopte; así en el sistema inquisitivo, la prueba en cuanto a

su ubicación, recepción y valoración, es facultad exclusiva del Juez⁸⁶; en tanto en un sistema acusatorio, se establece como un patrón de configuración de este sistema la exclusión de la iniciativa del juez en la práctica, ya sean pruebas de cargo o de descargo⁸⁷, en ese mismo sentido Gómez Orbaneja, señala como una característica de este sistema la imposibilidad de que el Juez actúe de oficio, tanto para dar comienzo al proceso, como investigar los hechos. El papel que tiene queda reducido a examinar los hechos que las partes le presenten⁸⁸. En el sistema mixto el Juez sigue conservando sus facultades probatorias, sobre todo en la etapa de instrucción⁸⁹.

5.2.5.3. La facultad de disposición oficiosa de la prueba por el Juez y el principio de imparcialidad

La facultad oficiosa del Juez de Juicio, está directamente relacionado con la garantía de imparcialidad del juzgador, garantía que si bien no se encuentra de manera expresa en nuestra Constitución, se deduce implícitamente del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución, dentro de la cual se reconoce el derecho a un Juez independiente e imparcial. El Tribunal Constitucional, ha dicho que “El derecho a ser juzgado por un Juez imparcial constituye un elemento del debido proceso reconocido expresamente en el artículo 8 inciso 1 de la Convención Americana

⁸⁶ CUBAS VILLANUEVA Víctor (1988). *El Proceso Penal*. Lima: Palestra Editores, p. 39.

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 42.

⁸⁸ GOMEZ ORBANEJA, Emilio (1984). *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Editora Bosch, p. 115 y ss.

⁸⁹ Código de Procedimientos Penales. Art. 49.- Facultad de Dirección del Juez. El juez instructor es el director de la instrucción. Le corresponde como tal la iniciativa en la organización y desarrollo de ella.

sobre Derechos Humanos, así como el artículo 14, inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...”⁹⁰.

La imparcialidad es definida como la “ausencia de perjuicios a favor o en contra de una de las partes o en relación con la materia sobre la cual deberá decidir”⁹¹ o como “ausencia de prejuicio o parcialidades”⁹².

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la imparcialidad judicial comprende una doble perspectiva: la subjetiva, que consiste en averiguar si el juez tiene un compromiso mental con anterioridad al juzgamiento y, la objetiva, cuando no concurren circunstancias que lleven a considerar la pérdida de la neutralidad por parte del juez. Por esta razón, sostiene que “el Tribunal no sólo debe ser imparcial sino presentarse como tal”.

Una manifestación de la imparcialidad objetiva del juez en el proceso penal acusatorio es, precisamente, la separación de las funciones de instrucción y juzgamiento. En otras palabras, en el sistema acusatorio la garantía de imparcialidad judicial no sólo consiste en la adopción de instrumentos externos al proceso, sino también en el diseño de reglas al interior del proceso, así lo ha manifestado la Corte Constitucional de Colombia, señalando que los instrumentos legales para garantizar la imparcialidad objetiva del juez se encuentran en: i) el funcionario que instruye no juzga, ii) la pérdida de la iniciativa probatoria del juez, pues se entiende como un tercero imparcial que busca la justicia material y, iii) la carga de la prueba de la

⁹⁰ STC N° 04675-2007-PHC/TC del 6 de enero del 2009.

⁹¹ MAIER, Julio (1997). *Derecho Procesal Penal*. T. I. Buenos Aires: Del Puerto, p. 739.

⁹² CORTE EUROPEA DE DD.HH. Sentencia del 1 de Octubre de 1982, Caso Piersack v. Bélgica, párrafo 30.

responsabilidad penal corresponde a la Fiscalía. Nótese que estos tres instrumentos para garantizar la neutralidad del juez están referidos al manejo de la prueba en el sistema penal acusatorio⁹³.

Siguiendo esta perspectiva en todo sistema que se precie de acusatorio, el Juez no se encuentra facultado para disponer pruebas de oficio, como la actuación de pruebas que el Fiscal dentro de su teoría del caso no lo considere necesario o las que se le pasen por alto a las partes, pues implicaría aún mantener facultades acordes a un sistema inquisitivo.

La clara distribución de roles, básica característica del sistema acusatorio, ha hecho que en nuestro nuevo proceso, se le haya privado al Juez del ejercicio de la gran mayoría de facultades autónomas de investigación, reconocidas por el Código de Procedimientos Penales. Es decir, de aquellas facultades que el órgano jurisdiccional puede ejercer de oficio, cuando ninguna de las partes se lo hubiese requerido e incluso aún, en contra de la voluntad de las mismas. La realización de tareas investigadoras de corte inquisitivo, a cargo de un juez, pone en crisis el principio de imparcialidad, porque quiebra la igualdad de las partes, toda vez que el Juez desciende del estrado a desempeñar un papel propio de las partes, ajeno por completo a su función de administrar justicia con imparcialidad⁹⁴.

La imparcialidad está íntimamente relacionada con la calidad de actividad que desarrolle el Juez. Cuando se conceden facultades de disposición de pruebas de oficio, se están menoscabando los derechos de las partes de someterse a un proceso

⁹³ SENTENCIA C-396/07 del 23 de mayo del 2007. Corte Constitucional de Colombia.

⁹⁴ *Ibídem*.

en igualdad de condiciones, surge así una situación de desigualdad, tanto para la parte acusadora, pero de más desventaja, para el acusado, que no solo deberá enfrentar al Fiscal, sino también al Juez.

Cafferata Nores, respecto a la función del Juez, en el proceso penal acusatorio, manifiesta: “La exigencia expresa de “imparcialidad” ha permitido redescubrir que su verdadera misión no es la de investigar ni la de perseguir el delito, sino la de juzgar acerca de él, por lo que no se admiten (o no deben admitirse) como funciones del juez penal de juicio las de investigar de oficio, intervenir en la preparación o formulación de la acusación, o procurar por su propia iniciativa los datos probatorios sobre el caso a fin de obtener el conocimiento necesario para basar su decisión sobre el fundamento de aquella”⁹⁵.

Por su parte el gran jurista argentino doctor Víctor Vélez, dice al respecto: “el juez simplemente tiene que decidir, porque en este aspecto es un árbitro de la regularidad del proceso, cuida que las reglas se cumplan ¿Qué pasa cuando un juez, durante el juicio, hace una pregunta que se le escapó al Fiscal? Dejó de ser imparcial e imparcial, se puso del lado de una de las partes, hizo un gol que otro no supo hacer. El contradictorio se asegura cuando se garantiza la igualdad entre las partes”.

El tratadista argentino Eduardo M. Jauchen, destaca que en un sistema procesal con tendencia acusatoria no está permitido al Juez inmiscuirse en la materia probatoria decretando pruebas de oficio, para ello recurre a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y manifiesta: “Ya el

⁹⁵ CAFFERATA NORES, José Ignacio (2000). *Proceso penal y derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 231.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al resolver el caso “De Cubber” se pronunció en el sentido de que las funciones investigadoras del órgano juzgador en cuanto a los hechos y datos que puedan servir para averiguar el delito y sus posibles responsables, puede provocar en su ánimo, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios o impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Y aunque ello no suceda, es difícil evitar la impresión de que el juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que requiere el ejercicio de tal actividad. Siguiendo estos lineamientos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en el caso “Piersack” que desde el punto de vista objetivo el juez o tribunal debe ofrecer garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre la imparcialidad de su actuación. No basta que el juez actúe imparcialmente, sino que resulta menester que no exista siquiera apariencia de parcialidad, ya que lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática.”⁹⁶.

Cafferata Nores señala que “la imparcialidad de cualquier juez o tribunal se verá afectada cuando se le permita (o se le imponga la obligación de) investigar para procurar el fundamento de la acusación (vgr. la instrucción jurisdiccional) u ordenar o receptar por propia iniciativa pruebas enderezadas a resolver luego sobre aquellas en forma definitiva (vgr. incorporación de oficio de nuevas pruebas al juicio)”. “La imparcialidad es la condición de “tercero” del juzgador, es decir, la de no ser parte, ni estar involucrado con los intereses de éstas, ni comprometido con sus posiciones ni tener prejuicios a favor o en contra de ellos; y la actitud de

⁹⁶ JAUCHEN, Eduardo M. (2005). *Derechos del Imputado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, p. 219.

mantener durante el proceso la misma distancia de las hipótesis acusatoria que de la hipótesis defensiva (indiferencia, neutralidad), hasta el acto mismo de la sentencia. No es casual que el triángulo con que se grafica esta situación siempre sea equilátero; tampoco que la justicia se simbolice con una balanza, cuyos dos platillos están equilibrados a la distancia del fiel. Implica, a su vez, la igualdad de posibilidades entre acusación y defensa para procurar mediante afirmaciones y negociaciones, ofrecimiento y control de pruebas de cargo y de descargo, y alegaciones sobre la eficacia conviccional de todas ellas, desequilibrar los platillos de la balanza a favor de los intereses que cada una representa o encarna (verdadero “control de calidad” de la decisión final)”⁹⁷.

Para evitar que aquello ocurra se deberá excluir a los jueces de proporcionar por sí las pruebas que les otorguen conocimientos sobre los hechos de la acusación, sobre la que luego deberán decidir. Porque en las causas penales, los jueces jamás podrán convertirse en acusadores, su actividad debe limitarse a decidir sobre las cuestiones planteadas por el Fiscal y las partes. Por ello decimos, que la imparcialidad, “se relaciona con la calidad de las actividades que desarrolla el Tribunal. La separación de las funciones instructorias y decisorias adquiere sentido, también en la etapa del juicio. Este requisito que se vincula directamente con la imparcialidad ... implica la pasividad del Tribunal durante el juicio”⁹⁸.

En términos prácticos las pruebas de oficio en materia penal nos presentan una serie de circunstancias que hacen que sea la jurisprudencia la que module

⁹⁷ CAFFERATA NORES, José Ignacio (2002). *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 150.

⁹⁸ BOVINO, Alberto (1993). “El debate”. En AA.VV., *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*. Buenos Aires: Editora del Puerto, p. 23.

adecuadamente su actuación, por ejemplo, los principios de presunción de inocencia y adversalidad que priman en el proceso penal en concordancia con un sistema acusatorio, imponen la obligación del Juez de absolver cuando surja duda razonable sobre la responsabilidad penal del imputado o insuficiencia probatoria, no estando obligado a realizar una actividad probatoria para lograr una condena. Si el Juez en vez de aplicar el principio rector de presunción de inocencia, dispone practicar actividad probatoria, en realidad lo que sucede es que se abandona la concepción adversarial del proceso penal⁹⁹.

Por el principio de aportación de parte (característica del modelo acusatorio) es poco probable hasta imposible pensar en un supuesto en el que la actividad de las partes deba ser completada por el Juez, precisamente por que el funcionamiento de la presunción de inocencia responde a cualquiera de las dudas que al órgano jurisdiccional se le pueda plantear acerca de la existencia de algún hecho: si la culpabilidad o la circunstancia agravante no está suficientemente probada el Juez no tiene que suplir actividad probatoria alguna, sino aplicar la regla anunciada y declarar la inocencia o la inexistencia de la circunstancia agravante¹⁰⁰.

5.2.6. La actuación de la prueba de oficio en el nuevo código procesal penal

Estando en una conversación con un amigo de la Facultad de Derecho, en la que le refería que el Nuevo Sistema Procesal Penal que se pretende poner en aplicación en todo el Perú a través del Nuevo Código Procesal Penal

⁹⁹ DIAZ CABIALO, José Antonio (1996). *Principios de Aportación de Parte y Acusatorio*. Madrid: Comares, p. 311.

¹⁰⁰ *Ibíd.*

necesariamente debe tener una naturaleza eminentemente adversarial propio del Sistema Acusatorio; en donde la asignación de funciones a cada sujeto procesal debe estar predefinida, donde la función de investigación y la carga de la prueba recaen en el Fiscal y ya no en el Juez, quien debe dejar de investigar y dejar de disponer la actuación de pruebas con el afán de obtener la verdad a toda costa; es que en ese momento mi amigo me interrumpe y me dice: ¿Cómo va a poder lograrse eso si el Nuevo Código Procesal Penal permite que el Juez actúe prueba de Oficio?; la verdad hasta ese momento no había reparado en percatarme de la existencia de un artículo en el nuevo Código Procesal Penal que estableciera ello; por lo que de inmediato cogí mi Código y efectivamente pude verificar que existe tal dispositivo, para ser más preciso está contemplado en el artículo 385 del Nuevo Código Procesal Penal, es por ello que en base a tal situación es que creí conveniente efectuar un análisis crítico respecto a la Actuación de la Prueba de Oficio establecido en el artículo 385° de la novísima norma procesal peruana en el párrafo 2) que establece que: *“El Juez Penal puede excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, disponer de oficio, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad”*.

En ese orden de ideas con respecto a lo conveniente que es la prueba de oficio en el nuevo Código Procesal Penal (CPP–2004); esto es, aquella prueba que es introducida en el proceso por el juez, debo decir, QUE NO ME ADHIERO A TAL CONVENIENCIA.

De ahí que utilizo este mismo medio para expresar y sustentar las razones de mi posición. Desde hace años, los jueces de nuestro país aunque no lo quieran aceptar han venido trabajando bajo una legislación, que a mi parecer es absurda, ya que al mismo tiempo que investigan un delito, aportan y actúan prueba; finalmente, sentencian, todo ello en uno, dejando que el fiscal, quien constitucionalmente es el titular de la acción penal, únicamente interponga la denuncia, y, luego, espere en el mejor de los casos que el juez sentencie, y si el magistrado no condena, pues, apelará, con la esperanza que a lo mejor en la segunda instancia se compone el asunto.

Esta situación señores considero que va en contra de la naturaleza en la que supuestamente se inspira el Nuevo Código Procesal Penal como es el **Sistema Acusatorio Adversarial**, modelo que es compatible con las exigencias de un Debido Proceso y en donde su organización se asienta en la división del poder, sin confundir las funciones de persecución y decisión. En otras palabras lo que quiero decir, es que uno de los pilares del sistema acusatorio es la imparcialidad judicial, que se consagra en el **artículo I del Título Preliminar del nuevo Código, en virtud del cual el Juez es un tercero** que busca la solución de la contienda y que se encuentra equidistante de las partes, encontrándose impedido de sustituirlas, principalmente en lo que se refiere a la actividad probatoria; por tal motivo considero que resulta ilógico y poco coherente que posteriormente se incluya en el mismo Nuevo Código Procesal Penal un artículo como es el **385°** en el que se permita que excepcionalmente el Juez pueda disponer de oficio, la actuación de nuevos medios probatorios. Señores debemos recordar que si bien es cierto con el Código de Procedimientos Penales de 1940, **(el Juez Penal sustituía las**

deficiencias en la aportación de pruebas por parte del Ministerio Público, a tal punto que permitía la actuación de prueba de oficio), tal situación se debía a que el mencionado Código se inspiraba en un modelo penal netamente inquisitivo; **en cambio, en un proceso penal de modelo acusatorio el juez está prohibido de decretar pruebas de oficio,** estas deben ser solicitadas por el acusador, en el orden que mejor convenga para probar su teoría de caso, o por el defensor, dentro de su estrategia de defensa.

5.2.7. El juez en el nuevo código procesal penal peruano

A partir de julio del 2006, se ha iniciado en el Perú la implementación progresiva del nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957), plan que concluirá el 2012 en el distrito judicial más grande y complejo: Lima. Este Código está inspirado en el sistema acusatorio adversarial o americano, el que exigirá cambios reformas normativas, estructurales y, principalmente, de actitud. Así, debemos enfrentarnos a un cambio personal en cuanto a la forma de encarar el proceso que hasta el momento es predominantemente escrito, excesivamente ritual y con un Juez provisto de una serie de facultades que lo convierten, más que en garante del Debido Proceso, en vigilante de la eficacia punitiva.

En el artículo I del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal se consagra el principio de la **Justicia Penal imparcial**, lo cual implica un Juez, un verdadero tercero, que no esté involucrado en el conflicto intersubjetivo. Este conflicto en el ámbito penal tiene un ingrediente adicional: no sólo es relevante para las partes afectadas (imputado – agraviado), sino que, al subvertir valores esenciales para la vida individual y colectiva, tiene relevancia pública; de allí la intervención

de un órgano estatal, titular de la pretensión punitiva: el Ministerio Público. Las fuerzas entonces se inclinan hacia la persecución y la sanción. ¿Qué hacer para que este poder sea limitado? Si el Juez suma esfuerzos para alcanzar dicho fin, quiebra la imparcialidad, cualidad que le permite ser garantía de equilibrio y justicia. Como bien se señala: “No hay proceso cuando el tercero (Juez) se coloca al lado de uno de los interesados para combatir frente a otro: en rigor la figura muestra *dos* personas, ya que el Juez pierde objetividad propia de su imparcialidad (por ejemplo, el llamado *proceso penal inquisitivo*)”¹⁰¹.

Todos asumen, de acuerdo con sus intereses y situación en el proceso, diversas obligaciones y cargas; pero quien debe mantenerse como un vigilante de las reglas del método reglado para la resolución del conflicto es el Juez.

La imparcialidad es un componente importante de la función jurisdiccional, y también es una garantía para el justiciable. El artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un *juez o tribunal competente, independiente e imparcial*, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

El sometimiento del juez *a la Constitución* y la ley determina su no sometimiento a cualquier otra voluntad, incluida la suya propia, en forma de

¹⁰¹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2004). *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, p. 49.

preferencias personales (lo que más bien podría denominarse imparcialidad). En realidad, la justificación del juez como *tercero imparcial* se reconduce a la justificación del juez en cuanto sujeto *a la Constitución y la ley*¹⁰².

La ruptura de la imparcialidad implica que el Juez supla las deficiencias y la inacción de las partes. Dicha intervención significaría quebrar la **igualdad de armas**, principio que también consagra el artículo I del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal de la siguiente manera: “Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces deberán preservar el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia”.

El mandato contenido en la norma que acabamos de citar, para un país como el nuestro, que ha vivido bajo un modelo predominantemente inquisitivo, debería ser de abstención: El Juez debe dejar de realizar actos procesales que de manera directa o indirecta afecten o beneficien algún interés del proceso, ya que estos romperían la relación equidistante del Juez con las partes. Esta abstención va a garantizar transparencia en la administración de justicia y, desde el punto de vista de las partes, la tranquilidad de que los resultados dependerán de la actividad que ellas mismas desarrollan en el proceso, y no de motivos subalternos.

¹⁰² LOPEZ GUERRA, Luís (2001). *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*. Lima: Palestra Editores, pp. 45-46.

Los cambios propuestos en el nuevo Código se plasmarán en los siguientes actos:

1. **La conducción de la investigación por el Ministerio Público**, que por mandato constitucional es titular de la carga de la prueba; a este organismo le corresponde reunir los medios de prueba que permitan destruir la presunción de inocencia. Se abandonará la idea de un Juez “investigador o instructor” que perdía la calidad de tercero imparcial, al prolongar la investigación o instrucción de oficio con la intención de reunir medios de prueba que acreditaran el delito y la responsabilidad. El nuevo Código Procesal Penal deja abierta la posibilidad de la actuación excepcional de pruebas de oficio durante el juzgamiento (artículo 385°). Estos medios de prueba que puede ordenar el Juez serán los que resulten indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer “la verdad”. En este tema se incurre en una grave contradicción, puesto que en líneas posteriores se indica que el Juez cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes. Si el Juez dispone de la actuación de medios de prueba de oficio para esclarecer “la verdad” (inocencia o responsabilidad), indirectamente puede beneficiar a la defensa o la acusación, al suplir las deficiencias de alguna de ellas. Esto último será posible cuando dicha contribución haya sido *pro reo*, es decir, para evitar que un inocente sea injustamente condenado.

2. **La publicidad, la oralidad y el contradictorio** del proceso penal son principios cuya observancia en el viejo Código de Procedimientos Penales de 1940 se limitaban sólo al juzgamiento. En el nuevo sistema procesal, el Juez de la Investigación Preparatoria tendrá que resolver las cuestiones planteadas por las

partes en Audiencias, con la participación de los principales sujetos del proceso, con el control que entre ellos se puedan ejercer y principalmente bajo el control del pueblo, de quien emana el poder de administrar justicia. Se prevé, por ejemplo, la audiencia de prueba anticipada (245°), la audiencia de procedencia de la prisión preventiva (271.1), la audiencia de control de plazos (343.2), la audiencia de control del sobreseimiento (345.3), la audiencia preliminar para el control de la acusación (352.2), entre otras.

3. El carácter rogado de las medidas de coerción procesal. De acuerdo con el artículo 254.1 del nuevo Código Procesal Penal, estas medidas serán dispuestas en una resolución judicial motivada, previa solicitud de la parte legitimada. Con ello, se imposibilita que el Juez dicte el embargo de oficio porque así lo autorizaba el artículo 94° del Código de Procedimientos Penales, siempre que hubiera dispuesto mandato de detención. Dicha medida era adoptada con el fin de garantizar el pago de la reparación civil, sin que la parte con interés y legitimidad para solicitar la misma lo hubiera requerido.

4. La presentación del caso al Juez (unipersonal o colegiado) que no intervino en la investigación preparatoria, que desconoce los sucesos e incidencias de la primera fase del proceso. El Fiscal y la defensa le deberán presentar una hipótesis sobre los hechos (teoría del caso)¹⁰³ en un alegato preliminar, buscando vincular, en forma coherente y creíble, los hechos de la causa,

¹⁰³ Se ofrece al Tribunal un punto de vista, una hoja de ruta para el caso y la prueba, de tal manera que no se estará confiando en la fortuna de que se pueda obtener de la prueba todo lo que es posible de obtener de ella, y nada más que eso; y por sobre todo, la fortuna de que el Juez se aproxime al Juicio y la prueba desde la “teoría del caso” de nuestra contraparte. *Vid.* DUCE, Mauricio y BAYTELMAN, Andrés (2005). *Litigación penal, juicio oral y prueba penal*. Lima: Instituto de Ciencia Procesal.

la teoría legal y la prueba. Luego deberá introducirse la información en el juzgamiento, con el objetivo de demostrar la hipótesis.

Para ello, deben manejarse las técnicas de interrogatorio y conainterrogatorio, además de ejercer control sobre las preguntas capciosas, incompletas, ambiguas e impertinentes a través de las objeciones. Concluirá el juzgamiento con los alegatos finales, mediante los cuales las partes pretenden sugerir conclusiones al juzgador.

El Juzgamiento se convierte en la etapa estelar del proceso; por ello se deben desarrollar habilidades y competencias propias de la litigación oral, que en el Perú no han sido practicadas.

Con estas y otras modificaciones se pretende un Juez que se dedique a su labor (resolver) y que ofrezca garantías, es decir, un árbitro que cuide las reglas del juego sin involucrarse en el conflicto, que esté comprometido con el respeto al Debido Proceso y los derechos fundamentales; y no con intereses que ya están debidamente representados y defendidos.

La función del *Juez de Garantía* constituye un componente particularmente sensible en este nuevo Código, siendo fundamental que la comunidad comprenda su difícil misión.

Dado que garantía no puede significar impunidad, el sistema procesal penal debe ser el mecanismo racional de investigación, persecución y juzgamiento de las conductas humanas que lesionan bienes jurídicos penalmente tutelados. Se debe lograr armonizar la actividad persecutoria estatal con el respeto a los derechos

individuales que jamás pueden ser afectados (Vg.: prohibición absoluta de la tortura, o de la autoincriminación), o cuya afectación debe darse siempre que concurren determinados presupuestos (Vg.: obtención de una evidencia relevante, medidas para evitar la fuga de un imputado).

VI. CONCLUSIONES

1. Sin bien es cierto es un avance significativo en la protección de derechos fundamentales con el diseño de este nuevo modelo procesal penal, propia de un Estado democrático de Derecho, sin embargo, creemos que existen dos grandes amenazas para la implementación de este proceso: a) Por un lado la resistencia al cambio, la resistencia de carácter político, a pesar de los esfuerzos institucionales de las instituciones comprometidas con este cambio y b) Y por otro lado, la fuerte cultura inquisitiva arraigada, no solo en jueces, fiscales, policías, abogados, sino también en la propia ciudadanía, que “provocan que el proceso penal, en la práctica, resulte un terreno minado para la violación de los derechos fundamentales”.
2. Estas mismas amenazas constituyen un gran reto para todos los operadores del derecho en “su esfuerzo por humanizar el proceso, por hacerlo más racional”, que son las grandes aspiraciones de todos aquellos que estamos por consolidar un Estado constitucional y un derecho penal y procesal penal garantista y democrático.
3. La posibilidad de actuación de las pruebas de oficio se sustenta no en si el Juez renuncia –o no– a su imparcialidad, sino en el hecho de que la actividad probatoria se configura en función del modelo procesal adoptado, por supuesto, en el terreno de dichos esquemas procesales, la iniciativa probatoria del órgano jurisdiccional se muestra plenamente en contradicción con los postulados que caracterizan a un proceso “adversarial”, es decir, un proceso exclusivamente de “partes”, en el que el órgano jurisdiccional tiene como

única misión garantizar que los contendientes observen las reglas del juego, así como resolver la contienda a través de una resolución de fondo.

4. Es difícil encontrar un sistema procesal que encaje plenamente en alguno de los modelos diseñados, de modo que como regla general el proceso penal se muestra con algunos brochazos del modelo inquisitivo, como sucede en el caso peruano. En ese orden de ideas, y atendiendo a que nuestro sistema procesal penal no es acusatorio–adversarial “puro”, que resultaría procedente dicha actuación, en razón además, que al Juez se le otorga (por mandato y permisión de nuestro Código Procesal Penal) un margen en su accionar, relativo a la actuación oficiosa de pruebas, máxime, cuando el rol del juzgador se encuentra enmarcado dentro de la búsqueda de la verdad y al logro de la justicia material.
5. Si bien el NCCP ha optado por un proceso acusatorio, sin embargo tenemos la paradoja de que en esta normatividad se hayan otorgado poderes probatorios al Juzgador. Esta clase de facultades pone en riesgo la imparcialidad del Juez de Juicio, colocándolo en una doble faceta, de un lado ordenar la producción de pruebas por considerar que resultan indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad y de otro lado valorar su eficacia al momento de juzgar.
6. En el nuevo proceso penal el Ministerio Público juega un rol determinante en el aspecto probatorio, al tener este órgano, la iniciativa probatoria que es de ejercicio obligatorio. Señala Binder, “toda acusación debe ser probada y le incumbe a la parte acusadora incorporar las pruebas de sus imputaciones”. Es el Ministerio Público, el responsable de probar la verdad de los hechos de la

acusación, depende de su actividad desplegada en ese cometido para que se configure un verdadero proceso acusatorio y adversarial, de lo contrario se justificaría una intromisión en esta función de parte del Juez.

7. Pese a que la norma procesal exige la actuación de pruebas de oficio en el juicio en casos en que no se sustituya en ello la actuación de las partes; la intervención del Juez de una u otra forma, tiende a sustituir o suplir la actividad de las partes o contendientes; por lo que resulta necesario, que la facultad oficiosa de los jueces de juicio, debe ser usada con moderación y de manera excepcional, sometida obligatoriamente a criterios de restricción, basados en los principios constitucionales de proporcionalidad y razonabilidad, de lo contrario no se justifica su actuación.

VII. RECOMENDACIONES

1. Las pruebas de oficio son un tema de arduo debate en el derecho procesal que no se agota en el procesal civil, sino ahora abarca más que nunca al proceso penal por los movimientos de reforma que se vienen dando con la implementación del modelo acusatorio, cuyo tratamiento no debe verse solamente desde el aspecto teórico de la doctrina que sustenta cada modelo procesal, para concluir con la pasividad probatoria del Juez, sino se debe determinar si esta facultad resulta adecuado para consagrar determinados valores fundamentales que hay que salvaguardar en el proceso penal. Lo que he intentado con el presente artículo es enfocar desde una perspectiva teórica y de la posición que niega la actividad probatoria del Juez en el modelo acusatorio, reservándonos para un estudio mayor el tratamiento integral de esta discusión.
2. Es necesario capacitar a los fiscales en materia de teoría de la prueba y de técnicas de investigación, esto es, en técnicas concretas para investigar y probar la comisión de cada tipo de delito, manejando los diversos principios que rigen la actividad probatoria. Y es que, como hemos dicho, este nuevo modelo exige un nivel de pruebas bastante más alto que el que requería el sistema inquisitivo.
3. Deben elaborarse manuales que recojan las enseñanzas de la dogmática penal contemporánea, de modo que puedan constituirse en un material de apoyo permanente para los fiscales, a fin de que mejoren su desempeño en las audiencias.

4. A su vez, las facultades de Derecho deben promover, a través de cursos o seminarios, el desarrollo de las capacidades de litigación oral, exposición y argumentación.
5. La transformación del sistema de justicia penal no puede lograrse si se entiende como una tarea impulsada una sola instancia de gobierno, ya sea ésta la Procuraduría o el Tribunal de Justicia Estatal. En el proceso de cambio deben participar todas las instituciones responsables del sistema de justicia penal: seguridad pública, procuración de justicia, impartición de justicia y sistema penitenciario. Si consideramos, además, que la transformación del sistema de justicia termina por impactar a otras áreas del quehacer público y privado, resulta conveniente promover la participación o al menos la presencia simbólica de otras entidades públicas y privadas, como las fuerzas armadas, las universidades, el sector educativo y el de desarrollo social.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (2008). *Derecho procesal penal*. T. III. México: UNAM.
2. ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2004). *Debido proceso versus pruebas de oficio*. Bogotá: Editorial Juris.
3. ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2004). *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
4. ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2008). “El garantismo procesal”. En: *Activismo y garantismo procesal*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.
5. ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2009). *Sistema procesal – garantía de la libertad*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
6. ANGULO ARANA, Pedro (2007). *La Función del Fiscal. Estudio comparado y aplicación al caso peruano*. Lima: Jurista editores.
7. ANGULO ARANA, Pedro (2008). “Las pruebas de oficio en el nuevo código procesal penal”. En: *Actualidad Jurídica*, N° 175, Gaceta Jurídica.
8. ARMENTA DEU, Teresa (2003). *Principio acusatorio y derecho penal*. Barcelona: Editorial Bosh..
9. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (1999). *Principios Constitucionales de Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
10. BENABENTOS, Omar (2001). *Teoría unitaria del derecho procesal*. Rosario: Editorial Juris.
11. BOBBIO, Norberto (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema, p. 68.

12. BOVINO, Alberto (1993). "El debate". En AA.VV., *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*. Buenos Aires: Editora del Puerto.
13. BURGOS MARIÑOS, Víctor (2005). "Principios rectores del nuevo código proceso penal". En: CUBAS VILLANUEVA, Víctor, DOIG DÍAS, Yolanda y QUISPE FARFÁN, Fany (Coords.). *El nuevo proceso penal. Estudios Fundamentales*. Lima: Palestra.
14. CABANELLAS DE TORRE, Guillermo (2007). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 30ª. Ed. Buenos Aires: Heliasta.
15. CAFFERATA NORES, José Ignacio (2000). *Proceso penal y derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
16. CAFFERATA NORES, José Ignacio (2002). *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
17. CHOCANO NÚÑEZ, Percy (2008). *Derecho probatorio y derechos humanos*. Lima: Idemsa Editores.
18. CONTRERAS GONZÁLEZ, María Elena (2007). "Modelo acusatorio con tendencia adversarial en el nuevo código procesal penal". En: *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, N° 20, Lambayeque.
19. CORTE EUROPEA DE DD.HH. Sentencia del 1 de Octubre de 1982, Caso Piersack v. Bélgica.
20. CUBAS VILLANUEVA Víctor (1988). *El Proceso Penal*. Lima: Palestra Editores.
21. CUBAS VILLANUEVA, Víctor (2005). "El Ministerio Público y la Investigación Preparatoria". En: AA.VV. *El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales*. Lima: Palestra.

22. DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2000). *Compendio de la prueba judicial. T. I*
Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
23. DIAZ CABIALO, José Antonio (1996). *Principios de Aportación de Parte y Acusatorio*. Madrid: Comares.
24. DUCE, Mauricio y BAYTELMAN, Andrés (2005). *Litigación penal, juicio oral y prueba penal*. Lima: Instituto de Ciencia Procesal.
25. ELERO, Pietro (1994). *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*. Buenos Aires: Librería El Foro.
26. FERRAJOLI, Luigi (2005). *Derecho y razón - Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editora Trotta.
27. FLORES POLO, Pedro (2002). *Diccionario Jurídico Fundamental*. Lima: Editorial Grijley.
28. GACETA PENAL (2009). *Juicio oral. Lo nuevo del código procesal penal de 2004*. Lima: Gaceta Jurídica.
29. GISBERT GISBERT, Antonio (1998). “La iniciativa probatoria del órgano jurisdiccional y el principio acusatorio”. En: *Revista de Derecho Procesal*, N° 03, Barcelona.
30. GOMEZ ORBANEJA, Emilio (1984). *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Editora Bosch.
31. GONZÁLEZ PEREZ, Jesús (1984). *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Editora Civitas.
32. GUARIGLIA, Fabricio (2005). “Rompiendo paradigmas, la investigación penal preparatoria en el código procesal penal de la provincia de Chubut”. En:

Estudios sobre Justicia Penal – Homenaje al profesor Julio B. J. Maier.
Buenos Aires: Del Puerto.

33. IBÁÑEZ GUZMAN, Augusto. Citado por BENAVENTE CHORRES, Hesbert et al (2007). “Las pruebas de oficio en un modelo con tendencia acusatorio-adversarial”. En: *Actualidad Jurídica*, N° 168, Gaceta Jurídica.
34. JAUCHEN, Eduardo M. (2005). *Derechos del Imputado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
35. LANDA ARROYO, César (2006). *Bases Constitucionales del nuevo código procesal penal peruano*. Lima: Palestra.
36. LANDA ARROYO, César (2006). *Constitución y Fuentes del Derecho*. Lima: Palestra.
37. LLACSAHUANGA CHÁVEZ, Richard y ABURTO GARAVITO, Jhousy (2008). “Las declaraciones de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno”. En: *Libro Homenaje al 60 Aniversario de las Declaraciones de Derechos*. Lima: Colegio de Abogados de Lima.
38. LOPEZ GUERRA, Luís (2001). *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*. Lima: Palestra Editores.
39. LUJAN TÚPEZ, Manuel (2013). *Diccionario Penal y Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
40. MAIER, Julio (1996). *Derecho procesal penal. Fundamentos*. T. I. Buenos Aires: Editores del Puerto.
41. MAIER, Julio (1997). *Derecho Procesal Penal*. T. I. Buenos Aires: Del Puerto.
42. MIRJAN R., Damaska (2000). *Las Caras de la Justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso penal*. Santiago: Jurídica de Chile.

43. MONROY GÁLVEZ, Juan (2007). *Teoría general de proceso*. Lima: Palestra Editores.
44. MONTERO AROCA, Juan (1999). *Introducción al derecho jurisdiccional peruano*. Lima: Emmarce.
45. MONTERO AROCA, Juan (2008). *Proceso Penal y Libertad*. Madrid: Thomson-Civitas.
46. MONTERO AROCA, Juan. (1999). *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
47. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
48. PAVA LUGO, Mauricio (2009). *La defensa en el sistema acusatorio*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
49. PELLEGRINI GRINOVER, Ada (2008). *Os poderes do juiz penal na américa latina*. San Pablo: Revista dos Tribunais.
50. PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando (2009). *El Juez penal, juicio oral y pruebas de oficio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
51. QUIROGA LEÓN, Aníbal (2005). *Derecho Procesal Constitucional y el Código Procesal Constitucional*. Lima: Ara Editores.
52. REYNA ALFARO, Luis Miguel (2006). *El proceso penal aplicado. Guía de interpretación y aplicación de las normas del proceso penal para jueces y abogados litigantes*. Lima: Gaceta Jurídica.
53. ROSAS YATACO, Jorge (2009). *Derecho Procesal Penal. Con aplicación al Nuevo Proceso Penal Decreto Legislativo N° 957*. Lima: Jurista Editores.

54. ROXIN, Claus (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
55. TALAVERA ELGUERA, Pablo (2004). *Comentario al nuevo código procesal penal*. Lima: Editorial Grijley.
56. TALAVERA ELGUERA, Pablo (2009). *La prueba en el nuevo proceso penal*. Lima: Academia de la Magistratura.
57. TARUFFO, Michele (2008). *El proceso civil adversarial en la experiencia americana – el modelo americano de los procesos de connotación dispositiva*. Bogotá: Editorial Temis.
58. VICENTE GIMENO, Sendra et al (2007). *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Madrid: Editorial Colex.
59. ZIGMUNT, Bauman (2004). *Modernidad Líquida*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.