

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO

ESCUELA DE POSGRADO

DOCTORADO EN DERECHO



**CONDICIONES DE LA PRUEBA DE OFICIO PARA SU ADMISIÓN Y
ACTUACIÓN EN LA ETAPA DE JUZGAMIENTO DEL PROCESO PENAL**

Tesis presentada por:

Mag. Yanet Mónica Merma Molina

para optar al Grado Académico de Doctor en Derecho.

ASESOR: Phd. Isaac Enrique Castro Cuba Barineza

CUSCO – PERÚ

2021

DEDICATORIA

A Dios por ser el artífice de mi vida. A mis padres, por ser el mejor ejemplo de rectitud y perseverancia. A mis hijas, pues ellas son mi fortaleza y mi alegría. A mi esposo, por su apoyo incondicional en cada proyecto que he encarado. A mis hermanas y mi sobrino, pues sin ellos, el final de éste trabajo, hubiera sido más largo.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mi familia por su motivación y porque me han brindado su apoyo incondicional en cada proyecto que he iniciado.

Agradezco a mis profesores de la Universidad San Antonio Abad del Cusco, por haberme transmitido su espíritu crítico e innovador.

Especial gratitud a mi asesor de tesis, quien con sus enseñanzas, me facilitó el camino a seguir en esta investigación y me motivó a su conclusión.

RESUMEN

Una de las finalidades del proceso penal es indagar y averiguar la verdad de los hechos delictivos, en esta tarea la actividad probatoria resulta ser determinante para decidir si estos hechos se han producido o no, y si realmente puede ser imputable a determinada persona. Desde esta perspectiva probatoria, nuestro interés en la presente investigación ha radicado en el estudio de la denominada prueba excepcional o prueba de oficio, es decir, en aquella prueba actuada en la etapa de juzgamiento (al concluir la actividad probatoria), a solicitud de las partes o por decisión del juez. En este propósito, el objeto del estudio fue determinar cómo o bajo qué criterios se viene aplicando esta institución procesal en la etapa de juzgamiento, si partimos del hecho de que el artículo 385 del Código Procesal Penal es genérico al regular esta prueba. A partir de este análisis, el problema planteado fue: ¿Qué razones, jurídicas y fácticas justifican establecer determinadas condiciones que debe cumplir la prueba de oficio para su admisión y actuación en la etapa de juzgamiento del proceso penal? En la investigación se ha planteado razones atendibles, de naturaleza jurídica y fáctica, que demuestran que la regulación normativa actual de la prueba de oficio vulnera algunos principios procesales como, por ejemplo, la independencia, la motivación y la contradicción. En tal sentido consideramos que los criterios propuestos en este trabajo se deben tener en cuenta para su interpretación y aplicación, para garantizar el debido proceso y dotar de legitimidad a la administración de justicia.

PALABRAS CLAVE: Actuación de la prueba, Juzgamiento en el proceso penal, Prueba de oficio.

ABSTRACT

One of the purposes of the criminal process is to investigate and find out the truth of the criminal offences, in this task the probative activity turns out to be decisive in deciding whether these facts have occurred or not, and if it can really be attributable to a certain person. From this probative perspective, our interest in the present investigation has been in the study of the so-called exceptional evidence or ex officio evidence, that is, in that evidence acted in the trial stage (at the conclusion of the probationary activity), at the request of the parties or by decision of the judge. In this purpose, the object of the study was to determine how or under what criteria this procedural institution is being applied at the trial stage, if we start from the fact that article 385 of the Criminal Procedure Code is generic when regulating this evidence. Based on this analysis, the problem posed was: What legal and factual reasons justify establishing certain conditions that the ex officio evidence must meet for admission and action at the trial stage of the criminal process? In the investigation, I have presented reasonable reasons, of a legal and factual nature, that demonstrate that the current normative regulation of the ex officio evidence violates some procedural principles such as, for example, independence, motivation and contradiction. In this regard, we consider that the criteria proposed in this work should be taken into account for their interpretation and application, to guarantee due process and provide legitimacy to the administration of justice.

KEY WORDS: Action of evidence, Ex officio evidence, Judgment in criminal process.

PISIYACHIYNIN

Miraray atipanakuy hamut'aypiqa huj k'allmanmi huchallikuykunamanta k'uskiy hinallataq cheqaqkuna maskhay, ichaqa aswan chaniyuqmi kanan, cheqaqtachu ruwakuran hucha icha manachu hinallataq ima raykun huchallikunman huj runaman chayta. Chay qhawarichiyta ñawinchaspan ch'uyanchayta munani k'uskiyniypi, paqtaykamayuqpa munayninman cheqaqchaqkunamanta, p'uchukay atipanakuy seq'enpi, sapanka t'aaqqa mañakuynin rayku otaq paqtaykamayuqpa munayninpi.

Chay raykun kay k'uskiypiqa chanincharini imaynatan paqtaykamayuq kuskachan p'uchukay seq'epi cheqaqchaq mañakuykunata, sichus qhawarinsunman 385(kinsa pachaqa pusaq chunka pisqayuq) atipanakuy apusimi hayrataq phatminta chayqa, manan ch'uyachu cheqaqchaymanta qhawarichiynin; chayraykun tapukuykunata churamuni kay hinata: ima kuskaykuna raykun, Ima apusimipin q'emipakun, Imaynatan qespirinman chay sut'inchaykuna chanin hunt'akuyninpaq p'uchukay seq'e atipanakuyipi?.

K'uskiyniypiqa chay tapukuykunatan kutichini hinallataq sut'inchani imaynatan qespirinman paqtachaypi chanin ruwaykuna chayta, ichaqa paqtachaqa ch'ulla hamut'ayninpi, yuyay ñeqepakuywan hinallataq imarayku hayrataywan ima.

Chanintan hamut'arini k'uskiyniypi, chay raykun sut'inchasqa qelqapi k'uskiyniyqa ñawincharisqan kanan apusimi paqtaypi, chanin atipankuyipi hinallataq chanin paqtay llank'achiypi.

UMALLEQ RIMAYKUNA: Cheqaqchaqkunaq qhawarichikuynin, Paqtaykamayuqpa Munayninman Hina Cheqaqchaq, P'uchu Kay Seq'enpi Atipanakuy Miraray.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	3
1.1. Situación Problemática.....	3
1.2. Formulación del Problema	7
a. Problema General	7
b. Problemas Específicos	7
1.3. Justificación de la Investigación	8
1.4. Objetivos de la Investigación	13
a. Objetivo General.....	13
b. Objetivos Específicos	13
II. MARCO TEÓRICO	15
2.1. Bases Filosóficas.....	15
2.2. Bases Doctrinarias y Jurídicas	21
2.2.1. Tratamiento Doctrinal y Normativo del Proceso Penal	21
2.2.1.1 El Derecho Procesal Penal.....	21
2.2.1.2. Función del Derecho Procesal Penal	26
2.2.1.3. Autonomía Legislativa del Proceso Penal	31
2.2.1.4. Garantías Constitucionales del Proceso Penal.....	39
2.2.1.5. Sistemas Procesales Penales.....	53
2.2.2. Etapas del Proceso Penal	65

2.2.2.1.	Etapa de Investigación Preparatoria	67
2.2.2.2.	Etapa Intermedia.....	77
2.2.2.3.	Etapa de Juzgamiento	89
2.2.3.	Principios que Rigen el Juicio Oral	91
2.2.4.	Los Sujetos Procesales en el Juicio Oral	99
2.2.4.1.	Rol del Ministerio Público.....	101
2.2.4.2.	Rol del Imputado y del Abogado Defensor	106
2.2.4.3.	Rol del Agraviado o Actor Civil	109
2.2.4.4.	Rol del Juez	111
2.2.5.	Desarrollo del Juicio Oral	116
2.2.6.	La Prueba: Prueba de Oficio	137
2.2.6.1.	Finalidad de la Prueba	142
2.2.6.2.	Objeto de la Prueba	144
2.2.6.3.	Producción, Admisión y Actuación de la Prueba	148
2.2.6.4.	Principios que Rigen la Producción, Admisión y Actuación de la Prueba	152
2.2.6.5.	Valoración de la Prueba.....	159
2.2.6.6.	La Prueba Nueva	169
2.2.6.7.	La Prueba de Oficio	173
2.3.	Marco Conceptual (Palabras Clave).....	190
2.4.	Antecedentes Empíricos de la Investigación.....	193
2.4.1.	Antecedentes Internacionales	193

2.4.2.	Antecedentes Nacionales	198
2.4.3.	Antecedentes Locales	204
2.5.	Regulación de la Prueba de Oficio en la Legislación Comparada	204
III.	HIPÓTESIS Y CATEGORÍAS	208
3.1.	Hipótesis de Trabajo	208
3.2.	Categorías de Estudio.....	208
IV.	METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	209
4.1.	Diseño Metodológico	209
V.	PRESENTACIÓN DE RESULTADOS	210
5.1.	Criterios que se vienen adoptando para la Admisión y Actuación de la Prueba de Oficio en la Etapa de Juzgamiento en los Procesos Penales en el Perú	210
5.2.	Razones Jurídicas que justifican determinar ciertas condiciones que debe cumplir la Prueba de Oficio para su Admisión y Actuación en la Etapa de Juzgamiento.....	216
5.3.	Razones Fáticas que justifican determinar ciertas condiciones que debe cumplir la Prueba de Oficio para su Admisión y Actuación en la Etapa de Juzgamiento.....	222
5.4.	Condiciones que debe cumplir la Prueba de Oficio para su Admisión y Actuación en la Etapa de Juzgamiento.....	226
	CONCLUSIONES	234
	RECOMENDACIONES.....	237
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	238

INTRODUCCIÓN

Garantizar que el proceso penal discorra respetando las garantías de un debido proceso y el deseo de obtener del órgano jurisdiccional una decisión justa para el caso concreto, tiene vinculación directa con la correcta actividad probatoria que se debe desarrollar en la etapa de juzgamiento; de manera que el estudio de los aspectos *probatorios* ha cobrado mi interés y en particular la denominada *prueba de oficio o prueba excepcional*.

En este trabajo de investigación, veremos que la interpretación que se le ha dado a la norma que regula la “*prueba de oficio*” en nuestra país no es unívoca; contrariamente, existen diversos criterios de interpretación que la alejan de su propia naturaleza excepcional y a ello se suma la inadecuada regulación normativa; por ello, consideramos relevante nuestro estudio, pues analizamos esta institución procesal desde una perspectiva teórica y práctica debido a que desde la función fiscal que se viene desarrollando se ha advertido que su aplicación actual contraviene la finalidad que buscaba el legislador y proponemos la necesidad de regular determinadas condiciones que se deben tener en cuenta para su interpretación y aplicación.

La presente investigación comprende cinco capítulos. En el primer capítulo abordamos el planteamiento del problema, en el cual damos a conocer la situación problemática, la formulación del problema, la justificación de la investigación y la determinación de los objetivos generales y específicos.

El segundo capítulo está dedicado al estudio del marco teórico conceptual, en el cual desarrollamos las Bases Teóricas dando a conocer el estudio del tratamiento doctrinal y normativo del proceso penal, las etapas del proceso penal, la prueba, el marco conceptual y los antecedentes empíricos de la investigación.

El tercer capítulo se referirá a la determinación de la hipótesis y las categorías de estudio, mientras que en el cuarto capítulo presentamos la metodología de la investigación. Finalmente, en el quinto capítulo presentamos los resultados de la investigación donde ponemos a su consideración los criterios que se vienen adoptando para la admisión y actuación de la prueba de oficio en la etapa de juzgamiento, las razones jurídicas y fácticas que justifican determinar ciertas condiciones que debe cumplir la prueba de oficio para su admisión y actuación en la etapa de juzgamiento para luego plantear las condiciones que debe cumplir esta prueba, para su admisión y actuación en juicio oral.

Ponemos fin a nuestro trabajo con la presentación de las conclusiones, las recomendaciones, los anexos y la bibliografía.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Situación Problemática

La reforma **procesal penal en nuestro país** iniciada el año 2004 con la **entrada en** vigencia del Código Procesal Penal (en adelante CPP) ha cambiado ciertos paradigmas con relación al tratamiento de la prueba, instaurando nuevas reglas para el ofrecimiento, admisión, actuación y valoración de la prueba; estableciendo, por ejemplo, que todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.

La *carga de la prueba*, en este nuevo proceso penal, es un principio fundamental de la prueba, así como la *inmediación* lo es para la actuación probatoria de manera que las partes pueden ofrecer cualquier prueba que consideren útil para demostrar su teoría del caso, de allí que la regla general sea la “aportación de la prueba por los sujetos procesales” con la exigencia únicamente que la prueba ofrecida sea idónea, pertinente y conducente; estas características permiten no perder de vista la finalidad del proceso, es decir, descubrir la verdad respecto a los hechos materia de imputación. Del mismo modo, la oportunidad de ofrecer la prueba se encuentra también dispuesta por la norma procesal en este nuevo proceso penal que enarbola principios como la Ineficacia de la prueba obtenida con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

Cuando hablamos de la oportunidad para ofrecer la prueba, debemos mencionar las etapas del proceso en las que los sujetos procesales pueden ofrecer prueba. Sabemos que la etapa de Investigación Preparatoria servirá para recopilar todos los actos de investigación (elementos de convicción) respecto al hecho a probar; concluida esta etapa, el Ministerio Público ha de emitir, de ser el caso, el requerimiento Acusatorio. Es precisamente este el momento donde se ofrecerá la prueba; del mismo modo, los sujetos procesales harán lo propio para sustentar la teoría del caso que sostienen. Luego de un análisis exhaustivo y un debate en la audiencia de control de Acusación el Juez de Garantía o Juez de Investigación Preparatoria admitirá la prueba ofrecida para su actuación en juicio o simplemente la rechazará.

En la llamada *etapa estelar* del proceso penal, es decir, en el Juicio oral o también denominada *etapa de juzgamiento*, los sujetos procesales (Fiscal, Defensa del imputado, Defensa del actor civil) tienen una segunda oportunidad para que puedan ofrecer nueva prueba y esto ocurre después de que el Juez pregunte al acusado si admite ser autor o partícipe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil. Y como establece el Artículo 373 del CPP, *si se dispone la continuación del juicio, las partes pueden ofrecer nuevos medios de prueba, pero esta prueba será aquella que las partes han tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia de control de la acusación*. Esta norma prescribe también que, *excepcionalmente, las partes podrán reintentar el ofrecimiento de medios de prueba inadmitidos en la audiencia de control, con especial argumentación*. Cumplidas estas formalidades, continúa el juicio con la actuación de todas las pruebas admitidas. Nótese que al iniciar esta etapa, la “nueva prueba” debe cumplir ciertas condiciones.

Concluida la actuación probatoria, el Artículo 385 del CPP prevé la posibilidad de actuación de la llamada “prueba de oficio” señalando lo siguiente: “1. Si para conocer los hechos, siempre que sea posible, que no se haya realizado dicha diligencia en la investigación preparatoria o esta resultara manifiestamente insuficiente, 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. 2. 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 en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El Juez Penal cuidará de no remplazar por este medio la actuación propia de las partes. 3. La resolución que se emita en ambos supuestos no es recurrible”.

Respecto a la incorporación de esta norma en el proceso penal peruano, existen dos posiciones. Hay quienes consideran que esta norma quiebra la característica sustancial del modelo acusatorio, esto es, la separación de funciones del Fiscal y del Juez debido a que el nuevo modelo procesal penal otorga al primero la función acusadora, mientras que el segundo tiene la función decisoria, y darle esta función (disponer prueba de oficio) es afectar la imparcialidad, ya que ello podría inclinar la balanza en un solo sentido para favorecer a alguno de los sujetos procesales. En la otra orilla, se encuentran quienes consideran que esta norma no afecta el principio de imparcialidad del juez y procurando buscar la verdad material que es objeto del proceso penal, el juez sí podría,

excepcionalmente, disponer una prueba de oficio, posición última que la compartimos en parte.

Ahora bien, la jurisprudencia peruana no ha precisado aún cuales son los límites de la prueba de oficio y la dogmática procesal penal peruana se ha ocupado de ella de manera muy tangencial, salvo algunas destacadas posiciones, lo cierto es que en el tiempo de vigencia del Código Procesal Penal en nuestro país esta norma ha merecido interpretaciones variadas en la judicatura nacional, permitiendo que se actúen pruebas que no pudieron ofrecer los sujetos procesales en las oportunidades que este Código otorga (etapa intermedia e inicio del Juzgamiento) de manera que **resulta necesario determinar cuáles son las condiciones que debe cumplir la prueba de oficio, prevista en el Artículo 385 del Código Procesal Penal para su actuación en juicio oral.**

Si bien, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, en el expediente 6712-2005 HC/TC (caso Magali Medina) “(...) toda persona tiene derecho inviolable e **irrestricto** (...) a utilizar los medios de prueba pertinentes.”; sin embargo, la prueba debe ser ofrecida en las oportunidades dispuestas por ley, ya que el proceso penal se rige también por el principio de preclusión de manera que los sujetos procesales no pueden pretender, vía la prueba de oficio, la actuación de medios de prueba que no lo ofrecieron en su oportunidad. El órgano jurisdiccional a través del Juez tampoco puede sustituirse en la labor de los sujetos procesales y pretender la actuación de una prueba que estos no lo ofrecieron por descuido o negligencia.

En base a estos antecedentes, en esta investigación planteamos la necesidad de responder las siguientes interrogantes: ¿Qué es la prueba de oficio? ¿Cómo está regulada la prueba de oficio en nuestro ordenamiento jurídico peruano? ¿La prueba de oficio contraviene los fundamentos del modelo acusatorio? ¿En qué situación puede el Juez disponer una prueba de oficio? y ¿Qué condiciones debe cumplir la prueba de oficio?

1.2. Formulación del Problema

a. Problema General

¿Qué razones, jurídicas y fácticas justifican establecer determinadas condiciones que debe cumplir la prueba de oficio para su admisión y actuación en la etapa de Juzgamiento del proceso penal, para garantizar la eficacia del derecho a la prueba?

b. Problemas Específicos

1° ¿Qué criterios se viene aplicando para la admisión y actuación de la prueba de oficio en la etapa de Juzgamiento en los Procesos Penales en el Perú?

2° ¿Qué razones jurídicas justifican establecer determinadas condiciones que debe cumplir la prueba de oficio para su admisión y actuación en la etapa de Juzgamiento?

3° ¿Qué razones fácticas justifican establecer determinadas condiciones que debe cumplir la prueba de oficio para su admisión y actuación en la etapa de Juzgamiento?

4º ¿Qué condiciones debe cumplir la prueba de oficio para su admisión y actuación en la etapa de Juzgamiento?

1.3. Justificación de la Investigación

El presente trabajo se justifica en las siguientes razones:

a. Conveniencia

Desde la vigencia del Código Procesal Penal de 2004, en la práctica judicial se ha apelado a la aplicación del Artículo 385 de dicho cuerpo normativo para ofrecer aquella prueba que no se pudo presentar en etapa Intermedia y/o al inicio de la etapa de Juzgamiento generando con ello una tercera oportunidad para el ofrecimiento de pruebas, contraviniendo el sentido de la norma. Del mismo modo, muchos Jueces de Juzgamiento, de oficio o a pedido de los sujetos procesales, han admitido prueba que bien pudo haberse ofrecido en etapas previas y no se hizo por descuido o negligencia de las aquellas.

Esta permisibilidad de admitir “cualquier prueba” a través de este mecanismo procesal (prueba de oficio) se viene realizando porque no existe regulación expresa respecto a esta institución procesal, no existe norma procesal ni sustantiva que determine qué características o condiciones debería cumplir dicha prueba, como sí se hace por ejemplo cuando se regula la “nueva prueba” prevista en el Artículo 373 del Código Procesal Penal, al señalar “1. Culminado el trámite anterior, si se dispone la continuación del juicio, las partes pueden ofrecer nuevos medios de prueba. Solo se admitirán aquellos que las partes han tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia de control de la acusación. 2.

Excepcionalmente, las partes podrán reintentar el ofrecimiento de medios de prueba inadmitidos en la audiencia de control, para lo cual se requiere especial argumentación de las partes. El Juez decidirá en ese mismo acto, previo traslado del pedido a las demás partes. 3. La resolución no es recurrible”.

Como podemos advertir, esta norma establece determinadas condiciones que debe cumplir la “nueva prueba”, señalando con claridad que se trata de pruebas conocidas por las partes, después de la audiencia de control de acusación o aquellas que hayan sido ofrecidas en la indicada audiencia, pero inadmitidas por el Juez de garantías. Igualmente, la norma procesal ha regulado expresamente qué pruebas se admiten en segunda instancia, estableciendo límites para su admisión en el Artículo 422 que prevé "2. Solo se admitirán los siguientes medios de prueba: a) Los que no se pudo proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia. b) Los propuestos que fueron indebidamente denegados, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva; y, c) Los admitidos que no fueron practicados por causas no imputables a él. 3. Solo se admitirán medios de prueba cuando impugne el juicio de culpabilidad o de inocencia. Si solo se cuestiona la determinación judicial de la sanción, las pruebas estarán referidas a ese único extremo...”. Al igual que para la “nueva prueba”, el legislador ha planteado límites para la admisión de pruebas a medida que el proceso penal avanza, advirtiéndose mayor exhaustividad en la exigencia de determinadas condiciones para la admisión y actuación de prueba; sin embargo no dice nada respecto a las condiciones que debe tener la “prueba de oficio o prueba excepcional”.

Ahora bien, esta necesidad de determinación dogmática de las condiciones de la prueba de oficio no solo es de interés de las partes procesales, sino también es necesario establecer determinados límites para que el Juez disponga su actuación, debido a que este tiene la facultad de disponerla *motu proprio* porque lo exige en aras de conocer la verdad o puede ser propuesta por las partes, por lo tanto resulta también importante poner determinados parámetros al Juzgador, quien debe siempre actuar con imparcialidad y no pretender inclinar la balanza, con la actuación de esta prueba, hacia una u otra parte. Tampoco puede pretender suplir las falencias en que haya incurrido el Ministerio Público, la defensa del imputado o del actor civil.

Consideramos que la búsqueda de la verdad en el proceso penal debe ser siempre la finalidad del proceso penal; sin embargo, dicho fin no puede justificar la vulneración de garantías esenciales, como son el respecto de principios fundamentales de la prueba como la *carga de la prueba*, que le corresponde a quien afirma un hecho, siendo función del órgano jurisdiccional únicamente la actuación de una prueba complementaria que sirva para aclarar algún aspecto que haya quedado vago, siempre que con ello, reiteramos, no sustituya la labor o función de las partes. Por ello es necesario proponer qué condiciones debe cumplir esta prueba para evitar que se incorpore, en etapa final de juzgamiento, alguna prueba que incline la balanza, indebida e injustamente para uno de los sujetos procesales.

b. Relevancia Social

El proceso penal, al tener como objeto los hechos con relevancia penal que se producen en la realidad social, resulta ser de interés de los miembros de la sociedad y

repercute en ellos porque en él se tutelan precisamente los bienes jurídicos de naturaleza personal y social de los individuos que forman parte de ella como la vida, la libertad, el patrimonio, la buena fe en los negocios, la correcta administración pública, etc. Por lo tanto, el juzgamiento respetando los principios del debido proceso no solo es de interés de los sujetos procesales sino también de la sociedad, ya que espera de los Jueces una decisión justa que brinde y contribuya a la tranquilidad y la paz social.

La actuación probatoria en un proceso penal es la razón de ser de la etapa de juzgamiento, y por ende el aspecto central del proceso penal que ha de conducir a emitir la decisión judicial de uno u otro modo. Es precisamente en esta etapa donde el Juez decide si se actúa o no una prueba de oficio, y dado que el proceso penal es un proceso público y contradictorio, las reglas para su actuación o las condiciones que debe tener dicha prueba deben ser claras y uniformes. Por ello, nuestra propuesta de establecer qué condiciones debe cumplir la prueba de oficio resulta crucial de manera directa para todos los operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados) y de manera indirecta es importante para los justiciables y la sociedad en su conjunto, ya que se podrá conocer con anticipación cuáles son las reglas de juego en un proceso penal, y sin duda ello contribuirá a respetar la garantía constitucional del *debido proceso*, evitando así la arbitrariedad en la decisión del órgano jurisdiccional.

c. Implicancias Prácticas

A pocos años de la vigencia del nuevo modelo procesal penal en nuestro país no hay **uniformidad** respecto a la actuación de la llamada prueba de oficio; existen órganos jurisdiccionales que a través de esta forma excepcional de incorporar prueba en juicio

oral, admiten pruebas que no fueron ofrecidas fundamentalmente por negligencia de las partes. La “excepcionalidad” que prevé el artículo 383 está por convertirse en una situación cotidiana, por ello resulta importante, sobre todo para los operadores jurídicos (fiscales, abogados, y los propios jueces), establecer criterios o condiciones que permitan, con cierto nivel de predictibilidad, saber qué tipo de pruebas pueden incorporarse a través de las llamadas “pruebas de oficio” o “pruebas excepcionales”.

d. Valor teórico

La presente investigación se sustentará en doctrina jurídica relativa al tema, sentada por reconocidos juristas nacionales y extranjeros, fundamentalmente del área procesal penal y básicamente estudios realizados con relación a la prueba penal.

Estas bases teóricas ordenadas y sistematizadas constituirán sin duda un aporte teórico importante para los operadores del derecho (como jueces, fiscales, abogados, estudiantes de derecho, o aspirantes a realizar alguna de estas actividades) interesados en abordar, desde el lugar que ocupan, el estudio del tema que nos ocupa.

e. Utilidad metodológica

Teniendo en cuenta que la presente investigación es de carácter dogmático, nuestro estudio seguirá un procedimiento ordenado de acuerdo a las indicaciones de la metodología de la investigación. Por ello, el contenido teórico que se ha de desarrollar, así como el diseño metodológico será de utilidad para otros investigadores que necesiten

tener indicadores metodológicos para realizar un estudio doctoral con un enfoque similar a este estudio. Además, puede ser útil para que se realicen otras investigaciones respecto al presente tema y/o conexos a ella.

1.4. Objetivos de la Investigación

a. Objetivo General

Determinar las razones, jurídicas y fácticas que justifican establecer determinadas condiciones que debe cumplir la prueba de oficio para su admisión y actuación en la etapa de Juzgamiento, para garantizar la eficacia del derecho a la prueba.

b. Objetivos Específicos

1° Identificar los criterios que se vienen aplicando para la admisión y actuación de la prueba de oficio en la etapa de Juzgamiento en los Procesos Penales en el Perú.

2° Establecer las razones jurídicas que justifican determinar ciertas condiciones que debe cumplir la prueba de oficio para su admisión y actuación en la etapa de Juzgamiento.

3° Establecer las razones fácticas que justifican determinar ciertas condiciones que debe cumplir la prueba de oficio para su admisión y actuación en la etapa de Juzgamiento.

4° Precisar las condiciones que debe cumplir la prueba de oficio para su admisión y actuación en la etapa de Juzgamiento.

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Bases Filosóficas

En el proceso penal se busca determinar si un hecho ilícito se ha producido y si la persona a quien se le atribuye su comisión es o no responsable del mismo. En todo sistema procesal penal, sobre todo en los sistemas acusatorios como el nuestro, la idea de un *debido proceso* es aquel en el que se respeten las garantías constitucionales como el derecho de defensa, la motivación de las decisiones judiciales, la presunción de inocencia, el derecho a un juicio público y contradictorio, etc. Algunas de estas garantías, como la presunción de inocencia, se proyecta en todo el proceso penal, desde la atribución de la imputación hasta la determinación de la sanción penal a través de la sentencia, decisión final en la que se señalará si en verdad los hechos han ocurrido conforme a lo planteado en la acusación y si existe prueba suficiente, más allá de toda duda razonable que permita concluir con la imposición de la sanción.

Bajo esta perspectiva, teniendo en cuenta la naturaleza del proceso y lo que en ella se debate, podemos afirmar que existe una íntima relación entre la *prueba* y la *verdad*, aspectos que tantos cuestionamientos han generado en la filosofía del derecho, pues para muchos procesalistas y operadores de justicia, la finalidad del proceso penal será el descubrimiento de la verdad de los hechos, y ese es precisamente el fundamento de la existencia de la prueba de oficio como instituto procesal al que puede recurrir el juez para determinar la existencia o no de un delito y la responsabilidad del imputado. Para otros, el proceso penal será más bien un método o un instrumento para el descubrimiento de la verdad.

Para Taruffo (2012), la concepción que aparece como la más preferible es aquella por la cual el proceso aparece pensado como un método para el descubrimiento de la verdad posible en torno a los hechos de la causa. Correlativamente, la prueba no resulta ser un mero instrumento retórico sino epistémico, es decir, el medio con el cual, en el proceso, se adquiere la información necesaria para la determinación de la verdad de los hechos. En consecuencia, también se hace un uso epistémico de la ciencia, en el sentido que las pruebas científicas están dirigidas a aportar al juez elementos de conocimiento que escapen a los conocimientos normales y generales de los que dispone. En cuanto a la valoración de las pruebas, la adopción de la perspectiva racionalista, que en este discurso se sigue, no implica la negación de la libertad y la discrecionalidad del juez que representa el núcleo del principio de libre convencimiento, pero implica que el juez efectúe sus valoraciones según una discrecionalidad guiada por las reglas de la ciencia, la lógica y la argumentación racional; por decirlo de otra manera, el principio del libre convencimiento ha liberado al juez de las reglas de la prueba, pero no lo ha desvinculado de las reglas de la razón.

La información proporcionada en el proceso penal a través de las pruebas será sometida a un razonamiento valorativo, donde el juez deberá realizar un análisis individual de cada una de las pruebas y luego un análisis conjunto para conocer a cabalidad los hechos que se han debatido. Este proceso será consecuencia de la racionalidad y no de cualquier arbitrio judicial, es decir de un razonamiento basado en la lógica, la ciencia y la experiencia.

En este sentido, Dohring (2018) plantea que el proceso está conformado con la finalidad de lograr la verdad completa. No es necesario a tal fin profundizar la cuestión, discutida

por los filósofos, de si el hombre puede conocer la realidad plena o únicamente símbolos. Sin buena razón, se ha tratado de llevar esta controversia del campo de la filosofía teórica al de la indagación procesal de los hechos. La determinación del estado de los hechos en el proceso tiene que partir siempre de la base (y esto no debería en realidad dar lugar a discrepancias) de que, en principio, es posible captar la verdad; para el campo de la práctica jurídica, esta opinión es la única acertada. La indagación procesal de los hechos ha producido grandes cambios en las últimas décadas. Por largo tiempo sus fundamentos ideológicos parecieron incommovibles, pero luego se vio que esos fundamentos, igual que todas las demás ideas procesales, están estrechamente vinculados con la evolución general del campo social, cultural y político. La propensión de liberar en lo posible el esclarecimiento de los hechos de trabas formales, se manifiesta en el afán de suprimir paulatinamente normas procesales que obstaculizan la averiguación.

Este y otros pensadores han aportado a través de diversos pensamientos que han servido para entender el conocimiento de los hechos en el campo del Derecho, como veremos a continuación, pero que con la dinámica social, cultural y jurisprudencial se crearon diferentes pensamientos que pretenden explicar esta transformación también en el Derecho en general.

El Racionalismo .- teniendo en cuenta las corrientes filosóficas forjadas en el devenir histórico, llamamos *racionalista* a toda posición filosófica que pone de relieve el uso de la razón frente a otros aspectos como la experiencia empírica, la fe, la autoridad, etc. Y que como sabemos planteaba la tesis de que todos nuestros conocimientos acerca de la realidad proceden no de los sentidos, sino de la razón, del entendimiento mismo y que el conocimiento puede ser construido deductivamente a partir de unos primeros principios

que no se pueden extraer de la experiencia empírica sino que se encuentran ya en el entendimiento. Un análisis de la finalidad del proceso penal y de la labor judicial, bajo esta perspectiva filosófica, nos lleva a sostener que en la labor judicial se toma en cuenta también aspectos que guardan relación con otras formas cognoscitivas, como la existencia de las máximas de experiencia a las que debe recurrir en su razonamiento judicial para explicar ciertas conductas, lo cual nos lleva a concluir que la experiencia empírica también resulta siendo relevante para las decisiones judiciales.

Así, uno de los exponentes de este pensamiento es Descartes, quien en su *Discurso del método* (1637) sostenía la posibilidad de construir todo el saber humano empleando el método deductivo con evidencias intuitivas y los conceptos de extensión y de materia. Esta corriente filosófica contribuyó a formar el espíritu científico moderno al arremeter contra las supersticiones del pasado. Afirmó que la razón, además de ser idéntica en todos los hombres y de diferenciarlos de los animales, es la única guía que el científico debe asumir (Sanz, 1998).

Esta filosofía tuvo influencia también en el Derecho y en concreto en el derecho procesal penal, pues la doctrina racionalista o llamada también concepción cognoscitiva de la prueba en el derecho, concibe la prueba como un instrumento de conocimiento, o sea, como una actividad encaminada a conocer o averiguar la verdad de los hechos controvertidos o litigiosos, pero al mismo tiempo como fuente de un conocimiento que es sólo probable. En pocas palabras, desde esta perspectiva se asume que la declaración de hechos probados puede ser falsa. Por lo demás, en esta concepción la valoración de la prueba se concibe como una actividad *racional* que consiste en comprobar la verdad de

los enunciados a la luz de las pruebas disponibles, y por ello susceptible de exteriorización y control (Gascón, 2003).

El Postpositivismo.- la complejidad de la labor judicial en el proceso en general ha dado lugar a muchos planteamientos filosóficos, y desde perspectivas distintas, como el naturalismo, el positivismo, y corrientes más modernas como el Postpositivismo de R. Dworkin, que a decir de Atienza (2003) es el jurista más influyente en las últimas décadas del siglo y cuya ideas guardan cierto parecido con las de Fuller: Dworkin toma como punto de partida el positivismo hartiano y critica lo que él considera como tesis central del positivismo. Ve el Derecho, no desde el punto de vista del legislador sino desde la perspectiva del juez que ha de resolver un caso difícil y enfatiza en aspectos morales del Derecho que construyan una concepción casi exclusivamente desde el punto de vista del participante, del aceptante; pues desde la perspectiva asumida por Dworkin, la teoría y la práctica terminan por fundirse. La concepción que tiene sobre el Derecho se resume fundamentalmente en la defensa de tres tesis: la de los principios, la de los derechos y la de la concepción del Derecho como interpretación.

El Neoconstitucionalismo.- algunos filósofos le llaman también el paradigma del constitucionalismo. Atienza (2013) sostiene que por “constitucionalismo” se puede entender, al menos, dos cosas distintas: un fenómeno, la “constitucionalización” de nuestros Derechos después de la segunda guerra mundial como consecuencia de la existencia de Constituciones rígidas densamente pobladas de derechos y capaces de condicionar la legislación, la jurisprudencia, la acción de los actores políticos o las relaciones sociales; o bien la conceptualización, la teorización de ese fenómeno. Agrega el autor que, en términos generales, cabría decir que esa nueva concepción del Derecho

supone, entre otras cosas, lo siguiente. El Derecho no puede verse exclusivamente como una realidad ya dada, como el producto de una autoridad sino como una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación. Ello implica un cierto objetivismo valorativo; por ejemplo, asumir que los derechos humanos no son simplemente convenciones, sino que tienen su fundamento en la moral (en una moral universal y crítica, racionalmente fundamentada). Atribuir una especial importancia a la interpretación, entendida como una actividad guiada por la necesidad de satisfacer los fines y los valores que dan sentido a la práctica. Y otorgar cierta prioridad al elemento valorativo del Derecho sobre el autoritativo sin desconocer por ello los valores del “legalismo”; el ideal regulativo del jurista del constitucionalismo, o del jurista post-positivista, tendría que ser el de integrar en un todo coherente la dimensión autoritativa del Derecho con el orden de valores expresado en los principios constitucionales. Por lo demás, parece obvio que esa nueva concepción del Derecho (y el fenómeno del constitucionalismo en cuanto tal) supone una mayor demanda de justificación, de argumentación en el Derecho tanto en términos cualitativos como cuantitativos.

Sin duda alguna el constitucionalismo moderno o el neo constitucionalismo ha surgido también como consecuencia del desarrollo jurisprudencial constitucional de las Cortes Constitucionales, pues aquellas han teorizado y formulado derechos que probablemente no eran expresos en las cartas constitucionales, como el derecho a la verdad, el derecho a la prueba, que si bien subyacen al derecho de defensa; sin embargo, se ha desarrollado jurisprudencialmente el derecho al aporte y valoración de la prueba, y por qué no decirlo también dota de mayores alcances a derechos constitucionales como la motivación de decisiones judiciales.

2.2. Bases Doctrinarias y Jurídicas

2.2.1. Tratamiento Doctrinal y Normativo del Proceso Penal

2.2.1.1 El Derecho Procesal Penal

Para acercarnos a un concepto de lo que es el *Derecho Procesal Penal*, es necesario previamente conceptualizar el *Derecho Procesal* en general tomando como base la función que cumple el Estado en la sociedad, y concretamente, su función para regular las conductas humanas que harán posible la convivencia pacífica de la sociedad, aspiración legítima de todo individuo y de la sociedad.

El Estado, en el desempeño de su función pública, regula las relaciones intersubjetivas mediante dos distintos órdenes de actividades. Con la primera, que es la *legislación*, establece las normas generales que deben regir esas relaciones. Son normas generales y abstractas que, dictadas sin referencia a situaciones particulares concretas o a individuos determinados, constituyen tipos o modelos de conducta acompañados de la sanción que reclama el carácter coercible de la regla de derecho. Con la segunda, que es la *jurisdicción*, se procura obtener la realización práctica de las primeras declarando cuál es la ley del caso concreto (proceso de conocimiento) y adoptando medidas para que esa regla sea cumplida (proceso de ejecución). Según lo hemos dicho, el derecho (sustancial) se cumple habitualmente; solo cuando es violado y se reclama la tutela jurisdiccional, aparece el derecho procesal, que es el instrumento para hacer valer aquellas reglas que

establecieron los deberes y derechos (o situaciones jurídicas) que constituyen el derecho material (Véscovi, 1999).

El derecho procesal surge entonces como un *medio*, como un *derecho secundario*, que supone la existencia de normas jurídicas preexistentes que regulan la conducta humana y que habrían sido violadas (...) Sin embargo, este carácter que hace que el derecho procesal sirva de medio y se adecue a los derechos sustanciales, no lo hace perder su autonomía, ni tampoco su unidad. El desconocer estos atributos hace que se le haya considerado como dependiente y como fraccionado en diversos derechos procesales, lo cual no es exacto (...). En la gran división entre el derecho público y el privado, el procesal se ubica, modernamente, en el primero. En efecto, si tiene por objeto la administración estatal de la justicia y la aplicación y vigencia del derecho, no puede ser privado aun cuando resuelva los conflictos particulares y, normalmente, no funcione sino a solicitud de parte interesada en el proceso civil. Sin perjuicio de ello, el objetivo último del proceso, desde que importa ejercer la función jurisdiccional, es la actuación del derecho objetivo, la imposición de la paz social, el imperio de la regla jurídica, la justicia. Para ello el Estado crea una organización eminentemente pública: el poder judicial, a quien atribuye, en forma de monopolio casi total, la función de resolver los litigios entre particulares (Véscovi, 1999).

En relación con el concepto de *proceso en general*, Asencio (2016) define el proceso como “un instrumento que ostenta el Estado por el cual la jurisdicción, en el ámbito de sus atribuciones constitucionales resuelve y decide los diversos conflictos intersubjetivos y sociales surgidos en el seno de la comunidad, entendiendo por conflicto toda suerte de situación que fundamente la deducción de una pretensión o petición de naturaleza

jurídica. En forma similar, Montero (2000), sostiene que el proceso no es sino “instrumento por medio del que actúa el órgano dotado de potestad jurisdiccional”. Respecto al proceso penal en específico Schmidt (1957) considera que el proceso penal es “un suceso jurídicamente disciplinado que se compone de actos que, por su relación con la sentencia, están reunidos bajo un mismo punto de vista”. Agrega que “el proceso penal se desarrolla así por los actos de los órganos de persecución del Estado, del acusado y de los tribunales, por las vías prescritas por el derecho procesal para llegar a la sentencia, la cual determina, por su parte, cuáles actos son necesarios para su ejecución” (Reyna, 2015).

Como podemos advertir, algunos autores nos proporcionan una definición teniendo en cuenta la finalidad del proceso penal (búsqueda de la verdad) otros destacan el proceso como mecanismo de garantizar los derechos de las personas sobre las que recae una imputación, pero casi todos coinciden en vincular el proceso penal con la búsqueda de la verdad de los hechos imputados poniendo de relieve la función asignada a los órganos encargados de la Administración de Justicia.

San Martín (2015) sostiene que el derecho procesal penal puede ser definido como aquel sector del derecho procesal que regula los presupuestos, requisitos y efectos del proceso penal: elementos subjetivos, objetos y actos procesales penales. Las normas que lo comprenden inciden en la estructura y funciones del orden jurisdiccional penal, en los presupuestos y efectos de la tutela jurisdiccional concerniente al derecho penal, y en la forma y actividad tendente a dispensar dicha tutela. Lo marcadamente propio del derecho procesal penal es su estrecha vinculación con el derecho penal, de suerte que por su objeto, que no por su naturaleza, está integrado, siempre en línea de autonomía, con el

conjunto de ciencias penales. El derecho penal solo puede ser aplicado a través del proceso penal y del derecho que lo regula.

Debe quedar claro - agrega el autor- y como según quedó puntualizado en el apartado anterior, que el derecho procesal, como sistema de normas jurídicas, es instrumento y garantía de otros derechos regulando su aplicación constitucional y, como ciencia, es el conjunto de conocimientos sobre las normas jurídicas procesales. Ambas perspectivas, por cierto, son interdependientes.

El derecho procesal penal estudia los derechos de los intervinientes en un proceso penal. Se trata de derechos procedentes de la situación jurídica que en cada momento se encuentren; por consiguiente, no son estáticos sino dinámicos, cambiando en función de la etapa procesal que se examine y, dentro de cada una de ellas, en función del cumplimiento o no de las expectativas. El proceso penal constituye el sistema utilizado para realizar el *ius puniendi*. Es decir, se trata de buscar un procedimiento en el que su objeto sea doble, por una parte, averiguar la comisión de un hecho delictivo, así como la determinación del autor y demás partícipes en dicho hecho y, por otra parte, la imposición de una pena o medida de seguridad a los indicados, y su ejecución. También puede tener por finalidad (esto depende del sistema procesal) el examen de la responsabilidad civil derivada del delito, su declaración y, en su caso, ejecución. Como consecuencia del advenimiento del Estado moderno que se reservó el derecho de penar impidiendo a los particulares el ejercitar ellos este derecho, surge para el Estado no sólo el *derecho* de penar sino también el *deber* de ejercitarlo. Es decir, al sumir el Estado en régimen de monopolio el *ius puniendi*, se constituye en garante de establecer un sistema dirigido a ejercitar dicho derecho. Al tiempo, principalmente, con el paso del Estado absoluto al

Estado liberal se impusieron determinados principios que se trasladaron al ámbito penal. Como señala Roxin (2003), los principios traídos por la Ilustración y el Liberalismo transformaron profundamente el proceso penal, del principio de división de poderes surge la independencia del juez; del reconocimiento de los derechos fundamentales surge que el acusado sea considerado sujeto del proceso; además trajo el principio de la legalidad, el de publicidad, etc. El siguiente paso será la adaptación del proceso penal a los principios del Estado Social y democrático de Derecho establecido en la constitución, labor que ya ha sido iniciada, aunque con lentitud (Lopez, 2012).

El derecho procesal penal, como se advierte de lo anteriormente expuesto, aun perteneciendo al derecho procesal como disciplina científica y ordenamiento jurídico, tiene su propia singularidad, que a su vez permite diferenciarlo tanto del derecho procesal civil cuanto del derecho penal material. La autonomía del derecho procesal penal se expresa en tres ámbitos: legislativo, científico y académico (San Martín, 2015).

Esta autonomía se ha puesto de manifiesto en la realidad, pues en nuestro país, desde 1891 podemos hablar de un proceso penal determinado a través de un Código, como lo es el Código de Enjuiciamiento en materia penal, el Código de Enjuiciamiento en materia civil de 1852, los Códigos de Procedimientos en materia criminal de 1920 y el de Procedimientos Penales de 1940; el Código de Procedimientos Civiles de 1912 y 2004 (D.Leg. 957, de 29-07-04); el Código Procesal Civil de 1992 (D.Leg. 768 de 04-03-92).

Igualmente, la dogmática procesal se ha nutrido de una continua producción de textos que abordan las diferentes instituciones del derecho procesal, sistematizando sus principios, sus concepciones, sus propias estructuras que han permitido también la autonomía

académica, pues se han creado cátedras en las diversas universidades relativas al proceso penal que permiten su estudio especializado.

2.2.1.2. Función del Derecho Procesal Penal

Respecto a la función que debe cumplir el proceso penal se ha propuesto diferentes y variadas tesis que, como veremos a continuación, parten por analizar la relación que existe entre el derecho penal y el derecho procesal penal dentro de la política criminal de un Estado para a partir de ello establecer la función del derecho procesal, respetando y garantizando la vigencia de los derechos y libertades de cada individuo y por qué no, también en procura de buscar la convivencia pacífica de una sociedad.

San Martín (2015) señala que la determinación de la función del derecho procesal penal parte del análisis de dos instituciones básicas: las relaciones entre derecho penal y derecho procesal penal, y la concreción del ámbito funcional del derecho procesal penal. El primero dice cómo se expresa o sitúa el derecho procesal penal en el ámbito de la justicia penal y política criminal del Estado, el rol que cumple. El segundo, que incide en su ámbito más bien interno, especifica el alcance o la extensión del derecho procesal penal. (...) El proceso penal y con él la totalidad de la justicia penal busca el control de la criminalidad. El proceso penal, en esta perspectiva, es visto como el instrumento último de la política pública de seguridad. Sirve como respuesta a la delincuencia, sancionando con una pena las conductas calificadas de delictivas por el legislador y lo hace en una doble dimensión: al conflicto que se plantea entre el delincuente y la sociedad, y al que surge entre el agresor y el agredido. La pretensión de castigar y la imposición de sanciones

penales, que conforman un monopolio estatal, debe realizarse en el seno del proceso penal, en el que la idea de eficacia es central.

Por su parte, Gimeno (2012) sostiene que frente a las tesis monistas, que circunscriben la función del proceso penal a la actuación del *ius puniendi* del Estado, cabe afirmar que en el proceso penal contemporáneo no se puede reconducir a la unidad la multiplicidad de funciones que asume el proceso penal, pues, junto a dicha clásica función de actuación del “derecho de penar” del Estado, en los sistemas democráticos contemporáneos, han aparecido y se yuxtaponen otras, como lo son la protección del *derecho a la libertad*, la del derecho a la *tutela de la víctima* y la de *reinserción* del propio imputado. De todas ellas nos vamos a ocupar a continuación.

1.- La actuación del “IUS PUNIENDI”. - tradicionalmente y todavía en el momento actual, en los manuales se viene concibiendo el proceso penal como el instrumento que la Jurisdicción tiene para la exclusiva aplicación del *ius puniendi* del Estado.

El *ius puniendi* que, como consecuencia de la prohibición de la autotutela penal, el Estado ostenta en régimen de monopolio, ha de actuarse una vez declarada la existencia de un delito, mediante la irrogación por el tribunal penal al acusado de la correspondiente pena prevista en el Código Penal.

2.- La protección del Derecho a la Libertad. - en efecto, a diferencia de los regímenes autocráticos, en un Estado de Derecho, la función del proceso penal no puede identificarse exclusivamente con la aplicación del *ius puniendi* y ello por la sencilla razón de que también está destinado a declarar el derecho a la libertad del ciudadano inocente. El

proceso penal se erige, pues, en un instrumento neutro de la Jurisdicción cuya finalidad consiste tanto en aplicar dicho *ius puniendi* (y de aquí el carácter instrumental del proceso penal con respeto al Derecho Penal) como en declarar e incluso restablecer puntualmente a través del *habeas corpus*, el *derecho a la libertad* que, en tanto que derecho fundamental y valor superior del ordenamiento jurídico, ocupa en la Constitución Española (art. 1.1) incluso una posición preferente a la potestad jurisdiccional de imposición de penas.

3.- La protección de la víctima. - ahora bien, la asunción de dicha función no se agota la finalidad del proceso penal toda vez que, al menos en aquellos países que, como es el caso del nuestro, secundaron el modelo francés de acumulación de la “acción” o pretensión civil a la penal derivada del delito (art. 100LECrim) también el proceso penal ha de convertirse en un instrumento útil para la *reparación de la víctima*. Es más, desde el punto de vista estrictamente constitucional, no se alcanza a comprender por qué esta segunda función ha de estar subordinada a la primera. Ciertamente lo está, en tanto que sin delito no hay “fuente” de la obligación civil (aunque tampoco se nos oculta que no es el delito, sino el acto antijurídico la causa de la pretensión resarcitoria, como lo demuestran los cada vez más numerosos –sobre todo en el ámbito de los delitos contra la seguridad del tráfico vial- fallos absolutorios con pronunciamiento civil de condena por responsabilidad objetiva), pero, atendiendo al art. 24 CE, tan derechos fundamentales son los del imputado a la libertad de defensa como el del perjudicado a la obtención de una eficaz y rápida tutela de su pretensión resarcitoria.

4.- La Rehabilitación del imputado. - Finalmente, tampoco cabe desconocer la función de reinserción que debe asumir el proceso penal contemporáneo. Es cierto

que desde un punto de vista estrictamente jurídico, esta discutible función es más propia de las penas y de las medidas de seguridad (cfr.art. 25 CE) que del proceso penal; pero, en la práctica, tampoco cabe desconocer que, sobre todo en el caso de las penas cortas privativas de libertad, difícilmente puede alcanzarse aquella finalidad, lo que aconseja introducir en el sistema punitivo, para el tratamiento de los delitos leves, sanciones o penas alternativas a la de privación de libertad que eviten el “contagio criminal” que, especialmente para el caso de jóvenes delincuentes no reincidentes la cárcel siempre supone, tal y como así efectuó el Código Penal español de 1995 a través de la instauración de medidas de suspensión de la pena privativa y sustitución por otras limitativas de derechos (art.80-94) y de la introducción de medidas de seguridad post delictuales (arts. 95-108)

Concluye el autor sosteniendo que esta función de rehabilitación necesariamente ha de malograrse si el presunto delincuente juvenil es sometido a prisión provisional en cuyo caso la finalidad de la pena alternativa llega demasiado tarde. Por esta razón, más que al Derecho Penal, es al Derecho Procesal al que debiera incumbirle la misión de arbitrar todo un conjunto de medidas de “control judicial” alternativas a la prisión provisional, así como el establecimiento de motivos legales de sobreseimiento bajo condición y por razones de “oportunidad” que, garantizando la asunción de las anteriormente citadas funciones del proceso penal, contribuyan también a la efectiva reinserción del imputado.

Por su parte, Lopez Barja (2012), destaca la función del proceso penal, señalando que el objeto del proceso penal es la realización del *ius puniendi* en condiciones de justicia. El derecho de penar es lo que constituye el objeto primordial de todo el proceso penal. Ahora bien, es preciso profundizar más en el objeto del proceso penal. En relación con el objeto del proceso penal es necesario distinguir entre un objeto primordial y *genérico*, que es, como dijimos, la realización del *ius puniendi* en condiciones de justicia; de esta manera equiparamos el objeto del proceso con el fin metafísico del proceso. Y, por otra parte, un objeto específico en función del hecho punible concreto.

El objeto específico del proceso penal implica la determinación de los parámetros que lo conforman en relación con un proceso concreto en el que se investiga un hecho punible determinado. Evidentemente, ambos objetos convergen en el mismo objeto del proceso, pues no se trata de realizar “en el aire” en condiciones de justicia el *ius puniendi*, sino de afirmarlo en relación con un hecho punible determinado y concreto. La determinación del objeto del proceso no es una mera cuestión teórica desligada del resto de las cuestiones que conforman un proceso penal. Por el contrario, se trata de una cuestión de gran importancia práctica y que incide sobre múltiples cuestiones del proceso penal que han de resolverse en función de la concepción que se maneje sobre el objeto del proceso. Así, tal incidencia se presenta en relación con la litispendencia (problema de la aplicación del principio *non bis in idem*), los límites de la cosa juzgada, la modificación de la acusación, el ámbito de la sentencia, las limitaciones del recurso, etc.

2.2.1.3. Autonomía Legislativa del Proceso Penal

Durante la historia peruana republicana, cinco cuerpos normativos se han encargado de regular el proceso penal, estos son: El Código de Enjuiciamiento en Materia Penal (1863), el Código de Procedimientos en Materia Criminal (1920), el Código de Procedimientos Penales (1939), el Código Procesal Penal (1991) vigente de manera parcial y por breve tiempo, y el nuevo Código Procesal Penal (2004), vigente en la mayoría de departamentos de nuestro país. Recordemos que el año 2006 Huaura fue el primer distrito judicial en aplicar el Código Procesal Penal de 2004, luego le siguieron otros 26 distritos judiciales, entre ellos Arequipa, Cusco, Apurímac, Huancavelica, Ayacucho, Junín, y parcialmente en Lima (Ventanilla, Callao, Lima Este, Lima Norte, y Lima Sur, aunque solo parcialmente para delitos cometidos por funcionarios públicos).

Respecto al Código Procesal Penal de 2004, Neyra (2010) señala que el sistema procesal peruano vigente no es producto de la casualidad ni copia de otros sistemas, sino el resultado de una lenta y progresiva evolución, determinada por las exigencias sociales de cada época y orientada por la mayor o menor influencia de las doctrinas sociales y políticas que en el curso de la historia fueron apareciendo y dicha evolución (o involución) es la que orienta la producción de prueba en los códigos procesales que se fueron sucediendo. Pero el sistema procesal penal adoptado en nuestro país estuvo influido en un inicio por la legislación que provenía de España, de clara tendencia inquisitiva. El texto que nos sirvió de fuente fue *Las siete partidas*, asimismo estuvimos regidos por una legislación procesal integral plasmada en códigos que se fueron sucediendo tratando de evolucionar hacia un sistema garantista (aunque en algunos casos se involucionó).

El autor destaca las características más importantes de la legislación procesal penal de la siguiente manera:

- a. **El Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal.** - corresponde a la época de la República independiente, entró en vigencia el 1 de marzo de 1863. Tiene marcada influencia española. Los codificadores se inspiraron en el código español de 1848, porque según ellos, estando a las actuales costumbres de los peruanos vaciadas en los moldes impercederos de las leyes y del idioma de Castilla, no era posible salir de sus disposiciones. Fue el primer Código Procesal Peruano en materia penal, promulgado junto con el Código Penal y rigió 60 años hasta 1920. Asimismo, este texto normativo se caracterizó por su clara influencia inquisitiva.

Sus características son:

El proceso se dividió en dos etapas: sumario y plenario. El sumario tenía por objeto descubrir la existencia del delito y la persona delincuente. El plenario, comprobar la culpabilidad o inocencia del imputado y, en consecuencia, condenarlo o absolverlo. Se permitieron los acusadores particulares y la acusación popular. El Fiscal tuvo la obligación de acusar y de cooperar en la acusación que entable el agraviado o quien lo represente. El Juez, sin embargo, podía actuar de oficio.

El procedimiento fue escrito. El plenario se limitaba a analizar la prueba obtenida durante el sumario, la cual tuvo marcos tasados muy claros y existió una clasificación entre prueba plena, semiplena e indicios. Correspondía al agente o promotor fiscal

formalizar la acusación formulada por el acusador existiendo una oportunidad de actuar nuevas pruebas en un determinado plazo, previa confesión o declaración del imputado.

El imputado era incomunicado hasta que prestara su instructiva. La captura fue obligatoria en las causas en que el Fiscal tenía obligación de acusar (lo cual se daba en todos los casos, a excepción de los delitos contra la honestidad, el honor, hurtos domésticos y lesiones leves). Si se pasaba a la etapa del plenario, el auto de prisión era obligatorio. Si se decretaba la libertad bajo fianza, esta debía ser consultada al superior.

Contra la sentencia del Juez del crimen se podía interponer recurso de apelación ante la Corte Superior, que absolvía el grado previa vista Fiscal. Contra ese fallo existía recurso de nulidad, sea por infracción de la ley en la aplicación de la pena o por omisión de algún trámite o diligencia especial.

Profusión de impugnaciones. Eran apelables no solo las sentencias, sino también los autos definitivos sobre jurisdicción y personería, los que denegaban la prueba ofrecida dentro del término probatorio, los autos de detención, prisión y demás interlocutorios. Las únicas decisiones no impugnables fueron los derechos de mera sustanciación.

- b. **El Código de Procedimientos en Materia Criminal.** - entró en vigencia el 2 de enero de 1920. Tuvo una definitiva influencia francesa, buscó alejarse del sistema inquisitivo anterior a modo de ejemplo, San Martín (2012) cita la exposición de motivos del Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920”: singular **procedimiento** el nuestro que es, a la vez, impunidad para el crimen, tormento para la inocencia, medio de chantaje, instrumento de tiranía, campo de cosecha de tinterillos explotadores del dolor humano y la moralidad social”. La adopción de este código fue un cambio radical con referencia al código anterior, pues lo más resaltante fue que era un sistema mixto de enjuiciamiento penal el que había escogido el legislador peruano, en este sentido San Martín (2012) lo califica como un código de hecho muy superior al cuerpo legislativo de 1940.

Como vemos, el legislador implantó un sistema mixto con tendencia al sistema acusatorio. Sus características más saltantes fueron:

La acción penal fue pública. Se ejercitaba por el Ministerio Fiscal y de oficio, excepto en los delitos privados y cuando procedía acción popular. Rigió el principio de legalidad. Se incorporó la acción civil por los daños causados por el crimen, delito o contravención, la cual se ejercitaba por los que habían sufrido algún daño por la comisión del delito.

Se incorporaron las excepciones y las cuestiones prejudiciales, que eran resueltas por el Superior Tribunal.

El proceso se dividió en dos etapas, ambas dirigidas por un Juez, la instrucción, cuyo objeto es reunir los datos necesarios sobre el delito cometido, y por sus autores, cómplices o encubridores, para que puedan realizarse los juzgamientos; y el Juicio Oral a cargo del Tribunal Correccional o del Jurado (Institución que nunca llegó a entrar en vigencia por los cuestionamientos a nivel legislativo que se hicieron).

La instrucción era reservada y escrita. Podía iniciarse de oficio en los casos de delito flagrante y cuasi flagrante. Contra el imputado podía dictarse orden de comparecencia o de detención siempre que se conozca o presuma quién es el delincuente.

El juicio es oral y público, ante el tribunal correccional. La asistencia del Fiscal es obligatoria, así como del acusado y del abogado defensor. El tribunal apreciaba las pruebas con criterio de conciencia, pero en el fallo debía exponer las razones de su decisión. La sentencia solo tenía en consideración lo ocurrido en los debates (se señala que los documentos y declaraciones leídos en los debates son los únicos que podían servir como medios de prueba).

- c. **El Código de Procedimientos Penales.-** se promulgó el 23 de noviembre de 1939 y su redactor principal -Carlos Zavala Loayza- señaló expresamente que sus fuentes no fueron francesas sino más bien españolas, asimismo señala qué sistema procesal penal fue el adoptado, al decir: que “... los préstamos oportunos y obligados que tomó el sistema moderno, impropriamente llamado mixto, del inquisitivo y acusatorio, los reúne sin confusiones ni perturbaciones, porque sigue para ello una ordenación lógica y observa la rigurosa separación o cesura que las leyes procesales exigen siempre para su formación (...) la constitución del sistema mixto, que trasciende a las más

variadas y profundas corrientes, alcanza una suprema unidad que los destaca como la más grande conquista del procedimiento penal moderno.

Destaca las siguientes características:

- Insiste en reconocer que el proceso se desarrolla en dos etapas: la instrucción (reservada y escrita) y el juicio (público y oral), que se realiza en instancia única y su iniciación está informada por el principio de legalidad u oficialidad; que la acción penal es pública o privada; que contra los fallos de los Tribunales Correccionales sólo procede recurso de nulidad; que el Juez instructor no tiene competencia para dictar sentencia; que los hechos y las pruebas se aprecian con criterio de conciencia; y que no se condena al ausente.
- Otorga una nueva dimensión a la instrucción. No solamente se separa la concepción de considerarla como una mera etapa preparatoria del juicio, sino que se confiere la calidad de prueba a los actos de investigación contenidas en las actas; que al leerse pueden ser invocadas por el tribunal en la sentencia. Así tenemos que la exposición de motivos niega importancia al Juicio Oral como el mejor escenario para resolver el conflicto penal cuando se critica al código de 1920 porque le restaba “valor” a la instrucción, considerándola como etapa preparatoria, se da alcances al Juicio Oral que en verdad no puede tener. Se le considera como prolongación y complemento de aquella. En el Juicio Oral nada puede construirse.

- Se le resta importancia a la oralidad cuando se dice que “no concurrirán con frecuencia testigos ni peritos a la audiencia, pero no querrá decir que se cierra esa fuente de mejor información para los jueces de fallo. Nunca han dejado de tenerla cuando la gravedad lo exigía y las circunstancias lo permitieron, pero tampoco cabe decir que en ausencia de esas personas el juicio se desnaturalice. La oralidad la mantienen siempre para la confesión, la acusación y la defensa.

El autor, siguiendo a San Martín (2004) sostiene que, con posterioridad a 1940, y fundamentalmente, en las dos últimas décadas, se han dictado una serie de leyes procesales penales que de hecho han alterado el modelo del Código de Procedimientos Penales, **estatuto** de por si involutivo en comparación con el de 1920 al reforzar las formas inquisitivas en desmedro de las acusatoria y garantistas. Estas normas han venido incorporando instituciones de dudosa legitimidad e instituyendo procedimientos más restrictivos y de naturaleza especial.

El profesor Cubas (2006) advierte que el gobierno militar de Velasco Alvarado en el año de 1969, por decreto ley 17110, incorpora al sistema procesal penal peruano el proceso penal sumario que estuvo reservado para delitos leves (contra la vida, la salud, culposos, omisión de asistencia familiar y daños). Luego, una vez restaurada la democracia, el proceso sumario es modificado por el decreto legislativo N° 124, que aumentó su radio de aplicación al 50% de tipos penales. Luego se promulgó la ley 26147 para adecuar los tipos penales aplicables al Código Penal de 1991.

Con esta instauración del proceso sumario, el sistema procesal penal privilegia la etapa de investigación (cuando en un sistema acusatorio la investigación es solo una etapa preparatoria de la fase principal: el juicio oral) y a los actos de investigación

realizados mediante mecanismos escritos, reservados, sin posibilidad de contradicción y, en la mayoría de los casos, sin intermediación; los que tendrán la calidad de actos de prueba porque en base a ellos se podrá sentenciar a una persona. Esto va a significar que los fundamentos de la sentencia se constituyan solo de actos de investigación, y en el supuesto que se trate de una sentencia condenatoria, la condena no se asumiría como legítima porque el acusado no tuvo posibilidades reales de refutar la acusación en su contra (Neyra, 2010).

- d. **El Código Procesal Penal de 1991.-** en 1990, los esfuerzos por modificar la legislación procesal, se vieron reflejados en el Proyecto Alternativo de Código de Procedimientos Penales elaborado por un Comité Consultivo del Ministerio de Justicia. Este proyecto fue revisado por una Comisión designada por mandato de la Ley Nro. 25281 (1990), la que elaboró un texto, convertido luego en el Código Procesal Penal de 1991 (Decreto Legislativo Nro. 638 del 25 de abril de 1991). El Código de 1991 debió entrar en vigencia en mayo de 1992, pero ello no fue así por la interrupción del régimen democrático en abril de 1992. Entre 1995 y 1997, se produjeron dos intentos de reformas. El texto de 1997, aprobado en el Congreso, fue observado por el Ejecutivo argumentando problemas presupuestales y de capacitación de los operadores (Arbulu, 2015).
- e. **El Código Procesal Penal de 2004.-** la aprobación de este Código ha sido el esfuerzo más serio de hacer una reforma procesal para sustituir el actual modelo mixto, predominantemente escrito y reservado por uno acusatorio adversativo, oral y público. El Poder Ejecutivo impulsó la creación de la Comisión de Alto Nivel por Decreto Supremo Nro. 005-2003-JUS del 14 de marzo de 2003. La finalidad de la

comisión era proponer las modificaciones y mecanismos legales para la implementación del nuevo Código Procesal Penal, fue presidida por el señor Ministro de Justicia, y estuvo integrada por Rocío Montero Lazo, Rafael Donayre Otárola, Manuel Catacora Gonzales, Pablo Talavera Elguera, Cesar San Martín Castro, Pablo Sánchez Velarde, Daniel Caballero Cisneros, Víctor García Toma, Jorge Santisteban de Noriega, Jorge Villegas Ratti, Ricardo Váscones Vega, Fidel Rojas Vargas y Carlos Caro Coria. Como se observa la composición de esta comisión fue con abogados de la actividad privada, y jueces y fiscales muchos de los cuales han tenido y tienen un papel relevante en el sistema judicial (Arbulu, 2015)

2.2.1.4. Garantías Constitucionales del Proceso Penal

En las últimas décadas se ha puesto de relieve la vigencia de las garantías que debe reunir el proceso penal, invocando el respecto de los Derechos Humanos y las garantías jurisdiccionales previstas en la primera norma legal de todo Estado de Derecho, es decir en la Constitución. Así, en la dogmática se ha hablado de la Constitucionalización del proceso penal aludiendo a las garantías mínimas que debe tener toda persona sometida a un proceso penal como consecuencia de una imputación, garantías en las que subyace un derecho humano, un derecho previsto en la Constitución o en los Tratados Internacionales.

Como señala Maier (1989), las garantías procesales son, “Las seguridades que se otorga para impedir que el goce efectivo de esos derechos (los fundamentales) sea conculcado

por el ejercicio del poder estatal, ya en la forma de limitación de ese poder o de remedio específico para repelerlo” (Cubas, 2003).

Las garantías procesales no son otra cosa que normas constitucionales y legales cuya finalidad es asegurar la protección de los derechos fundamentales o, lo que es lo mismo, las formas de hacer devenir eficaces y prácticos dichos derechos. Actúan, pues, las garantías como límites a la restricción de los derechos, pero, y en tanto, como es sabido, los derechos fundamentales no son ilimitables, también juegan un papel reglamentador de los requisitos para la injerencia en los mismos. Las garantías, es conveniente insistir en esta idea, no son, pues, un fin en sí mismas ni tienen vida y autonomía propia, sino que están subordinadas al derecho que protegen y dan cobertura y al que, por tanto, tienden a asegurar. En este sentido, la interpretación de la norma en que se plasma una garantía procesal habrá de hacerse siempre atendiendo a la del derecho al que sirve. Lo contrario, esto es, la sanción procesal o la abstención de la persecución penal por causa de la merma de una garantía aun cuando el derecho fundamental al que está subordinada no haya sufrido perjuicio conduce inexorablemente a un exceso de formalismo de consecuencias negativas para el propio sistema constitucional (Asencio, 2016).

Lo que diferencia al proceso del acto de tomarse la justicia por la propia mano o de otros métodos bárbaros de justicia sumaria es el hecho de que éste persigue, en coherencia con la doble función preventiva del derecho penal, dos finalidades diversas: el castigo de los culpables y al mismo tiempo, la tutela de los inocentes. Es esta segunda preocupación lo que está en la base de todas las garantías procesales que lo circundan y que condicionan de distintas maneras las instancias represivas expresadas por la primera. La historia del

proceso penal puede ser leída como la historia del conflicto entre ambas finalidades, lógicamente complementarias pero contrastantes en la práctica. Podemos, en efecto, caracterizar el método inquisitivo y el método acusatorio según el acento que el primero pone sobre una y que el segundo pone sobre la otra. Es obvio que ni el proceso inquisitivo desconoce la cuestión de la tutela del inocente, ni tampoco el acusatorio descuida el fin de la represión de los culpables. Los dos métodos se distinguen sobre todo por partir de dos concepciones diversas tanto del poder judicial como de la verdad. (...) Recuperando la distinción entre jurisdicción lata y jurisdiccionalidad estricta, diremos que el método inquisitivo está caracterizado sólo por el primer principio, requiriendo únicamente un juicio, cualquiera que sea, como condición necesaria de la pena; mientras que el método acusatorio se distingue también por el segundo, en la medida en que exige además que el juicio se desarrolle con las garantías procesales en materia de prueba y de defensa que hacen posible la verificación y la refutación. Como hemos demostrado, esto depende de la relación de derivación y no solo de delegación – nomoestática y no sólo nomodinámica – que la estructura normativa del estado de derecho moderno ha instaurado entre ley y juicio en materia penal (Ferrajoli, 2006).

La Constitución establece determinadas normas o directrices que regula el proceso penal, estas normas, a decir de Aroca (2001), garantizan las reglas procesales que inciden en los derechos procesales de las personas, entonces se debe distinguir entre garantías genéricas y garantías específicas. Las primeras son reglas generales, polivalentes que inciden en el ámbito general o integral del proceso, además se proyectan a todas las etapas del proceso. En algunas ocasiones refuerzan el contenido de las garantías específicas y, en otras, incluyen determinadas garantías que no fueron formalmente incorporadas en la

Constitución. Las garantías específicas son reglas puntuales, circunscriptas a una institución procesal o a un ámbito preciso del proceso (San Martín, 2015).

Son cuatro las garantías genéricas del proceso penal: a). Debido Proceso (arts.139.3 de la Constitución, I y III TP del NCPP, I TP del CPC y 7 LOPJ), b). Tutela Jurisdiccional (arts.139.3 de la Constitución, ITP del CPC y 7 LOPJ), c). Defensa Procesal (arts.139.14 de la Constitución y IX TP del NCPP). d). Presunción de inocencia (arts.2.24e de la Constitución y II TP del NCPP). Estas proporcionan cobertura y fundamento a cualquier pretensión frente a toda actuación que traspase los límites constitucionales. Las garantías específicas del proceso penal son numerosas, tales como la motivación de las resoluciones, juez legal, pluralidad de la instancia, interdicción de la condena en ausencia, *ne bis in ídem* procesal, conocimiento previo de los cargos penales, prohibición condicionada de incomunicación, inmunidad, acusación constitucional, etc. Muchas de ellas, como luego se verá, integran el contenido constitucionalmente garantizado de determinadas garantías genéricas, como es el caso, por ejemplo, del derecho al juez legal, pluralidad de la instancia o interdicción de la persecución penal múltiple respecto del debido proceso; el conocimiento previo de cargos respecto de la garantía de defensa procesal; o la motivación judicial sobre el derecho a la tutela jurisdiccional (San Martín, 2015).

a. Garantía del Debido Proceso.- esta garantía procesal, históricamente tiene su antecedente en el Derecho anglosajón y otra en la jurisprudencia norteamericana como bien lo resalta Gozaini, cuando señala que en sus comienzos el *due process of law* tuvo un valor fundamental que fue señalado en el Capítulo 39 de la Carta Magna inglesa de 1215, donde se desarrolla este derecho de los barones normados frente al

Rey “Juan Sin Tierra” a no sufrir arresto o prisión arbitrarios y a no ser molestados ni despojados de su propiedad sin el juicio legal de sus pares y mediante el debido proceso legal. Las primeras ideas de esta garantía fueron evitar el castigo arbitrario y las ilegales violaciones a la libertad personal y de los derechos de propiedad. Al mismo tiempo orientó a los jueces hacia un juicio justo y honesto. Creaba y protegía inmunidades que las personas nunca habían disfrutado hasta entonces, así como los derechos propios, atinentes a la persona o a sus bienes, y también significa que su disfrute no podía ser alterado por el Rey por su propia voluntad y, por ende, no podía arrebatarlas. (...). Con el tiempo, el proceso debido fue llevado al plano de la ley e inclusive sin tener mención expresa, se consagró en las *constituciones* de los Estados. No hubo indicaciones sobre contenidos o funciones de un proceso tipo o modelo sino precisiones sobre la defensa, especialmente referidas a los casos de atención en procesos penales. Nace así el llamado *debido proceso constitucional*, que fue más importante por las implicancias supuestas que por las declaraciones realizadas. En Argentina, por ejemplo, se extrajo del artículo 33 (cláusulas implícitas) la necesidad de tener un proceso debido sujeto a las condiciones de la ley, evitando la discreción judicial y los abusos de autoridad (Gozaini, 2004).

En nuestro sistema procesal, el concepto de debido proceso se limita al ámbito del *fair trial* y con este fin comprende a todas las garantías que estén en concordancia con el fin de dotar a una causa penal de los mecanismos que protejan a la persona sometida a ella. Comprende incluso a derechos que no se encuentran expresamente positivizados, pero que en virtud de esta garantía se pueden invocar por responder a sus fines (Cubas, 2003).

Es de entender por debido proceso, en cuanto garantía contra el ejercicio abusivo del poder público, aquel instrumento de la jurisdicción que incorpora, esencialmente, un conjunto de requisitos que implican la necesaria presencia de un juez independiente, objetivo e imparcial, y el cumplimiento efectivo, para la debida satisfacción de las pretensiones y resistencias, de los principios o máximas de igualdad, acusatorio, libre valoración de la prueba, oralidad, publicidad, inmediación y concentración, en los marcos de un ordenamiento procesal legalmente previsto. El debido proceso es aquel que se adecua plenamente a la idea lógica del proceso: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa (y, como tal, imparcial e independiente). En atención a su contenido complejo, esta garantía incorpora relevantemente derechos-garantía específicos de primer orden, como el juez legal, el juez imparcial, el plazo razonable o interdicción de las dilaciones indebidas, el *ne bis in ídem* procesal, el doble grado de jurisdicción y la legalidad procesal penal (San Martín, 2015).

En los Estados Unidos se concibió, además, una dimensión sustancial del debido proceso, de modo tal que un proceso será debido, más allá de la observancia de las exigencias formales, siempre que genere decisiones –que trasciende lo meramente jurisdiccional y abarcan la elaboración del derecho en su conjunto-sustancialmente debidas, por ejemplo en Brasil, se entiende como la incorporación en las decisiones de las reglas, los principios o postulados de proporcionalidad y razonabilidad , y en Estados Unidos de América que el derecho material ha de regular las relaciones sociales según los marcos prefijados o informados por los valores preconizados por la Constitución. (San Martín, 2015)

Con la Constitucionalización del proceso se evade y posterga la noción de exigencia individual o derecho subjetivo público. Queremos significar, así, que el proceso debido es aquel que no tiene fronteras ni características por Estado. Es una noción unívoca que obliga a adaptaciones singulares y a estándares propios que afinan, al unísono, en la garantía procesal por excelencia. La influencia de la Constitución en el proceso no ha de verse solamente en la cobertura que ofrece una norma fundamental de un Estado cualquiera respecto a la conformación de una estructura mínima de presupuestos y condiciones para tramitar adecuadamente un litigio. (...) En definitiva, el debido proceso es el derecho a la justicia lograda en un procedimiento que supere las grietas que otrora lo postergaron a una simple cobertura del derecho de defensa en juicio. No estaremos hablando más de reglas, sino de principios (Gozaini, 2004).

b. Tutela Jurisdiccional.- siguiendo a Cubas (2003), el contenido de este Derecho comprende:

- i. El derecho de acceso a los tribunales.
- ii. El derecho a obtener una sentencia fundada en derecho.
- iii. El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.
- iv. El derecho a un recurso legalmente efectivo.

La tutela jurisdiccional es un derecho fundamental y ha sido reconocido como tal en diversos documentos internacionales, a saber: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art.10), el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 14), Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre (art. XVIII), Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”

(arts.8 y 25). La Constitución Política de 1993 lo contempla en el artículo 139 inc. 3, como principios y derechos que rige la función jurisdiccional. Sin embargo, siendo un derecho fundamental, hubiera sido importante incorporarlo en el artículo 2 sobre Derechos de la Persona, pero ello no es óbice para considerarlo como verdadero derecho fundamental, compatible con el modelo de Estado Social de Derecho.

Por su parte, San Martín (2015) sostiene que el derecho a la tutela jurisdiccional está contemplado, indeterminadamente, en el art. 139 de la Constitución, norma que se limita a establecer como uno de los “principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. (...) la tutela jurisdiccional”. No obstante ello, su debida conceptualización exige una aproximación amplia, por lo que, de este modo, es de afirmar que se trata de un derecho-garantía que incumbe desarrollar al legislador – sin que le sea dable instituir normas excluyentes de la vía jurisdiccional - y aplicar al juez, que tiene un contenido complejo, de carácter prestacional y de configuración legal –aunque limitado y controlable jurisdiccionalmente-, predicable de todos los sujetos jurídicos, y que consiste en el derecho a un proceso –de acceso a la justicia, tanto a quien ha pretendido la tutela, iniciando un proceso como a quien se defiende frente a esa pretensión – y, salvo el incumplimiento de presupuestos y requisitos procesales, a una sentencia sobre el fondo, fundada en derecho, y plenamente ejecutable, para hacer efectivos los derechos subjetivos y los intereses legítimos, de naturaleza sustantiva. El contenido constitucionalmente garantizado de este derecho-garantía es el siguiente: 1. Derecho al proceso. 2. Derecho a una resolución fundada en derecho. 3. Derecho de acceso a los recursos legalmente previsto. 4. Derecho a la firmeza, invariabilidad y a la cosa juzgada – efectividad de las decisiones jurisdiccionales. 5. Derecho a la ejecución de lo decidido.

c. Defensa Procesal.- el Derecho de defensa es un derecho fundamental de todo imputado a acceder al proceso penal, tan pronto como se le atribuya la comisión de un hecho punible, y a designar, en él, a un abogado de su confianza o a reclamar la intervención de uno de oficio para efectuar ambos, defensor y patrocinado, los actos de alegación, prueba e impugnación que estimen necesarios en punto a hacer valer, con eficacia, el derecho fundamental a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente. Del referido concepto se extraen las siguientes notas esenciales: a) la defensa es un auténtico derecho fundamental contenido en el art.24 CE e integrado por todo un conjunto de derechos y garantías instrumentales; b) su primera manifestación consiste en acceder al proceso penal tan pronto como surja en él la imputación, la cual le ha de ser inmediatamente comunicada; c) su primer ejercicio estriba en reclamar el derecho a la defensa técnica del abogado de confianza o del turno de oficio; d) integrando ambos, abogado defensor y patrocinado, una parte dual a la que el ordenamiento ha de posibilitar, tanto el ejercicio de la defensa pública o técnica, como el de la privada o autodefensa; e) y su contenido consiste en oponerse a dicha imputación a través de la solicitud y obtención de la práctica de los actos de investigación y la realización de los de alegación, prueba e impugnación necesarios para acreditar, bien la inexistencia o atipicidad del hecho, bien la falta de participación el él del imputado, su ausencia de responsabilidad penal o la concurrencia de circunstancias atenuantes de su culpabilidad (Gimeno, 2012).

La garantía de defensa procesal, en concreto de inviolabilidad de la defensa, se expresa a través del derecho de audiencia. La audiencia, de un lado, presupone que se reconozca a toda persona el poder acceder al proceso, el derecho a un recurso

efectivo ante un tribunal independiente, objetivo e imparcial, en todas y cada una de la etapas procesales e instancias jurisdiccionales; y, de otro, pretende que el imputado se encuentre en condiciones óptimas para rechazar la imputación que se le dirige o, incluso, admitiéndola, pueda incorporar otras circunstancias que la neutralicen o aminoren, según la ley penal. Por tanto, nadie puede ser sometido a una resolución que le pueda perjudicar sin darle oportunidad de ser oído en juicio, pues de lo contrario se incurriría en indefensión constitucionalmente prohibida (San Martín, 2015).

La defensa penal, a diferencia de la civil, ofrece la singular característica de ser una parte dual, pues está integrada por dos sujetos procesales: el Abogado defensor, que ejercita la defensa técnica, y su defendido o imputado que puede actuar su defensa privada o autodefensa. Ambas defensas se manifiestan coincidentes en un único objetivo, cual es el reiterado fin de hacer valer el derecho a libertad, pero la causa a la que obedece dicho objeto es distinta: en tanto que el imputado ejercita “su” derecho a la libertad, la defensa técnica tiene una dimensión objetiva, pues ha de proteger la libertad en tanto que, siendo un valor superior del ordenamiento (art. 11CE), está expresamente amparada en el art.17CE. Esta dimensión objetiva de la defensa penal ocasiona que el ordenamiento otorgue al defensor un cierto grado de autonomía que se manifiesta, en ocasiones, hasta condicionando determinadas actuaciones de su defendido (así, la conformidad, cuando el defensor considera necesaria a la apertura del juicio oral en contra de la voluntad de su patrocinado, el art. 655 I y II hace prevalecer la voluntad de aquél frente a la de este) (Gimeno, 2012)

Respecto al ejercicio de la defensa en plena igualdad, sin lugar a dudas que ello constituye una exigencia ineludible del modelo acusatorio, razón por la cual resulta necesario fortalecer la Defensa de Oficio, a fin de que pueda competir en igualdad de condiciones con un Ministerio Público fortalecido por el modelo Acusatorio.

Debemos poner atención a que la Defensa de Oficio se institucionalice como un organismo independiente y autónomo, que responda así a la gran demanda de asistencia letrada que presenta nuestro sistema de justicia, y con ello garantizar el ejercicio de la defensa en plena igualdad. Personalmente consideramos que en tanto el Ministerio Público asuma un mayor protagonismo y liderazgo en la persecución del delito, representando los intereses sociales y de las víctimas, la llamada “defensa judicial del Estado” o el Pool de Procuradores en temas penales existentes, podrán ser una interesante alternativa para constituir el Ministerio de la Defensa, pues el Estado ya no necesitará quien lo defienda en un proceso penal, pues ello podrá ser asumido plenamente por el Fiscal, como se hace en muchos países. Lamentablemente, el Código Procesal, ni en el Título Preliminar ni en las Disposiciones finales muestra preocupación por el tema (Burgos, 2004).

- d. Presunción de Inocencia.-** la presunción de inocencia está reconocida de manera expresa en el art.2.24e de la Constitución, bajo el siguiente tenor: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. En términos equivalentes se pronuncia la CADH, cuyo art. 8.2 dice “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Su desarrollo legislativo se encuentra en el art. II TP NCPP. Se trata de un derecho-garantía procesal o

jurisdiccional, de jerarquía constitucional, que asiste al imputado –derecho pasivo del acusado, que no alcanza a otras partes procesales – y se proyecta a todo el proceso penal -aunque se extiende a todas aquellos supuestos en que la decisión judicial deberá asentarse en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos (San Martín, 2015).

La exigencia de que nadie puede ser considerado culpable hasta que así se declare por sentencia condenatoria contiene, al decir de la jurisprudencia constitucional española, cinco presupuestos: 1. Suficiente actividad probatoria. 2. Producida con las garantías procesales. 3. Que de alguna manera pueda entenderse de cargo. 4. De la que se pueda deducir la culpabilidad del procesado. 5. Que se haya practicado en el juicio. Los imputados gozan de una presunción iuris tantum, por tanto en el proceso ha de realizarse una actividad necesaria y suficiente para convertir la acusación en verdad probada; las pruebas, para ser tales deben merecer la intervención judicial en la fase del juicio oral, cuya obligatoriedad y publicidad impone la Constitución (art.139.4), salvo los supuestos de prueba anticipada y prueba pre constituida; asimismo, deben haber posibilitado el principio de contradicción y haberse actuado –en lo que respecta esencialmente a la obtención de fuentes de prueba-con escrupuloso respeto a las normas tuteladoras de los derechos fundamentales, pues de lo contrario son de valoración prohibida (San Martín, 2001).

Junto a un derecho a un proceso con todas las garantías, el art. 24.2CE yuxtapone la “presunción de inocencia” o derecho, que a todo imputado asiste, a que se presuma su inocencia hasta tanto no recaiga contra él una sentencia penal firme de condena.

La presunción de inocencia está, pues, presente a lo largo de todas las fases del proceso penal y de todas sus instancias. A diferencia del proceso penal inquisitivo del Antiguo Régimen en el que una mera denuncia, advenida por dos testigos libres, daba lugar a una mala fama en el inquirido que permitía al juez inquisidor adoptar la prisión preventiva e incluso, en la confesión con cargos, el uso de la tortura, una de las conquistas esenciales del movimiento liberal consistió en elevar a rango constitucional el derecho de todo ciudadano sometido a un proceso penal a ser presumido inocente. (...) Pero la presunción de inocencia ha de desplegar también sus efectos en la fase instructora, impidiendo que los actos limitativos de los derechos fundamentales, en general, y la prisión provisional, en particular, no puedan ser adoptados sin la existencia previa de fundados motivos de participación en el hecho punible del imputado y tras una resolución motivada en la que se cumplan todas las exigencias del principio de proporcionalidad (Gimeno, 2012).

En nuestro país, el artículo II del TP del Código recoge el Principio de Presunción de inocencia, entendida como derecho de "...toda persona imputada de delito...es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motiva." Esta primera declaración se enmarca dentro de los parámetros clásicos de esta importante garantía, razón por la que resulta importante destacar aquí lo que consideramos una posición más realista, justamente aplicable al momento actual, donde todo el sistema penal apunta a considerar al procesado como culpable, a pesar de existir todo el sistema de garantías a nivel constitucional y supranacional, como es lógico en todo modelo y cultura inquisitiva como en el que nos encontramos actualmente. Esta garantía constitucional a la presunción de inocencia comprende

todo ámbito jurisdiccional o administrativo en que pueda atribuirse un delito a una persona, lo cual implica todo aquello que pueda importar un trato de culpable despido del trabajo, separación, publicidad en los medios, etc. Realmente este principio de inocencia, si bien tiene su manifestación propia dentro del proceso penal, no es posible desproteger los demás derechos conexos al de la libertad y dignidad personal que se afectan por el hecho de pesar sobre el imputado una acusación de delito. De ahí que este derecho puede ser invocado para oponerse a todo acto intra o extra proceso, de autoridad o particular que pueda importar un trato de culpable del imputado. Ya de inicio se debe advertir que el derecho a la presunción de inocencia no sólo es una garantía que impone la consideración al imputado como inocente, sino que su efecto más importante lo produce en cuanto exige que la persona que viene siendo procesada penalmente sea tratada, en los diversos sectores del ordenamiento jurídico y la vida social, como una persona de la que aún no se ha comprobado responsabilidad penal alguna, y por tanto no se le puede tratar como culpable (Burgos, 2004).

Se ha problematizado si la presunción de inocencia es o no de carácter absoluto, pues se ha señalado en la dogmática y en la jurisprudencia que esta presunción podría sufrir cierto debilitamiento (STC Nro. 06613-2006-HC/TC del 02/07/2007) cuando por ejemplo se aplica alguna medida cautelar en contra de una persona como la prisión preventiva, pues las medidas cautelares se fundan en el principio *fumus comissi delicti*, es decir la apariencia que el imputado probablemente haya cometido el delito, por lo que si asumiríamos que la presunción de inocencia es absoluta, no podría dictarse tales medidas, entonces podríamos afirmar que este principio sufriría cierto debilitamiento; sin embargo, otro sector considera que la presunción de

inocencia solo ha de considerarse mientras no exista una decisión final que así lo determine. Nosotros nos inclinamos a considerar que este principio, con la imposición de la medida cautelar, sí sufre cierto debilitamiento pues de presumirse, de manera absoluta, la inocencia de una persona no sería razonable imponerle una medida personal por ejemplo, como lo es la prisión preventiva.

2.2.1.5. Sistemas Procesales Penales

Los modelos procesales adoptados, como veremos a continuación, responden a la política penal que adoptó cada Estado, teniendo en cuenta el momento histórico y la influencia cultural.

Los sistemas reconocidos de manera unánime en la dogmática son los siguientes:

- a. Sistema Acusatorio:** en el desarrollo de la sociedad y en la medida que fueron surgiendo conflictos para darle solución a estos se estructuraron modelos procesales para la aplicación de la pena. ¿Cómo se construyó cada sistema? Pues a partir de cómo se concebía el proceso. Aroca (2001) sobre esto dice que la forma de proceso: “(...) da respuesta la distinción entre dos sistemas procesales penales, a los que se denominan sistema acusatorio y sistema inquisitivo, pero la distinción misma está basada en la incomprensión histórica y en un grave error conceptual, que arranca de no precisar lo que es un verdadero proceso”. Para adelantarnos diremos que para este procesalista solo debe considerarse como proceso el inserto en el sistema acusatorio (Arbulu, 2015).

Aroca (2001) delinea los contornos del sistema procesal acusatorio señalando que es posible que en algún momento histórico primitivo, en el que se tenía una noción privada del delito y en el que no se establecían diferencias entre los procesos civil y penal, se conviviera este segundo como una contienda entre partes, situadas en pie de igualdad, frente a un tercero imparcial, que debía responder al ejercicio de un derecho subjetivo por el acusador contra el acusado. En esta situación el acusador era el ciudadano ofendido por el delito que afirmaba su derecho subjetivo a que el acusado, al que imputaba ser autor del delito, se le impusiera una pena. Estima que el proceso acusatorio se ponía en marcha únicamente cuando se daba los siguientes presupuestos:

- El particular presentaba una acusación.
- La acusación determinaba los ámbitos objetivo (el hecho que se imputaba) y subjetivo (la persona a la que se acusaba)
- El juez no podía ni investigar los hechos, ni practicar prueba que no le hubiera sido solicitada por las partes.
- La sentencia tenía que ser congruente, de modo que no podía condenarse a persona distinta de la acusada por el particular, ni poder hechos distintos, ni a pena diferente de la solicitada por el acusador.
- La actividad jurisdiccional era un verdadero proceso, esto es, estaba sujeta a los principios de dualidad, contradicción e igualdad.

De acuerdo a la información histórica, en Grecia y Roma no pudo mantenerse por mucho tiempo este sistema, pues en la sociedad, con el paso del tiempo se entendió que el delito no podía ser entendido como una afectación exclusivamente privada,

sino de interés del Estado a través de un órgano público, pues la paz social le incumbía a aquel.

b. Sistema Inquisitivo: este sistema reemplazó al acusatorio, justamente cuando el Estado empezó a tener el monopolio de la persecución haciendo que esta facultad y la decisión o fallo se concentrara en los jueces. El sistema acusatorio oral de los griegos se perdió en las obscuridades de la Edad Media, en la cual, a cambio, se desarrolló el sistema inquisitivo. Los jueces eran los persecutores, averiguadores y sancionadores (Arbulu, 2015).

Según el mismo autor, los rasgos predominantes de este sistema son:

- La figura del ciudadano acusador si no desapareció quedó disminuida, pues la iniciación de la actividad necesaria para la actuación del Derecho Penal quedó en manos del juez-acusador
- La determinación de los ámbitos objetivo y subjetivo de la acusación correspondía a la persona que, al mismo tiempo, acusaba y juzgaba. -La investigación de los hechos y la determinación de las pruebas a practicar correspondía íntegramente a la misma persona que asumía los papeles del acusador y juez.
- La congruencia entre acusación y fallo no tiene lugar pues el acusador-juez podía determinar en cualquier momento de qué y a quién acusaba y juzgaba.
- Los poderes del acusador-juez son absolutos frente a un acusado que está indefenso ante él. No hay verdaderas partes y el acusado no es sujeto, sino objeto de la actuación del juez (Arbulu, 2015).

Como sabemos, en este modelo procesal, el órgano persecutor del delito, y al mismo tiempo, el decisor era el juez, pues se le encargaba la averiguación de los hechos y al mismo tiempo emitir la decisión final, con lo cual queda ahora claro que poner estas dos funciones en una sola persona generaba la posibilidad de tomar una decisión afectando el principio de imparcialidad.

En este sistema, la dirección de la investigación, y la actuación del proceso penal evidentemente correspondía a los tribunales, en ellos se concentraba el poder para determinar la responsabilidad y culpabilidad del imputado. Si bien ahora se cuestiona este sistema como uno carente de garantías procesales para los sujetos procesales, sin embargo en casi todos los países del mundo fue un modelo procesal que imperó por cientos de años, incluso en la dogmática se llega a sostener que este proceso inquisitivo en realidad no era un proceso sino un sistema de aplicación del derecho penal, pues el avance Constitucional Penal ha revestido de otras exigencias al proceso penal, y ver el sistema inquisitivo pareciera ver un sistema donde en la actividad procesal no se respetan principios mínimos como la dualidad de los sujetos procesales, la contradicción, la igualdad de armas, etc. que hoy por hoy resultan ser indispensables en todo proceso penal.

- c. **Sistema Mixto:** en la doctrina se afirma que el sistema mixto es concebido como una división del proceso, en una fase instructora y otra de juicio (sumario y plenario), con predominio inquisitivo para la primera y acusatorio para la segunda; pero los matices son muy variados en consideración al concepto que se tenga de la necesidad de tutelar el interés privado o el público. Mezcla de inquisición y de acusatorio dependiendo

de cómo se desenvuelven los sujetos procesales y los jueces en este modelo (Arbulu, 2015).

Los historiadores de este sistema dicen que como una reacción al sistema inquisitivo, la Revolución Francesa de 1789 si bien echó por tierra la Ordenanza de 1670, no pudo sepultarla. Se trasplantó el sistema acusatorio inglés con el doble jurado popular, manteniéndose un momento preliminar de instrucción breve, no del todo secreta y meramente preparatoria, a cargo de los jueces de paz, quienes interrogaban al imputado e iniciaban e trámite de oficio o por denuncia. Como se puede ver, la acción era iniciada por los jueces.

El acusador era público, el antecedente del Ministerio Público, pero nombrado por elección popular, y a su lado se mantenía el Comisario. El cambio, si bien no perduró, tuvo enorme influencia en la legislación napoleónica. El Código de Instrucción Criminal de 1808 instituyó un sistema mixto con rasgos generales bien definidos: perfecta separación de las dos etapas del proceso. La instrucción preparatoria era de corte inquisitivo y no podía ser valorada para el fallo por cuanto solo fundamentaba la acusación. Era obligatoria para los crímenes y facultativa para los delitos. Concluida la instrucción, el juez pasaba los autos a la Cámara de Consejo (la que después fue Cámara de Acusación) que dictaminaba sobre la elevación a juicio. La fase de juicio, que se llamaba “instrucción definitiva” era acusatoria; se realizaba ante las *Cortes de Assises* permanentes y los jurados populares; el acusador era público y el ofendido solo ejercía la acción civil. La prueba del debate se valoraba conforme a la íntima convicción y el fallo debía ser después fundamentado por los jueces técnicos. Este Código concilió el procedimiento acusatorio del llamado

“Derecho intermediario” (periodo revolucionario) y el procedimiento inquisitivo del Antiguo Régimen. (...) Una de las críticas es la duplicidad de investigaciones que realiza la Fiscalía y el juez instructor por lo que en Francia plantearon su eliminación. Esto se ve también el modelo de 1940 en los que un testigo repite su declaración en la Fiscalía, luego en la fase instructora y finalmente en el plenario (Arbulu, 2015).

d. Sistemas Acusatorios modernos: este sistema que se sustenta en el denominado principio acusatorio que separa los roles del fiscal como el juez; le asigna al primero la responsabilidad de la investigación y persecución, y al segundo, de la decisión o del fallo. Este modelo estaba implícito en las Reglas de Procedimiento Criminal de Puerto Rico, y el Código Procesal Penal italiano de 1988. La instrucción formal es sustituida por la investigación preparatoria a cargo del Ministerio Público dotado de amplias facultades. Se establecen las salidas alternativas expresadas en la posibilidad de consenso entre la pretensión punitiva concreta mantenida por la fiscalía y el imputado y su defensa. Trae varios procedimientos sumarios diferentes del ordinario y este mantiene el juzgamiento oral y público. El pase del sistema mixto al acusatorio como reforma se produjo en el Código de Procedimientos penales de Portugal en 1991, y tomando en cuenta los diversos códigos europeos, la tendencia mayoritaria en la actualidad es confiar todo lo referido a la persecución penal y la preparación de la acusación en los delitos de acción pública a la fiscalía, lo que también se ha adoptado en las reformas, vigentes y proyectadas, del ámbito latinoamericano. Tenemos la ambiciosa reforma procesal en Chile, también en Colombia y en Perú con el Código del 2004, en Puerto Rico este sistema se estableció por influencia del Derecho anglosajón y su vinculación con los Estados Unidos desde 1963 con las

Reglas de Procedimiento Criminal, también Costa Rica , y con algunos avances en la intrincada legislación argentina (Arbulú, 2015).

Este modelo ha sido adoptado en el nuevo Código Procesal Penal del año 2004; sin embargo, se le ha **denominado en la dogmática como modelo Acusatorio con rasgos adversariales** que, como novedad en nuestro país, diferencia de manera categórica la función de investigación y la función decisoria, en funcionarios diferentes, pues a cargo de la investigación se encontrará el fiscal y a cargo de la decisión, el juez. Es necesario ahondar al respecto.

- **El modelo Acusatorio con rasgos adversariales:** Reyna (2015) sostiene que la influencia de los contenidos del proceso penal norteamericano en las reformas legislativas en nuestra región –aunque no solo en aquella– hacen que hoy más que nunca sean válidas las expresiones del Catedrático muniqués Bernad Schunemann cuando alude a *la marcha triunfal del procedimiento penal norteamericano en el mundo*. Precisamente esta circunstancia es la que hace común que en los procesos de reforma procesal penal se suela recurrir a la expresión *adversarial* para identificar a los nuevos modelos procesales incorporados a nuestros países o, al menos, a ciertos rasgos de aquellos. Sin embargo, es también preciso señalar que existe una utilización poco meditada de la expresión que, por cierto, se realiza con un conocimiento poco profundo del sentido y características de un modelo procesal penal adversarial.

Como podemos advertir, determinar el tipo de modelo que impera en una sociedad, dependerá en primer lugar de las funciones que se le atribuyen al

persecutor del delito y a quien emite la decisión, si ambos poderes están concentrados en una sola persona estaremos frente a un modelo inquisitivo, si existe una separación de estas funciones en dos personas (entidades) diferentes, estaremos ante un sistema acusatorio y si además se garantiza la contradicción estaremos ante un modelo acusatorio adversarial. Así, en un sistema adversarial se parte del presupuesto de la marcada distribución de las funciones donde los fiscales y los abogados investigan (en un contexto de *igualdad de armas*).

El modelo acusatorio propone una visión diferente del proceso penal, y del modo en que realizan sus funciones los operadores de justicia, pues la Fiscalía se encarga de investigar y determinar los cargos en contra el imputado, a partir del cual el Juez, en un proceso contradictorio, decidirá por la responsabilidad o inocencia del imputado. En este sistema el control para respetar la Constitución y la Ley será obligación del Juez.

- **Identificación del Sistema Procesal Peruano.-** respecto al modelo que adopta nuestro sistema procesal Reyna (2015) sostiene que, analizando el modo en que se encuentra estructurada esa división de funciones en el modelo procesal penal peruano es notorio que se asume un modelo acusatorio con ciertos rasgos adversariales. En efecto, conforme al artículo IV del Título Preliminar del CPP el Ministerio Público: Asume la conducción de la investigación desde su inicio; mientras tanto, conforme al artículo V del Título Preliminar del CPP: “Corresponde al órgano jurisdiccional la dirección de la etapa intermedia y especialmente del juzgamiento, así como expedir las sentencias y demás

resoluciones previstas en la ley”. De estas disposiciones se deduce las distintas funciones que corresponde al Ministerio Público y al Juez.

El mismo autor señala que el modelo procesal adversarial descansa sobre cuatro pilares fundamentales: los principios de igualdad de armas, imparcialidad, contradicción y oralidad. Estos rasgos son asumidos en el CPP.

- a. La igualdad de armas.- el *principio de igualdad de armas* reconoce un trato procesal igualitario entre los contendores dentro del proceso penal, lo que viene expresamente reconocido por el artículo I, literal 3, del Título preliminar del CPP al establecer: “Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y este Código”.

Del principio de igualdad de armas es posible extraer también como consecuencia lógica, la necesaria separación de funciones que corresponden a los diversos sujetos procesales en virtud de la cual una parte no puede asumir las funciones correspondientes a otras. Esto, como es lógico, conlleva a la asunción de un nuevo rol por parte del Ministerio Público. Sin dejar de considerar las características instructorias que tiene el Ministerio Público, que provocan que su presencia sea imprescindible, no se trata –como señala LORCA NAVARRETE – de un *sujeto privilegiado* sino de *una parte* como cualquier otra. Por esta razón, la idea del fiscal como *defensor de la sociedad* parece perder sentido pues tanto el acusado como la víctima tienen abogados que les defienden. Pero donde se encuentra la mayor riqueza del principio de

igualdad de armas es en el ámbito del derecho a la defensa. El modelo procesal adversarial potencia las posibilidades defensivas del imputado y las víctimas a través del reconocimiento de mayores facultades en la proposición, actuación y control de la actividad probatoria.

- b. La imparcialidad judicial y la objetividad fiscal.- En el proceso penal adversarial, partiendo de la lógica del contradictorio, el Juez penal asume un papel distinto al propio del proceso penal inquisitivo: el juez es un tercero imparcial cuya función se relaciona al mantenimiento de los estándares de legalidad propios del proceso penal y, por lo tanto, que no interviene en la dinámica probatoria. Por esta razón se entiende la *desaparición* de la instrucción y de sus productos más característicos (el auto de procesamiento penal) y su reemplazo por la *investigación preparatoria* en la que el Juez penal ve transformado su rol inquisidor en uno de *decisión* y de garantía, transformándose en “*un moderador garantista de la instrucción confiada al fiscal*”

Pero no es solo que la imparcialidad deba ser invocada en relación a la actuación del Juez, que sino también es un atributo exigible al Fiscal a través de las ideas de imparcialidad/objetividad. Durante la investigación del delito –antes de la acusación fiscal– el Fiscal deberá actuar imparcialmente. Solo a través de una actuación imparcial podrá el Fiscal otorgar al investigado un trato de inocente. Es precisamente en virtud a dicho principio que el CPP impone la obligación del Fiscal de *indagar los hechos* que determinen la *inocencia del imputado* y esta circunstancia es la que determina también que

se imponga el deber de *disclosure* o revelación de información, evidencia o pruebas a favor de la defensa. Solo a través del principio de imparcialidad en sede fiscal se garantiza una investigación del delito libre de prejuicios o prejuzgamientos.

- c. El principio de contradicción.- el principio de contradicción, como se observa tiene una posición privilegiada en el sistema adversarial pues permite que el resultado final del proceso se obtenga con una amplia intervención de la defensa. Este principio, en adición al de inmediación permite que la información producida en los debates orales sea cada vez de mejor calidad.

- d. La oralidad.- dado que el proceso penal aparece como el terreno del enfrentamiento dialéctico de las partes procesales con el propósito de convencer al Juez sobre su pretensión, será la oralidad el instrumento más adecuado para tal propósito. Esta característica es notoria en el nuevo CPP que ubica al juicio oral como la etapa central del proceso penal y privilegia la solución de las controversias en audiencia pública. En efecto, debe recordarse cómo el artículo 356 del CPP reconoce expresamente que “El juicio oral es la etapa principal del proceso”

A decir de Arana (2014), conforme lo señalan algunos estudiosos del Derecho Procesal Penal peruano, el Nuevo Código Procesal Penal se inspira en un sistema acusatorio garantista con rasgos adversativos; a continuación, se

destacan algunos aspectos del referido Código que permiten identificarlo como tal, veamos:

La Propuesta garantista pretende controlar al poder punitivo del Estado exigiendo del mismo una estrecha vinculación a los principios de igualdad, seguridad jurídica, responsabilidad, proporcionalidad, etc.; como una manera de hacer frente a la difundida crisis del sistema penal. Así, el profesor Juan Terradillos señala que de la finalidad preventiva del sistema derivan límites nítidos al *ius puniendi*, como los principios de necesidad y proporcionalidad, el de igualdad o el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Luigi Ferrajoli, el abanderado más importante del garantismo penal, parte de una hipótesis para la construcción de su tesis garantista, como es la existencia de un nexo indisoluble entre garantía de los derechos fundamentales, división de poderes y democracia. Solo el derecho penal, reconducido únicamente a la tutela de bienes y derechos fundamentales, puede conjugar garantismo, eficiencia y certeza jurídica. Y solo un derecho procesal que, en garantía de los derechos del imputado, minimice los espacios impropios de la discrecionalidad judicial, puede ofrecer a su vez un sólido fundamento a la independencia de la magistratura y a su papel de control de las ilegalidades del poder.

En concreto el aspecto garantista del Nuevo Código Procesal Penal radica en la vigencia de instituciones (principios y derechos) que avalan el debido proceso y el respeto de los derechos fundamentales de la persona. En efecto,

el NCPP contiene estas instituciones tanto en el Título Preliminar, como también en otros apartados del mismo; pero ello por sí mismo no sería suficiente para afirmar que se trata de un modelo procesal garantista, pues el garantismo no puede quedar en un plano formal y meramente declarativo de los derecho y garantías procesales; sino que adicionalmente, deberían existir mecanismos procesales para asegurar el cumplimiento y el respeto de los principios y derechos inmersos en el proceso; tal como ocurre en el NCPP, que instituye una serie de mecanismos tutelares tendientes a garantizar el cumplimiento y el respeto de los principios y derechos inmersos en el proceso.

2.2.2. Etapas del Proceso Penal:

El Código Procesal Penal, que se edifica, como hemos señalado precedentemente, en base al sistema procesal penal acusatorio con rasgos adversariales, regula el proceso penal con sus tres etapas claramente definidas y diferenciadas tomando en cuenta la finalidad que cada una de ellas tiene.

Neyra (2010) afirma que dentro del proceso penal implementado por el NCPP 2004, encontraremos etapas que cumplirán, respectivamente, una finalidad específica; en primer lugar, podemos encontrar a la etapa de investigación preparatoria cuya función principal es asegurar todo cuanto condujere a la comprobación de un hecho

presuntamente ilícito y a la identificación de quienes hayan participado, para que el órgano público de persecución penal pueda decidir si formula acusación en contra de una determinada persona o solicita sobreseimiento; como segunda etapa, encontraremos a la fase intermedia donde se critica, analiza y controla el resultado de la investigación y se realiza el control de la acusación o del sobreseimiento; y, como tercera etapa tenemos al Juicio Oral, etapa central del proceso, donde se lleva a cabo la audiencia central y se evidencia en todo su esplendor los principios del sistema acusatorio y del juicio oral propiamente dicho.

Explica el indicado autor que el por qué el NCPP ha decidido implementar 3 etapas bien definidas como estructura del proceso, señala que toda organización del proceso penal responde a una lógica, que es la lógica de la organización del proceso, la cual no es una mera racionalidad guiada por el principio de eficacia administrativa, ni mucho menos una simple tramitación de expedientes, sino que la lógica del proceso penal responde al tratamiento de conflictos humanos y como tal está orientada a sus consecuencias “prácticas”, es decir, a las consecuencias que se producen en la solución o en la “redefinición” de este conflicto. En este sentido que el NCPP ha diseñado una estructura de procedimiento penal en consonancia con las garantías y principios que exige un Estado de derecho y teniendo en cuenta que el proceso penal debe ser estructurado de tal manera que se provoque la menor lesión de los derechos fundamentales de las personas sujetas a la persecución penal, y que a lo largo del proceso se deben encontrar amparados por el principio de presunción de inocencia. Encontrado el legislador, con el NCPP 2004, un equilibrio armónico entre la tan mentada eficacia y la garantía que tanto se anhela en un sistema democrático y que ha sido adoptado por nuestro modelo acusatorio adversarial.

2.2.2.1. Etapa de Investigación Preparatoria

El proceso penal, tipo que se regula en el Libro Tercero, es el proceso común, cuya primera etapa es la investigación preparatoria, precisándose que el objeto de esta es reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación, y en su caso, al imputado preparar su defensa. Y tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado. Asimismo, la Policía y sus órganos especializados en Criminalística, el Instituto de Medicina Legal, el Sistema Nacional de Control y los demás organismos técnicos del Estado, están obligados a prestar apoyo al Fiscal (Rosas, 2014).

La Etapa de Investigación Preparatoria es uno de los cambios más importantes en el nuevo proceso penal, pues está a cargo del Ministerio Público y no del Juez como ocurría en el modelo Inquisitivo, quien en esta etapa únicamente actuará como Juez de Garantías, al que pueden acudir los sujetos procesales cuando consideran que se ha vulnerado o afectado alguna garantía constitucional en la investigación del delito. La Investigación Preparatoria se inicia cuando la Policía o el Ministerio Público tienen conocimiento de la noticia criminal, es decir toman conocimiento de la presunta comisión de un hecho delictivo, generalmente por denuncia de la parte afectada con el hecho ilícito.

Por otro lado, tal como ya se mencionó, la dirección de la investigación preparatoria le corresponde al fiscal. A tal efecto, podrá realizar por sí mismo o encomendar a la policía las diligencias de investigación que considere conducentes al esclarecimiento de los

hechos, ya sea por propia iniciativa o a solicitud de parte, siempre que no requieran autorización judicial ni tenga contenido jurisdiccional. En cuanto a la actuación policial rige lo dispuesto en el artículo 65. Para la práctica de los actos de investigación puede requerir la colaboración de las autoridades y funcionarios públicos, quienes lo harán en el ámbito de sus respectivas competencias y cumplirán los requerimientos o pedidos de informes que se realicen conforme a ley. Asimismo, el fiscal podrá disponer las medidas razonables y necesarias para proteger y aislar indicios materiales en los lugares donde se investigue un delito, a fin de evitar la desaparición o destrucción de los mismos (Rosas, 2014).

Esta etapa a su vez comprende, lo que en la dogmática se ha denominado, sub etapas:

Las diligencias preliminares y la Investigación Preparatoria propiamente dicha.

- a. Las diligencias preliminares.** - La existencia de la investigación preliminar a cargo del fiscal solo es posible y factible en el marco de un sistema penal inspirado en el principio acusatorio, ya que surge como consecuencia necesaria de la adopción de aquella forma de enjuiciamiento: al separar definitivamente la función requirente de la persona del juez, encomendándosela al Ministerio Público (órgano natural para ejercer la pretensión represiva), resulta claro que la tarea preliminar al eventual ejercicio de la acción penal debe quedar en manos del mismo órgano requirente (Nuñez, 2000).

Las diligencias preliminares constituyen la primera sub-etapa pre-jurisdiccional del proceso, en la cual el Fiscal está facultado, en virtud de las atribuciones que le otorga

la ley procesal, de seleccionar los casos en los que debe realizarse una investigación formal y para ello dispone de una investigación preliminar encaminada a reunir los requisitos necesarios para formalizar la investigación, entre ellos individualizar al autor y reunir la prueba mínima. Entonces esta fase está a cargo del Ministerio Público, quien puede realizar la investigación por sí misma o delegarla a la policía, pero de cualquier forma la investigación está regida por los principios de independencia y objetividad (Neyra, 2010).

El artículo 330 del Código Procesal Penal vigente, establece lo siguiente: “1. El Fiscal puede, bajo su dirección, requerir la intervención de la Policía o realizar por sí mismo diligencias preliminares de investigación para determinar si debe formalizar la Investigación Preparatoria. 2. Las Diligencias Preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la ley, asegurarlas debidamente. 3. El Fiscal al tener conocimiento de un delito de ejercicio público o de la acción penal, podrá constituirse inmediatamente en el lugar de los hechos con el personal y medios especializados necesarios y efectuar un examen con la finalidad de establecer la realidad de los hechos y, en su caso, impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores y que se altere la escena del delito”

Como podemos advertir, la finalidad de esta sub etapa consiste en acopiar toda la información que se pueda obtener de manera inmediata, es decir en el tiempo más próximo luego de formulada la denuncia; igualmente, se deberá “asegurar” los

elementos materiales de la comisión del hecho denunciado, que por el transcurso del tiempo podría sufrir alguna alteración y perder su eficacia probatoria.

- b. La Investigación Preparatoria propiamente dicha.** - Neyra (2010) sostiene que esta fase se inicia cuando el Fiscal emite una disposición para seguir adelante con la investigación formal de los hechos. Así pues, terminada las diligencias preliminares, el fiscal asume las funciones que con el C de PP 1940 tenía el Juez instructor, pues con este nuevo código la investigación propiamente dicha está a cargo del Fiscal y no del Juez instructor dejándose de lado el auto de apertura de instrucción para dar paso a la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria emanada por el Fiscal en virtud de la cual dirige la etapa de investigación bajo su responsabilidad.

La finalidad de esta etapa es precisamente la búsqueda y obtención de los elementos de convicción, tanto de cargo como de descargo, es decir aquellos que acrediten la realidad del hecho denunciado aunque aquellos estén dirigidos a determinar la no vinculación del presunto denunciado con el hecho denunciado, pues en esta etapa el Fiscal debe actuar o proceder con objetividad., decimos complementaria porque no está permitido que se repitan las actuaciones realizadas en la etapa preliminar, salvo que resulten imprescindibles para el esclarecimiento del caso.

Arana (2004) destaca como características de esta etapa del proceso las siguientes:

- La denominación de esta etapa del proceso obedece a su finalidad, pues la investigación se orienta a preparar las decisiones que adoptará el fiscal a partir del acopio de los elementos de convicción, y sirve además para la elaboración de la teoría del caso.

- La dirección de la investigación preparatoria corresponde al fiscal.
- Se trata de una etapa sujeta a control judicial.
- Las diligencias de investigación preliminar forman parte de la investigación preparatoria; es decir, que ya no se repiten las diligencias de investigación.
- Se trata de una etapa sujeta a plazos, pero sus plazos son flexibles, pues la investigación podría concluir antes del vencimiento del plazo, cuando se ha cumplido el objeto de la investigación y siempre que no se afecte el derecho de defensa del imputado.
- En esta etapa rige también el principio de objetividad que impone al fiscal el deber de acopiar no solo elementos de convicción de cargo, sino también los que sean favorables para el imputado, pues por sobre todo, detrás de un proceso penal existe un conflicto social por resolver y debe procurarse la justicia.

Finalidad de la Investigación Preparatoria.- la etapa preparatoria pretende contar con los elementos probatorios que posibiliten ir a juicio, es la fase de preparación para el juicio, naturalmente, si hay pruebas de sustento. Por ello, se establece como finalidad determinar “si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado”. Claro está, si no se evidencia tales presupuestos, el proceso deberá merecer el sobreseimiento (Sánchez, 2009). Al respecto, el artículo 321 del Código Procesal Penal establece: “La Investigación Preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa. Tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las

circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado”.

En su labor de indagación, el fiscal realizará las diligencias que estime pertinentes y útiles, debiendo considerar que las diligencias preliminares forman parte de la investigación preparatoria (como conjunto) y, por ende, no pueden repetirse una vez formalizada la investigación preparatoria, procediendo su ampliación solo si dicha diligencia resultare indispensable, siempre que se advierta un grave defecto en su actuación o que ineludiblemente deba completarse como consecuencia de la incorporación de nuevos elementos de convicción (Salas, 2011).

Sánchez (2009) destaca ciertas características de esta etapa, entre ellas, las siguientes:

- a.** Se inicia luego de culminada la investigación preliminar mediante una disposición emanada del despacho fiscal. No es necesario que se agote el plazo de la investigación preliminar, es más, puede darse inicio a ésta y si existen las pruebas suficientes pasar seguidamente a la siguiente investigación preparatoria. Las actuadas durante la investigación preliminar no se repiten, lo que permite dar celeridad al proceso penal.
- b.** Se dispone la concurrencia de las personas imputadas, agraviadas y testigos que no hubieren declarado en la investigación preliminar o habiéndolo hecho se requiera o soliciten su ampliación.
- c.** Se solicitan las informaciones complementarias a las entidades públicas o privadas.
- d.** Las partes pueden solicitar al Fiscal la actuación de diligencias que sean conducentes.
- e.** El plazo de la investigación es de ciento veinte (120) días naturales, se podrán ampliar por sesenta (60) días más, en casos complejos se podrá ampliar hasta ocho (8) meses.

- f. Culminada la investigación preparatoria, el Fiscal se decide por el sobreseimiento o la acusación, fundamentando su decisión en cualquiera de tales extremos.

Respecto a los presupuestos exigidos para disponer la Formalización de Investigación Preparatoria, el artículo 336 del Código Procesal Penal establece: “1. Si de la denuncia, del Informe Policial o de las Diligencias Preliminares que realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, dispondrá la formalización y la continuación de la Investigación Preparatoria. 2. La Disposición de formalización contendrá: **a)** El nombre completo del imputado; **b)** Los hechos y la tipificación específica correspondiente. El Fiscal podrá, si fuera el caso, consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación; **c)** El nombre del agraviado, si fuera posible; y **d)** Las diligencias que de inmediato deban actuarse. 3. El Fiscal, sin perjuicio de su notificación al imputado, dirige la comunicación prevista en el artículo 3 de este Código, adjuntando copia de la Disposición de formalización, al Juez de la Investigación Preparatoria. 4. El Fiscal, si considera que las diligencias actuadas preliminarmente establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión, podrá formular directamente acusación”.

Como podemos advertir, para Formalizar Investigación Preparatoria se requieren elementos objetivos (actos de investigación) que hagan prever la existencia de un hecho delictivo, razón por la cual la norma procesal exige “indicios reveladores” de la existencia de un delito, además que resulta necesario la individualización del

imputado, requisito sin el cual no será posible Formalizar la Investigación, y, la verificación de que el hecho delictivo sea perseguible en el tiempo, es decir, que no haya prescrito.

Plazo de la Investigación Preparatoria.- en cuanto al plazo, esta fase no tiene una duración indefinida, sino que tiene establecido un tiempo, el cual es de 120 días naturales que pueden prorrogarse hasta por sesenta días naturales en caso de delitos simples y para los delitos complejos el plazo es de ocho meses y la prórroga del plazo es por igual tiempo. En este sentido vemos que la investigación preparatoria está sujeta a plazos, los cuales no son necesarios que se cumplan en su totalidad, sino que una vez cumplido el objeto de la investigación se podrá finalizar la investigación preparatoria, es decir cuando las diligencias encaminadas a probar la existencia del delito y a la determinación de los autores hayan dado un resultado fiable para acusar o cuando por el contrario cuando de la investigación resulte claro que el delito es inexistente o no puede ser probado o que el hecho siendo real no es constitutivo de delito o siéndolo el imputado es manifiestamente inocente o no puede ser enjuiciado porque existe una causa de justificación (Neyra, 2010).

El artículo 342 del Código Procesal Penal establece “1. El plazo de la Investigación Preparatoria es de ciento veinte días naturales. Sólo por causas justificadas, dictando la Disposición correspondiente, el Fiscal podrá prorrogarla por única vez hasta por un máximo de sesenta días naturales. 2. Tratándose de Investigaciones complejas, el plazo de la Investigación Preparatoria es de ocho meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el Juez de la Investigación Preparatoria”.

Y, el artículo 343 incisos 2 y 3 del mismo cuerpo normativo dispone: “(...) 2. Si vencidos los plazos previstos en el artículo anterior el Fiscal no dé por concluida la Investigación Preparatoria, las partes pueden solicitar su conclusión al Juez de Investigación Preparatoria. Para estos efectos el Juez citará al Fiscal y a las demás partes a una audiencia de control del plazo, quien luego de revisar las actuaciones y escuchar a las partes, dictará la resolución que corresponda. 3. Si el Juez ordena la conclusión de la Investigación Preparatoria, el Fiscal en el plazo de diez días debe pronunciarse solicitando el sobreseimiento o formulando acusación, según corresponda. Su incumplimiento acarrea responsabilidad disciplinaria en el Fiscal”.

Si tenemos en cuenta que la Investigación Preliminar es parte de la Investigación Preparatoria, surge la interrogante: ¿el plazo de la Investigación Preparatoria incluye el de la Investigación Preliminar, de ser así cuál debe ser el plazo máximo de esta última?

La jurisprudencia se ha encargado de dar respuesta a dicho cuestionamiento, señalando la Sala Penal Permanente, mediante el recurso de casación 8-2008 de fecha tres de junio del 2008, en el fundamento décimo primero, que el plazo de la Diligencias Preliminares es distinto al de la Investigación Preparatoria y que el plazo de la Investigación Preliminar no podría ser mayor al de la Investigación Preparatoria. Posteriormente, La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la Republica, a través del recurso de casación Nro. 144-2012, en el fundamento décimo señaló lo siguiente: “Que, así las cosas, y teniendo en cuenta las pautas instauradas en la jurisprudencia nacional, especialmente a través de la Casación número dos - dos mil ocho, que prescribe, que la fase de diligencias preliminares no puede ser

mayor que el plazo máximo de la investigación preparatoria regulada en el artículo trescientos cuarenta y dos del Código Procesal Penal, esto es, de ocho meses; y en aplicación del artículo trescientos treinta y cuatro inciso dos, en concordancia con el artículo ciento cuarenta y seis del citado Código, debe entenderse que este es el mismo plazo razonable para que la Fiscalía disponga la ejecución de diligencias a nivel preliminar; por lo que, se debe establecer como doctrina jurisprudencial que: “tratándose de investigaciones complejas, el plazo máximo para llevar a cabo las diligencias preliminares es de ocho meses”; considerándose proceso complejo”.

Además, en el recurso de *casación* Nro. 309-2015 del 29 de marzo del año 2016 ha precisado cuándo nos encontramos ante un caso complejo, estableciendo en su fundamento décimo segundo lo siguiente: “Para fijar el **plazo de investigación preparatoria** se debe tomar en cuenta: i) **Gravedad** y clase o naturaleza del delito imputado; ii) **Características** del hecho objeto de investigación; iii) **Dificultad** y rigor de los actos de investigación pertinentes y útiles para su necesario esclarecimiento; vi) **Actitud del fiscal y del encausado**, esto es diligencia del investigador y maniobras obstruccionistas del encausado; mientras que la prórroga del plazo de investigación preparatoria, tiene que ver con las dificultades de las investigaciones como sería la demora en la realización de determinado acto de investigación. La prórroga requiere de una disposición fiscal; es decir es un acto procesal. En ese sentido la disposición fiscal con la que inicia el plazo de investigación constituye un **acto procesal**, y el requerimiento de **prórroga del plazo de investigación**, otro; pues, no es de aplicación automática ni de oficio, sino que necesita ser postulado por el Fiscal al Juez de la investigación preparatoria que debe someterlo a audiencia con la defensa del imputado; en consecuencia, son actos

procesales con criterios autónomos propios desplegados por las partes y el órgano jurisdiccional”.

2.2.2.2. Etapa Intermedia

Es la segunda etapa del proceso penal y, qué duda cabe, es una innovación del nuevo proceso penal, ya que se trata de una etapa con características definidas y con una finalidad importante cual es decidir si se sobreseerá el proceso (archivará) o se emitirá el requerimiento acusatorio para pasar a la tercera etapa del proceso.

A decir de Neyra (2010), la etapa intermedia en el NCPP aparece como una etapa autónoma bien delimitada y con funciones definidas dejándose de lado aquella etapa incierta y confusa que ni siquiera se preveía en el Código de Procedimientos Penales de 1940 y que la doctrina reconocía como etapa intermedia. De esta forma, el inicio de la etapa intermedia está representando por la conclusión de la investigación preparatoria, y durará hasta que se dicte el auto de enjuiciamiento o cuando se decida por el juez de la etapa intermedia – que es el mismo que el juez de la investigación preparatoria- el sobreseimiento del proceso.

En palabras de Sánchez (2009), se trata de una etapa de apreciación y análisis de la actividad investigatoria para decidir la acusación, plantear mecanismos de defensa contra la acción penal y también, para que se analicen los elementos probatorios que sustentan las pretensiones de las partes. En ese sentido, toda la actividad probatoria actuada debe ser sometida a los filtros necesarios de legalidad y pertinencia, principalmente, para su admisión a juicio.

Hay coincidencia en establecer que esta etapa comprende desde el momento que se dispone la conclusión de investigación preparatoria hasta que se dicta el auto de enjuiciamiento o cuando el juez resuelve el sobreseimiento del proceso. Es de advertir que ambas decisiones son de exclusividad del Ministerio Público como titular de la acción penal, y de sus peculiaridades nos ocuparemos más adelante.

En cuanto a la dirección de esta etapa, Neyra (2010) sostiene que el director de la etapa intermedia es el juez de la investigación preparatoria, el cual realizará las audiencias correspondientes al requerimiento del fiscal y de las partes, para finalmente realizar un pronunciamiento final, ya sea emitiendo el auto de enjuiciamiento o el de sobreseimiento de la causa.

En cualquier caso, el Fiscal, al dar por concluido la Investigación Preparatoria emitirá el requerimiento acusatorio o el requerimiento solicitando el sobreseimiento, evidentemente puede realizar un requerimiento mixto, es decir acusar en parte y pedir el sobreseimiento en parte, por tanto de manera breve abordaremos en qué consiste cada uno de estos pronunciamientos:

La Acusación Fiscal. – dado el nuevo esquema del proceso penal, donde el Fiscal decide el inicio de las investigaciones y no existe autorización del juez para las mismas, la acusación fiscal escrita aparece como la primera petición fiscal para pasar a la fase de juzgamiento y desde luego, es la forma procesal de acudir ante el órgano jurisdiccional a fin de que imparta justicia, es decir, con tal decisión fiscal se pone de manifiesto el ejercicio público de la acción penal (Sánchez, 2009).

Gimeno (2012) sostiene que los escritos de calificación provisional o acusación son actos de postulación en los que las partes proceden a formalizar la pretensión punitiva (escritos de acusación) o a oponerse a ella (escrito de defensa). El fundamento de los referidos escritos descansa en el principio *acusatorio*, en la vigencia de las máximas romanas *ne procedat iudex ex officio y nemo iudex sine accusatore*.

Agrega el mismo autor, que para la apertura del juicio oral es necesario, en el proceso contemporáneo, que la pretensión penal sea planteada y mantenida por un sujeto distinto al órgano jurisdiccional, pues en cualquier otro caso nos encontraríamos ante un proceso inquisitivo. Mediante la interposición de la pretensión penal por las partes acusadoras se da cumplida respuesta a la referida exigencia del sistema acusatorio. Pero, a fin de que se pueda garantizar el derecho de defensa, no es suficiente la formalización de la acusación, sino que es necesario que el acusado la pueda eficazmente contestar, para lo cual es imprescindible en primer lugar, que cronológicamente la acusación preceda siempre a la defensa (y nunca, al revés), y, en segundo, que se le notifique dicha acusación al imputado, concediéndole un tiempo prudencial para la preparación de su defensa. Tan solo en tales términos hay que entender cumplida la garantía o derecho del procesado “a ser informado de la acusación formulada contra él”.

Para el investigador colombiano Gonzales (2011), la acusación es la acción con un contenido de pretensión, dirigida de manera concreta hacia el accionado o acusado, estableciéndose sin duda una relación procesal entre ambos. A la acción le corresponde de manera lógica la contra acción o defensa, generándose de tal manera el contradictorio. Este principio, tan frecuente como incorrectamente citado se resume en una idea

importante, pero bien simple la de que *no hay proceso sin acusación* y esto, si bien se piensa, comprende que “quien acusa no puede juzgar”. Con esta última matización se incide en mayor medida en el ámbito de la imparcialidad del juez, sin que ello permita entender que el derecho al juez imparcial obtiene tutela constitucional a través de la alegación de vulneración del principio acusatorio.

Respecto al sistema Colombiano, Gonzales (2011) agrega que en el sistema colombiano con una amplia tendencia acusatoria, las etapas de indagación e investigación corresponden al esquema pre-procesal, la presentación del escrito de acusación y la sustentación de la misma es una fase intermedia entre éstas y el juicio con un ítem importante y es que la presentación del escrito de acusación ante el juez de conocimiento no marca el inicio del juicio oral en la práctica sino que es necesario que se haga la sustentación para avanzar a la audiencia preparatoria con la cual sí se da inicio a la etapa de juzgamiento propiamente, debido a que esa acusación como tal corresponde a la Fiscalía sustentarla; la Sala Penal de la Corte ha venido manteniendo el criterio que la investigación culmina con la audiencia de formulación o sustentación de acusación, es decir el juicio en sentido amplio se inicia con la audiencia preparatoria. De todas maneras la columna vertebral de este sistema es la acusación, cuando la Fiscalía presente el escrito y sustenta en audiencia la acusación significa que el estadio de la investigación ha culminado y el acto de investigación arrastra los probatorios que en el caso de las etapas pre-procesales tiene como fin captar los elementos materiales probatorios, evidencia físicas e información legalmente obtenida para arribar a una probabilidad de verdad que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe.

En nuestro sistema procesal peruano, la acusación determina o marca lo que ha de ser el objeto de prueba en el proceso penal, es decir es el marco de lo que ha de discutirse, probarse y lo que ha de ser materia de decisión judicial, de manera que la prueba versará en torno a los hechos que se fijen en la acusación, y la sentencia solo se podrá pronunciar respecto a lo que se ha definido en la acusación. Con relación al contenido del objeto de prueba, el artículo 156 del NCPP prescribe que son objeto de prueba los hechos que se refieren a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o la medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito, agregando, que no son objeto de prueba, las máximas de la experiencia, las leyes naturales, la norma jurídica, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio.

Respecto a la estructura y formalidades de la acusación, el artículo 349 del Código Procesal Penal señala el contenido que debe tener la Acusación, precisando: “**1.** La acusación fiscal será debidamente motivada, y contendrá: **a)** Los datos que sirvan para identificar al imputado; **b)** La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos; **c)** Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio; **d)** La participación que se atribuya al imputado; **e)** La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurran; **f)** El artículo de la Ley penal que tipifique el hecho, así como la cuantía de la pena que se solicite; **g)** El monto de la reparación civil, los bienes embargados o incautados al acusado, o tercero civil, que garantizan su pago y la persona a quien corresponda percibirlo; y, **h)** Los medios de prueba que ofrezca para su actuación en la audiencia. En este caso presentará la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre y domicilio, y de los puntos sobre los que

habrán de recaer sus declaraciones o exposiciones. Asimismo, hará una reseña de los demás medios de prueba que ofrezca. **2.** La acusación sólo puede referirse a hechos y personas incluidos en la Disposición de formalización de la Investigación Preparatoria, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica; **3.** En la acusación el Ministerio Público podrá señalar, alternativa o subsidiariamente, las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto, para el caso de que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la defensa del imputado; **4.** El Fiscal indicará en la acusación las medidas de coerción subsistentes dictadas durante la Investigación Preparatoria; y, en su caso, podrá solicitar su variación o que se dicten otras según corresponda”.

Nótese que el nuevo proceso penal incorpora características complementarias a las exigidas en el Código de Procedimiento Penales que desde 1940 estuvo vigente en nuestro país y que hoy, continúa aún vigente en algunos departamentos, como la facultad del fiscal para formular acusación con una calificación alternativa o subsidiaria. Ello hace más dinámico el proceso y evita la impunidad cuando existe error en la calificación del tipo penal, ya que si bien, el fiscal, al concluir la investigación preparatoria está en condiciones de calificar la conducta dentro de algún tipo penal; sin embargo, existen ciertos matices que exigen la actuación de pruebas en juicio para precisar la calificación de la conducta.

El Sobreseimiento. - debido a que la función esencial de la fase instructora consiste en preparar el juicio oral, puede suceder, como en la práctica ocurre (en la que alrededor del

75% de las instrucciones se sobreseen), que no concurran los presupuestos de la pretensión penal. En tal caso, la fase intermedia finalizará mediante un auto de sobreseimiento. Se entiende por sobreseimiento la resolución firme, emanada del órgano jurisdiccional competente en la fase intermedia, mediante la cual se pone fin a un procedimiento penal incoado con una decisión que, sin actuar el *ius puniendi*, goza de la totalidad o de la mayoría de los efectos de la cosa juzgada. Su legitimidad constitucional ha sido reiteradamente declarada por el Tribunal Constitucional (Gimeno, 2012).

Gómez (1997) señala que el proceso penal puede terminar sin necesidad de celebrar el juicio; agrega el profesor valenciano, que “el sobreseimiento es la resolución judicial que pone fin al proceso, una vez concluido el procedimiento preliminar, y antes de abrirse el juicio oral, con efectos de cosa juzgada, por no ser posible una acusación fundada, bien por inexistencia del hecho, bien por no ser el hecho punible, bien, finalmente, por no ser responsable criminalmente quien hasta ese momento aparecía como presunto autor, en cualquiera de sus grados” (Sánchez, 2009).

Neyra (2010) sostiene que en la doctrina se habla de cuatro clases de sobreseimiento, entre ellos tenemos:

En atención a si hay o no suficientes elementos que señalen que el hecho constituye delito:

- a. *Sobreseimiento libre*. Se produce cuando de la investigación se deduce la imposibilidad de imponer la pretensión, formular la acusación. a) cuando no existe indicios razonables de la comisión del hecho delictivo; b) cuando el hecho no sea

constitutivo de delito, o cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores o cómplices.

- b.** *Sobreseimiento provisional.* Se produce cuando de la investigación resulta la insuficiencia de elementos fácticos y probatorios para formular acusación contra una determinada persona, provocando la suspensión del proceso, a pesar de la existencia del delito. El sobreseimiento provisional se dispone para cuando, tras la culminación de la instrucción, no se consigue reunir los datos necesarios para pasar al juicio oral, y en estos supuestos el Estado se ha querido reservar la posibilidad de continuar nuevamente la causa si datos posteriores así lo permiten; y en atención a ello es que merece también un tratamiento diferenciado respecto al libre en orden a determinar su naturaleza jurídica, fundamentalmente porque no produce, al menos en forma inmediata, la terminación del proceso penal, sino que posibilita la reapertura de la causa cuando nuevos datos permitan continuar el proceso.

En atención a la pluralidad de los imputados, el sobreseimiento puede ser total o parcial:

- i.** *Sobreseimiento total.* Cuando existe una pluralidad de imputados, ninguno de ellos tiene participación alguna en el hecho punible por lo que la solución es el auto de sobreseimiento para todos.
- ii.** *Sobreseimiento parcial.* Cuando existe pluralidad de imputados y subsisten indicios de criminalidad contra alguno de ellos, el juicio oral se abrirá contra quienes no favorezcan el sobreseimiento.

El Código Procesal Penal peruano, en el artículo 344 establece: “1. Dispuesta la conclusión de la Investigación Preparatoria, de conformidad con el numeral 1) del artículo

343, el Fiscal decidirá en el plazo de quince días si formula acusación, siempre que exista base suficiente para ello, o si requiere el sobreseimiento de la causa 2. El sobreseimiento procede cuando: **a)** El hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado; **b)** El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad; **c)** La acción penal se ha extinguido; y, **d)** No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado”.

Arana (2014) sostiene que el sobreseimiento también recibe el nombre de **preclusión**, procede cuando no hay mérito para acusar, siendo que las causales legales de sobreseimiento responden a mandatos constitucionales, tales como el principio de legalidad, la presunción de inocencia – por la cual el imputado debe recibir un trato digno durante el desarrollo del proceso-, el derecho a ser procesado en un plazo razonable.

Agrega el autor que, el fiscal formula un requerimiento de sobreseimiento cuando luego de concluida la investigación preparatoria se llega a establecer que:

- **El hecho objeto de la causa no se realizó**, es decir, que durante la investigación preparatoria se determinó que el hecho que es objeto de la causa no se realizó. En este supuesto la información que se obtiene durante la investigación (fuentes y medio de prueba) determina que el hecho denunciado no ocurrió.
- **El hecho objeto de la causa no puede atribuírsele al imputado**, es decir que durante la investigación preparatoria se determinó que el hecho delictivo no puede

atribuírsele al imputado. En este supuesto, el hecho ilícito sí se habría cometido, pero el imputado no sería el responsable del delito.

- **El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, o de inculpabilidad**, es decir, que durante la investigación preparatoria se ha determinado que el hecho imputado no constituye delito. Un hecho no constituye delito cuando se produce alguna causal de ausencia de acción, de atipicidad, de justificación o de inculpabilidad. Dentro de las causas de **ausencia de acción** podemos destacar dos que se encuentran contempladas en el Código Penal, tales como: la fuerza irresistible y los estados de inconsciencia.

Respecto a los supuestos de **atipicidad** podemos citar: la inexistencia del tipo penal, la falta de correspondencia entre el hecho concreto y la descripción objetiva del tipo, el error de tipo invencible, o el error de tipo vencible en delitos que solo se sancionan a título de dolo. Como **causas de justificación** previstas en nuestro Derecho Penal, podemos señalar: la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, la obediencia debida, la obediencia jerárquica, la actuación en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo; y como **causas de inculpabilidad** podemos indicar al error de prohibición invencible, al estado de necesidad exculpante y al miedo insuperable.

- **El hecho imputado no es justiciable penalmente**. Este supuesto se encuentra referido a la ausencia de una condición objetiva de punibilidad y a la presencia de una causa personal de exclusión de pena o excusa absolutoria, determinante para que el hecho ya no sea justiciable penalmente.

- **La acción penal se ha extinguido.** Este supuesto se produce porque la ley contempla causales de extinción de la acción penal, y ello porque el Estado autolimita su potestad punitiva por diversas causales como las reguladas en los artículos 78 y 79 del Código Penal, las que pueden ser: Por causas naturales como la muerte del imputado; por el transcurso del tiempo como ocurre con la prescripción de conflictos sociales; o por razones sociopolíticas o de Estado como los supuestos de amnistía o derecho de gracia; por la autoridad de cosa juzgada, o por desistimiento o transacción en los supuestos de acción privada, y por la sentencia ejecutoriada dictada en la jurisdicción civil, de donde resuelve que el hecho imputado como delito es lícito.

- **No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no hay elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado.** Este supuesto se configura cuando luego de realizadas las diligencias durante la investigación preparatoria y de los elementos de prueba recolectados se concluye que no se puede fundamentar la acusación en forma razonada, y menos existe la posibilidad de recabar nuevos datos que cambien la situación existente.

La nueva ley procesal establece una Audiencia de Control del sobreseimiento, en tal sentido, vencido el plazo común de traslado de diez días, el juez dictará resolución dentro de los tres días siguientes para citar a las partes, a quienes escuchará y se procederá al debate, si hubiere (art. 345.3.), y el caso quedará expedito para resolver, dentro del plazo de los quince días. Naturalmente, será la parte agraviada la que puede oponerse al requerimiento de sobreseimiento y tendrá la posibilidad de discutir

la posición del fiscal en la audiencia judicial, si pese a la citación no asistiere, igual se produce la audiencia (Sánchez, 2009).

La indicada norma procesal, si bien otorga un plazo a los sujetos procesales para que se opongan o no al requerimiento de sobreseimiento (diez días), vencido el cual el juez debe citarlos para la realización de la audiencia; sin embargo, la falta de plazo para dicha citación y la carga procesal existente, vienen generado, en la práctica, dilación de esta etapa procesal. Y, a pesar de que la norma establece que esta audiencia puede llevarse a cabo con los que asistan, a fin de que la audiencia no se frustré, en la práctica judicial advertimos que los sujetos procesales no coadyuvan para que la norma se cumpla.

Ahora bien, si el Juez luego de haber escuchado a los sujetos procesales en la audiencia de control, está de acuerdo con el requerimiento fiscal dictará el auto de sobreseimiento; si no estuviera de acuerdo, el juez, dentro de ámbito de control de legalidad y de garantías de la esta etapa procesal, dictará auto expresando su desacuerdo, elevando lo actuado al Fiscal Superior a fin de que ratifique o rectifique la solicitud del Fiscal Provincial. En ese sentido, se mantiene la discrepancia y elevación en *consulta* a la autoridad fiscal superior a fin de que emita pronunciamiento definitivo sobre la continuación o no de la persecución penal; dicha resolución judicial –auto dice la ley- debe ser motivada, es decir, el juez debe analizar lo actuado y exponer las razones por las cuales no está de acuerdo con el pedido de sobreseimiento que hace el Fiscal Provincial. El Fiscal Superior emitirá pronunciamiento dentro de diez días, dando por terminado el procedimiento. Si ratifica el pedido de sobreseimiento el Juez de la Investigación Preparatoria

inmediatamente “y sin trámite alguno” dictará auto de sobreseimiento. Si el superior o está de acuerdo con el requerimiento fiscal, ordenará a otro Fiscal que formule acusación (Sánchez, 2009).

2.2.2.3. Etapa de Juzgamiento

La etapa de Juzgamiento es la tercera fase del proceso penal. Se dará inicio a esta etapa siempre que el Ministerio Público haya formulado Acusación, y como veremos más adelante, el sistema acusatorio al enarbolar principios y garantías que rigen esta etapa, como la publicidad, la oralidad y la inmediación, ha generado un proceso más justo para los sujetos procesales y más confiable para la sociedad.

En la nueva configuración procesal el juicio oral se torna en el eje central del proceso penal, al punto que existe una declaración en dicho sentido por parte del artículo 356 del Código Procesal Penal (“el juicio es la etapa principal del proceso”). La importancia que tiene el juicio oral en el proceso penal de la actualidad se vincula a los mayores niveles de garantía que parece mostrar. Durante el Juicio oral se realizan diversos principios informantes del proceso penal en el Estado de derecho (Reyna, 2015).

El juicio oral es conocido en otros ordenamiento como plenario y donde se tornan efectivas las garantías del proceso y los presupuestos básicos de la función represiva del Estado consagrados por la Constitución Política, complementando el juicio previo requerido por ella, porque las partes tienen amplias facultades para debatir y producir prueba sobre los hechos que son objeto del proceso, posibilitando que después de terminado el debate se dicte sentencia definitiva que de fin y solucione el conflicto entre

el derecho subjetivo del Estado a castigar y el derecho de libertad del sometido al proceso (Cubas, 2003).

En palabras de Bovino (1998), el procedimiento principal o juicio es la etapa del procedimiento penal realizada sobre la base de una acusación, cuyo eje central es un debate oral, público contradictorio y continuo, que tiene por fin específico obtener la sentencia que resuelve sobre las pretensiones ejercidas. El juicio es esencial por ser la porción mínima del procedimiento penal que debe existir siempre, porque representa la forma más nítida y acabada de cumplir con la garantía del juicio previo (Cubas, 2003).

En esta etapa sin duda la parte central es el juicio oral propiamente dicho, es decir el escenario donde el acusador formula la imputación de manera oral, y los sujetos procesales dan a conocer sus posiciones, allanándose a la acusación, contradiciendo o simplemente optan por una actuación pasiva, esperando que sea el acusador quien pruebe las imputaciones formuladas; pero como se sostiene en la dogmática esta etapa no solo comprende el juicio oral, por ejemplo Sánchez (2009) sostiene que la fase de juzgamiento está constituida por los actos preparatorios, la realización del juicio oral y culmina con la expedición de la sentencia sobre el proceso penal.

Respecto al juicio oral, a decir del mismo, el juicio oral es la actividad procesal dirigida por el órgano jurisdiccional juzgador de naturaleza dinámica, preordenada por la ley, con intervención de todos los sujetos procesales y que tiene por objetivo específico el análisis de la prueba actuada y debatida en la audiencia bajo los principios de oralidad, publicidad, inmediación, concentración y contradicción principalmente, y que culmina con la expedición de la sentencia o resolución definitiva correspondiente. Se inicia con el *auto*

de citación a juicio (art. 355) que es la resolución judicial que contiene el lugar donde se realizará el juicio oral, cuya fecha será la más próxima posible con un intervalo no menor a diez días.

2.2.3. Principios que Rigen el Juicio Oral

Desde la adopción del sistema acusatorio con rasgos adversariales, nuestro proceso penal, en sus diferentes etapas se rige bajo determinadas directrices que dota de rasgos peculiares no solo al sistema adoptado sino también a las distintas fases del proceso. Como veremos a continuación, es unánime en la dogmática la vigencia de los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción como directrices del juicio oral.

En palabras de Andrés Baytelman (2005) y otros, los principios del juicio oral son concebidos como un conjunto de ideas fuerza o políticas que se deben tener en cuenta para el juzgamiento de una persona. Así, expresamente señala “los principios del juicio oral son el conjunto de ideas fuerza que hemos acordado para el juzgamiento de una persona. Las normas no son sino un intento ineludible grueso y general de hacer operativas dichas ideas y en consecuencia, la interpretación de las mismas debe hacerse enérgicamente en el sentido que más compatible aparezca con la realización de dichos objetivos. Estos principios son de aplicación directa en el proceso y deben integrar los vacíos, forzar la interpretación y erigirse como argumentos últimos de la argumentación jurídica y del razonamiento judicial” (Neyra, 2010).

Los principios que informan el desarrollo del juicio oral y que se encuentran regulados en el Código Procesal Penal son los siguientes:

- **Principio de inmediación.** – el principio de inmediación consiste básicamente en la exigencia de la existencia de una relación directa entre el acusado y su juzgador, pues la información oral, como corporal, que pueden transmitir ambas personas será de primera mano (sin intermediarios). Logrando a la vez la presencia directa del sujeto procesado, por el cual el juzgador va tener la certeza de calificar y examinar si el procesado transpira o se ruboriza ante las preguntas formuladas, su grado de cultura, su rapidez mental, etc. Es decir, el juzgador apreciará a quien juzga y el procesado apreciará quién lo juzga y cómo lo juzga (Neyra, 2010).

Lopez Barja (2012) citando a Goldschmidt, sostiene que este principio tiene dos sentidos: un sentido subjetivo o formal que se refiere al modo en el que el juez debe utilizar los medios de prueba y un sentido objetivo o material que se refiere a los medios de prueba que el juez ha de utilizar. Distinción formal y material, que también es manejada por Roxin (2003) y, en general por la doctrina científica. En cuanto al primer aspecto, el Tribunal ha de ver y oír la prueba por sí mismo; de ahí que el Tribunal de apelación que no ha visto ni oído la prueba solo puede incidir en cuestiones de derecho, pero nunca de hecho, salvo en lo que se refiere en beneficio del acusado la constatación de la inexistencia de prueba de cargo. Por ello, el principio de inmediación en sentido formal se caracteriza porque la sentencia puede estar basada exclusivamente en la percepción que el Tribunal ha tenido en el juicio oral.

Este principio de gran importancia garantizará el acercamiento a la verdad, ya que, como sostiene Nakasaki (2009) la aplicación de este principio en un sistema procesal penal acusatorio resulta de cardinal importancia, por cuanto es precisamente durante el juicio oral que debe practicarse las pruebas ante el juez que va dictar sentencia. En ese orden de ideas, y a fin de clarificar la importancia del principio de inmediación, presentamos dos jurisprudencias: la primera emitida por el Tribunal Constitucional y la segunda por la Corte Suprema de Justicia.

“Otro punto denunciado por el demandante relacionado con el derecho a la prueba es la afectación del principio de inmediación. Este establece que la actividad probatoria debe transcurrir en presencia del juez encargado de pronunciar la sentencia. El accionante sostiene la afectación de dicho principio alegando que el informe final se elaboró sobre la base de diligencias realizadas por varios jueces. Planteada así la presunta afectación, este Tribunal considera que ella no tiene sustento, puesto que, de acuerdo a lo señalado a propósito del principio de inmediación, el cual garantiza que el juez encargado de sentenciar tenga contacto directo con todas las pruebas, este no resulta afectado cuando más de un juez en la etapa de instrucción conoce del proceso, ya que ellos no serán los encargados de dictar sentencia” (Sentencia del Tribunal Constitucional expediente Nro. 1934-2003-HC/TC-Lima, fundamento tercero y cuarto).

“Si el juez no oye directamente la declaración del testigo, sino que la lee de un acta, no está en condiciones –por capaz que sea- de realizar un juicio de credibilidad respecto de lo que el testigo ha dicho, además, tal declaración no puede ser contraexaminada y por tanto sometida al test de la contradictoriedad” (Sala Penal

Permanente de la Corte Suprema, Casación Nro. 09-2007-Huaura, fundamento segundo).

- **Principio de Contradicción.** – el principio de contradicción guía básicamente todo el desarrollo del juicio oral, pero esencialmente la actividad probatoria, pues otorga la posibilidad a los sujetos procesales de realizar sus planteamientos, aportar pruebas, discutirlos, debatirlos, realizar las argumentaciones iniciales, finales y realizar opiniones ante cuestiones incidentales, etc. Pero esta contradicción que tiene como escenario el juicio oral, no se realiza de manera arbitraria por una de las partes, sino con el debido respeto a una de las exigencias del principio acusatorio, es decir, al principio de igualdad de armas que deben tener las partes en debate contradictorio (Neyra, 2010).

La contradicción supone la posibilidad que tiene las partes –llámese fiscal y defensa del acusado- para sustentar sus planteamiento mediante la aportación de pruebas, la discusión o debate sobre estas y la argumentación final o alegatos que pudieran sostener previamente a la decisión final del juzgador. Este principio describe la naturaleza del juicio oral como etapa procesal comunicacional (dialógica) y dialéctica, que garantiza la debida y operativa oportunidad de que las partes hagan oír sus razones , controlen y aporten circunstancias, aleguen sobre esta y efectúen sus respectivas peticiones ante el órgano de decisión, el que deberá fallar conforme a los elementos obrantes (Nakazaki, 2009).

- **Principio de Oralidad.** – la forma de expresión de las partes en el juicio oral, es un aspecto que marca la diferencia del sistema que adopta el nuevo proceso penal. Como tenemos indicado, el sistema inquisitivo se caracterizaba por ser predominantemente escrito a diferencia del sistema acusatorio que adopta el proceso penal peruano, donde predomina la oralidad como forma de transmisión de la información.

Dado que el proceso penal aparece como el terreno de enfrentamiento dialéctico de las partes procesales con el propósito de convencer al juez sobre su pretensión, será la oralidad el instrumento más adecuado para tal propósito. Esta característica es notoria en el nuevo Código Procesal Penal que ubica al juicio oral como la etapa central del proceso penal y privilegia la solución de las controversias en audiencia pública (Reyna, 2015).

El principio de oralidad se viene a convertir en uno de los pilares más importantes del sistema acusatorio, que presenta una garantía para el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales en el curso de un proceso penal. Al respecto señala Roxin (2003) que un proceso es oral, si la fundamentación de la sentencia se realiza exclusivamente en base a la materialidad de los hechos introducidos verbalmente en el juicio. Cuando hablamos del principio de oralidad nos referimos a que los actos procesales deben ser predominantemente hablados y que la intervención y la comunicación de los sujetos procesales deben realizarse a través de la oralidad, sin perjuicio de que lo actuado en el juicio quede en actas, pues actualmente no cabe hablar de un proceso exclusivamente oral o exclusivamente escrito (Neyra, 2010).

Se ha destacado en la dogmática la importancia de éste principio. Cubas (2003) señala que la necesidad de la oralidad de la audiencia es indiscutible, en tanto se requiere el debate entre los intervinientes, por ello está íntimamente ligado al llamado principio de inmediación. La oralidad determina una directa interrelación humana y permite un mayor conocimiento recíproco y personal entre quienes intervienen en el juicio oral. Por su parte, Sánchez (2009) sostiene que una de las características más sobresalientes del nuevo proceso penal es el predominio de la oralidad de sus diligencias, sobre todo del juicio. La oralidad significa que el juez o tribunal que dicte la sentencia en el proceso penal, tiene que condenar o absolver tomando como base los hechos y pruebas que se hayan practicado ante él en forma hablada.

- **Principio de Publicidad.** - la publicidad del juzgamiento fue practicada en la antigua Grecia y Roma democrática esclavista, pero posteriormente los estados anárquicos entre ellos los feudales y luego los absolutistas abolieron el principio de publicidad y los sustituyeron con el secreto que era inherente al sistema procesal inquisitivo que adoptaron como mecanismo necesario para el ejercicio autoritario del poder estatal. Fue en 1789 con la revolución francesa que significó la evolución de ideas políticas, filosóficas y jurídicas que reestablecieron el principio de publicidad con connotaciones evolutivas (Neyra, 2010).

Este principio se sustenta en razones filosóficas, sociales y jurídicas que se afirman en la necesidad de que la ciudadanía conozca como los jueces imparten la justicia, lo que se logra al permitir su libre acceso a las sedes judiciales, especialmente en la fase del juzgamiento. Este principio tiene marco constitucional y reconocimiento en las normas internacionales relativos a las garantías judiciales. El juicio oral es público,

sin embargo, se admite que la audiencia se realice total o parcialmente en privado: cuando se afecte el pudor, vida privada o integridad física del partícipe en el juicio; cuando se afecte gravemente el orden público o la seguridad nacional, los intereses de la justicia; o exista peligro de secreto particular, comercial o industrial; o cuando la manifestación pública afecte el desarrollo norma del juicio; y cuando la ley lo disponga (art. 357.1) (Sánchez, 2009).

En palabras de Lopez Barja (2012), la publicidad se opone al secreto e implica que las actuaciones judiciales serán públicas tanto para las partes como terceros ajenos a ellas. Al respecto es preciso distinguir según se trate de actuaciones de investigación o del juicio oral y, a su vez, según que la publicidad sea únicamente para las partes y el Tribunal o que también lo sea para terceros. Organizar un sistema de enjuiciamiento penal bajo la publicidad se debe a las ideas de la Ilustración. El sistema inquisitivo era un sistema esencialmente secreto y frente a ello reaccionan los autores de la época de la Ilustración ensalzando el sistema de enjuiciamiento público como esencial para evitar la corrupción y la arbitrariedad en la administración de la Justicia; aparece la publicidad como medio de control de la justicia.

- **Principio de Concentración.** - respecto a este principio Neyra (2010) sostiene que es una de las manifestaciones del principio de oralidad, así algunos autores como Montero Aroca señalan que decir oralidad es también decir concentración tanto que se ha sostenido que lo que caracteriza a un procedimiento oral es más la concentración, pues supone que los actos procesales deben de desarrollarse en una sola audiencia, o en todo caso en algunas pocas audiencias próximas temporalmente

entre sí, con el objetivo evidente de que la manifestación realizada por las partes ante el juez y las pruebas, permanezcan fielmente en la memoria de los jueces a la hora de dictar sentencia.

Agrega el mismo autor, que la concentración es un principio necesario para permitir el seguimiento de los hechos que se juzgan y las pruebas que se actúan, pues exige que el juicio se realice frente a la presencia de todos los sujetos procesales, desde el inicio hasta su terminación, de una sola vez y en forma sucesiva, sin solución de continuidad, con el propósito de que exista la mayor proximidad entre el momento en que se recibe toda la prueba, formulan las partes sus argumentos y conclusiones sobre ella, deliberan sobre ella y se dicta sentencia.

Conforme a este principio toda la prueba debe realizarse concentradamente en unidad de acto. Es un principio que no rige durante la investigación y que es de indiscutible vigencia en el juicio oral. Se trata de evitar que pueda juzgarse de forma deslavazada a una persona y para ello se impone la regla de que todo el juicio debe llevarse a cabo de forma unitaria; no obstante, esto no impide que puedan existir diversas sesiones del juicio oral, pero siempre que entre ellas no transcurra un excesivo espacio de tiempo. La Ley de Enjuiciamiento Criminal es clara al respecto: debe mantenerse el principio de concentración, pues si entre sesión y sesión del juicio oral hubiera transcurrido demasiado tiempo, lo celebrado será nulo y habrá que comenzar el juicio oral nuevamente (Lopez Barja, 2012).

2.2.4. Los Sujetos Procesales en el Juicio Oral

Debido a que el nuevo sistema procesal penal, vigente en la mayor parte del territorio de nuestro país, se desarrolla sobre la base de la *separación de funciones* del Ministerio Público y del Poder Judicial, es necesario identificar las funciones de cada uno de ellos, teniendo en cuenta también el rol protagónico que este nuevo modelo otorga al agraviado o actor civil, sin descuidar la importante función que cumple el abogado defensor del sujeto principal del proceso penal, el imputado.

Neyra (2010) sostiene que la denominación de “Sujetos Procesales” es la más adecuada en materia procesal penal para denominar a los intervinientes en él, pues incluye a todos los sujetos que tienen relación directa en el proceso, incluso al Juez, cuestión distinta es denominar a aquellos intervinientes en el proceso como partes procesales, pues se entendería que aludimos solo al Ministerio Público como parte acusadora y al imputado como parte acusada. Es por ello que esta acepción de “partes procesales” no está muy bien aceptada en el proceso penal pues si atendemos a criterios propios del proceso civil, la legitimación de partes se confiere a partir de la titularidad de los derechos subjetivos y en ese sentido la parte activa producto de la relación material sería el ofendido por el delito quien en la realidad no es quien en los delitos públicos ejerce la titularidad de la acción penal pública sino el Ministerio Público, e incluso podemos decir que el juicio se inicia cuando el ofendido esté o no, pues es suficiente con la presencia del Ministerio Público.

Respecto si, el representante del Ministerio Público, en un proceso penal, es parte o no lo es, existen opiniones que señalan, que dada la objetividad con la que debería actuar, pues

en etapa de Investigación Preparatoria, lo que busca es averiguar la verdad de los hechos, no tendría pretensión propiamente, a diferencia de una parte propiamente dicha; sin embargo, otro sector sostiene que aún sin tener una pretensión concreta debe ser considerada como parte.

Al respecto, Gimeno (2012) sostiene que son partes en el proceso penal quien ejercita la acción penal, en forma de querrela, y deduce la pretensión penal y quien se opone a ella. Desde este punto de vista meramente formal, no cabe duda alguna que también el proceso penal es un proceso de partes. Pero, a diferencia del proceso civil, las partes materiales no se distinguen por su legitimación material o relación jurídica que les liga con el objeto litigioso. En un sentido material, tan sólo sería parte procesal el imputado, quien es titular de su derecho a la libertad y demás derechos subjetivos que pueden limitarse por la pena y que, por tanto, ha de verse expuesto a los efectos materiales de la sentencia, caso de que ésta sea de condena, pues ni siquiera el ofendido, aun cuando sea el titular del bien jurídico protegido por la norma penal, no ostenta un derecho subjetivo “de penar”, ni, por tanto, ha de verse expuesto a los efectos ulteriores de la Sentencia. Por esta razón, el concepto de parte, en el proceso penal, no puede identificarse con el del Derecho Procesal Civil, el cual, por lo demás resulta perfectamente aplicable en relación con las partes civiles que ejercitan o se oponen a la pretensión de resarcimiento, siempre y cuando se haya acumulado al proceso penal. Pero, en todo lo referente al objeto procesal penal, partes son única y exclusivamente quienes, solicitando la actuación del *ius puniendi* del Estado, interponen una pretensión penal y quienes se defienden o se oponen a ella.

Agrega el mismo autor que son las partes penales, como se ha dicho, quienes deducen la pretensión y quienes se oponen a ella. A las partes activas se las denomina “partes acusadoras” y a la pasiva, el imputado o “parte acusada”.

Más allá de esta última definición de “partes” en el proceso penal, que compartimos plenamente, es necesario precisar el rol o la función que cumplen todos los “sujetos procesales” que intervienen en un proceso penal, como veremos a continuación:

2.2.4.1. Rol del Ministerio Público

Nuestra Constitución Política, en su artículo 158, reconoce como órgano autónomo de derecho constitucional al Ministerio Público, y el artículo 159 precisa entre sus atribuciones: “...4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función. 5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte”. Estas atribuciones expuestas en el Constitución de 1993 delimitan las funciones previstas en el Código Procesal Penal de 2004.

La reforma del proceso penal “global” ha de ceñirse fundamentalmente a la fase instructora en la línea preconizada por la strafprozessordnung alemana y los CPP portugués e italiano, es decir, se ha de conferir al Ministerio Público la dirección de la investigación y mantener al Juez de Instrucción, como Juez de garantías, para el conocimiento de los actos auténticamente jurisdiccionales, como lo son los supuestos de prueba sumarial anticipada y adopción de medidas limitativas de los derechos

fundamentales (entrada y registro, prisión provisional, intervención de las comunicaciones, intervenciones corporales, etc.), así como del conocimiento de la fase intermedia (Gimeno, 2012).

Lo primero que debe destacarse es que la función penal del Ministerio Público está adscrita al sistema de administración de justicia del Estado: el *ius puniendi* no puede entenderse sin la función requiriente del Ministerio Público y el respeto a los principios esenciales de enjuiciamiento penal, tales como el juicio previo y el derecho de defensa (art. 139, inc10 y 14 Const.) En ese orden de ideas, si el Ministerio Público es un órgano estatal encargado de la averiguación del delito y de sus autores o partícipes, consecuentemente, debe tener determinadas características institucionales para estimarlo idóneo al fin propuesto. Si la función requiriente y la función jurisdiccional, como acota Velez Mariconde, son especies de una misma actividad: administrar justicia, entonces, ambos órganos deben ser independientes de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, y sus miembros deben ser autónomos, obedecer únicamente a ley y actuar objetiva e imparcialmente (San Martín, 2012)

El Ministerio Público, por mandato constitucional, es el titular de la acción penal e inicia su función en cuatro supuestos: De oficio, cuando directamente o indirectamente tiene conocimiento de una noticia criminal, y sin necesidad de denuncia de parte, atendiendo a su rol de persecutor del delito, da inicio a la investigación. Por denuncia de parte, pues la propia víctima puede comunicar acudiendo a la Fiscalía, solicitando al fiscal inicie la acción penal. Por acción popular, ello implica que un ciudadano o varios ciudadanos pueden comunicar al fiscal la comisión de un delito en agravio de otros ciudadanos, con lo que se daría inicio también a una investigación. Finalmente, el fiscal puede iniciar la

investigación por comunicación de la Policía Nacional. Aquí debemos resaltar que en proporción, la mayor parte de investigaciones se inician por comunicación de la Policía Nacional, pues estos están más cerca de los ciudadanos al momento de la ocurrencia de un hecho delictivo.

El artículo 61 del Código Procesal Penal de 2014, vigente en la mayoría de los distritos judiciales de nuestro país, precisa las funciones y atribuciones señalando: “1. El Fiscal actúa en el proceso penal con independencia de criterio. Adecua sus actos a un criterio objetivo, rigiéndose únicamente por la Constitución y la Ley, sin perjuicio de las directivas o instrucciones de carácter general que emita la Fiscalía de la Nación. 2. Conduce la Investigación Preparatoria. Practicará u ordenará practicar los actos de investigación que correspondan, 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. 3. Interviene permanentemente en todo el desarrollo del proceso. Tiene legitimación para interponer los recursos y medios impugnatorios que la Ley establece. (...)”.

Por el principio acusatorio, el fiscal conduce la investigación preparatoria, fase en la que practicará y ordenará practicar los actos de investigación que correspondan al caso concreto a efecto de reunir las evidencias que le permitan tener una causa probable. Debe indagar no solo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, sino que bajo la regla de objetividad le corresponde tener en cuenta aquellos datos que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado. A esto se refiere cuando se señala que el fiscal debe reunir no solo la prueba de cargo, sino también la descargo (Arbulu, 2015).

La promoción del ejercicio de la acción penal está sometida al principio externo de legalidad u obligatoriedad: el fiscal, cumpliendo las disposiciones del ordenamiento jurídico, debe promover la acción penal en cuanto exista sospecha inicial simple, salvo los criterios de oportunidad legalmente configurados, referido a la falta tanto de necesidad de pena cuanto de merecimiento de pena, definidos con arreglo al principio de proporcionalidad (art. 2 NCPP). Pero no solo eso; conforme a las disposiciones del NCPP, los fiscales son los únicos conductores de la investigación del delito, considerada como una de las fases esenciales del proceso penal. Los fiscales han de llevar sobre sus espaldas la carga de probar la culpabilidad del acusado a la par de desarrollar, también, la actividad tendiente a la incorporación de la prueba que concierna a la dilucidación del litigio, quedando de manos del juez la latitud de la reacción penal que nuestra ley sustantiva ha discernido monopólicamente a la jurisdicción (San Martín, 2015).

El artículo 65 del Código Procesal Penal, respecto a las funciones en la investigación del delito establece: "...2. El fiscal, en cuanto tenga noticia del delito, realizará – si correspondiere - las primeras diligencias preliminares o dispondrá que las realice la Policía Nacional. 3. Cuando el fiscal ordene la intervención policial, entre otras indicaciones, precisará su objeto y, de ser el caso, las formalidades específicas que deberán reunir los actos de investigación para garantizar su validez. La función de investigación de la Policía Nacional estará sujeta a la conducción fiscal. 4. El fiscal decide la estrategia de investigación adecuada al caso. Programa y coordina con quienes corresponda sobre el empleo de pautas, técnicas y medios indispensables para la eficacia de la misma...".

Evidentemente, el Ministerio Público tiene el ejercicio de la acción penal pública, y a través de dicha función se persiguen la mayoría de los ilícitos penales, pues según nuestro ordenamiento procesal, sólo en algunos casos, el delito es perseguible por acción privada, es decir directamente por el ofendido. Así se preve que en los delitos contra el honor, contra la intimidad y lesiones culposas leves, se concede la facultad al agraviado en dicho delito, instar la acción penal para que el órgano jurisdiccional establezca la sanción y la reparación.

Neyra (2010), recogiendo lo dicho por Oré Guardia, sostiene que la Policía Judicial cumple probablemente una de las más importantes y complejas funciones en cuanto consiste en investigar técnicamente el delito para auxiliar a la justicia penal en la elucidación de la verdad de los hechos, sin embargo, como se señaló, el Fiscal dirige la investigación. Pero debe quedar claro que dirigir la investigación no implica de manera alguna que los Fiscales se conviertan en especialistas en criminalística, ni mucho menos que realicen pericias de diversa índole, (aunque si se requiere cierto conocimiento básico) su función procesal penal debe encuadrarse en diseñar el plano sobre el cual la policía deberá realizar las labores que requiere la investigación, es por ello que resulta de vital importancia que ambos actores se encuentren en estrecha relación.

La dependencia funcional –que no orgánica– de la Policía es pues obvia y está normativamente impuesta, la cual permite al Ministerio Público influir en las investigaciones realizadas por aquella. Sin embargo, ello no significa minimizar el rol de la Policía ni que el fiscal reemplazará al Policía en la actividad criminalística y en el combate contra la delincuencia que le es propia –reemplazo, por lo demás, de imposible ejecución-. La coordinación, impuesta por el art. 69 NCPP que incluso manda la

elaboración conjunta de protocolos de actuación, es inevitable precisamente para garantizar la eficacia de la persecución penal; Ministerio Público y Policía Nacional son dos instituciones que están llamadas a cooperar sobre todo en los momentos iniciales de la investigación. Al fiscal le corresponde una función de dirección jurídica de las diligencias preliminares policiales; de aporte, de función fiscal y conformidad jurídica de las estrategias de investigación; supervisión de la legalidad de la actividad policial en la investigación del delito – para evitar exclusiones de fuentes de prueba por ilegitimidad de su obtención-; y, de definición de aquellas diligencias legalmente admisibles y jurídicamente imprescindibles –cuya enmienda, subsanación, renovación, y ampliación puede instar – para garantizar el éxito de su función acusadora. Ello no quita, desde luego, que la Policía Nacional, en virtud de su propia experiencia y riqueza profesional, brinde al fiscal recomendaciones en las estrategias de investigación del delito, como estipula el art. 65.4. NCPP (San Martín, 2015).

2.2.4.2. Rol del Imputado y del Abogado Defensor

El profesor Ascencio (2016) sostiene que el imputado, en un Estado de derecho, es sujeto procesal, no resulta hoy discutido ni teóricamente ni prácticamente. A diferencia de lo que sucedía en el procedimiento inquisitivo en el cual el imputado era un simple objeto procesal y por tanto de investigación, carente de todo derecho, cuyo papel era, básicamente, el de a su costa obtener la confesión –*regina probatorum*–, para sobre su base dictar una sentencia condenatoria, hoy el imputado es sujeto procesal y titular indiscutible del derecho más esencial que ha de hacerse valer en una sociedad democrática, como es el de libertad.

Agrega que, el derecho de defensa, pues, a través del cual se hace efectiva dicha libertad, no puede, en consecuencia, y máxime en un Estado social, ser calificado como derecho de titularidad privada. Por el contrario, todos los intervinientes en el proceso penal (jueces, magistrados y Ministerio Fiscal) y en la medida en que el derecho de defensa goza de naturaleza pública, están obligados a hacerlo eficaz y tutelar al imputado por encima de otras consideraciones, incluso, por encima de los derechos de la víctima dada la inexistencia en el proceso penal de un derecho fundamental a obtener la reparación del daño causado, y la indisponibilidad de la pena, que es de titularidad estatal y no corresponde a los particulares con carácter de derecho propio.

El derecho a la defensa se encuentra establecido en el título preliminar del Código Procesal Penal y este derecho comprende no solo contar con un abogado defensor, sino también, en el subyacen otros derechos como, tener un tiempo suficiente para preparar la defensa, guardar silencio, ofrecer prueba, etc. Incluso es parte de su derecho de defensa controlar las acciones que desarrolla el persecutor del delito, es decir el Ministerio Público o la policía, pues pueden, en atención a su derecho de defensa, solicitar al juez de garantía, el control del plazo de la investigación y presentar los requerimientos de tutela de derechos.

El principio de contradicción, en el que se enmarca o engloba el derecho de defensa, se constituye como una garantía esencial del proceso penal moderno y tiende a conseguir hacer realidad que el proceso funciones como un auténtico mecanismo dialéctico útil, por tanto, para proporcionar el hallazgo de la verdad real de los hechos enjuiciados. No cabe ninguna duda de que si solo tiene en el proceso acogida una de las versiones fácticas – la de las partes acusadores- la resolución que se alcance no será la apropiada para acercarse

verosímilmente a la calidad de los hechos acaecidos. Si el proceso se convierte en un monólogo más que medio para descubrir la verdad histórica, será un método de represión y de satisfacción de los ánimos sociales de venganza. En una palabra, el proceso no será eficaz en el sentido en que debe entenderse el término eficacia en la actualidad, dado que no puede ser calificado de eficaz un proceso que acaba en una sentencia condenatoria segura y cierta, sino solo aquel en el que se castiga al culpable y absuelve al inocente (Ascencio, 2016).

Con relación al derecho de defensa, el artículo 139 inciso 14) de la Constitución Política del Estado consagra la prohibición de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso, y se le confiere al imputado el derecho de comunicarse personalmente con un defensor de su elección. Además, el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal prescribe: “1. Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala”.

Por su parte el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho de defensa tiene una doble dimensión y comprende el derecho de **defensa material** ejercida por el propio imputado desde que toma conocimiento de la imputación, y la **defensa formal** a través

de la defensa técnica como aparece del fundamento 2.3 del Expediente Nro. 2028-2004-HC/TC del 5 de julio de 2004: “El ejercicio del derecho de defensa, de especial relevancia en el proceso penal, tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, lo que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Ambas dimensiones del derecho de defensa forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho en referencia. En ambos casos se garantiza el derecho a no ser postrado a un estado de indefensión”.

2.2.4.3. Rol del Agraviado o Actor Civil

Denominada también en la dogmática “parte civil activa”, que a decir de Gimeno (2012) es el perjudicado, es decir, quien ha sufrido en su esfera patrimonial o moral los daños producidos por la comisión del delito siendo titular, frente al responsable civil, de un derecho de crédito, bien (supuesto más normal) nacido a título de culpa, bien por la simple existencia de una responsabilidad civil objetiva que pudiera surgir con ocasión de la comisión del delito. El perjudicado ha de cumplir con los presupuestos procesales civiles de la capacidad para ser parte, de actuación procesal y de legitimación activa, los cuales se rigen por las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Agrega que al perjudicado le asiste el derecho fundamental a la **tutela judicial efectiva** o de acceso al proceso para interposición de la pretensión resarcitoria. Lo puede hacer

originariamente, mediante la presentación de un escrito de querrela, en el que acumulará a la acción penal la civil dimanante del delito o adhesivamente en la misma forma en que puede efectuarlo el ofendido. Debido a la circunstancia de que el delito es, según la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art.101), fuente de la responsabilidad civil, su capacidad de postulación no puede quedar limitada a la determinación de los daños o del “*quantum*” de la indemnización, sino que también está legitimado para instar los actos de investigación y de prueba que evidencien la existencia del delito y la responsabilidad penal de su autor, ya que, como se ha dicho, sin la prueba del objeto proceso penal, tampoco existe título de imputación civil. Por esta razón su intervención, en todo lo relativo a la pretensión penal, es similar a la de **coadyuvante**, en tanto que ostenta un interés legítimo en instar la condena del culpable.

En la dogmática nacional, siguiendo el lineamiento establecido por el Código Procesal Penal se ha diferenciado al “agraviado”, del “actor civil”. En el artículo 94 se define al agraviado y se prescribe que es todo aquel que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo. Tratándose de incapaces, de personas jurídicas o del Estado, su representación corresponde a quienes la ley designe. También son considerados agraviados los accionistas, socios, asociados o miembros, respecto de los delitos que afectan a una persona jurídica cometidos por quienes las dirigen administran o controlan. Como podemos advertir de la norma en mención, el agraviado será el perjudicado directa o indirectamente por el delito, y su reconocimiento como actor civil, dependerá del oportuno pedido de reconocimiento como tal, ante el órgano jurisdiccional.

El actor civil tiene los mismos derechos que se reconocen al agraviado; está facultado para pedir la nulidad de lo actuado, ofrecer medios de investigación y de prueba, participa en las diligencias judiciales de la investigación y del juicio oral, interpone recursos, pide reparación civil.

A este respecto, los Jueces Supremos en lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, en el acuerdo plenario 5-2011, establecieron que: “Actor civil es el perjudicado que ejerce su derecho de acción civil dentro del proceso penal. Es decir, es quien ha sufrido en su esfera patrimonial los daños producidos por la comisión del delito, siendo titular, frente al responsable civil, de un derecho de crédito, bien a título de culpa, bien por la simple existencia de una responsabilidad objetiva que pudiera surgir con ocasión de la comisión de un delito (Gimeno, *Ibidem*, p. 181). Dicho de otro modo, en palabras de San Martín (2012), se define al actor civil como aquella persona que puede ser el agraviado o sujeto pasivo del delito, es decir quien directamente ha sufrido un daño criminal y, en defecto de él, el perjudicado, esto es, el sujeto pasivo del daño indemnizable o el titular del interés directa o inmediatamente lesionado por el delito, que deduce expresamente en el proceso penal una pretensión patrimonial que trae a causa de la comisión de un delito”.

2.2.4.4. Rol del Juez

La función del Juez en el nuevo modelo procesal penal, que tiene sus bases, precisamente en la separación de funciones y definición de roles del Ministerio Público y el Poder Judicial, ha cambiado con relación al antiguo proceso penal, y como vamos a

ver, en la legislación vigente y en la dogmática se ha definido claramente la función del juez en el proceso penal acusatorio adversarial, y específicamente se ha determinado la función de este funcionario en cada una de las etapas del proceso penal.

Neyra (2010) señala que el proceso Común del NCPP tiene tres etapas fundamentales y, en cada una de ellas interviene un Juez, de tal forma que la función de cada etapa tiene relación directa en la función o rol que juega el Juez en cada una de ellas:

a. Funciones del Juez de Investigación Preparatoria y Etapa Intermedia

Esencialmente en la etapa de investigación e intermedia, el Juez es uno de Garantía y de legalidad de actuaciones, es ese sentido San Martín (2012) señala las notas características del Juez de la Investigación Preparatoria:

- a. Es un órgano jurisdiccional unipersonal o monocrático, de ahí que es la primera autoridad jurisdiccional a la cual acuden los participantes en la investigación.
- b. Las funciones o, ámbito común primordial consiste en: resguardar el legítimo espacio que una persecución penal eficaz y razonable requiere. Las funciones, concretamente individualizadas, son las siguientes:
 - Función de coerción, es decir, tiene por función la decisión sobre medidas provisionales con finalidad cautelar de aseguramiento de las fuentes de prueba y de adquisición de la prueba y, tuitiva coercitiva; además de decidir en casos de medidas

instrumentales restrictivas de derechos fundamentales (escuchas telefónicas, allanamiento, etc.)

- Función de garantía; se presenta en el estricto ámbito de la investigación preparatoria, y se expresa en cuatro tipos de actuaciones: Tutela de los derechos de los sujetos procesales, a propósito de la actuación del Ministerio Público. Incorporación de sujetos procesales en la investigación, consolidando su acceso al procedimiento y su intervención en las actuaciones. Decisión acerca de medidas de protección. Pronunciamiento sobre la culminación de la investigación en los casos donde es necesario el control de plazos.

- Función de instrumentación o documentación; radicada en la actuación de la denominada prueba anticipada. La prueba anticipada como excepción a la prueba plenaria ha de observar una serie de requisitos que, a efectos metodológicos, se encuentran consagrados en los artículos 242, 246 del NCPP.

- Función ordenatoria, que tiene lugar en la etapa intermedia, en cuya virtud el Juez la dirige y dicta las decisiones relativas al sobreseimiento y enjuiciamiento del imputado decidiendo sobre la procedencia del juicio oral.

- Función de ejecutoriedad, de hacer ejecutar lo juzgado en aquellos ordenamientos en los que no existe un Juez de vigilancia penitenciaria o de ejecución penal como había en nuestro Código de Ejecución Penal de 1985, luego ya no se reguló esta figura.

- Emisión de decisiones a partir, principalmente de audiencias judiciales, se trata de una labor que ocupa la participación más intensa del Juez en sede de investigación preparatoria.

Funciones del Juez de Juzgamiento

La fase principal de un sistema acusatorio en el proceso penal es el juicio oral, donde ejercer funciones (en los sistemas donde existe un Juez profesional) es complicado pues llevar adelante el juicio oral es mucho más que dominar un amplio conjunto de códigos y normas; es ser capaz de desempeñar una función compleja que integra los elementos normativos con otros de naturaleza muy disímil.

En ese sentido los Jueces no sólo juzgan, sino que conducen el debate, por ello los Jueces operan como árbitros entre los sujetos procesales velando porque el Juicio no se desnaturalice y sirva efectivamente como un instrumento para probar alguna de las teorías del caso que se encuentran en pugna.

Pero como señalamos la posición del Juez de nuestro sistema procesal es compleja en comparación a la de quien asume solamente este rol de árbitro de un debate en que los actores principales son otros como sucede en el sistema del *common law*.

Entonces nuestro Juez: conduce el Debate y Falla. En consecuencia, a nuestros Jueces no les basta con preocuparse porque el examen de un testigo se lleve a cabo en forma legítima, sino adicionalmente deberá extraer de dicho testimonio, material útil para la formación de la convicción que ellos mismos deben formarse sobre la responsabilidad del acusado. Esta dualidad de misiones convierte en compleja la función judicial ya que en la práctica ambas suelen confundirse y superponerse, poniendo en riesgo la imparcialidad judicial que es uno de los principios bandera de la reforma procesal penal y que lleva aparejado el paso de un sistema inquisitivo a uno acusatorio.

Respecto a la imparcialidad judicial, que debe imperar no solo como principio sino como una práctica jurisdiccional, San Martín (2012) señala que es la garantía que permite la igualdad y limpia contienda procesal, en la medida que permite al juez desempeñar un papel “supra partes”. Siguiendo a Picó i Junoy (2012), se puede afirmar que la imparcialidad tiene un doble componente: una vertiente subjetiva, que se refiere a la convicción personal del magistrado, respecto del caso concreto y a las partes, por tanto, se trata de evitar la natural parcialidad derivada de la relación del juez con las partes; y una “vertiente objetiva” que incide sobre las garantías suficientes que debe reunir el juzgador en su actuación respecto al objeto mismo del proceso, así como de su relación orgánica y funcional con el mismo.

Agrega que en el desarrollo de la garantía de imparcialidad el TC de manera reiterada y consecuente sostiene que mientras la garantía de independencia, en términos generales, protege al juez frente a influencias externas, el principio de imparcialidad se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso, definidas como la independencia del juez

frente a las partes y al objeto del proceso mismo. Imparcialidad que puede entenderse según dos acepciones: a) imparcialidad subjetiva, que atañe a algún tipo de compromiso que el juez pueda tener con el caso; y b) imparcialidad objetiva, referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, en caso de que el sistema no ofrezca suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable.

2.2.5. Desarrollo del Juicio Oral

La llamada etapa estelar del proceso tiene lugar bajo la vigencia de los principios precedentemente expuestos, pero además se desarrolla bajo una estructura que permite el conocimiento de la imputación, la aceptación o rechazo de la misma, la actuación probatoria y la decisión judicial.

Una estructura que nos parece interesante es la propuesta por la revista Gaceta Jurídica-práctica (2009), que propone la estructuración del juicio oral según la reforma latinoamericana, de la forma siguiente:

1. Fase inicial:

- Instalación de la audiencia
- Alegatos preliminares
- Pregunta al acusado sobre su conformidad con la acusación

2. Fase probatoria:

- Examen del acusado
- Examen de testigos
- Examen de peritos
- Oralización de la prueba documental

3. Fase final:

- Alegatos finales
- Deliberación y votación de la sentencia
- Sentencia

Sánchez (2009) destaca las características principales del Juicio Oral, considerando las siguientes:

- El juicio oral está bajo la dirección del Juez Penal o Presidente del Juzgado Colegiado (de alguno de sus integrantes), a quien le corresponde toda la organización y responsabilidad del caso; asimismo, debe de garantizar el ejercicio pleno de la acusación y de la defensa. La dirección del juicio incluso posibilita la labor docente del juez a las partes y al acusado respecto a los derechos y garantías existentes, así como a las diligencias que son propias de dicha etapa.
- En esta fase se manifiesta a plenitud el *principio acusatorio* que exige atribuir la acusación de una parte frente a otras. De ahí el binomio partes acusadoras y partes acusadas, que polariza la encarnación del principio contradictorio y en donde el acusado asume el protagonismo casi absoluto.

- El Juez controla la intervención de las partes, incluso puede limitar el uso de la palabra fijando límites igualitarios en casos complejos o interrumpir su ejercicio si hace “uso manifiestamente abusivo de su facultad” (art. 363).
- El juicio oral será continuo, se suspenderá en los casos que prevé la ley y no se podrá iniciar otro juicio mientras no se culmine el primero (art. 360.5). Se pretende con ello que iniciada una audiencia continúe ésta hasta su culminación, de esta manera el juzgador se deberá avocar sólo a un caso penal de manera concentrada y resolverá el mismo en el tiempo estrictamente necesario.
- Complementando lo señalado anteriormente, se regula la suspensión y la interrupción de la audiencia (art. 360). Esta solo podrá suspenderse por enfermedad del juez, fiscal, imputado o defensor; por razones de fuerza mayor o caso fortuito; y en los casos que la ley lo señale (para constituirse fuera de la sede a recibir una testimonial, por ejemplo). Esta *suspensión* no puede exceder de 8 días hábiles. Si fuese mayor a dicho plazo, se producirá la *interrupción* del debate y se dejará sin efecto todo lo actuado durante el juicio.
- Las incidencias que se promuevan durante la audiencia se realizarán en un solo acto y resueltas por el juez inmediatamente escuchando a las partes (art.362). Como se ha señalado antes, la oralidad prima en el juicio, por lo tanto, las alegaciones como las decisiones jurisdiccionales serán igualmente orales, dejándose constancia en acta.
- Cabe resaltar que se amplían las facultades del juzgador en cuanto a su *poder disciplinario* en la audiencia. En efecto, el juez debe de mantener el orden en la sala

de audiencias; puede disponer la expulsión de la persona, incluso, de algún sujeto procesal, que perturbe su desarrollo; podrá ordenar, además, la detención hasta por 24 horas a quien amenace o agrede al juez o alguna de las partes o sus abogados o, de alguna manera impida la continuación del juzgamiento, sin perjuicio de las acciones legales correspondiente (art. 364.1).

- Mediante el *poder discrecional*, el juez puede resolver cuestiones no regladas ni previstas en la ley procesal y que surjan en el juicio, debiendo dictar resolución motivada. Ello permitirá al juzgador resolver incidencias o cuestiones (autorización para atención médica, justificar inasistencias de testigos o procesados, diligencia judicial, recepción de documento, por ejemplo).

Respecto a la iniciación del juicio oral, Gimeno (2012) sostiene que aun cuando el juicio oral formalmente comience con el auto de apertura, desde un punto de vista material, dicha fase tan sólo sucede con la presentación de escritos de calificación provisional, pues, sin acusación no puede existir juicio, y, como hemos tenido ocasión de examinar, todavía puede truncarse la apertura del juicio oral, de prosperar un artículo de previo pronunciamiento.

El mismo autor, agrega que dentro de esta importante fase, en donde ha de transcurrir la actividad probatoria, pueden distinguirse la siguientes subfases o trámites: la conformidad, actos previos al juicio, ejecución de la prueba, conclusiones definitivas, informes, última palabra y sentencia.

Evidentemente toda esta actuación se realiza de manera oral, desde la presentación de la teoría del caso por parte del fiscal, hasta la emisión de la decisión judicial a través de la Sentencia. Durante su desarrollo se ejecutarán actos procesales importantes como la *conformidad*, el *examen directo y contra examen a testigos y peritos*, la *presentación y exhibición de la evidencia material*, entre otros, como analizaremos a continuación:

Alegato de Apertura:

Llamados también alegatos iniciales o preliminares. Una vez instalada la audiencia, el juez o el presidente del juzgado colegiado dará el uso de la palabra al representante del Ministerio Público a fin de que exponga resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y fueron admitidas. Posteriormente, en su orden, lo harán el acusador coadyuvante y el tercero civilmente demandado, quienes expondrán concisamente sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas. Finalmente, el defensor del acusado expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas (Gaceta Penal-guía práctica, 2009).

Se debe destacar la importancia de los alegatos iniciales, pues en ella el fiscal plantea la teoría del caso que se lleva a juicio, es decir la imputación contra el acusado, que consiste en la atribución de un hecho delictivo, narrado de forma cronológica, concreta y clara.

La teoría del caso no surge como construcción teórica en la etapa de juzgamiento, sino ha sido construida a lo largo de la etapa anterior, es decir desde la Etapa de Investigación Preparatoria, esto no significa que los hechos sean absolutamente incólumes a los

previstos en el Disposición de Investigación Preliminar o Preparatoria, evidentemente demás circunstancias se han conocido como consecuencia de dicha investigación, pero lo que no puede variar en la teoría del caso, será el hecho propuesto en el requerimiento Acusatorio, el cual ha de tener correlación con la Sentencia que posteriormente ha de emitirse. Ahora bien, la teoría del caso del Ministerio Público en juicio, será una teoría imputativa, es decir aquella que atribuya a una persona la comisión de un delito, sin embargo la teoría del caso de la defensa no necesariamente estará relacionado a demostrar la no responsabilidad de aquel imputado o su inocencia, sino, puede ser básicamente alegar que la Fiscalía no ha de probar su teoría del caso.

La Conformidad:

San Martín (2012), siguiendo parcialmente a Gómez Colomer (2004), define la “conformidad” como una institución de naturaleza compleja, en virtud de la cual la parte pasiva, es decir, tanto el acusado como su defensor técnico aceptan o admiten los hechos objeto de imputación materia de la acusación fiscal y, con ciertos límites, la responsabilidad penal y civil por su comisión; límites circunscriptos exclusivamente tanto a la calidad y cantidad de pena pedida – está descontada la necesidad y merecimiento de pena-, como a la cuantía de la reparación civil. La conformidad nacional no permite discutir, en consecuencia, la propia imposición de una pena y de la fijación de una reparación civil; se trata entonces, de un acto de disposición relativa.

Respecto a la naturaleza jurídica, el mismo autor sostiene que es “relativamente dispositiva” desde la perspectiva del imputado y su defensa, en tanto que –como acota

Butrón Baliña (1997) -es posible a Tribunal, en ciertos casos y con determinadas limitaciones, imponer una pena inferior a la contenida en la acusación, nunca superior, e incluso pronunciar un fallo absolutorio; lo que, en todo caso, permite configurarla por sus rasgos singulares como un acto procesal sui generis, que presenta notas que lo asemejan a determinadas instituciones procesales, pero que responde a unas señas de identidad propias que le dotan de una peculiar fisonomía.

Su regulación está prevista en el artículo 372 del Código Procesal Penal, que prescribe:

“1. 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. 2. Si el acusado, previa consulta con su abogado defensor, responde afirmativamente, el Juez declarará la conclusión del juicio. Antes de responder, el acusado también podrá solicitar por sí o a través de su abogado conferenciar previamente con el Fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena para cuyo efecto se suspenderá por breve término. La sentencia se dictará en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho horas, bajo sanción de nulidad del juicio. 3. Si se aceptan los hechos objeto de acusación fiscal, pero se mantiene un cuestionamiento a la pena y/o la reparación civil, el Juez previo traslado a todas las partes, siempre que en ese ámbito subsista la contradicción, establecerá la delimitación del debate a la sola aplicación de la pena y/o a la fijación de la reparación civil, y determinará los medios de prueba que deberán actuarse. 4. Si son varios los acusados y solamente admiten los cargos una parte de ellos, con respecto a estos últimos se aplicará el trámite previsto en este artículo y se expedirá sentencia, continuando el proceso respecto a los no confesos. 5. La sentencia de conformidad, prevista en el numeral 2) de este artículo, se dictará aceptando los términos del acuerdo. No obstante, si a partir de la descripción del

hecho aceptado, el Juez estima que no constituye delito o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier causa que exima o atenúa la responsabilidad penal, dictará sentencia en los términos en que proceda. No vincula al Juez Penal la conformidad sobre el monto de la reparación civil, siempre que exista actor civil constituido en autos y hubiera observado expresamente la cuantía fijada por el Fiscal o que ha sido objeto de conformidad. En este caso, el Juez Penal podrá fijar el monto que corresponde si su imposición resultare posible o, en todo caso, diferir su determinación con la sentencia que ponga fin al juicio”.

Mediante Acuerdo *Plenario* Nro. 5-2008/CJ-116 se ha precisado los alcances de ésta institución procesal, señalando por ejemplo que, sólo será posible, al margen de la denominada “conformidad absoluta” (hechos, responsabilidad penal, pena y reparación civil; es decir, la declaración de culpabilidad del imputado no se *limita* al hecho, también alcanza a las consecuencias jurídicas), pero siempre en ese marco de aceptación de los cargos, un cuestionamiento y ulterior debate procesal, que incluirá lectura de medios probatorios –prueba instrumental y alguna diligencia documentada preconstituida–, acerca de la pena y reparación civil –de su entidad o de su cuantía- (“conformidad limitada o relativa”). Asimismo, el numeral 4) del citado precepto, a diferencia de la fuente española, autoriza la ruptura de la continencia de la causa para dar lugar a una “conformidad parcial”, según algún o algunos acusados la acepten y otros no, posibilidad condicionada a que la Sala estime que no se afectaría el resultado del debate oral” (f.j. 6to).

También se ha precisado que el aspecto *sustancial* de la institución de la conformidad, tal como está regulado en la Ley antes citada, estriba en el reconocimiento, aunque con

características singulares, del principio de adhesión en el proceso penal. La conformidad tiene por objeto la pronta culminación del proceso –en concreto, del juicio oral- a través de un acto unilateral del imputado y su defensa *de* reconocer los hechos objeto de imputación, concretados en la acusación fiscal, y aceptar las consecuencias jurídicas penales y civiles correspondientes. Este acto procesal tiene un carácter expreso y siempre es unilateral –no es un negocio procesal, salvo la denominada “conformidad premiada” establecida en el artículo 372º, apartado 2), del nuevo Código Procesal Penal, en cuanto prescribe “...el acusado también podrá solicitar por sí o a través de su abogado conferenciar previamente con el Fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena”-. Además, es un acto unilateral de disposición de la pretensión, claramente formalizado, efectuado por el acusado y su defensa -de doble garantía-, que importa una renuncia a la actuación de pruebas y del derecho a un juicio público, que a su vez genera una expectativa de una sentencia conformada –en buena cuenta, constituye un acto de disposición del propio proceso, al renunciar a los actos del juicio oral, y del contenido jurídico material de la sentencia, al convenir, desde ya, la expedición de una sentencia condenatoria en su contra. (f.j. 8vo).

Como podemos advertir se regula no solo la conformidad *total y parcial*, dependiendo de si es aceptada por la *totalidad* de los acusados o sólo por una parte de ellos y la conformidad *plena y relativa*, dependiendo de si esta aceptación es por todas las pretensiones contenidas en la Acusación (hechos, pena y responsabilidad civil) o solo alguna de ellas, sino también se prevé la conformidad “premiada”, que otorga un marco de autonomía al Ministerio Público para llegar a un acuerdo con el imputado, sobre la pena a imponer, observando evidentemente los términos de la Acusación, de manera que la nueva pena sea proporcional y razonable.

Respecto al control jurisdiccional de la Conformidad, San Martín (2012) señala que, aun cuando le está vedado al juez modificar la esencialidad de los hechos conformados, porque la conformidad precisamente implica una renuncia a la producción de pruebas sobre los hechos conformados, en consecuencia, mal puede el Tribunal formar su libre convicción acerca de la premisa fáctica de la sentencia, de suerte que tendrá que aceptar el relato histórico convenido por las partes- salvo, de modo excepcionalísimo, cuando sea expresión de un probable fraude de ley o procesal, en cuyo caso de limitará a desestimar la conformidad y ordenar la prosecución del juicio-, entonces, es dable dictar sentencia absolutoria por estrictas razones jurídico penales, derivadas de la manifiesta atipicidad o de la presencia de alguna otra causa de exención de pena. Incluso, el control judicial, siempre a favor del reo, al emitir una sentencia conformada, puede significar la imposición de una pena y/o reparación civil menores a las solicitadas por el Fiscal.

Agrega que el control judicial también puede ser en contra del reo pero en ese caso no corresponde emitir una sentencia, sino disponer la continuación del juicio. Así, será: a) cuando la calificación del hecho no sea la que legalmente corresponda, que sería una de mayor gravedad; b) cuando la pena solicitada es ilegal y el imputado merece una mayor por no corresponder a la figura legalmente prevista. Es de entender, en este último punto, si la pena conformada está dentro de los parámetros legales, no es del caso desestimar la conformidad; se permite cuestionar la ilegalidad de la determinación judicial de la pena, no el ejercicio de la discrecionalidad dentro de los mínimos y máximos fijados por la ley- salvo, claro está, una patente desproporción de la individualización de la pena-ello porque la conformidad necesariamente importa una limitación al ejercicio de las facultades de individualización judicial de la pena.

Finalmente, otro control que debe ejercer el juzgador –siempre en la perspectiva señalada por el autor- es el de la voluntariedad de la conformidad por el imputado. Como ya se anotó, y lo tiene expuesto la jurisprudencia española (STEdel 1/3/1988), uno de los *caracteres* de la conformidad, para ser eficaz, es que la declaración fuera voluntaria, esto es, consciente y libre: lo que dimana de la exigencia de un debido proceso. El tribunal debe asegurarse de que el imputado conoce la naturaleza de la acusación que acepta y las consecuencias punitivas que ello conlleva, que conoce los derechos e instrumentos de defensa a los que está renunciando (silencio, presunción de inocencia y al juicio público y contradictorio), y que no se trate de una declaración inducida mediante el sometimiento a presiones indebidas.

Examen del Acusado:

En palabras de Salas (2011), el examen del acusado consiste en la formulación de preguntas por parte del fiscal, del abogado del actor civil, del tercero civilmente responsable y de su propio *abogado* defensor, quienes, de manera ordenada, lo interrogarán respecto a los hechos del caso, los cargos imputados y demás información pertinente que aporte elemento de juicio al juzgador para determinar su responsabilidad penal y en su caso, fijar la pena y la reparación civil. A este nivel de la audiencia de juicio oral, caben dos posibilidades: 1) Que el acusado se niegue a declarar –total o parcialmente- en cuyo supuesto, el juez le advertirá que, a pesar de su negativa a declarar, el juicio continuará y se leerán sus declaraciones anteriores prestadas ante el fiscal; y 2) Que el acusado acepte ser interrogado, en cuyo caso el interrogatorio seguirá las reglas señaladas en el artículo 376 del CPP de 2004. Estas son:

- Respuestas libres y orales. - el acusado aportará libre y oralmente relatos, aclaraciones y explicaciones sobre su caso. Las respuestas libres implican que el acusado no se encuentre sometido a presiones, amenazas o coacción por parte del juez, del fiscal o de cualquier otra persona.
- Fines del Examen. - el interrogatorio se orientará a aclarar las circunstancias del caso y demás elementos necesarios para la medición de la pena y de la reparación civil. El examen del acusado constituye una oportunidad más para que esta pueda hacer valer su derecho de defensa y decir todo cuanto favorezca a sus intereses.
- Requisitos de las preguntas. - el interrogatorio está sujeto a que las preguntas que se formulen sean directas, claras, pertinentes y útiles. No son admisibles preguntas repetidas sobre aquello que el acusado ya hubiere declarado, salvo la evidente necesidad de una respuesta aclaratoria. Tampoco están permitidas preguntas capciosas, impertinentes y las que contengan respuestas sugeridas.
- Dirección del examen. - el juez ejercerá puntualmente sus poderes de dirección y declarará, de oficio o a solicitud de parte, inadmisibles las preguntas prohibidas. Cuando el juez, de oficio, declara inadmisibles una pregunta prohibida de oficio, está velando por el respeto de los derechos del acusado y cuando la declara a pedido de parte, se evidencia el rasgo adversarial de la audiencia, en la que se ha formulado y fundamentado una objeción contra determinada pregunta prohibida.
- Orden del examen. - interrogan al acusado el fiscal, el abogado de la parte civil, el abogado del tercero civilmente responsable y el último en formular la pregunta será su propio abogado defensor.

Examen de Testigos y Peritos:

El testigo, en palabras de Nieva (2012), es aquel sujeto que conoce los hechos del proceso, pero que no figura como parte en el mismo al no haber sido su protagonista. Es decir, no está involucrado en la situación de que se trata más que como observador, por mucho que, ciertamente, pueda concurrir en él algún interés que pueda ser más propio de alguien que es parte, como veremos seguidamente.

La forma de practicar la declaración es idéntica a la de los sujetos procesales, con la única matización de que, si el testigo es menor de edad, deberá declarar con las mismas cautelas que hemos indicado para la víctima, ante la dificultad de que un jurista como el juez o un abogado puedan interpretar correctamente la declaración de una persona demasiado joven. Por ello, la intervención de un psicólogo del testimonio en estos casos parece nuevamente imprescindible.

En no pocos ordenamientos, añade el citado jurista, se alude a la necesidad, absoluta o temporal de aislar a algunos testigos de otros a la hora de realizar su declaración, a fin de evitar que se escuchen y puedan influirse entre sí. Sin descartar que ello pueda ser útil en ocasiones, muchas veces es inviable al durar el proceso varios días, y ser imposible que un testigo permanezca aislado de otro durante tanto tiempo. Por ello, la única forma de asegurar la eficacia de la prueba es que el interrogatorio se realice en las condiciones generales antes señaladas, a fin de que pueda desplegar los resultados más óptimos, aunque sin descartar ese aislamiento en ocasiones puntuales, que puede obtenerse obligando a quedarse en la sala al testigo que acabe de declarar, para evitar que hable con el siguientes testigo, u ordenando a un testigo que se quede fuera de la sala mientras

declara otro. Será ésta una cuestión que dependa de cada caso concreto, por lo que habrá que confiar en el arbitrio judicial, en este sentido, sin descartar la iniciativa de los sujetos procesales a tal efecto.

Las reglas del interrogatorio son las mismas, en lo pertinente, que las del imputado. En primer lugar, se produce el interrogatorio de identificación; luego, se le exige juramento o promesa de decir la verdad; a continuación, expondrá sobre los temas objeto de su convocatoria, dando razón de su información; y, por último, será interrogado, primero, por quien lo ofreció y, luego, por las partes restantes (San Martín, 2015).

El perito es una persona natural especializada en determinada ciencia, disciplina, arte u oficio. En materia penal se solicita la participación de un perito para explicar los resultados de su pericia o algún tema referido a su especialidad. En el examen directo del perito entonces importa la formulación de preguntas dirigidas a que el especialista explique las conclusiones de su pericia, los métodos empleados o algún otro dato relacionado con la materia que domina, a efectos de sustentar la teoría del caso de quien lo propuso. Debe tenerse en cuenta que el testigo no puede determinar si el acusado es culpable o inocente, su declaración se limita a explicar un tema referido a su especialidad (Salas, 2011).

Aun sin tener excesivos conocimientos sobre la ciencia objeto del dictamen, el juez podrá además controlar una serie de parámetros científicos de calidad, que son los siguientes:

1. Que el perito demuestre que la técnicas y teorías científicas utilizadas han sido aplicadas previamente, son relevantes y están generalmente aceptadas por la

comunidad científica internacional. Para ello, es preciso que el perito describa pormenorizadamente el procedimiento de análisis que llevó a cabo, así como el instrumental, mencionando las publicaciones que avalan, no solamente su regularidad, sino también su uso habitual.

2. Que las técnicas utilizadas se han aplicado según estándares y normas de calidad vigentes. A tal efecto debe acreditarse, por ejemplo, que los laboratorios donde se hicieron los análisis han pasado las inspecciones debidas, o que se han seguido los parámetros de calidad vigentes en la profesión de que se trate, y que muchas veces están publicados en las páginas web de la propia profesión.

3. Que el dictamen contenga información sobre el posible grado o nivel de error, así como acerca del nivel o gradación de variabilidad e incertidumbre de los datos obtenidos por la citada técnica o teoría científica. Cualquier resultado científico es fruto de una experimentación previa que arroja unos resultados estadísticos. La exposición del margen científico de acierto del perito es fundamental, acudiendo lógicamente a esas estadísticas que consten en publicaciones científicamente prestigiosas, prestigio que podrá valorarse, nuevamente, con la indexación de la revista.

4. Que el dictamen se base en suficientes hechos y datos. Se trata de la última parte de la motivación del dictamen, consistente en exponer las muestras, datos, fotografías y cualquier otro vestigio o evidencia que haya servido para la realización del dictamen.

Estos puntos son, al menos externamente, de más fácil observación para un juez. Además, tienen la ventaja de que posibilitan con más facilidad el contraste con otro dictamen, situación muy frecuente en el proceso que se produce cuando concurren al mismo los pareceres de más de un perito (Nieva, 2012).

El artículo 378, incs. 6,8 y 10 NCPP, prevé: 1. En caso de que el testigo o perito no se acuerda de un hecho relevante, se puede leer el extremo de su declaración anterior o del dictamen para que haga memoria. 2. De igual modo se procederá si se presente una contradicción entre lo que expuso en el acto oral y lo que declaró o consignó en sede sumarial, para lo cual es procedente confrontarlos con sus propios dichos. 3. Procede un interrogatorio complementario si nuevos datos así lo aconsejan. 4. En caso de inconcurrencia por impedimento justificado, pueden ser examinados en donde se encuentren, pueden ser objeto de declaración o examen a distancia –videoconferencia- o actuación vía exhorto o por comisión, cuya acta será integral o por registro filmico audio gráfico o video gráfico.

Prueba Documental:

En principio se debe diferenciar la prueba material de la prueba documental. La primera recae en todo tipo de objeto relacionado con los hechos materia de delito (por ejemplo, el arma homicida), los cuales deben ser exhibidos y examinados por las partes. La segunda, recae en escritos, grabaciones audiovisuales, computacionales y similares, en los que consta información relevante acerca del caso, los cuales deben ser leídos o reproducidos por cualquier medio idóneo para su percepción en el juicio, con indicación

de su origen. En este sentido, en lo referente a la prueba material, los instrumentos o efectos del delito y los objetos o vestigios incautados o recogidos, que obren o hayan sido incorporados con anterioridad al juicio, siempre que sea materialmente posible, serán exhibidos en el debate y podrán ser examinados por las partes. La prueba material podrá ser presentada a los acusados, testigos y peritos durante sus declaraciones, a fin de que la reconozcan o informen sobre ella (Gaceta Penal-guía práctica, 2009).

Antes se asumía que la prueba documental estaba referida únicamente a información contenida en papel; sin embargo, el desarrollo tecnológico y la sofisticación de los actos criminales a través de organizaciones dedicadas a este fin, ha hecho posible que se considere como documento, todo soporte que contenga información relevante al caso.

Nieva (2012) sostiene que actualmente también existe una especial incidencia de los delitos con móvil económico, y que se desarrollan a través de operaciones financieras o mercantiles y que, por descontento, también dejan documentación verdaderamente ingente y con frecuencia de difícil análisis e inteligencia. En consecuencia, la prueba documental en el proceso penal ya no constituye un fenómeno minoritario, por lo que las leyes debían dispensarle la debida atención. Sin embargo, también hay que tener en cuenta que en la mayoría de los supuestos, dicha prueba será objeto de un dictamen pericial, como veremos a continuación.

Pero en todo caso, el documento contendrá una serie de datos que deben ser objeto de interpretación, a través de su lectura normalmente, aunque también a través de su observación en el caso de filmaciones. Pues bien, de esa interpretación muy pocas veces se ha encargado la doctrina, estimando que con la simple lectura un juez podría interpretar

sin más un documento. Y evidentemente, podrá leerlo pero estamos hablando, no de la mera lectura del documento sino de su interpretación.

Sánchez (2009) destaca lo dispuesto en el artículo 393.2 del Código Procesal Penal, señalando que dicha norma prohíbe oralizar los documentos o actas que se refieren a la prueba actuada en el juicio oral; incluso, se establece que aquellos documentos o actas que pretendan ser introducidos a la audiencia mediante su lectura no tendrán valor, lo que resulta coherente con la admisión previa de las pruebas. En cambio, taxativamente se establece (art. 383.1) que se podrán incorporar para su lectura:

- a. Las actas que contiene la prueba anticipada.
- b. La denuncia, la prueba documental o de informes, las certificaciones o constataciones.
- c. Los informes o dictámenes periciales; las actas de debate pericial, con intervención de las partes o con su debido emplazamiento, y cuando el perito no haya concurrido al juicio oral.
- d. Los dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe.
- e. Las declaraciones testimoniales actuadas por exhorto.
- f. Las declaraciones prestadas ante el fiscal, con la concurrencia o emplazamiento debido de las partes, cuando el declarante no pueda concurrir a juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de residencia, desconocimiento de su paradero, o causa independiente a la voluntad de las partes.
- g. Las actas levantadas por la policía o por el Juez de la Investigación Preparatoria que contiene diligencias objetivas e irreproducibles (actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación, allanamiento y otras).

Alegatos Finales:

Concluido el debate probatorio y la actuación de los medios de prueba, se procederá a los alegatos de cierre, exponiendo en primer lugar el fiscal. Le siguen los alegatos de los abogados del actor civil y del tercero civil, los alegatos del abogado defensor del acusado, se culmina con la autodefensa del acusado. De contarse con la presencia del agraviado y este desee exponer, el juez le concederá el uso de la palabra, aunque no haya intervenido en el proceso. Debemos de tener en cuenta que la última palabra siempre le corresponde al acusado. Luego de esto, el juez declarará cerrado el debate (Salas, 2011)

Neyra (2010) sostiene que, en esencia, el alegato de clausura es un ejercicio netamente argumentativo (el primero y el único), responde a la pregunta ¿por qué debe prevalecer mi caso?, el litigante sugiere qué conclusiones de deben extraer de lo que ocurrió durante el debate. El alegato de clausura es la última oportunidad que tiene el litigante para comunicar su caso. También es conocido como el argumento de cierre o informe final.

Agrega el autor que, con el alegato de clausura, no se crea nada, solo se emiten las conclusiones que la prueba merece, es decir, es el espacio donde el litigante analiza la prueba que se actúa en el juicio. Al igual que en el contraexamen, o se puede sobredimensionar las bondades del alegato de clausura, porque siendo este un resumen analítico de todo lo sucedido, no podemos introducir sorpresas. En este sentido, el alegato de clausura es la última fase del juicio, llegado este momento toda la prueba ya ha sido presentada, es la instancia donde armaremos el rompecabezas, juntando todos los trozos de información que hemos venido aportando en el desarrollo del juicio. Todas nuestras actuaciones dentro del juicio oral estarán dirigidas a estructurar nuestro alegato de

clausura. Toda la información que hayamos obtenido se encuentra al servicio de nuestro alegato de clausura.

El art.386 del Código Procesal Penal, dispone: “1. Concluido el debate probatorio, la discusión final se desarrollará en el siguiente orden: a) Exposición oral del fiscal; b) Alegatos de los abogados del actor civil y del tercero civil; c) Alegatos del abogado defensor del acusado; d) Autodefensa del acusado. 2. No podrán leerse escritos, sin perjuicio de la lectura parcial de notas para ayudar a la memoria o el empleo de medios gráficos o audiovisuales para una mejor ilustración al juez. 3. Si está presente el agraviado y desea exponer, se le concederá la palabra, aunque no haya intervenido en el proceso. En todo caso, corresponderá la última palabra al acusado...”.

Nótese que la indicada norma destaca la oralidad para emitir el alegato final, en consonancia con el principio que inspira el juicio oral, de allí la obligación de desarrollar técnicas de litigación que permitan argumentar de manera clara (en tiempo razonable) todo lo actuado y probado en juicio.

Reyna (2015) señala que al formular sus alegatos finales el Fiscal tiene dos opciones: reiterar su pretensión acusatoria o retirar su acusación.

- **Reiteración de la pretensión acusatoria.** - esta opción, conforme al artículo 387.1 del CPP, se encuentra condicionada a que el Fiscal *considere que en el juicio se han probado los cargos de la acusación escrita*. El alegato oral del Fiscal debe hacer referencia a los hechos probados, la prueba en que se sustenta, la calificación jurídica que los hechos merecen, la responsabilidad penal y civil del acusado, la

responsabilidad civil del tercero civil, así como la petición de pena y de reparación civil.

Dentro de estas consideraciones, cabe la posibilidad de incrementar o disminuir la pretensión de pena y reparación civil contenida en la acusación escrita, para lo cual será necesario que durante el juicio oral haya surgido nueva circunstancia que deben ser destacadas durante el alegato oral (artículo 387.2 del CPP)

- **Retiro de la acusación fiscal.** - el CPP reconoce la posibilidad de que el Fiscal retire su acusación escrita cuando *considere que los cargos formulados contra el acusado han sido enervados en el juicio oral*. En ese contexto, el inciso cuarto del artículo 387 del CPP prescinde de la exigencia de *nuevas pruebas modificatoria de la condición jurídica del imputado* a las que alude el artículo 274 del C de PP. El retiro de acusación fiscal provoca la activación del procedimiento descrito en detalle en el artículo 387.4 del CPP.

Los alegatos finales del abogado defensor del acusado se realizarán tomando en cuenta los alegatos del fiscal, a manera de respuesta a la imputación de responsabilidad penal y civil, el cual concluirá con su pedido de absolución, atenuación de penal o nulidad del juicio.

Del mismo modo, los alegatos del actor civil versarán sobre los agravios civiles sufridos como consecuencia del acto delictivo, enmarcando su pretensión a lo previsto en el artículo 388 del Código Procesal Penal.

2.2.6. La Prueba: Prueba de Oficio

El término prueba es por demás polisémico, como tal, se hace preciso, antes de determinar su significado, establecer su sentido etimológico. Así, etimológicamente, el término “prueba” deriva del latín *probatio probationis*, que a su vez deriva del vocablo *probus* que significa bueno. Luego, lo que resulta probado es bueno, se ajusta a la realidad, y probar consiste en verificar o demostrar la autenticidad de las cosas. En ese sentido, la prueba, empleando un uso corriente del lenguaje significa comprobar, verificar. Probar significa así, en sentido lato, verificar o demostrar la autenticidad de una cosa, de ahí que Carnelutti, señala que el término probar se usa en el lenguaje común como “comprobación de la verdad de una proposición” y, por tanto, la prueba es la comprobación de las afirmaciones; es corroborar que lo afirmado corresponde a la realidad (Neyra, 2010).

El mismo autor, concluye señalando que la *prueba*, constituye una de las más altas garantías contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales. A partir de ello podemos concluir que prueba es todo aquello que tiene el mérito suficiente y necesario para que en su calidad de medio, elemento o actividad pueda formar en el Juez la certeza de haber alcanzado la verdad concreta que se produjo durante el Proceso y de este único modo desvirtuar la presunción de inocencia.

Rosas (2016), en la misma línea que Cuello (2008), sostiene que, etimológica y gramaticalmente, la voz “prueba” es el sustantivo del verbo “probar” que representa su acción, su elemento, su procedimiento y su resultado, previo un averiguamiento, con el fin de verificar o comprobar la verdad, la veracidad o la certeza de una proposición, de

un juicio. “Prueba” es, entonces, el sustantivo, en cuanto representa el elemento, la actividad, el procedimiento y el resultado, todos a una, del atributo que conlleva a “probar”; y particularmente, también es el sustantivo de los verbos “verificar” y “comprobar”, en cuanto encarna la propiedad del procedimiento, para el primero en las ciencias reales, y para el segundo en las ciencias formales.

García (2015) considera que a la actividad procesal dirigida a formar la convicción del juez sobre la realidad de los hechos penalmente relevantes se le conoce como prueba. Esta debe desarrollarse fundamentalmente en el juicio oral para que pueda ser considerada por el juez como fundamento de su sentencia, pues solamente en esta etapa la actividad probatoria se practica con plena observancia de los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción.

Como sabemos, en la práctica jurídica y en la dogmática se utiliza el vocablo “prueba” para hacer referencia a los elementos de juicio, ofrecido por los sujetos procesales y que serán admitidos o no por el órgano jurisdiccional, pero también la misma expresión se utiliza como la “acción de probar” un hecho o, mejor, una alegación de un hecho, por lo que es necesario diferenciar los “medios de prueba” con la noción de “prueba”, como veremos a continuación.

Para Taruffo (2012), los “medios de prueba” constituyen la base para las inferencias lógicas cuyo objetivo es dar sustento a conclusiones acerca de los hechos litigiosos; “prueba”, por su parte, hace referencia a los resultados positivos de tales inferencias; y finalmente, “verdad judicial” de los hechos significa que las hipótesis acerca de los

hechos en litigio están apoyadas por inferencias racionales basadas en medios de prueba relevantes y admisibles.

Una noción interesante que explica las dimensiones que tiene la “prueba” es la esgrimida por Talavera (2009). Este autor nacional cuando trata el *derecho a la prueba*, sostiene que este derecho es reconocido explícitamente como norma rectora por el nuevo Código Procesal Penal, cuando en su artículo IX del Título Preliminar señala que toda persona tiene derecho a intervenir en la actividad probatoria y a utilizar los medios de prueba pertinentes. Si bien el nuevo código solo hace alusión en su título preliminar al derecho de las partes a intervenir en la actividad probatoria y a utilizar los medios de prueba pertinentes, ello en modo alguno puede ser interpretado de manera restrictiva, sino por el contrario ampliamente, en la medida en que el concepto de actividad probatoria comprende no solo la aportación de medios de prueba, sino también la admisión, recepción y valoración de la prueba. Por lo demás, el Tribunal Constitucional se ha encargado de delimitar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba.

Al respecto, Oré (2016) sostiene que el derecho a la prueba, en tanto derecho fundamental, está conformada por dos vertientes: una objetiva y otra subjetiva, la primera supone: a) La necesidad de efectuar siempre una lectura amplia y flexible de las normas probatorias. b) Necesidad de realizar una interpretación restrictiva de los preceptos que limiten la eficacia del derecho a la prueba. c) La subsanabilidad de los defectos procesales en materia probatoria. d) Que el derecho a la prueba es irrenunciable; y, las manifestaciones concretas del derecho a la prueba desde la vertiente subjetiva son las siguientes: a) El

derecho a la admisión de la prueba. b) El derecho a la práctica de la prueba. c) Derecho a la valoración de la prueba.

De otro lado, Hernández (2012) señala que es posible sostener que el concepto de prueba puede entenderse desde los siguientes aspectos:

- **Objetivo.** - se considera prueba al medio que sirve para llevar al juez al conocimiento de los hechos, definiéndose la prueba como el instrumento o medio que se utiliza para lograr la certeza judicial. Luego entonces, la prueba abarcaría todas las actividades relativas a la búsqueda y obtención de las fuentes de prueba, así como la práctica de los diferentes medios de prueba a través de los cuales, las fuentes de las mismas se introducen en el proceso.

- **Subjetivo.** - en este ámbito se equipara la prueba al resultado que se obtiene de esta, dicho de otro modo al convencimiento o grado de convicción que se produce en la mente del juez, la prueba es el hecho mismo de la convicción judicial o del resultado de la actividad probatoria

- **Mixto.** - se combina el criterio objetivo de medio y el subjetivo de resultado, esta apreciación permite definir la prueba como el conjunto de motivos o razones que nos suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso que se deducen de los medios aportados.

Por su parte, desde las teorías de la argumentación jurídica, podemos destacar a Gascón (2003), quien distingue dos concepciones de la prueba, estas son la cognoscitivista y la persuasiva:

1.- Concepción cognoscitivista. Una primera epistemología es la que podríamos denominar objetivismo crítico: *objetivismo* porque entiende que la objetividad del conocimiento radica en su correspondencia o adecuación a un mundo independiente; *crítico* porque toma en serio las tesis sobre las limitaciones del conocimiento. O sea, se trata de una epistemología que mantiene que existen hechos independientes que podemos conocer, aunque el conocimiento alcanzado sea siempre imperfecto o relativo. La concepción de la prueba que deriva de esta epistemología es la *cognoscitivista*, que concibe la prueba como un *instrumento de conocimiento*, o sea, como actividad encaminada a conocer o averiguar la verdad sobre hechos controvertidos o litigiosos, pero al mismo tiempo como fuente de un conocimiento que es sólo probable.

2.- Concepción persuasiva. Una segunda epistemología es la *constructivista*, que entiende que la objetividad del conocimiento deriva de nuestros esquemas de pensamiento y juicios de valor; es decir, que la verdad de los enunciados está muy vinculada al contexto. En sentido estricto no cabe hablar de un “conocimiento objetivo”, o si se quiere, la verdad, entendida como correspondencia, carece de sentido. La adopción de una epistemología constructivista en el proceso de prueba se manifiesta en aquellas propuestas que postergan la averiguación de la verdad en favor de otras finalidades prácticas del proceso. Y es que, si el objetivo del proceso es dar una solución práctica al conflicto, no será necesario que la prueba se oriente a averiguar la verdad de los hechos litigiosos: bastará con obtener un resultado formal que sea operativo. Es más, podría

incluso pensarse que la comprobación de la verdad es un obstáculo para la rápida solución de la controversia. Estas propuestas alimentan una concepción *persuasiva* de la prueba que entiende que la finalidad de ésta es sólo persuadir con el objetivo de obtener una resolución favorable. Por ello, la prueba, en cuanto actividad consistente en comprobar la verdad de los enunciados fácticos es un sin sentido: ni siquiera puede discutirse si el conocimiento del juez es correcto o equivocado; simplemente está persuadido. Por lo demás, una concepción de este tipo es compatible con (y, más aún, implica) una concepción *irracional* de la valoración de la prueba. De un lado, porque la persuasión de un sujeto sobre algo es un estado psicológico y nada más; de otro, porque la persuasión podrá fundarse sobre cualquier cosa que haya influido en la formación de ese estado psicológico, y no necesariamente en la producción de pruebas.

2.2.6.1. Finalidad de la Prueba

Una prueba es un acto procesal que tiene por finalidad convencer al Juez de la verdad de la afirmación de un hecho. Por consiguiente, la prueba implica un hecho –más o menos verosímil- o un acto procesal concretado en un hecho (también en el caso de la presentación de un documento) que debe permitir conocer otro hecho. La mayor o menor verosimilitud del primer hecho proporcionará mayor o menor credibilidad al segundo hecho, de manera que éste existirá o no para la sentencia en función de aquél (López, 2012).

Para Rosas (2016), la finalidad de la prueba no es otro que persuadir o formar la convicción al Juez de que los hechos afirmados y que han sido controvertidos se

corresponden con la realidad. Coincide con Gimeno Sendra (2012), para quien la finalidad de la prueba consiste en formar la “íntima convicción” del tribunal acerca de la existencia o no del hecho punible y de la participación de su autor, con todas sus circunstancias, tal y como aconteció en la realidad histórica anterior al proceso. Mediante la asunción de esta función los actos de prueba se diferencian de los de “investigación” de la fase instructora. En tanto que tales actos, como hemos visto tienen por misión inmediata introducir los hechos en el procedimiento y contribuir a formar en el juez el juicio de probabilidad suficiente para disponer la imputación y adoptar las oportunas medidas cautelares y como mediata la de poder decidir acerca de la apertura del juicio oral, los actos de prueba, presuponen la entrada de los hechos y tienden a formar la certeza o evidencia suficiente para lograr la convicción del tribunal sobre la preexistencia de los hechos y participación en él del acusado.

En este sentido, casi todos los autores coinciden en señalar que la finalidad de la prueba radica en formar la “convicción” del tribunal o del juez, acerca de la existencia o no del hecho punible y, claro, en determinar la participación de su autor, por eso la importancia de que aquel juez o tribunal sea imparcial e independiente. Teniendo en cuenta que en todo proceso penal, lo que se discute son afirmaciones de los sujetos procesales, es decir argumentos de lo que habría ocurrido en la realidad empírica, desde esta perspectiva podemos decir que lo que se busca con la prueba es precisamente acreditar aquellas afirmaciones.

Entonces, podemos concluir que la finalidad de la prueba radica en:

- a. Averiguar la verdad de un hecho, o de aquello que se dice del hecho, esto si se tiene en cuenta que lo que es materia de debate, en un proceso penal, es buscar la certeza

de lo que ocurrió en el pasado, de un hecho fáctico no presenciado por el juez, quien más bien tiene que reconstruir su producción a partir de las pruebas que fueron ofrecidas por los sujetos procesales, admitidas y actuadas por éste.

- b. Formar la convicción judicial. La finalidad última de la prueba es precisamente lograr el convencimiento judicial de lo que se prometió probar, es decir lograr que el juzgador tenga certeza del hecho puesto en su conocimiento, materia de debate y contradictorio. Esto dependerá también de la capacidad persuasiva que tuvieron las partes al momento de actuar la prueba.

2.2.6.2. Objeto de la Prueba

El objeto de prueba es todo aquello susceptible de ser probado, y sobre lo que puede o debe recaer la actividad probatoria. El objeto de prueba se encuentra constituido por los mismos datos que integran el contenido de las alegaciones procesales lo que no significa que en todos los casos el objeto de prueba coincida con el objeto de la alegación. Y, es que puede ocurrir que el dato no alegado sea acreditado directamente durante la actuación probatoria, o que no se admita el objeto de la alegación por ser innecesaria la actuación de prueba cuando este, por ejemplo, recae sobre una norma jurídica vigente. Ahora bien, de la definición de “objeto de prueba” (como todo aquello que puede ser probado ante el órgano jurisdiccional) se desprenden dos teorías: la clásica o tradicional, que considera que los “hechos” son objeto de prueba; y la moderna, según la cual son objeto de prueba “las afirmaciones sobre los hechos” (Oré, 2016).

Agrega el autor que, el objeto de prueba en concreto, también denominado tema de prueba (*tema probandum*), hace referencia a aquellos hechos que necesitan ser probados en un determinado caso, es decir, en palabras de Florián, a aquellos hechos pertinentes y, además importantes y relevantes en función: 1. De la búsqueda de la verdad respecto de la imputación del delito y, de llegar a alcanzarla, 2. De la determinación del tratamiento que debe dársele al autor de ese delito de conformidad con la ley penal. En nuestro ordenamiento, el objeto de prueba en concreto está conformado por los hechos que se refieran a la imputación, a la punibilidad y a la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil, conforme lo ha prescrito el Código Procesal Penal de 2004 (art.156.1).

En similar sentido, Cubas (2003) alega *que* el objeto de la prueba es aquello susceptible de ser probado. La prueba debe o puede recaer en hechos o situaciones sobre la existencia del hecho delictuoso y su calificación, a la individualización de los autores, las circunstancias de la comisión del delito, su responsabilidad penal y su responsabilidad civil en el daño causado (cuando el agraviado se constituya en parte civil). Ejemplo: aquello que se investiga, sobre lo que dictamina un perito.

Respecto al objeto de la prueba en el proceso penal, Rosas (2016) considera que el objeto de la prueba es el “hecho imputado” a una persona. Por ejemplo, cuando se tiene la noticia de la muerte de una persona que ha sido ultimada por disparos de arma de fuego en varias partes del cuerpo y se tienen algunos elementos de juicio que el autor de este delito habría sido un amigo, entonces en la calificación que haga el fiscal provincial va a circunscribirse que el amigo sería el que mató. Lógicamente el denunciado y luego procesado va a negar o de pronto aceptar los cargos. Si negara los cargos va a contradecir lo expuesto por el

fiscal, donde este último tratará de probar que sí lo hizo, Si el objeto de la prueba son las afirmaciones alegadas por cada sujeto procesal, la investigación se circunscribirá a probar que el procesado fue el autor de la muerte.

Pero qué sucedería, si en el transcurso de la investigación, aparece un testigo señalando que la muerte fue ocasionada por dos personas, vale decir, por un amigo de la víctima, un primo de este último. Y el autor al verse descubierto aceptará que efectivamente fue él y su primo quienes mataron por un ajuste de cuenta”. Entonces, concluye el autor que, el objeto de la prueba no son las afirmaciones de los sujetos procesales, sino son los hechos imputados, es decir, tenemos que probar que hay o existe un evento delictivo (materialidad del delito), así también que existe o no la responsabilidad penal del imputado.

Esta posición no es unánime en la dogmática, pues autores como Neyra (2010) sostienen que, el objeto de la prueba no está constituido por hechos, sino por las afirmaciones que las partes realizan en torno a los hechos, un determinado acontecimiento puede o no haberse realizado de manera independiente al proceso, eso no es lo que se discute, sino las afirmaciones que respecto del hecho se hagan. Son objeto de prueba los hechos que se refieren a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito. Por otro lado, el artículo 156 de nuestro NCPP, establece cuáles no son objetos de prueba, estas excepciones impiden que un tema se convierta en objeto de prueba:

- a. Máximas de experiencia: se constituyen en el resultado obtenido como consecuencia del común modo de ser y obrar de las personas o cosas. Por ejemplo, por regla general

se admite que la esclavitud ha sido abolida. Así pues, una máxima de experiencia constituye una proposición, un juicio hipotético que tiene alcance de una generalidad de sucesos, que han sido captados empíricamente por la experiencia de las personas, y que para estas son verdaderas.

- b. Leyes Naturales: son manifestaciones propias de la naturaleza, susceptibles de ser aplicadas al hombre y a la sociedad y que por estar reconocidas de manera general no necesitan probarse, por ejemplo, que el agua hierve a 100 grados centígrados.
- c. Norma jurídica interna vigente: Se basa en la presunción que la ley es de conocimiento general, por lo tanto, su desconocimiento o su ignorancia no exime a nadie de su cumplimiento.
- d. La Cosa Juzgada: ello en respeto al *principio ne bis in idem* en virtud del cual el mismo objeto de prueba no puede volver a ser susceptible de prueba luego de haber recaído sobre él sentencia firme.
- e. Lo imposible: es lo no realizable por prohibición de la ley o de la lógica, debido a razones de orden público o por buenas costumbres. Por ejemplo. Probar que las computadoras piensan por sí mismas.
- f. Lo notorio: aquel que es de conocimiento de todos cuanto viven en determinado grupo social, en un lugar y tiempo determinado pues forman parte de su cultura y de su convivencia. Por ejemplo, la navidad es un día festivo.

Esta última posición teórica es coincidente con la tesis expuesta por Gimeno Sendra (2012), quien sostiene que la actividad probatoria no puede recaer sobre cualquier sospecha del hecho punible, sino **tan solo sobre los afirmados por las partes en los escritos de calificación provisional o de acusación**. Al tribunal, pues, no se le autoriza a introducir hechos distintos a los enunciados, debiendo decretar la suspensión del juicio

oral, si, con ocasión de la ejecución de algún medio de prueba, se introdujera nuevos hechos en el procedimiento, y ello con la finalidad de que pueda practicarse nueva instrucción y calificación sobre ese nuevo hecho.

2.2.6.3. Producción, Admisión y Actuación de la Prueba

En la dogmática se coincide en identificar tres momentos o periodos en que se concretiza la actividad probatoria.

Como parte de la actividad probatoria tanto el profesor Ore Guardia como Cubas Villanueva, coinciden en señalar que se distinguen tres momentos: la *proposición* o producción, la *recepción* y la *valoración de las pruebas*. El profesor San Martín Castro, agrupa los actos procesales en tres categorías: proposición, admisión y recepción (Rosas, 2016). Por su parte Cubas (2003), sostiene:

1. **Proposición o producción**, dirigida a que un medio de prueba sea realizado en el proceso. El Ministerio Público y las partes formulan ante el Juez una solicitud para que se disponga la aceptación y recepción de un medio de prueba. Desde el momento que una prueba es ofrecida, deja de pertenecer a la parte que la propuso y pasa a formar parte del proceso, por el llamado principio de la comunidad de la prueba. Así, la defensa puede fundar sus alegatos en una prueba ofrecida por el representante del Ministerio Público.

2. Recepción, Dirigida a que el elemento de prueba ingrese en el proceso. La recepción ocurre cuando se lleva a cabo el medio de prueba, de esta manera el dato probatorio que resulte de la realización del medio de prueba es conocido y se incorpora al proceso.

3. Valoración, es la operación intelectual o mental que realiza el Juez destinada a establecer el mérito o valor –eficacia conviccional– de los elementos de prueba actuados en el proceso. El maestro Florencio Mixán Mass sostiene que la valoración de la prueba, como una condición del debido proceso, requiere que, “ese acto cognoscitivo sea integral, metódico, libre, razonado e imparcial; que refleje independencia de criterio al servicio de la solución justa del caso. Además de la ciencia, de la experiencia, de la independencia de criterio, debe constituir un ingrediente especial el conocimiento adicional (la vivencia) adquirida por el Juzgador”.

Para Gimeno (2012), el procedimiento probatorio consta de tres fases claramente diferenciadas: la de proposición, la de admisión y la de ejecución de la prueba, y señala:

- a. La fase de **proposición** sucede con la redacción de los escritos de calificación provisional o de acusación y defensa en los que cada una de las partes, sin tener que solicitar la apertura del procedimiento a prueba, reflejarán los medios de prueba, cuya práctica en el juicio oral se pretende, adjuntarán las listas de testigos y peritos con determinación de su domicilio e indicarán si deben ser citados por el juez o tribunal o si, por el contrario, la parte proponente se encargará de su comparecencia en el

juicio, así como habrán de solicitar del juez o tribunal la práctica de los mandamiento o actos de auxilio judicial que se estimen necesarios.

- b. La fase de **admisión** se inicia con la recepción de los escritos de calificación por el magistrado ponente o por el juez penal y finaliza con la admisión o denegación de los distintos medios de prueba propuestos. En el procedimiento ante el Jurado dicha función corresponde al Magistrado-Presidente en el “auto de hechos justiciables” o en la resolución de las alegaciones previas al inicio de las sesiones del juicio oral. La admisión de los distintos medios de prueba queda condicionada a que el órgano de enjuiciamiento los repunte **pertinentes y necesarios**.

- c. La fase de **ejecución** o práctica de la prueba ha de efectuarse en el juicio oral. Declarada la publicidad (o secreto, en su caso) del juicio oral, el Presidente dispondrá que el acusado “se levante” le formulará las “preguntas generales de la ley” y, en su caso, le preguntará si se conforma con la petición más amplia de pena formulada. Si no existiere conformidad o no fuere procedente, se practicará bajo la *cross examination*, el interrogatorio del acusado, formulando, en primer lugar, las preguntas las partes acusadoras y posteriormente, la defensa; con el mismo régimen se practicará la prueba testifical y demás medios de prueba.

De la regulación procesal penal también podemos identificar *la producción y proposición de la prueba* como un primer momento, que está a cargo de los sujetos procesales, y se realiza desde la etapa de investigación preliminar, que como dijimos es una fase de la Investigación Preparatoria, *la admisión* como un segundo momento, que en la práctica procesal ha de tener lugar en la Etapa Intermedia, de manera

concreta en la audiencia única o denominada también “audiencia de control” y la *actuación y valoración* como un tercer momento, que se ha de poner de manifiesto en la etapa de juzgamiento.

Nota aparte merecen la denominada “pruebas preconstituidas” es decir aquellas que registran actos o hechos que son irrepetibles y generalmente es la Policía quien tiene a su cargo la producción de dicha prueba, pues son quienes se constituyen inmediatamente al escenario del delito y realizan actas, por ejemplo de constatación que por su naturaleza especial, no se puede volver a repetir.

La etapa de Investigación Preparatoria dirigida por el Ministerio Público, es la etapa donde se van a acopiar los elementos de prueba, que luego van a servir a los sujetos procesales para que en la etapa intermedia puedan ofrecerlo como medios de prueba, y será el tercero imparcial, es decir el Juez, quien tenga que admitir o no la prueba ofrecida.

Podemos concluir que, en el proceso penal común, en la primera etapa conocida como de Investigación –Diligencias Preliminares y de Investigación Preparatoria Formalizada- podemos hablar de indicios, elementos de prueba, elementos de convicción, es en la etapa de Juzgamiento donde aquellos se convertirán en prueba propiamente dicha, y la valoración estará a cargo del Juez.

2.2.6.4. Principios que Rigen la Producción, Admisión y Actuación de la Prueba

Para Oré (2016), los principios que rigen la aportación y la admisión de prueba son:

- **Principio de aportación de parte**

El principio de aportación de parte supone que el procedimiento probatorio inicia y se sustancia a instancia de las partes acusadoras o acusadas. En este sentido, el artículo 155 del CPP de 2004 prescribe que las pruebas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales.

- **Principio de libertad de prueba**

Este principio informa que los hechos pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por ley, siempre y cuando se respeten los límites intrínsecos de la prueba, tales como la utilidad, pertinencia y necesidad y, a su vez, los requisitos legalmente establecidos de acuerdo a cada medio de prueba en particular.

Este principio está prescrito en el artículo 157.1 del CPP de 2004, bajo el siguiente tenor: “Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo de los previstos, en lo posible”.

En lo penal, el principio de libertad probatoria trasciende a las reglas probatorias, establecidas en las leyes civiles, con excepción de las referidas al estado civil o de ciudadanía de las personas (art.157.2 del CPP de 2004).

- **Principio de pertinencia**

El principio de pertinencia exige que la prueba ofrecida debe mantener una relación lógica con el hecho a probar.

De ahí que la prueba será pertinente cuando el medio se refiere directamente al hecho que conforma el objeto del proceso; mientras que será impertinente cuando no existe vinculación entre el objeto de prueba y el objeto del proceso, en razón de no poder inferirse de aquella ninguna referencia, directa o indirecta, respecto del hecho principal o secundario.

Así, por ejemplo, en el caso de un delito de robo será pertinente el testimonio ofrecido para acreditar que el acusado amenazó con un arma blanca, e impertinente para acreditar la opción sexual de la víctima.

- **Principio de conducencia**

Este principio, también denominado “principio de idoneidad” hace referencia a la aptitud que debe tener el medio de prueba para ser utilizado durante el juicio; es decir, a aquellas condiciones definidas por la ley para que la prueba ofrecida sea admitida.

El Tribunal Constitucional ha sostenido al respecto que un medio de prueba será inconducente o no idóneo cuando se encuentre prohibido en una determinada vía procedimental (inconducencia por la forma) o prohibido para verificar un determinado hecho (inconducencia por el objeto). Así, una prueba será “conducente por la forma” cuando, por ejemplo, la ley establece que los miembros del cuerpo diplomático o consular testificarán mediante informe escrito (art. 168 CPP de 2004), de modo que será inconducente toda solicitud destinada a que estos concurren personalmente a prestar declaración al juicio.

En el otro extremo, una prueba será “conducente por el objeto” cuando, por ejemplo, la declaración que se le solicite al testigo se encuentre dentro del ámbito del secreto profesional (art. 165.2 a CPP de 2004), no atente el derecho de proscripción de la autoincriminación (art.481.1 CPP de 2004), o no afecte el derecho a la integridad psicológica del agraviado menor de catorce años de edad (art. 182.3 CPP de 2004)

- **Principio de utilidad**

El principio de utilidad informa que la prueba debe ser relevante para descubrir el hecho principal o secundario, que conforma el objeto del proceso.

Con “relevancia” nos referimos a la contribución que toda prueba ofrece al juzgador para conocer los hechos que son objeto de prueba, descubrir la verdad o alcanzar la probabilidad o certeza. Con ello nos referimos al principio de utilidad en su acepción restrictiva.

En consecuencia, no es posible determinar la relevancia de la prueba durante el ofrecimiento del medio de prueba, sino luego de su valoración en el juicio. En ello radica su diferencia respecto de los principios de conducencia y pertinencia, ya que mientras estos se aprecian a priori, en función a la afirmación probatoria postulada por los sujetos procesales; la utilidad se evidencia a posteriori, en función de los elementos probatorios que la prueba produce durante su práctica.

No obstante ello, el Código Procesal Penal de 2004 ha previsto que el acto probatorio ofrecido por los sujetos procesales, además de ser pertinente y conducente, debe ser útil (art.352.5.b), con lo cual, a diferencia de lo expuesto, en estas líneas, en la citada disposición se plantea la posibilidad de que la utilidad de la prueba pueda ser determinada a priori, sin necesidad de una actuación ni valoración probatorias. Lo prescrito en tal disposición, en cualquier caso, debe ser tomado en su sentido más genérico, es decir, vinculándolo con los supuestos de sobreabundancia probatoria. A ello apunta el artículo 155.2 del CPP de 2004, al prescribir que el juez solo podrá excluir, además de las pruebas que no sean pertinentes o estén prohibidas por la ley, aquellas que resulten manifiestamente sobreabundantes

- **Principio de licitud**

Este principio implica que tanto el ofrecimiento, la admisión, la actuación y la valoración de la prueba deben desarrollarse en orden a lo establecido por la ley sin que ello signifique adoptar el sistema de prueba tasada. La legalidad se invoca de

manera muy especial, cuando en la actividad probatoria se producen transgresiones al orden jurídico o violaciones a los derechos de las personas.

La legalidad probatoria no solo guarda relación con el cumplimiento estricto de las reglas contenidas en la ley para dar inicio y continuidad a la actividad probatoria, sino también con la prohibición para admitir pruebas ilícitas o prohibidas. De ahí que el artículo VII.1 del CPP de 2004 prescriba lo siguiente: “Todo medio de prueba será valorado solo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo” y, a su vez, el artículo 159.1. del mismo cuerpo normativo, establezca que el “(...) juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de las personas”.

El Código de Procedimientos Penales no ha reconocido expresamente el principio de licitud de la prueba, lo que no implica desconocer su vigencia dentro de dicho cuerpo normativo, pues, en cualquier caso, dicho principio, al igual de lo que sucede con cualquier de los aquí desarrollados, se desprende del marco constitucional vigente en materia procesal penal y, además, del desarrollo jurisprudencial.

- **Principio de formalidad**

El principio de formalidad de la prueba, también llamado de legitimidad de la prueba, informa que esta debe ser llevada al proceso con los requisitos procesales exigidos por la ley, así como también se utilicen los medios moralmente lícitos y por quien tenga legitimación para aducirla.

Este principio exige que la prueba esté acompañada de una serie de requisitos extrínsecos e intrínsecos. El primero se refiere a las circunstancias de tiempo, modo y lugar; mientras que el segundo contempla esencialmente la ausencia de vicios, tales como el error, dolo, violencia e inmoralidad en el medio mismo.

Así, el principio de formalidad de la prueba permitirá asegurar una doble garantía: de seguridad jurídica y de imparcialidad. Se ofrece seguridad jurídica porque solo a través de la regulación legal de las formas probatorias, el justiciable podrá anticipadamente saber cuáles son los actos que debe realizar para llegar al juez, procurar formar su convicción y obtener de él la tutela que le favorezca a sus intereses.

- **Principio de necesidad**

Recogiendo lo señalado por Talavera (2009), el autor señala que, el reconocimiento de este principio es consecuencia directa de la consagración del principio de presunción de inocencia, como valor constitucional que estructura el proceso penal.

Vale precisar que este principio, de amplios alcances dentro del marco del Código de Procedimientos Penales, es relativizado por la regulación de las convenciones probatorias en el texto del Código Procesal Penal de 2004, toda vez que, de acuerdo a dicho instituto, el juez penal formará su convicción sobre la base de los términos acordados por los sujetos procesales, sin necesidad de la correspondiente actuación probatoria.

La necesidad de un medio de prueba es una cualidad del mismo que no puede ser utilizada por el órgano jurisdiccional como criterio de admisión probatoria general. En principio no existe limitación en orden a su necesidad, en cuanto a los medios de prueba que las partes puedan proponer ni en el proceso penal ni en el proceso civil. Sin embargo, en determinados supuestos sí puede utilizarse dicho criterio. Son casos éstos en los que el medio de prueba se manifiesta claramente como innecesario o superfluo. Esto puede suceder cuando se propongan muchas pruebas con el mismo fin o cuando el medio de prueba ya se haya practicado antes (Talavera, 2009).

Respecto a los **principios que rigen la actuación probatoria**, los autores Oré (2016) y Talavera (2009) coinciden en sostener que los principios que rigen la actuación de la prueba son, en su mayoría los que sustentan el juicio oral. Es decir, principios de publicidad, contradicción, inmediación y concentración, de los que ya nos ocupamos cuando abordamos los principios que rigen el juicio oral.

El primero, señala que este grupo de principios constituye una serie de pautas que el juzgador debe **tener** presente al momento de tomar una decisión. De hecho, estos principios se instituirán como un método axiológico de amparo constitucional que – mediante su observancia permitirá la debida construcción formal de los hechos. Junto con estos principios, es posible observar otro de carácter estrictamente probatorio, tal como el de la comunidad o de adquisición.

- Principio de Comunidad o de adquisición

Por el principio de comunidad de la prueba o adquisición procesal, los sujetos procesales pueden sacar ventaja o provecho de un medio de prueba ofrecido o incorporado al proceso, independientemente de quien lo haya planteado.

En tal sentido, en el supuesto de que la parte que ofreció el medio de prueba para su actuación en el juicio oral y público se desista del mismo, el juez debe correr traslado de inmediato a las demás sujetos procesales para que convengan con el desistimiento o por el contrario, en base al aludido principio insistan en su actuación. Si ocurre esto último, el juez debe realizar todos los actos de ordenación para su debida y oportuna actuación en el juzgamiento; en caso contrario, debe darse lugar al desistimiento.

Cabe destacar que cuando la parte se desiste de una prueba, por la razón que estime pertinente para su estrategia procesal, no puede pretender introducir como prueba de su alegación un acto de investigación o declaración previa que no haya sido incorporado al juicio sin que las otras partes hubieran tenido oportunidad de contradicción efectiva. Se exceptúan los casos de fallecimiento o comprobado desconocimiento del paradero del órgano de prueba (Talavera, 2009).

2.2.6.5. Valoración de la Prueba

La valoración es el juicio de *aceptabilidad* (o de veracidad) de los resultados probatorios (es decir, de las hipótesis). Consiste, más precisamente, en evaluar la

veracidad de las pruebas (o sea, de las informaciones aportadas al proceso a través de los medios de prueba), así como en atribuir a las mismas un determinado valor o peso en la convicción del juzgador sobre los hechos que se juzgan. La valoración constituye pues el núcleo mismo del razonamiento probatorio; es decir, del razonamiento que conduce, a partir de esas informaciones, a una afirmación sobre hechos controvertidos (Gascón, 2003).

Para el profesor Nieva (2010) la valoración de la prueba es la actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso, y siguiendo a Devis Hechandía (2002) el mismo autor agrega: y que quede claro que en esa percepción queda incluido, como actividades conjuntas, tanto la extracción de esos resultados como el juicio racional del juez sobre dicha percepción, que es consustancial a la misma, y que es lo que tradicionalmente se ha definido como valoración de la prueba. Concluye sosteniendo, diferente de la valoración será la motivación, que será la puesta de manifiesto, normalmente por escrito, de esa percepción. Y en la misma es donde se ofrecen datos que, en ocasiones, irán más allá de esa valoración, porque el juez intentará con cierta frecuencia justificar su juicio con argumentos. En cualquier caso, el juez, si obra correctamente, dirá en la motivación solamente lo que sus sentidos le han hecho percibir, y en dicha actividad expresará todo su razonamiento.

Taruffo (2008), citado por Arbulú (2012), sostiene que la valoración de la prueba tiene por objeto establecer la conexión final entre los medios de prueba presentados y la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio.

El artículo 393.2 de Nuevo Código Procesal Penal establece que el juez para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego

conjuntamente con las demás, siempre bajo las reglas de la sana crítica. Entonces, la valoración queda satisfecha si aquella se produce no sólo analizándola individualmente sino también conjuntamente, es decir exige que el juez advierta todo el panorama o contexto global de la actuación de aquellas.

Respecto a la valoración, la dogmática, de forma unánime ha reconocido tres sistemas o métodos sobre la valoración de la prueba, estos son:

a. Sistema legal o de la prueba tasada

En este sistema, la ley procesal fija las condiciones que debe reunir la prueba para que esta sea idónea, estableciendo bajo qué condiciones el Juez debe darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia (aunque íntimamente no lo esté) o viceversa, señalando los casos en que no puede darse por convencido (aunque íntimamente lo esté). Esto es, la ley señala o establece por anticipado al Juez, el grado de eficacia que debe atribuirse a determinado medio probatorio, con lo que cada uno de ellos tendrá establecido de antemano, por ley, un determinado valor, en base al cual en el caso concreto el juzgador deberá valorarlo (Neyra, 2010) .

La Prueba legal o tasada, no es sino una prolongación de la prueba irracional o de ordalía, supone la existencia de ciertas reglas de valoración establecida en la ley que indican al juez cuándo (y en qué medida) debe dar un hecho por probado, con independencia de su convencimiento (Gascón, 2003).

Para Talavera (2009), en el sistema de prueba legal o tasada, es la ley la que establece o prefija, de modo general, la eficacia conviccional de cada prueba. Esto es, explicita la regla de experiencia conforme a la cual se establecerá la credibilidad de una prueba. En este sistema la ley señala las condiciones conforme a las cuales el juez debe darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia, y en qué casos no puede hacerlo.

Evidentemente este sistema formal de valoración de la prueba dista mucho de la finalidad de aquella, esto es de descubrir la verdad real, pues si la norma indicará u otorgará el valor a cada prueba, no resulta lógica que la valoración de la misma sea la más aproximada a la verdad, por tal razón casi ningún sistema procesal la adopta.

b. Sistema de íntima convicción

Este sistema de valoración tiene como principal sustento la presunción de que, en el fiel cumplimiento de sus deberes cívicos, el ciudadano convocado a integrar el jurado, habrá de decidir, no impulsado por los sentimiento y las pasiones, sino por la razón y la lógica, movido por el apetito de justicia, aun cuando puede hacerlo sin expresar los motivos y solo en base a la sinceridad de su conciencia. En ese sentido una base material para la íntima convicción es la implantación de los jurados, o conjunto de ciudadanos escogidos al azar para ejercer la facultad judicial de decisión en el proceso. Esto, determina en sí mismo una nueva estructura del proceso, en el que el juicio oral constituye una fase neurálgica del mismo, sometiendo a la investigación a ser una etapa de preparación para el juicio oral, de ahí que predominan la oralidad, inmediación y contradicción, ya que había que actuarse la prueba delante del jurado que era el órgano encargado de decidir,

y que por ello solo conocía lo que aprehendía de la contradicción de las partes en el juicio (Neyra, 2010).

Talavera (2009) sostiene que en el sistema de la libre convicción, el juez forma su convicción sobre la base de las pruebas, sin sujetarse a reglas jurídicas preestablecidas, y considera que en este sistema se reconocen dos formas de libre convicción: la íntima convicción y la libre convicción o sana crítica.

Respeto a la *íntima* convicción, señala que la ley no establece regla alguna para la apreciación de las pruebas. El juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando las pruebas según su leal saber y entender. A ésta debe agregársele otro característica, cual es la inexistencia de la obligación de fundamentar las decisiones judiciales. Si bien este sistema, propio de los jurados populares, tiene una ventaja sobre el de la prueba legítima –pues no ata la convicción del juez a formalidades preestablecidas (muchas veces ajenas a la verdad real)-, presenta como defecto evidente el hecho de no exigir la motivación del fallo, generando el peligro de cometer una arbitrariedad y, por ende, una injusticia.

c. Sistema de la sana crítica o libre convicción:

El sistema de la sana crítica implica una apreciación razonada, la valoración del magistrado en este sistema, debe ser efectuada de una manera razonada, crítica, basada en las reglas de la lógica, la psicología, la técnica, la ciencia, el derecho y las máximas de la experiencia aplicables al caso: de este modo, una valoración contraria a estas reglas será considerada una valoración defectuosa y la resolución nula, hay que tener en cuenta que este sistema no es una libertad para el absurdo o la arbitrariedad. Las características

fundamentales de este sistema son: la inexistencia de dogmas legales sobre la forma en que se deben probar los hechos y sobre el valor acreditante que debe otorgársele a cada prueba, de modo que el juez puede admitir cualquier medio de prueba que estime útil y pertinente para comprobar el objeto de conocimiento, lo que se traduce en una amplitud referida al principio de libertad probatoria. (Neyra, 2010).

El *sistema de la libre convicción o sana crítica*, al igual que el anterior, establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige a diferencia de lo que ocurre en aquél- que las conclusiones a las que se llega sea el fruto racional de las pruebas en que apoyen. Claro que si bien en este sistema el juez no tiene reglas que limiten sus posibilidades de convencerse, y goza de las más amplias facultades al respecto, su libertad encuentra un límite infranqueable: el respeto de las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano. La libre convicción se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el magistrado obtenga conclusiones sobre los hechos de la causa, valorando la prueba con total libertad, pero respetando al hacerlo los principios de la recta razón, es decir las normas de la lógica, la ciencia y la experiencia común. La otra característica de este sistema es la necesidad de motivar las resoluciones, o sea la obligación impuesta a los jueces de proporcionar las razones de su convencimiento, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a las que llega, así como los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas (Talavera, 2009).

Las características fundamentales de este sistema son: la inexistencia absoluta de dogmas legales sobre la forma en que se deben probar los hechos y sobre el valor acreditante que debe otorgársele a cada prueba, de modo que el juez puede admitir cualquier medio de prueba que estime pertinente para comprobar el objeto de

conocimiento. Pero ello no implica de ninguna manera un arbitrio absoluto del juzgador, pues fuera de aquella amplitud referida al principio de la libertad probatoria, se le impone su valoración conforme a los principios de la sana crítica racional, o sea que debe apreciar la prueba y fundar su decisión basándose no en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genuinos lineamientos que indica la psicología, la experiencia común y las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano (Jauchen, 2012).

Respecto a la valoración de las pruebas, el Código Procesal Penal, en el artículo 158, establece: “1. En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados. 2. En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, sólo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria...” y el artículo 393.3 prescribe: “1. El Juez Penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio. 2. El Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás. La valoración probatoria respetará las **reglas de la sana crítica**, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos...”; por lo tanto, podemos concluir que nuestro ordenamiento jurídico adopta el sistema de *la libre convicción o sana crítica* para la valoración de la prueba.

Talavera (2009), sostiene que los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos constituyen criterios racionales adecuados para que el juez forme su convicción sobre los hechos. Veamos:

- **Los principios o reglas de la lógica**

El primer grupo viene a estar conformado por las leyes o principios lógicos que informan la validez del juicio de valor finalmente expuesto en los autos. Estos principios nos van a permitir evaluar si el razonamiento, en tanto estructura discursiva, es formalmente correcto; es decir, si no ha violado alguna ley del pensar.

Los principios o reglas básicas de la lógica aplicables en el proceso son:

El principio de identidad: cuando en un juicio, el concepto-sujeto es idéntico total o parcialmente al concepto-predicado, el juicio es necesariamente verdadero.

El principio de contradicción: no se puede afirmar y negar respecto de algo una misma cosa al mismo tiempo. Según este principio “la misma cosa no puede ser y no ser a la vez” y bajo el mismo respecto; es decir, al mismo tiempo o en el mismo sentido.

El principio del tercero excluido: de dos juicios que se niegan, uno es necesariamente verdadero. Se sostiene la verdad de uno y la falsedad del otro enunciado opuesto

contradictoriamente, aunque sin precisar cuál de ellos es el verdadero y cuál el falso. Este principio es similar al de contradicción; enseña que entre dos proposiciones contradictorias, necesariamente una es verdadera y la otra es falsa, y que ambas no pueden ser verdaderas y falsas a la vez. Se afecta este principio, por citar un ejemplo, si se valora un medio probatorio que momentos antes fue declarado improcedente por ser manifiestamente impertinente (en efecto, al valorarlo se está reconociendo su pertinencia, a pesar de que momentos antes se dijo todo lo contrario); o cuando se dice que un testigo es idóneo para acreditar determinado hecho y acto seguido que no lo es.

El principio de razón suficiente: este es el principio de soldadura entre las reglas de la lógica y las reglas de la experiencia. La ley de la razón suficiente se formula así: para considerar que una proposición es completamente cierta, ha de ser demostrada; es decir, han de conocerse suficientes fundamentos en virtud de los cuales dicha proposición se tiene por verdadera.

El principio de verificabilidad o de razón suficiente permite controlar o verificar si la motivación de la decisión en general, y el juicio de valor emitido sobre los medios probatorios y el material fáctico en particular, están lo suficientemente fundados para que la motivación y la valoración se consideren correctas.

- **Las reglas o máximas de experiencia**

El grupo de las reglas de experiencia está conformado por el número de conclusiones extraídas de una serie de percepciones singulares pertenecientes a los más variados

campos del conocimiento humano (técnica, moral, ciencia, conocimientos comunes, etc.) consideradas por el juez como suficientes para asignar un cierto valor a los medios probatorios.

Son reglas contingentes, variables en el tiempo y en el espacio, y están encaminadas a argumentar el valor probatorio asignado a cada medio probatorio en particular, como primordialmente a su conjunto. Estas reglas, de otro lado, no pueden ser determinadas, por lo menos de una manera pretendidamente exhaustiva. Ello no tendría sentido puesto que, si bien es importante detectarlas, no olvidemos que es el juez quien libremente las escoge y determina, solo le exigiremos que sea lógico, prudente y sensible para optar, en el caso concreto, por las reglas o pautas que mejor satisfagan el descubrimiento de la verdad.

La máxima de experiencia es una regla general que se construye inductivamente según la experiencia relativa a determinados estados de cosas. Esta regla puede ser empleada por el juez como criterio para fundamentar sus razonamientos: siendo una regla general, le sirve al juez como premisa mayor de los silogismos en los que se articula su razonamiento.

- **Las reglas de la ciencia y conocimientos científicos**

Las exigencias de racionalidad, de controlabilidad y de justificación del razonamiento probatorio del juez, determinan que deba recurrir a la ciencia, o sea a conocimientos que se forman por fuera del Derecho y que se caracterizan por la

peculiar aceptabilidad debida al hecho de que resultan de las investigaciones y búsquedas de carácter científico.

En la cultura moderna, la referencia a los conocimientos científicos responde de modo particularmente eficaz a la necesidad de certeza que se manifiesta en muchos sectores de la experiencia individual y social.

Entre las reglas de la ciencia más conocidas se tienen las leyes de Newton (de la inercia, de la fuerza y de la acción y reacción), la ley de la gravitación universal, las leyes de la termodinámica (primera, conservación de la energía, segunda y tercera) o las leyes fundamentales de la química (ley de conservación de la masa, ley de las proporciones definidas, ley de las proporciones múltiples y ley de las proporciones recíprocas), entre muchas.

Es obvio que al valorar una prueba de balística forense, el juez deberá tomar en consideración la ley de acción y reacción, pues al efectuarse un disparo se produce siempre una reacción, lo que puede alterar el curso del proyectil.

2.2.6.6. La Prueba Nueva

Con la prueba nueva se hace referencia a la posibilidad que tienen los sujetos procesales o el propio juez para proponer medios de prueba de forma extemporánea-de ahí su carácter excepcional-, pues lo regular es que dicha proposición se realice durante la etapa intermedia. Así la proposición de nueva prueba puede realizarse durante el inicio del juicio oral, durante el debate o el procedimiento de apelación, siempre que los

elementos probatorios en torno a los cuales giran dichos medios probatorios no hayan sido conocidos sino hasta luego de la fase regular de postulación de pruebas (etapa intermedia) o que, en ciertos casos, como consecuencia del debate probatorio, sean necesarios para esclarecer las dudas derivadas del mismo o conocer mejor los hechos (Oré, 2016).

Al respecto Baytelman y Duce, citados por Oré (2016), consideran que el empleo de la “prueba nueva” puede tornarse peligroso para el derecho de defensa y la contrariedad si no es usada correctamente, Por ello “El tribunal deberá tener presente que estará ingresando una prueba respecto de la cual la defensa no tuvo tiempo de trabajar, investigar independientemente y asumir dentro de su modo de encarar el juicio”. De otro lado, “si los jueces no hacen fuertes exigencias de admisibilidad a esta prueba nueva entonces las partes –también la defensa- entenderán que no es necesario abrir todas sus cartas en la audiencia de preparación del juicio oral; podrán –y será muy conveniente- guardarse algunas para ingresarlas sorpresivamente como prueba nueva, minimizando la posibilidad de respuesta por parte de la contraparte”.

En nuestro proceso penal, una vez instalada la audiencia para la realización del juicio oral, el juez identifica al acusado y agraviado, acto seguido el Fiscal realiza el alegado de apertura, que contiene la acusación contra el imputado, en su orden, los abogados exponen sus pretensiones. Culminados los alegatos preliminares, el juez informa de sus derechos al acusado y le preguntará si admite se autor o partícipe del delito materia de acusación, momento en el cual se puede concluir anticipadamente el juicio.

De no producirse la conclusión anticipada, se dispondrá la continuación del juicio y según lo establecido por el artículo 373 del Código Procesal Penal, las partes (entiéndase, fiscal y abogados) podrán ofrecer nuevos medios de prueba; esta norma prescribe; “1. Culminado el trámite anterior, si se dispone la continuación del juicio, las partes pueden ofrecer nuevos medios de prueba. Sólo se admitirán aquellos que las partes han tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia de control de la acusación. 2. Excepcionalmente, las partes podrán reiterar el ofrecimiento de medios de prueba inadmitidos en la audiencia de control, para lo cual se requiere especial argumentación de las partes. El juez decidirá en ese mismo acto, previo traslado del pedido a las demás partes. 3. La resolución no es recurrible”.

Como regla general del NCPP, la introducción de medios de prueba se realiza en la etapa intermedia, en la estación del control de acusación (artículo 373); sin embargo, ya en juicio oral se permite que, concluida la fase de propuesta de conclusión anticipada del juicio oral y negativa de aceptar los cargos por parte del acusado, las partes puedan ofrecer nuevos medios de prueba; pero con el requisito de que se hayan conocido después de concluido el control de acusación. La parte que los ofrece debe acreditar ese hecho como un requisito de admisibilidad, sumándose a la pertinencia, conducencia y utilidad. El juez, si se cumple los referidos requisitos, puede darlos por admitidos para su actuación en juicio oral. Además, las partes tienen la posibilidad de que el juez del juicio oral reexamine la denegatoria de medios de prueba ofrecidos en la etapa intermedia, el requisito es que esta petición debe aparejar una especial argumentación, esto es, si se denegó por falta de pertinencia, la parte que los ofrece deberá convencer al juez por qué el medio de prueba sí es pertinente respecto al objeto de prueba. El juez podrá luego de

reexaminar admitir o no la petición del sujeto procesal que lo ha solicitado (Arbulu, 2012).

Rosas (2016) señala: se aprecia que aun cuando el ofrecimiento de pruebas ha precluido en la etapa intermedia, sin embargo, excepcionalmente se pueden continuar con el ofrecimiento de nuevas pruebas:

- a. Las que se hayan conocido luego de la audiencia de control de acusación, es decir que si el fiscal o la defensa se notificó posteriormente que existía una prueba documental que abone a su teoría del caso puede ofrecerla, la misma que se someterá a la contradicción.
- b. También puede volver a ofrecer aquel medio de prueba que no fue aprobado o admitido por el juez de la Investigación Preparatoria. Por ejemplo, la defensa ofreció a Juan como testigo de descargo, sin embargo, para el juez no satisfizo la utilidad de dicho medio de prueba. Pero se exige una especial argumentación en dicho ofrecimiento, de manera que el juez de juzgamiento considere necesario la admisión y posterior actuación.

El legislador ha querido ser muy amplio en el tema probatorio dejando al juez del juicio la posibilidad de evaluar la admisión de las pruebas que se actuarán ante él; sin embargo, este hecho, aun cuando su decisión sea inapelable, puede generar un nuevo debate entre las partes y posibilitar la dilación del juicio, sobre todo en casos complejos o donde no han sido admitidos un número significativo de medios probatorios. En todo caso, corresponderá al Juez –teniendo en cuenta lo resuelto por el juez de investigación

preparatoria sobre este punto – limitar los términos del debate y admitir sólo las que considere pertinentes (Sánchez, 2009).

Como podemos advertir, el ofrecimiento de nueva prueba es excepcional y bajo determinados supuestos. La oportunidad procesal para ofrecer la prueba, es como hemos señalado líneas arriba, en la audiencia preliminar. Al respecto, Jauchen (2012) sostiene que la audiencia preliminar es la oportunidad procesal perentoria para que cada parte ofrezca las pruebas que pretende se incorporen al juicio. Por ello, la omisión de hacerlo produce la caducidad de esta facultad, no pudiendo hacerlo con posterioridad, salvo el supuesto previsto de pruebas nuevas durante el juicio sobre cuya existencia no se haya tenido conocimiento anterior, o de pruebas cuya necesidad y pertinencia surjan del juicio mismo como, por ejemplo un careo, una inspección de lugares o personas.

2.2.6.7. La Prueba de Oficio

Respecto a la posibilidad de que se practique prueba de oficio en juicio oral, existen posiciones en contrario a nivel de la dogmática, hay quienes consideran que su práctica constituye un retroceso al sistema inquisitivo, y hay quienes consideran que su aceptación es más bien útil y necesario en el proceso penal debido a que la finalidad del proceso es precisamente buscar la verdad real y ese es precisamente el sustento de disponer prueba de oficio.

Nieva (2012) sostiene que la prueba que se practica en el juicio oral debe ser propuesta por las partes del proceso, a fin de que puedan ejercer debidamente su defensa. Sustraerlas

de este poder sería tanto como dejarlas inermes en el proceso, y nadie ha sugerido legítimamente que se materialice en un ordenamiento una posibilidad semejante. Ahora bien, **ello no debe quitar la posibilidad de que se practiquen medios de prueba a instancias del propio tribunal**, lo que parece inevitable en un proceso como el penal. Algunos autores han argumentado que esta posibilidad convierte al juez en inquisitivo, por la razón de que al proponer prueba se podría del lado de una de las partes. Sin embargo, ello no es así. Al margen del evidente error que supone confundir todo lo “oficial” con lo “inquisitivo”, debe decirse que el juez, al proponer la prueba, intenta simplemente esclarecer un hecho, sin saber cuál va a ser el resultado de la práctica de dicho medio de prueba, dado que, si lo supiera, la prueba realmente no tendría por qué practicarse. Además, debe tenerse en cuenta que, en un proceso como el penal, habida cuenta de los bienes jurídicos que están en juego, la actividad probatoria de las partes puede intentar alejarse tácticamente de la auténtica realidad de los hechos más que en ningún otro caso, en defensa de los intereses propios de cada parte. Esta humana actitud puede ser compensada a través de la actividad oficial del juez, precisamente por los bienes jurídicos que se debaten en el proceso penal, y que no son del exclusivo interés de las partes, a diferencia de lo que sucede en la mayoría de los procesos civiles.

Compartimos la posición del autor, pues la iniciativa probatoria del juez, no tiene por qué ser inquisitivo si se respeta la función que cada quien asume, es decir, si el juez investiga y juzga al mismo tiempo estaríamos frente a un modelo inquisitivo, pero si el juez estima, dada determinadas condiciones, es necesario la práctica de algún medio de prueba para formarse convicción, no convierte el proceso en uno de naturaleza inquisitiva, simplemente el juez cumple su función de descubrir la verdad.

Concluye, Nieva (2012) sosteniendo que lo que sí puede disponerse, a fin de que el modelo de juicio sea lo más adversarial posible, es que el juez solamente pueda realizar esta actividad una vez que haya sido propuesta y practica la prueba solicitada por las partes. En España existe esta posibilidad en el art. 729 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aun partiendo del principio de que la prueba que se practique será preponderantemente la que soliciten las partes. De hecho, el uso de esta facultad, criticada por la doctrina, es muy infrecuente. En Alemania es más amplia porque se parte de la obligación del juez de averiguar la verdad. En Italia, en cambio (art. 506 CPP), esta posibilidad es mucho más reducida, limitándose a sugerir objetos de prueba a las partes, o bien a formular preguntas a los sujetos interrogados.

Por su parte, el profesor peruano Talavera (2009) sostiene que la actividad probatoria de oficio se considera una excepción justificada al principio de aportación de parte. Si se atiende a una de las finalidades primordiales del proceso penal, como es el descubrimiento de la verdad (art 385.2 CPP), se comprende 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 oficio. Tanto más si de por medio se encuentra el interés público en la persecución penal, por lo que tomando en cuenta el principio de legalidad se justifica que el juez, en caso de que no se haya podido aclarar suficientemente los hechos, ordene la práctica de otras pruebas.

Agrega, la prueba de oficio ha sido objeto de crítica en la doctrina, afirmándose que vulneraría la imparcialidad judicial. Al respecto, debemos puntualizar que resulta ciertamente contradictorio proclamar, por un lado, la necesaria intervención del juez civil en la práctica de la prueba y, por otro lado, diseñar la figura de un órgano penal

absolutamente inactivo al amparo del mantenimiento de su debida imparcialidad. Respecto a la imparcialidad, debemos señalar que ésta no se ve afectada por la incorporación de prueba de oficio; la imparcialidad no debe ser confundida con la pasividad o absoluta neutralidad del juzgador; lo que se debe preservar es que no exista una sustitución de las partes. No se trata de una carga sino de una facultad de carácter complementario y que apunta a la realización de uno de los fines primordiales del proceso penal.

Se trata de una facultad que debe ejercer prudentemente y bajo la observancia de determinados requisitos; de manera tal que no podrá anularse ni casarse una sentencia porque el juez no ejerció la facultad o iniciativa de practicar prueba de oficio.

El autor establece cuatro requisitos que debe reunir la prueba de oficio, estos son:

En primer lugar, sostiene el autor, que debe tratarse de nueva prueba, es decir, de un medio de prueba que anteriormente no hubiera sido ofrecido por los sujetos procesales para su actuación en el juicio. Puede tratarse de prueba sobreviniente o no, no opera en este caso la restricción contemplada en el artículo 373.1, en razón de que como consecuencia de la actuación probatoria en juicio puede surgir la necesidad de llamar a testigos que antes no fueron considerados, por el hecho de haber sido mencionados en la audiencia como conocedores de algún hecho relevante o para contrastar la credibilidad de algún medio de prueba.

En segundo lugar, la facultad de ordenar la prueba de oficio solo puede ser ejercida por el juez una vez que los sujetos procesales hubieran ofrecido y practicado sus medios de prueba aportados en la fase intermedia o al inicio del juicio.

En tercer lugar, debe tratarse de nuevos medios de prueba manifiestamente útiles para esclarecer la verdad (art.385.2) La dinámica del juicio puede dar como resultado que muten o surjan hechos nuevos y relevantes para los fines de resolver y de hacer que aparezcan, por lo tanto, ulteriores medios de prueba útiles. Además, los medios de prueba que se decida practicar en el juicio deben ser pertinentes, conducentes y lícitos.

En cuarto lugar, mediante el ejercicio de la facultad o iniciativa de oficio, el juzgador no puede sustituir a los sujetos procesales; eso es, no puede ordenar la actuación de prueba directamente de cargo o de descargo, sino de prueba complementaria o prueba sobre la prueba. El nuevo Código Procesal Penal no otorga una facultad supletoria sino excepcional para ordenar la práctica de prueba de oficio. Prueba complementaria o prueba sobre la prueba, es aquella que persigue establecer la credibilidad o no de un órgano de prueba (testigo) o del contenido de un medio de prueba (testimonio).

Además de Talavera, en la dogmática nacional Sánchez (2009), considera que puede ser importante para conocer debidamente los hechos en el juicio oral la actuación de pruebas de oficio. Estas posibilidades de decisión propia del juez del juicio, si bien se aleja del sistema propiamente acusatorio (consecuentemente constituye un rezago del sistema anterior) permite al juzgador, excepcionalmente, decidir la realización de pruebas no pedidas por las partes. En tal sentido, se prevé que de oficio o a pedido de parte, el juzgador puede ordenar la realización de una inspección (técnico judicial) o una reconstrucción cuando no se haya realizado en la etapa de investigación preparatoria o cuando esta resultara manifiestamente insuficiente; para ello se requiere el previo debate de las partes. De otro lado, una vez culminada la actuación de la prueba y de manera

excepcional, el juez podrá, de oficio o a pedido de las partes disponer la actuación de nuevos medios probatorios si “en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad”. Lo que nos parece de suma importancia si se tiene en cuenta que el nuevo proceso penal no es uno de partes, sino bajo la dirección e intervención del juzgador, quien en este extremo cuidará de no reemplazar la actuación de las partes (art.385.2). Es necesario señalar que en este último caso la ley no exige del juez que previamente escuche a las partes, pudiendo pedir su opinión o tomar tal decisión sin ella. La ley agrega que la resolución que emita en ambos casos no es impugnabile.

Taruffo (2012) plantea que a partir de la difundida conciencia de que la sola actividad instructora de las partes no asegura en absoluto el descubrimiento de la verdad, se ha ido afianzando la tendencia a atribuir al juez un rol activo en la asunción de las pruebas que las partes no hayan aportado de su propia iniciativa, con la evidente finalidad de lograr que la verdad pueda ser determinada. Es oportuno, entonces analizar las principales técnicas normativas que se han utilizado con este fin.

La más difundida entre estas técnicas consiste en la atribución al juez de un poder de disponer de oficio la práctica de pruebas que considera relevantes para la determinación de los hechos pero que no han sido presentadas por las partes. La extensión de estos poderes varía según la amplitud y la intensidad del rol activo que se pretenda conferir al juez. Su extensión es máxima cuando el juez tiene el poder de disponer de oficio la adquisición de todos los medios de prueba legalmente admisibles, como prevé el art.10 del *Code de Procédure Civile français*. Es más reducida, en cambio, cuando se excluye que el juez pueda disponer de oficio la adquisición de cualquier medio de prueba, como ocurre en el caso de juez alemán, que no puede disponer la asunción de una prueba

testifical, pero sí puede disponer la adquisición de cualquier otra prueba, o en el caso del juez italiano, que no tiene un poder de instrucción de alcance general (salvo en el proceso del trabajo), pero que cuenta con el poder de ordenar la adquisición de varios medios de prueba específicamente previstos por ley. Esta técnica normativa es típica de los ordenamientos del *civil law* pero no está presente sólo en estos ordenamientos: se debe recordar que también las *Federal Rules of Evidence* estadounidenses atribuyen al juez relevantes poderes de iniciativa probatoria, aunque los jueces americanos tiendan a darles una muy limitada aplicación, para evitar interferir en la actividad de las partes.

Otra técnica muy difundida, que también puede combinarse con la primera, consiste en atribuir al juez el poder de requerir a los sujetos procesales que presenten las pruebas que el juez considera relevantes y que aquéllas no han aportado. Es lo que puede hacer el juez alemán con respecto a la prueba testifical: no podrá disponerla de oficio, pero puede fácilmente inducir a los sujetos procesales a proponer a los testigos que considere oportuno escuchar. Un poder análogo se confiere también al juez inglés, al que las *Civil Procedure Rules de 1998* atribuyeron un rol mucho más activo que antes, y que puede inducir de varias formas a los sujetos procesales a completar sus iniciativas instructoras. La ley de Enjuiciamiento Civil española del año 2000 no ha seguido la tendencia general de los ordenamientos europeos en el sentido de extender los poderes probatorios del juez, e incluso los ha reducido, eliminando las *diligencias para mejor proveer* previstas por el Código Procesal de 1881, que permitían al juez, una vez practicadas las pruebas presentadas por los sujetos procesales, disponer de oficio la adquisición de otros medios de prueba que fueran útiles para la decisión. Con todo también el juez español tiene, en virtud del art. 429.1 de la ley actual, el poder de requerir a los sujetos procesales que

aporten otras pruebas necesarias para la determinación de los hechos, cuando considere que sus iniciativas probatorias han sido insuficientes.

Estos ejemplos muestran, dice el autor, que más allá de las diferentes técnicas utilizadas en cada caso, que diversos legisladores procesales han advertido la necesidad de hacer que la determinación de los hechos sobre la base de las pruebas deje de ser un asunto privado de los sujetos procesales y deje de depender exclusivamente de sus iniciativas y de sus elecciones tácticas. En otras palabras, esos legisladores han advertido la exigencia de dar a la actividad del juez una orientación marcadamente epistémica, confiándole los poderes necesarios para la búsqueda de la verdad. Sin embargo, esto no significa que se haya producido una conversión general de todos los ordenamientos en el sentido de atribuir al juez una función inquisitiva y lesiva de los derechos y de las garantías que corresponden a los sujetos procesales. Se debe subrayar, en efecto, que los poderes que se confieren al juez se configuran como accesorios y complementarios respecto a las iniciativas probatorias de los sujetos procesales. Si, como a menudo ocurre, las partes ejercen cabalmente su derecho a la prueba y aportan todas las pruebas disponibles respecto a los hechos de la causa, el juez no tendrá ocasión de ejercer sus poderes y, por consiguiente, se mantendrá legítimamente pasivo. Sólo en el caso de que descubra (a partir de los materiales del proceso, no por su “conocimiento privado”) que existe una prueba relevante que no ha sido presentada por las partes, entonces el juez puede (y probablemente *debe*) disponer de oficio la asunción de esa prueba o requerir a las partes que la aporten. En ningún caso se prevé que el juez se transforme en un inquisidor en el que se concentren todos los poderes de instrucción y de descubrimiento de la verdad, comprimiendo o incluso anulando los poderes probatorios de las partes. En realidad, su rol es bastante más modesto y razonable, y consiste en comprobar si las partes han

aportado todos los datos cognoscitivos disponibles para determinar la verdad de los hechos y en asumir un papel activo si es que eso no ha ocurrido.

Hay dos cuestiones que ameritan al menos una sintética consideración, señala el autor. La primera cuestión ha sido planteada ya desde hace tiempo por los teóricos del principio dispositivo, y suscrita a partir de la tesis según la cual la atribución al juez de poderes de instrucción violaría este principio y, sobre todo, reduciría la imparcialidad del juez y su independencia de juicio. En relación con el primer punto, es posible observar que el problema está mal planteado, **ya que la disponibilidad de las pruebas pertenece a la dimensión epistémica del procedimiento**, esto es, a la técnica del proceso, y no al principio dispositivo en sentido estricto. De esto existen confirmaciones históricas, en la medida que, contrariamente a lo que muchos creen, la regla según la cual el juez debe juzgar *secundum alligata et probata* no hacía referencia al monopolio de las partes sobre las pruebas. Por otra parte, la experiencia de los ordenamientos que –como se ha visto poco antes- han extendido los poderes probatorios del juez demuestra que esto no ha afectado de ninguna manera la actuación del principio dispositivo.

El segundo punto se funda en una premisa que desde el punto de vista epistemológico resulta más bien curiosa, según la cual el juez, al disponer de oficio la adquisición de un medio de prueba, manifestaría parcialidad en favor de una parte, de modo que tampoco estarían entonces en condiciones de valorar objetivamente y de forma neutral el resultado de esa prueba. Si esto fuera cierto y, a menos que consideremos al juez como una especie de *minus habens*, entonces se tendría que considerar que un historiador que decidiera estudiar ciertos documentos o que un biólogo que decidiera realizar un cierto experimento perderían, por esta única razón, su equilibrio mental y dejarían de estar en condiciones de

valorar objetivamente los resultados de sus investigaciones. Si como parece evidente, esto no es así, entonces no se entiende por qué razón un juez que dispusiera la razón dejaría de estar en condiciones de interpretar correctamente el contenido de ese documento o de valorar racionalmente la credibilidad de ese testigo. Esta concepción se funda en nociones psicológicas, por decir lo menos, “ingenuas” y, sobre todo, carentes de fundamentos según las cuales quien intenta obtener informaciones sobre un hecho pierde inmediatamente la capacidad de valorar correctamente el contenido y la fiabilidad de las informaciones que adquiere. Esta idea no sólo es extremadamente superficial, sino que no toma en cuenta los estudios que desde hace tiempo se han venido realizando sobre la psicología de la decisión y sobre los criterios y modelos que ayudan a racionalizar las decisiones y también, por consiguiente, a controlar los errores en los que el decisor podría incurrir, aun los que pudieran deberse a la parcialidad en la valoración.

En todo caso parece evidente que el remedio para estos peligros (en realidad más temidos que reales) no consiste en privar al juez de todo poder de instrucción, sino en someter a controles adecuados el ejercicio de estos poderes. Es aquí donde se vuelve esencial la garantía de los derechos de las partes, y donde el principio del contradictorio cumple una relevante función epistémica, constituyéndose en una técnica esencial de control racional sobre el uso que el juez hace de sus poderes. En otras palabras, concluye el autor- en necesario que las partes estén en condiciones de controlar la relevancia y la admisibilidad de las pruebas que el juez dispone de oficio en el ejercicio de esos poderes, que estén en condiciones de aportar pruebas contrarias o diferentes respecto de las dispuestas por el juez, y que tengan por último la posibilidad de discutir el resultado y el valor de estas pruebas. La solución correcta del problema parece residir, por tanto, en la vigencia

integral de la garantía del contradictorio, más que en la anulación de los poderes probatorios del juez.

Este pensamiento crítico para admitir la prueba de oficio, en casos excepcionales, evitando que aquello se convierta en una regla, con el propósito de averiguar la verdad limitando actuaciones arbitrarias es precisamente el ideal que, entendemos, buscaba nuestra legislación procesal; sin embargo, su incorrecta regulación ha generado un abuso de esta facultad judicial.

En opiniones contrarias, por ejemplo el planteamiento del profesor Jauchen (2012), realiza un análisis de la prueba de oficio en la legislación argentina y plantea lo siguiente: Puede suceder que, *durante el curso del debate*, a raíz de información obtenida se tome conocimiento de la existencia de algún medio de prueba no conocido hasta el momento y que resulte manifiestamente pertinente a los fines del esclarecimiento del delito en juzgamiento. Según alguna opinión la parte que alegue el desconocimiento de la existencia de tal prueba debe acreditar ese extremo. No compartimos este último criterio, debido a que poner en la cabeza de una de las partes, que tiene interés en introducir una prueba, sobre la cual recién ha tomado conocimiento durante el desarrollo del juicio oral, la carga de acreditar que antes la desconocía, importa una prueba negativa, lo que resultaría un compromiso diabólico casi imposible de acreditación, siendo un principio de la teoría general del proceso que no se puede exigir la acreditación de una prueba negativa a la parte que pretende su introducción sino, inversamente, que la parte que tiene interés en que dicha prueba nueva no se incorpore debe acreditar que quien la propone ha tenido conocimiento con anterioridad y no obstante omitió ofrecerla.

El otro supuesto de prueba nueva es que, a raíz de lo que haya surgido del debate resulte indispensable la incorporación de otro medio probatorio a fin de acreditar la impugnación de la veracidad, autenticidad o integridad de una prueba producida, y aquélla no se hubiere ofrecido oportunamente, pero siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad por la parte interesada en rendirla.

Agrega el mismo autor que en el sistema acusatorio no puede el juez o tribunal ordenar de oficio la incorporación de nuevas pruebas. En efecto, sólo las partes podrán solicitar la producción de nuevas pruebas las que, en caso de oposición, serán admitidas cuando se alegare fundadamente que antes se las desconocía. Adviértase que esta legislación es acertada en tanto no exige a la parte acreditar su desconocimiento anterior, sino sólo “alegar fundadamente”, esto es, con explicaciones plausibles, que hasta ese momento se ignoraba la existencia de tal prueba. A la parte que pretenda lo contrario le incumbe la carga de acreditar que aquélla tenía efectivo conocimiento anterior. La prohibición de que el tribunal pueda incorporar pruebas de oficio debe ser total, por ello no comparto el criterio de quienes aún bajo los digestos modernos admiten la posibilidad de que pueda hacerlo excepcionalmente sin comprometer su neutralidad.

Concluye sosteniendo que el concepto de “nueva prueba” no puede ser utilizado abusivamente ni de manera entorpecedora. Vale entonces aquí poner énfasis en que constituye una excepción restrictiva a la perentoriedad del plazo de ofrecimiento probatorio, en consecuencia, debe ser cautelosa y prudentemente meritado tanto el ofrecimiento como la admisibilidad de las mismas. Este derecho puede ejercerse no sólo hasta que el presidente dé por cerrado el debate; o sea, hasta que con posterioridad a los alegatos finales con las eventuales réplicas incluidas y sin que ninguno de los sujetos

procesales tenga nada más que agregar, el juez o presidente del tribunal resuelva cerrar el debate. La denegación del tribunal a incorporar pruebas nuevas ofrecidas por los sujetos procesales, es una resolución susceptible de reposición por el proponente y de reserva de casación, siendo impugnabile la sentencia por vía de casación cuando resulte arbitraria en razón de haberse denegado la incorporación de una prueba nueva que es dirimente para la decisión del objeto del proceso.

El profesor Lopez Barja (2012) plantea la tesis de que, en base al principio acusatorio la proposición y la producción de las pruebas deben quedar en manos de las partes. Por el contrario, bajo la vigencia del principio inquisitivo es el investigador o, si nos encontramos en fase de juicio, el juzgador es el que busca las pruebas y organiza su práctica, interviniendo en ellas de forma activa. Y, al hacer referencia a la legislación procesal española, sostiene que el enjuiciamiento penal de Ley de Enjuiciamiento Criminal se encuentra regido por el principio inquisitivo en la instrucción y por el principio acusatorio durante el juicio oral; no obstante, también en esta fase existen escapes al principio inquisitivo. Así por ejemplo, en relación con los medios de prueba, concretamente con la testifical, el art. 728 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím) señala que “no podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas”; claramente se respeta el principio acusatorio.

Sin embargo, seguidamente el art. 729 LECrím exceptúa diversos supuestos y, entre ellos, en el núm. 2 se refiere a “las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación”; esta excepción responde claramente

al principio inquisitivo. Concluye el autor señalando que, conviene recordar que cualquier manifestación del principio inquisitivo debe estar excluida de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, el cual necesariamente ha de regirse por el principio acusatorio.

Como vemos, en la dogmática procesal, un sector se opone radicalmente a la actuación de prueba de oficio o a la posibilidad de que el juez tenga iniciativa probatoria, pues existe múltiples objeciones al respecto, dirigidas al cuestionamiento de la pérdida de la imparcialidad o a la subjetividad al momento de valorar la prueba, pues se correría el riesgo de que el juez otorgue mayor valor a la prueba que ha sido actuada por su iniciativa. Este sector que se opone a la actuación de la prueba de oficio, considera que debe existir, por parte del juez “pasividad probatoria”, pues la carga de probar la tienen los sujetos procesales. Al respecto, Giacomete (2010), señala que pensar que el juez del juicio oral se caracteriza por una “pasividad probatoria” es olvidar la posibilidad que él tiene de ordenar pruebas con amplísimas facultades en su práctica, hasta el extremo, *verbi gratia*, de admitir o rechazar un medio probatorio. Adicionalmente la fase del juicio oral se erige en la etapa principal y pieza clave del modelo acusatorio, a la vez que es el espacio natural de la práctica de la prueba bajo los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción, los cuales se constituyen en auténticas garantías constitucionales integrantes del derecho al debido proceso.

A la luz de estas posiciones dogmáticas respecto a la *prueba de oficio* podemos ahora analizar la regulación normativa de esta prueba, en el proceso penal vigente en nuestro país:

Regulación normativa actual de la Prueba de Oficio.

Nuestra regulación actual en el artículo 385.2 CPP establece: *2. 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 en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El Juez Penal cuidará de no remplazar por este medio la actuación propia de las partes.* Como se ha sostenido, en este dispositivo legal se pueden identificar tres requisitos o si se quiere “condiciones” que debe tener la prueba de oficio: La excepcionalidad, la utilidad y la necesidad (entendida como “indispensable”). Abordaremos cada una de estas exigencias:

- **La excepcionalidad**, es un principio que regula la prueba de oficio, y que establece que únicamente ha de aplicarse esta norma cuando se presenten circunstancias que justifiquen la necesidad de su actuación; dicho de otro modo, si el juez no recurre a su aplicación no podría formarse convicción respecto a la realidad del hecho o la responsabilidad del acusado. Esto quiere decir que la prueba de oficio no puede ni debe aplicarse, utilizado, o invocado en todos los procesos penales, de lo contrario esta excepcionalidad se convertirá en una regla y esa práctica sin duda, afectará la naturaleza de la prueba de oficio.
- **El carácter indispensable y la utilidad**, la regulación actual establece como requisito para su aplicación, que estos nuevos medios probatorios tienen que ser **indispensables o útiles** para esclarecer la verdad. Cuando la norma establece que *“si en el curso del debate resulta indispensable o manifiestamente útil, la*

actuación de una prueba”, utiliza las expresiones “indispensable” o “útil” como adjetivos inclusivos, es decir se podría ocurrir que la necesidad de actuar prueba de oficio sea solamente indispensable y no útil, o que sea indispensable y útil al mismo tiempo.

Dada la ambigüedad del lenguaje, es preciso señalar que cuando se hace referencia a la “utilidad”, estamos hablando de uno de los principios de la prueba (principio de utilidad) al que nos hemos referido al abordar los principios que rigen la producción, admisión y actuación de la prueba, y que como señala Talavera (2009) la utilidad debe ser definida como aquella cualidad del medio de prueba que hace que éste sea adecuado para probar un hecho; es decir, debe ser relevante para descubrir los hechos que son materia de controversia.

En esta línea interpretativa, se advierte que el legislador cuando señala que esta prueba debe ser “indispensable o manifiestamente útil”, no pretendió expresarlos como sinónimos, a pesar de haber considerado la disyunción “o”, pues queda claro que el adjetivo “indispensable” según la RALE significa “que no se puede dispensar o que es necesario”, y en el contexto de la prueba penal tenemos al **principio de necesidad**, que como sostiene Talavera (2009) la necesidad de un medio de prueba es una cualidad del mismo que no puede ser utilizada por el órgano jurisdiccional como criterio de admisión probatoria general. En principio, no existe limitación en orden a su necesidad, en cuanto a los medios de prueba que las partes puedan proponer, ni en el proceso penal ni en el proceso civil. Sin embargo, en determinados supuestos sí puede utilizarse dicho criterio. Son casos éstos en los que el medio de prueba se manifiesta claramente como innecesario o

superfluo. Esto puede suceder cuando se propongan muchas pruebas con el mismo fin o cuando el medio de prueba ya se haya practicado antes.

En este entender, consideramos que estas características de la prueba de oficio en la regulación legal actual, si bien marcan cierta limitación para su admisión y actuación, resultan siendo exigencias muy amplias o generales, situación que permite poner en riesgo que “cualquier prueba” pueda ser admitida para su actuación al finalizar el proceso penal, con la lógica consecuencia de atentar los principios de contradicción e imparcialidad que rigen el proceso penal, máxime si la norma no exige que la decisión de admitir dicha prueba sea motivada, y peor aún, dicha decisión es irrecurrible por mandato de la ley.

Este riesgo de admitir prueba “indispensable o útil”, **sin mayores exigencias** pone en riesgo el principio de imparcialidad, puesto que, como sostiene Bacigalupo (2005) la imparcialidad del tribunal constituye una garantía esencial del debido proceso, materializada sustancialmente en una distancia legalmente determinada entre los jueces y las partes. Esta distancia se debe considerar según un criterio regulador establecido en la jurisprudencia del TEDH, es decir, la imagen de un tribunal imparcial propia de una sociedad democrática.

En procura de lograr un debido proceso, en los términos expuestos por el mismo autor; es decir, un proceso con todas las garantías, aquel que se ajusta a los principios de oficialidad (persecución penal por parte del Estado), al principio acusatorio, al de legalidad (que tolera ciertas excepciones basadas en el principio de oportunidad) al de oralidad, al de inmediación, al de libre valoración de la prueba y al “in dubio pro reo”, es que advertimos la necesidad de dotar a la regulación actual de otras condiciones que

permitan aspirar a un proceso penal donde este principio será realmente puesto de manifiesto.

2.3. Marco Conceptual (Palabras Clave)

1. DELITO

Tradicionalmente el delito ha sido definido como la acción u omisión penada por la ley. Esta definición puramente formal figura frecuentemente en los antiguos códigos penales. La moderna doctrina penal ha elaborado una noción compleja del delito.

El delito es, en consecuencia, toda lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos prevista en una norma jurídico penal, no justificada por alguna circunstancia particular e imputable, como acto culpable, al autor, quien se hace merecedor de una pena (Hurtado, 2016).

2. JUICIO ORAL

El Artículo 356 del Código Procesal Penal señala que el juicio es la etapa “principal” del proceso. Bajo tal apreciación lo correcto sería calificarla como “estelar” (no simbólica) y no tanto como “principal”, ya que, en sí, todas las etapas del proceso revisten importancia, de tal modo que, por ejemplo no habría juicio si la acusación no superara el filtro de la etapa intermedia y no habría acusación sin una adecuada investigación preparatoria. Es por ello que el mismo código establece que el juicio oral se realiza sobre la base de la acusación (Salas, 2011).

3. JUEZ

En términos amplios y muy generales, el vocablo alude a quien se confiere autoridad para emitir un juicio fundado, resolver alguna duda o decidir una cuestión. En sentido estrictamente jurídico, juez es el órgano instituido por una comunidad jurídica con potestad para juzgar y sentenciar un litigio, un conjunto de intereses sometido a su decisión. Etimológicamente provienen de las voces latinas “jus” (derecho) y “dex” (deriva de la expresión “vin-dex”, (vindicador), de ahí que juez equivalga a vindicador del derecho, el juez es, por lo tanto, la persona que tiene a su cargo juzgar (Masías, 2005).

4. PROCESO

Conocido más comúnmente como juicio, pleito, litigio o causa. El vocablo proceso (*processus de procedere*) significa avanzar, marchar hasta un fin determinado, no de una sola vez, sino a través de sucesivos momentos.

Monroy Gálvez (como se cita en Alfaro, 2006) define el proceso judicial como el conjunto dialéctico de actos, ejecutados con sujeción a determinadas reglas más o menos rígidas, realizados durante el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado por distintos sujetos que se relacionan entre sí con intereses idénticos, diferentes o contradictorios, pero vinculados intrínsecamente por fines privados y públicos.

5. PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

Este principio consiste en que el juez dirija todos los actos del proceso, tratando de eliminar la delegación de actos procesales en auxiliares, cuyo resultado es de mucha importancia, con la precisión de que si no cumplierse producirá la nulidad insalvable. Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegable bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión (Alfaro, 2006).

6. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS

Un proceso entre partes no debe admitir la supremacía de una parte (que es la acusación pública) frente a las demás. Cuando ambas partes se encuentran al mismo nivel, tienen las mismas oportunidades, tienen las mismas noticias respecto al proceso, pueden utilizar los mismos medios de prueba, etc., nos encontramos con un sistema regido por el principio de igualdad de armas (López, 2012).

7. PRUEBA

Demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho. Cabal refutación de una falsedad. Comprobación, persuasión o convencimiento que se origina en otro, y especialmente en el juez o en quien haya de resolver sobre lo dudoso o discutido. Razón, argumento, declaración, documento u otro medio para patentizar la verdad o la falsedad de algo (Cabanellas, 2000). Por su parte, Ossorio (como señala Masías, 2005) sostiene que es el conjunto de actuaciones que dentro de un juicio, cualquiera sea su índole, se encaminan a demostrar la verdad o la falsedad

de los hechos aducidos por cada una de las partes, en defensa de sus respectivas pretensiones litigiosas.

8. MEDIO DE PRUEBA

El medio de prueba constituye el canal o el conducto a través del cual se incorpora el elemento de prueba al proceso penal. Es, en palabras de CLARIA OLMEDO, el procedimiento establecido por ley para el ingreso del elemento de prueba en el proceso. Son los “vehículos” de los que se sirvan las partes para introducir en el proceso las fuentes de prueba (Neyra, 2010).

2.4. Antecedentes Empíricos de la Investigación

2.4.1. Antecedentes Internacionales

Antecedente 1º

Un antecedente de la investigación a desarrollar lo constituye la tesis titulada *La prueba de oficio en el procedimiento penal en Colombia*. Sus autores son Janeth Alicia Casanova Escobar, Carlos Hernando Peñafiel Arévalo, Julián Trujillo Lemos, Edgar Antonio Villamarín Solarte, quienes presentaron dicha investigación en la Fundación Universitaria Católica del Norte en el año 2014, para obtener la Especialización en Derecho Probatorio Penal

La tesis concluye que:

- i.** La Prohibición de la prueba de oficio encuentra sustento en los siguientes postulados desprendidos de la jurisprudencia:
 - Una postura previa al juicio oral asumida por el juez de conocimiento acerca de la proyección de la acción penal, la responsabilidad del imputado, la tipicidad del hecho, la materialidad fáctica del mismo o la intervención del investigado en el hecho afecta de manera significativa la posición de neutralidad y equilibrio que debe mantener el juez dentro del modelo adversarial.
 - En el sistema colombiano, el Ministerio Público es un interviniente *sui generis* que también puede abogar por los derechos de todos, incluidas las víctimas en dicha etapa, sin sustituir ni al Fiscal ni a la defensa.
- ii.** El inciso 4 del artículo 357 determina: “Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por estos, que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica.
- iii.** La justificación de la pasividad probatoria del juez de conocimiento encuentra respaldo constitucional desde la perspectiva de la neutralidad judicial y la igualdad de armas entre las partes en el sistema penal acusatorio; no tiene sustento alguno pretender aplicar esa misma tesis en la etapa procesal en la que no existen partes, ni controversia de pruebas, ni debate en torno a la validez y eficacia de la prueba dirigida a demostrar supuestos abiertamente contradictorios. Luego, es fácil concluir que la prohibición acusada no se aplica en el ejercicio de las funciones propias del juez de control de garantías, sino únicamente ante el juez de conocimiento y en estos términos la norma acusada se ajusta a la Constitución.

- iv. En estas circunstancias, si el acusado se presume inocente y la carga de la prueba de la veracidad de los cargos imputados, más allá de la duda razonable, recae sobre el fiscal, es lógico entender que al juez no le corresponde interrumpir el juicio para llevar a cabo una nueva investigación o mejorar los elementos de convicción de la condena, por lo que debe aplicar el principio del *in dubio pro reo* y absolver al sindicado. Dicho de otro modo, la limitación del intervencionismo judicial en materia probatoria en la etapa de juzgamiento supone una garantía, en especial para el acusado. Por estas razones, es lógico concluir que la prohibición a los jueces de decretar pruebas dirigidas a investigar la veracidad de las acusaciones de la Fiscalía desarrolla el principio de imparcialidad judicial garantizado en la Constitución.
- v. De igual manera, el Artículo 234 de la ley 600 se refiere a la facultad que se le daba al juez para decretar pruebas de oficio, siendo esta suprimida con el nuevo sistema, siendo lo más adecuado atendiendo al principio dispositivo en materia probatoria, ya que el juez no puede convertirse en un suplente del fiscal, quien es en últimas en quien recae la carga de la prueba en un sistema propio acusatorio, ni tampoco del defensor, aunado también en la aplicación del principio de separación de roles que caracteriza este sistema penal.

Como podemos advertir, en esta investigación el planteamiento es en contra de la utilización de la prueba de oficio pues se sostiene que ello afectaría la imparcialidad judicial, ya que la labor probatoria le corresponde al fiscal y en caso de que no se haya ofrecido o incorporado al proceso la prueba de cargo que permita determinar la responsabilidad del imputado, no puede el juez sustituirse en la labor investigativa y determinar la actuación de alguna prueba orientada a dicho fin, porque el sistema

acusatorio se inspira en la separación de roles y en ese entender al juez solo le corresponde juzgar como un tercero imparcial. En este planteamiento no se analiza aspectos importantes como ¿Cuál es la finalidad del proceso penal? ¿La actuación de la prueba de oficio tiene como finalidad favorecer a alguno de los sujetos procesales?, pues como analizamos en la presente investigación, cuando el juez dispone una prueba de oficio, no es (no debe ser), con el propósito de favorecer a alguna de los sujetos procesales, sino descubrir la verdad para tomar una decisión correcta. En la presente investigación, se analiza, entre otros aspectos ¿Por qué la prueba de oficio no afecta el principio de imparcialidad judicial?, expresando argumentos razonables derivados de un análisis de la práctica procesal actual, que permite inferir la constitucionalidad de la prueba de oficio, respetando ciertos criterios jurídicos.

Antecedente 2º

Este antecedente de la investigación a desarrollar lo constituye la tesis que lleva como título *Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal*. Su autor es Julio Cesar Cordón Aguilar, quien presentó dicha investigación en la Universidad de Salamanca-España, el año 2011 para optar el grado de Doctor en Derecho. El autor arriba a las siguientes conclusiones:

- i. La prueba configura una institución de singular relevancia en el Derecho procesal, pues únicamente sobre su base, es decir, tan solo con fundamento en los datos y motivos que de ella se deriven, puede el juez alcanzar el convencimiento acerca de la exactitud o no de los enunciados fácticos afirmados o negados por las partes al formular sus pretensiones, de manera que si tales enunciados se subsumen en la

abstracta regulación contenida en la norma jurídica, puede aquel proveer una solución justa, en aplicación del Derecho, al conflicto sometido a su conocimiento.

- ii.** En el caso específico del proceso penal, la actividad probatoria que se desarrolle ha de dirigirse a formar en el juez el convencimiento acerca de la destrucción del estado de inocencia que rige a favor del acusado, pues este, por disposición constitucional, se presume inocente del ilícito que se le atribuya, correspondiendo a la parte acusadora demostrar que ha concurrido los elementos objetivos y subjetivos contenidos en el tipo penal de que se trate, así como la efectiva participación de aquél en su consumación, cuestiones concretas que necesariamente deben constatarse para la emisión de un fallo de condena por parte del órgano jurisdiccional.
- iii.** Las facultades conferidas al juez por el ordenamiento procesal para disponer de oficio la práctica de diligencias de prueba deben ser asumidas con suma cautela a fin de no perjudicar la imparcialidad que ha de informar su función. Así, el ejercicio de tales facultades habrá de dirigirlo al único objeto, de aclarar alguna situación relevante para la causa, procediendo el juzgador con sujeción a los datos ya existentes en el proceso y sin alterar los enunciados fácticos introducidos en este por las partes, a las que habrá de garantizárseles el ejercicio de sus derechos, y, de manera especial, la oportunidad de proponer la prueba pertinente para contradecir la que haya sido diligenciada oficiosamente.

El objeto de esta investigación fue el análisis de una garantía constitucional como lo es la presunción de inocencia en el proceso penal, que guarda íntima relación con la actuación probatoria, en la que se analizó la institución de la prueba de oficio, concluyendo que se debe hacer uso de esta con suma cautela, cuidando de no afectar

la imparcialidad judicial. Se concluye que la prueba de oficio debe servir para aclarar una situación relevante para la causa y sometida a contradictorio. Este último aspecto ha sido recogido y analizado en la presente investigación, ya que la importancia del contradictorio para fines de la actuación de la prueba de oficio constituye una garantía procesal. Ahora bien, respecto a la *relevancia para la causa*, no es otra cosa que la *pertinencia* de la prueba que constituye requisito de admisión de la prueba en general, no obstante en aquel trabajo de investigación no se hace un análisis de otras condiciones necesarias para su actuación ni de la naturaleza de la decisión judicial para admitirla o denegarla.

2.4.2. Antecedentes Nacionales

Antecedente 1°

El primer antecedente nacional de la investigación a desarrollar lo constituye la tesis que lleva como título *Deficiencias en la labor fiscal y judicial en las distintas etapas del actual proceso penal*, cuya autora es Gisel Vanesa Andía Torres, quien presentó dicha investigación en la Pontificia Universidad Católica del Perú en el año 2012 (Andía, 2012) para obtener el grado académico de Magister. En dicho estudio, la autora arriba a las siguientes conclusiones:

- i. Se ha determinado que el Juez de Investigación Preparatoria realizó un inadecuado control de admisión de medios de prueba, ya que pese a que los existentes en dicha oportunidad no eran suficientes para acreditar la comisión del delito, permitió que se inicie el juicio oral.

- ii. Se advirtieron deficiencias en la labor de los Jueces Penales Unipersonales de Juzgamiento durante el juicio oral, pues no realizaron una valoración individual de los medios de prueba, y en la valoración conjunta no consideraron la totalidad de los que formaron parte del debate probatorio.
- iii. Se ha advertido que pese a haber surgido la necesidad de actuar algunas pruebas, no incorporadas al debate probatorio por las partes, que hubiesen servido para esclarecer los hechos, los Jueces Penales Unipersonales no hicieron uso de la facultad que les concede la ley para incorporarlas de oficio al juicio oral.

En esta investigación la autora centra su atención en la valoración de la prueba actuada en juicio y advierte además que a pesar de existir la institución procesal de la prueba de oficio, que permite al juez determinar la actuación de alguna prueba (no incorporada por las partes), los jueces no hacen uso de dicho poder para incorporar alguna prueba que ayuda a resolver el caso. Como podemos advertir, este análisis es tangencial y genérico pues la investigadora no analiza y mucho menos responde cuestionamientos como si aquella facultad del juzgador es adecuada o no lo es, ¿qué implicancias constitucionales tiene?, ¿qué criterios se viene adoptando para determinar la prueba de oficio o qué criterios se deberían adoptar?, etc., aspectos que sí han sido analizados en la presente investigación.

Antecedente 2°

Este antecedente de la investigación a desarrollar lo constituye la tesis que lleva como título *La Admisión de Pruebas de Oficio en el Sistema Penal Acusatorio Garantista*

y la Vulneración del Principio de Imparcialidad del Juzgador e Igualdad de las Partes establecidas en la Constitución, cuyo autor es Fredy Challco Gamero, quien presentó dicha investigación en la Universidad Nacional del Altiplano en el año 2014 (Challco, 2014) para obtener el grado académico de Magister. Las conclusiones a las que el autor arriba, son las siguientes:

- i.** Los juzgadores al admitir pruebas de oficio, vulneran el sistema procesal penal acusatorio garantista adversativo, cuando este sistema prohíbe su admisión. El sentenciador sólo practica las pruebas presentadas por las partes, la admisión de pruebas de oficio vulnera derechos fundamentales como: a) de imparcialidad, b) división de funciones y e) igualdad de las partes; aspectos estos que son entendidos como aristas del debido proceso; en tanto que la Constitución Política y el nuevo sistema procesal penal establecen lo contrario; Ello significa que para que exista una verdadera imparcialidad debe tener plena vigencia y acatamiento "el brocardo iuxta allegata et probata, es decir, que el juez no investiga hechos ni practica pruebas que no han sido ofrecidas por las partes".
- ii.** El juez de juzgamiento al ofrecer pruebas de oficio lesiona derechos de las partes quienes intervienen en desigualdad de condiciones; generando la pérdida de la imparcialidad del órgano decisor. La existencia de la prueba de oficio definitivamente desnaturaliza el principio de división de roles que debe imperar en el proceso penal acusatorio. La igualdad de armas entre el acusador y la defensa constituye fundamento sustancial de su estructura y efectividad.
- iii.** Los casi cuatro siglos de vigencia del sistema inquisitivo aún se encuentra en el subconsciente de los jueces, y esto también contribuye a que los magistrados sigan actuando pruebas de oficio.

En este trabajo de investigación, el autor analiza desde una perspectiva constitucional, si la Prueba de Oficio puede admitirse en un sistema Acusatorio, concluyendo que su admisión vulnera principios constitucionales como la Tutela Jurisdiccional, que admite varias aristas: Debido Proceso, Juez Imparcial y Natural, Respeto por los derechos fundamentales del Procesado. Sostiene además que la Prueba de oficio afecta la igualdad de partes, y la división de funciones que caracteriza al sistema Acusatorio; por tanto, existe la necesidad de erradicar la práctica de la prueba de oficio en un sistema garantista. Como se verá en la presente investigación se ha de analizar que la prueba de oficio, como institución procesal no afecta principios Constitucionales, pero sí lo hace la regulación legal vigente.

Antecedente 3°

Un tercer antecedente de la presente investigación, viene a ser la tesis intitulada *¿El modelo de juez penal previsto en la Constitución Política del Perú de 1993 admite la prueba de oficio en el modelo adversarial?*, cuyo autor es Luis Ricardo Castro Mujica quien presentó dicha investigación en la Pontificia Universidad Católica del Perú en el año 2019 (Castro, 2019) para obtener el grado académico de Magister. En aquella investigación, el autor llega a las siguientes conclusiones:

- i. La prueba de oficio no guarda correspondencia con el modelo constitucional vigente, por cuanto su actuación vulnera principios y garantías constitucionales del proceso, entre otros: la igualdad procesal, imparcialidad, presunción de

inocencia, igualdad de armas. La prueba oficiosa quebranta las bases del principio acusatorio y aplicarla como instrumento para encontrar la verdad contradice los fundamentos del sistema en referencia.

- ii.** Los principios recogidos en el Título Preliminar del Código Procesal Penal tienen prevalencia sobre cualquier las demás normas que el mismo Código establece y, ante la contrariedad de la prueba de oficio con los principios constitucionales y con las disposiciones establecidas en el Título Preliminar, se debe preferir a éstas últimas, y no recurrir a la prueba de oficio.
- iii.** El sistema puede ser ajustado a fin de ampliar los supuestos de admisión de la prueba a ser discutida en juicio, a fin de que se minimice la posibilidad de que el juez recurra a la prueba de oficio, sin tener que afectar la búsqueda de la verdad.

El autor plantea que la prueba de oficio vulnera principios constitucionales como la imparcialidad y la igualdad de partes, pues con dicha facultad se pretende favorecer a alguno de los sujetos procesales; sin embargo, concluye sosteniendo que este sistema puede ser ajustado a fin de minimizar la facultad del juez para recurrir a la prueba de oficio, es decir, no se niega su aplicación absoluta, sino admite su aplicación con algunas limitaciones. En esta lógica del autor de dicha investigación, nuestro objeto de estudio se circunscribe precisamente a aquellas limitaciones o “ajustes” para admitir la prueba de oficio, nosotros le hemos llamado “condiciones” que debe cumplir esta prueba para su admisión y actuación en juicio oral.

Antecedente 4° (Pleno Jurisdiccional Nacional)

Un cuarto antecedente de la presente investigación lo constituye el debate y conclusiones del Pleno Jurisdiccional Nacional Penal 2008 realizado en la ciudad de Lima, el 21 de junio del año 2008, con presencia de los jueces superiores de las diferentes sedes de las Cortes Superiores de Justicia de nuestro país (Ancash, Amazonas, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cañete, Callao, Cajamarca, Cusco, Huancavelica, Huánuco, Huaura, Ica, Junín, Lambayeque, La Libertad, Lima, Lima Norte, Loreto, Madre de Dios, Moquegua, Pasco, Puno, Piura, Del Santa, San Martín, Tacna, Tumbes y Ucayali). Luego del debate plenario se pudieron extraer las siguientes posiciones:

Primera Posición: Sí es admisible la actuación de prueba de oficio bajo los principios de excepcionalidad, subsidiariedad, complementariedad (prueba por prueba) sobre los hechos propuestos materia de debate y deben ser sometidos a contradicción.

Segunda Posición: No es admisible la actuación de prueba de oficio.

Acto seguido la señora Presidenta de la Comisión invitó a los señores Vocales Superiores participantes a emitir su voto respecto a cada una de las posiciones antes descritas, siendo el resultado el siguiente:

- Por la Primera posición: Total 70 votos
- Por la Segunda posición: Total 03 votos
- Abstenciones: 00 votos

Es decir, se acordó, como resultado del Pleno, admitir la actuación de la prueba de oficio bajo los principios de excepcionalidad, subsidiariedad, complementariedad (prueba por prueba) sobre los hechos materia de debate.

2.4.3. Antecedentes Locales

No se encontraron trabajos relacionados a la presente investigación en ninguna de las Universidades, Bibliotecas o Centros de investigación de nuestra ciudad.

2.5. Regulación de la Prueba de Oficio en la Legislación Comparada

Colombia

El Código de Procedimientos Penales Colombiano, en su artículo 361 consagra: “Prohibición de Pruebas de Oficio. En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio”.

La Corte Constitucional Colombiana, ha declarado este artículo EXEQUIBLE, es decir acorde a la constitución, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-396-07 de 23 de mayo de 2007, señalando, en la parte considerativa, lo siguiente: "A juicio de esta Sala, la prohibición contenida en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal no es absoluta, en tanto que los jueces de control de garantías sí pueden decretar y practicar pruebas de oficio en casos en los que sea indispensable para garantizar la eficacia de los derechos que son objeto de control judicial."... "Así las cosas, la simple ubicación de la norma demandada en el sistema jurídico procesal penal permitiría concluir que el

intervencionismo probatorio está prohibido, en forma categórica, solamente para el juez de conocimiento, quien tiene a su cargo la dirección y manejo del debate probatorio entre las partes y, no para el juez de control de garantías; sin embargo, la interpretación teleológica de la norma también conduce a la misma conclusión”.

Chile

El artículo 336 del Código Procesal Penal Chileno, regula la Prueba no solicitada oportunamente, prescribiendo que “A petición de alguna de las partes, el Tribunal podrá ordenar la recepción de pruebas que ella no hubiere ofrecido oportunamente, cuando justificare no haber sabido de su existencia, sino hasta ese momento.

Si con ocasión de la rendición de una prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad”.

Esta regulación permite al juez autorizar la presentación de nuevas pruebas, siempre que estén dirigida a determinar la veracidad, autenticidad o integridad de otra prueba actuada en juicio.

Argentina

El artículo 388 de Ley 23984 de 1991, dispone que “*si en el curso del debate se tuviera conocimiento de nuevos medios de prueba manifiestamente útiles, o se hicieren*

indispensables otros ya conocidos, el tribunal podrá ordenar, aún de oficio, la recepción de ellos". El Código Procesal Penal Argentino le pone como título a la referida norma "Nueva Prueba", y los límites para su admisión y actuación se concreta en la utilidad y pertinencia.

Italia

El artículo 507 del Código Procesal Penal Italiano de 1988, dispone que "terminada la práctica de pruebas, si fuere absolutamente necesario, el juez puede disponer, aún de oficio, la práctica de nuevos medios de prueba". Como podemos advertir, condiciona la actuación de la prueba de oficio a la "necesidad" de actuación de la nueva prueba, sin establecer mayores condiciones para su actuación.

Venezuela

El Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela prescribe, en su artículo 360, que "excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevos, que requieren su esclarecimiento, El tribunal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes". Condiciona la actuación de prueba, al surgimiento de hechos o circunstancias nuevas que requieran esclarecimiento, es decir la necesidad de actuar una prueba surge de la propia audiencia de juzgamiento, con lo cual de alguna forma se limita la actuación de una prueba, pues si el hecho que ha de esclarecer no surgió en juicio no será admisible su ofrecimiento.

España

La Ley de Enjuiciamiento Criminal en España, prescribe:

Artículo 728. “No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas”.

Artículo 729. “Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior: 75 1º. Los careos de los testigos entre sí o con los procesados o entre éstos, que el Presidente acuerde de oficio, o a propuesta de cualquiera de las partes. 2º. Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación. 3º. Las diligencias de prueba de cualquiera clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles”.

III. HIPÓTESIS Y CATEGORÍAS

3.1. Hipótesis de Trabajo

Existen razones, jurídicas y fácticas que justifican establecer determinadas condiciones que debe cumplir la prueba de oficio para su admisión y actuación en la etapa de juzgamiento del proceso penal, para garantizar la eficacia del derecho a la prueba.

3.2. Categorías de Estudio

Categorías de estudio	Subcategorías
Categoría 1º: Prueba de oficio	<ul style="list-style-type: none">- Definición- Oportunidad para su actuación- La Prueba de Oficio y la Imparcialidad Judicial- Carácter Excepcional de la prueba de oficio
Categoría 2º: Etapa de juzgamiento en el Proceso Penal	<ul style="list-style-type: none">- La etapa de Juzgamiento en el modelo Acusatorio.- Estructura del Juicio Oral- Sujetos procesales que intervienen en el juicio oral- El rol del juez en el juicio oral

Fuente: Elaboración propia

IV. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

4.1. Diseño Metodológico

Enfoque de investigación	Cualitativo: puesto que el estudio se basó en el análisis y la interpretación del objeto de estudio y no en mediciones estadísticas probabilísticas.
Tipo de investigación jurídica	Dogmático Jurídico Propositivo: se realizó el análisis de una realidad jurídica para establecer argumentos que justifiquen la elaboración de una propuesta legislativa.

V. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

5.1. Criterios que se vienen adoptando para la Admisión y Actuación de la Prueba de Oficio en la Etapa de Juzgamiento en los Procesos Penales en el Perú

En nuestro país, la prueba de oficio es llamada también prueba *extraordinaria* o prueba excepcional, y la falta de técnica en su regulación jurídica (artículo 385 del CPP) ha generado confusión no sólo en su denominación sino también en su aplicación.

Una parte de la judicatura considera que esta norma procesal regula dos tipos de prueba:

1) La prueba excepcional o extraordinaria, cuando se trata de prueba solicitada por las partes (fiscal o abogados) y 2) La prueba de oficio cuando se trata de prueba dispuesta *motu proprio* o a iniciativa del juez; y, otro sector, considera que nos encontramos frente a una *prueba de oficio* en cualquiera de los supuestos mencionados.

Nosotros, llamaremos *prueba de oficio* tanto a la prueba cuya actuación es dispuesta *motu proprio* por el juez, como a la dispuesta por éste a solicitud de parte, pues aun cuando la iniciativa de actuar determinada prueba derive de las partes, la decisión de su actuación dependerá de la voluntad del juzgador. Lo que debe quedar claro es que se trata de prueba actuada al finalizar el debate probatorio, es decir, después de haberse actuado la prueba admitida y sometida a control en la etapa intermedia. Esta prueba debe ser excepcional, es decir extraordinario – más adelante volveremos en lo referente a la *excepcionalidad*.

Señalamos en los capítulos anteriores que una finalidad de la prueba y del proceso penal, es precisamente la averiguación de la verdad, es decir de aquello que en el mundo fáctico ocurrió realmente, y en ese propósito es que se justifica la actuación de la prueba de oficio o prueba nueva excepcional, en la “última fase” del juicio oral, cuando todos los medios de prueba se han actuado. Esta situación es la que privilegia a éste tipo de prueba, pues se trata de prueba que se actuará para finalizar el juicio oral, y claro está, estratégicamente es la prueba que muchas veces genera mayor impacto en el juzgador, más aún si es éste quien decide su actuación. En este escenario procesal es preciso destacar los criterios que se vienen adoptando para su actuación, citando previamente su regulación jurídica actual:

Actualmente el Código Procesal Penal, en el artículo 385 establece que: “1. Si para conocer los hechos, siempre que sea posible, que no se haya realizado dicha diligencia en la investigación preparatoria o ésta resultara manifiestamente insuficiente, 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. 2. 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 en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El Juez Penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes...”.

Resulta necesario destacar que el código ha titulado esta norma como “Otros medios de prueba y prueba de oficio” y en su descripción, en el numeral 1) permite la actuación de la inspección o reconstrucción, ya sea porque alguna de las partes lo pide, o por decisión

del propio juez, siempre que *no se haya realizado dicha diligencia o que habiéndose realizado resulte insuficiente* (entiéndase que estas pruebas serían los “otros medios de prueba”). Nótese que la norma no establece el momento en que se puede hacer esta petición, con lo cual se deja abierta la posibilidad de que se realice durante la actuación de la prueba ofrecida.

En el numeral 2), que constituye el núcleo de nuestra investigación, se permite la actuación de oficio o a pedido de parte de *cualquier otro medio de prueba*, indispensable o útil para esclarecer la verdad. Su justificación normativa dice: *si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad*.

Existen posiciones discrepantes respecto a la regulación de la prueba de oficio en nuestro modelo procesal penal, pues un sector de la judicatura considera que la prueba de oficio dentro de un modelo acusatorio no debe tener cabida y su aceptación supone un retroceso al sistema inquisitivo ya que deja al arbitrio del juez la actuación de la prueba; con lo cual estaría inclinando la balanza hacia una de las partes perdiendo imparcialidad y sustituyéndose en la labor del Ministerio Público o los abogados, a quienes les asiste el deber de la carga de la prueba y que además tuvieron la oportunidad suficiente de hacer efectivo su *derecho a probar* ejerciendo su defensa; y, en contrapartida otro sector, considera que en aras del esclarecimiento de la verdad de los hechos, se debe admitir la posibilidad de que el juez de oficio, es decir *motu proprio*, o a pedido de las partes pueda disponer la admisión y actuación de prueba nueva.

Frente a estas dos corrientes, considero, como lo hace un gran sector de la judicatura peruana que la existencia y regulación de la prueba de oficio en nuestro proceso penal sí encuentra respaldo jurídico y fáctico, y así se ha señalado por ejemplo en el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal 2008 realizado en la ciudad de Lima, el 21 de junio del año 2008, en el que se acordó por mayoría, considerar admisible la incorporación y actuación de la prueba de oficio por parte del juzgador, pues se sustenta en la exigencia de la búsqueda de la verdad en el proceso penal.

Más allá de los planteamientos teóricos que hemos abordado en el capítulo anterior, en la práctica judicial los criterios que se vienen adoptando para la actuación de la prueba de oficio son los siguientes:

a. **El Juez pregunta a las partes si existe solicitud de actuación de prueba de oficio.**- en la mayoría de los casos, al concluir la actividad probatoria, la iniciativa de actuar prueba de oficio surge del Órgano Jurisdiccional, pues, concluida la actividad probatoria de lo admitido en el auto de enjuiciamiento, los jueces preguntan a las partes si existe petición de alguna prueba extraordinaria, conforme a lo previsto en el artículo 385 del CPP, dando la oportunidad de que las partes soliciten la actuación de alguna “nueva prueba”; en otros casos, finalizada la actividad probatoria las partes (fiscal y/o abogado) invocando dicha norma solicitan la actuación de alguna “nueva prueba”, y en pocos casos, es el propio juez quien dispone su actuación.

b. **Se realiza al concluir la actuación probatoria.**- esta exigencia se deriva de la propia norma procesal que regula la actuación de la prueba excepcional o prueba de

oficio, pues, culminada la actuación de la prueba según lo previsto en el artículo 385 del Código Procesal Penal (examen del acusado, actuación de los medios de prueba admitidos y oralización de los medios de prueba), el juez penal de oficio o a pedido de parte, excepcionalmente, podrá disponer la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. Culminada la actuación de dicha prueba se procederá a la realización de los alegatos finales.

c. **La prueba de oficio puede ser cualquier prueba relacionada al hecho en conflicto, o que se reitere el ofrecimiento de una prueba rechazada en etapas previas.-** puede tratarse de una prueba que nunca fue ofrecida en etapas previas, de cuya existencia se ha tomado reciente conocimiento, pero también puede tratarse de una prueba cuyo conocimiento respecto de su existencia fue posible en etapas previas, pues algunos abogados y jueces, consideran que la prueba excepcional o de oficio otorga una nueva oportunidad para ofrecer alguna prueba que ha sido inadmitida o rechazada en la etapa intermedia o inadmitida como *prueba nueva* al inicio del juicio oral; por ello, no existe restricción alguna en cuanto a la temporalidad de su descubrimiento, es decir puede tratarse incluso de una prueba, cuya existencia se conocía con anterioridad al juicio oral, e incluso con anterioridad a la formulación del requerimiento acusatorio, pero que no fuera ofrecida oportunamente por diversas razones, o puede tratarse de prueba que habiendo sido ofrecida fue rechazada por el órgano jurisdiccional, en cualquier etapa del proceso, es decir no existe ninguna restricción o límite respecto a la oportunidad temporal en que se conoció la existencia de dicha prueba.

d. **No es necesario que el Juez fundamente por qué la prueba, cuya actuación dispone, es esencial o necesaria para esclarecer los hecho.-** la decisión de actuar determinada prueba al finalizar el juicio queda al arbitrio judicial, pues prima el criterio discrecional del juzgador para determinar cuándo una prueba es “esencial para el esclarecimiento del hecho”, criterio que queda en la subjetividad del juzgador por dos razones:

b. El juez no fundamenta su decisión en cualquiera de los casos, es decir no expresa razones de la aceptación de la actuación de determinada prueba, ni las razones que le llevar a rechazar la solicitud de actuación planteada por alguna de las partes, pues la norma no le exige al juez fundamentar su decisión.

c. Muchas veces lo que al Juez le parezca esencial no necesariamente lo será para el fiscal o para los abogados. Del mismo modo, lo que le parezca necesario al juez, no siempre le parecerá necesario a las partes debido a que la norma es muy amplia al señalar “para el esclarecimiento de los hechos” ya que hace referencia a cualquier aspecto que tenga relación con los hechos materia de investigación.

a. **La decisión de disponer la actuación de una prueba de oficio, o rechazarla, no es recurrible.-** no existe la posibilidad de impugnar la decisión asumida por el Juez, su rechazo o aceptación no puede ser cuestionada, a pesar de tratarse de una decisión, cuya motivación, no es exigida por la ley. Esta forma de regular la prueba de oficio evidentemente da absoluta soberanía al juez respecto a decidir qué prueba se actúa a través de este instituto procesal, y qué prueba no ingresa a juicio para su actuación.

b. **Sirve para subsanar la inexistencia de pruebas o suplir alguna negligencia u omisión de las partes.**- las partes y el propio juez, a través de este mecanismo, admite y dispone la actuación de *cualquier prueba*, con lo cual termina coadyuvando en la función probatoria que les correspondería ya sea a los abogados o al fiscal, sin tener en cuenta que además existen etapas preclusivas para el ofrecimiento de pruebas, donde las partes debieron ofrecer la prueba que consideraban necesaria para su defensa, cuestionarlas o controvertirlas.

5.2. Razones Jurídicas que justifican determinar ciertas condiciones que debe cumplir la Prueba de Oficio para su Admisión y Actuación en la Etapa de Juzgamiento.

Existen razones jurídicas atendibles, derivadas de nuestro ordenamiento jurídico constitucional y procesal penal, que justifican determinar ciertas condiciones que deben cumplir la prueba de oficio para su admisión y actuación en etapa de juzgamiento, estas son:

1. **Afectación del principio de Imparcialidad.**- un principio y garantía de la función jurisdiccional, es el principio de imparcialidad, pues este principio exige que el juez actúe de manera que no ayude, no reemplace en su pretensión a ninguna de las partes. Este principio reconocido en normas internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en cuyo artículo 10 establece que *toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones, o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal*. Similar norma lo tiene

la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su numeral XXVI, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.1.

Este principio, que de manera implícita se encuentra en lo previsto por el artículo 139 de la Constitución Política del Perú, no debe ser meramente declarativo, es decir, no basta señalar que el juez debe actuar con imparcialidad, sino fundamentalmente, se exige poner de manifiesto a través de su conducta su neutralidad en el interés de cada una de las partes, y cuando hablamos de imparcialidad en la actividad probatoria, estamos hablando de la no injerencia injustificada del juez para proponer o disponer la actuación de una prueba de oficio, pues lo que se pretende cautelar es la no intromisión del juzgador para pretender apoyar a alguna de las partes, o tratar de salvar una omisión en el ejercicio de su función al realizar la actividad probatoria, ya sea como parte acusadora o defensora, lo cual quebraría la posición de imparcialidad del juez, un ejemplo de coadyuvar en la labor acusadora la tenemos en el Exp. 1345-2016, proceso seguido por Actos contra el Pudor, donde la Fiscalía, en la audiencia de fecha 14 de junio del año 2019, solicita la declaración de la agraviada y la actuación de algunas fotografías, al amparo de lo previsto en el artículo 385 del Código Procesal Penal.

Debemos poner de relieve que cuando señalamos de la amenaza a éste principio lo hacemos de cara a la regulación actual de la prueba de oficio, pues si bien, una justificación de la existencia o razón de ser de esta institución procesal, es la búsqueda de la verdad; sin embargo no se trata de

buscar la verdad a cualquier precio, sino con ciertas garantías que permitan al juez responsable sustentar una decisión racional en base a pruebas legítimamente incorporadas al proceso, pues como sostiene Taruffo (2012) no existe contradicción entre imparcialidad y búsqueda de la verdad, sino más bien, la búsqueda de la verdad es un elemento esencial de la imparcialidad del Juez.

2. Afectación al principio de preclusión para el ofrecimiento de pruebas.- la preclusión, en el ámbito procesal significa la extinción de una potestad o posibilidad procesal por vencimiento de un tiempo determinado por la norma, en ese entender, la actividad probatoria, en el proceso penal, también se ejerce durante un tiempo, pues no existe la posibilidad de que en cualquier momento –durante el proceso penal- las partes puedan ofrecer pruebas, mucho menos, que la actuación de la prueba sea en cualquier etapa del proceso penal.

El momento de ofrecimiento de pruebas se encuentra legalmente determinado, de manera expresa el CPP en el artículo 350 establece que -durante la etapa intermedia- después de notificada la acusación fiscal, los demás sujetos procesales, tienen el plazo de diez días para ofrecer las pruebas para el juicio. Luego, iniciado el juicio oral, conforme establece el artículo 373 del CPPP, se podrá ofrecer prueba nueva, las cuales deben revestir las características que exige la citada norma procesal (conocimiento posterior a la audiencia de control de acusación, excepcionalmente reiterar aquellos medios de prueba inadmitidos en audiencia de control, con especial argumentación).

Como podemos advertir, existe una oportunidad procesal para solicitar la admisión de medios probatorios, y transcurrido dicho plazo, no será posible el ofrecimiento de pruebas.

Además, a medida que el proceso penal avanza, la exigencia de que la prueba deba revestir determinadas condiciones es más exhaustiva. Así, en la primera etapa del proceso penal (Investigación Preparatoria), únicamente se exige como condición para el acopio de los *elementos de convicción* o *elementos de prueba* que aquella sea *pertinente* (Art. IX del Título Preliminar del CPP y Art. 155.2 CPP) y, *lícita* (art. VIII del Título Preliminar). En la Segunda etapa del proceso, es decir en la etapa intermedia, se exige que además de pertinencia, la prueba sea *conducente y útil* (art. 352.5.b del CPP).

En la tercera etapa del proceso, es decir en la etapa de juzgamiento o juicio oral, por regla general se actuará solo y únicamente la prueba admitida en la audiencia de control de acusación; sin embargo, se permite también el ofrecimiento de *nueva prueba*, que además de tener las características exigidas en las etapas anteriores (pertinencia, conducencia, utilidad y licitud), deba tratarse de prueba cuyo conocimiento ha sido posterior a la audiencia de control de la acusación; es decir, que el proponente de la prueba haya conocido de la existencia de aquella, después de la fecha en que se llevó a cabo la referida audiencia en la etapa intermedia, conforme lo exige el artículo 373 CPP. Además, podría reintentar, el ofrecimiento de medios de prueba inadmitidos en la audiencia de control, para lo cual se requiere especial argumentación de las partes.

Como vemos, el propio ordenamiento procesal, a medida que transcurre el proceso establece condiciones para la admisión de la prueba, no resultando jurídicamente

razonable que se obvie ciertas exigencias para la admisión de la prueba de oficio, cuando esta es ofrecida y/o dispuesta en la etapa final del proceso penal, y esta exigencia procesal tiene su justificación en aspectos prácticos, pues es lógico y razonable que conocido un hecho relevante penalmente, los afectados tengan que buscar la prueba que sustente su posición, de manera inmediata, o cuanto menos en un tiempo relativamente próximo, sobre todo quien ejerce la acción penal, es decir el Ministerio Público debe actuar con prontitud en el acopio de aquellos elementos de convicción que den cuenta de la realidad del hecho acaecido.

3. Afectación a la naturaleza *excepcional* de la prueba de oficio.- la excepcionalidad, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa *que se aparta de lo ordinario, que constituye excepción a la regla común*, es decir supone la realización de algo en una situación extraordinaria, no ordinaria o general; de manera que, la aplicación de la prueba de oficio debe cumplir dicha exigencia jurídica, ello supone la necesidad de no aplicar en todos los procesos penales, ni en la mayoría, de tal forma que la excepción no se convierta en la regla común. Las malas prácticas vienen generando que aquella excepcionalidad se convierta en regla, pues en muchos procesos penales, el juez y las partes, invocan la posibilidad de la aplicación del artículo 385, dando lugar a que alguna de las partes siempre lo solicite.

En la dogmática se afirma que la regla de la excepcionalidad 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 decisión; no habría, por ende, otras razones que justifiquen esta

figura. Por lo tanto, sería una mala praxis judicial que el juez sea el actor principal en los exámenes a acusados, testigos y peritos que se den en el juicio oral, so pretexto de un deficiente interrogatorio; él no está llamado a suplir las deficiencias del examinador, debiendo dejarlo que asuma las consecuencias de su deficiencia (Nakazaki, 2009). Compartiendo esta línea de pensamiento, la prueba de oficio debe disponerla el juez cuando su actuación sea absolutamente relevante para la determinación del juicio de hecho.

En la práctica procesal se está haciendo usual que al concluir la actuación de pruebas ofrecidas, el juez pregunte a las partes si tiene prueba extraordinaria, quebrando así una característica importante de la prueba de oficio: su excepcionalidad.

Así, la pregunta del Juez ¿las partes si tienen alguna prueba extraordinaria? es recurrente en casi todos los juicios de los dos últimos años; por ejemplo:

- En el proceso 184-2018-56, por delito de Secuestro, Coacción y Violación Sexual, el juez al concluir la actividad probatoria “ordinaria”, en la audiencia de 25 de enero 2019 preguntó a las partes ¿Tienen alguna prueba extraordinaria cuya actuación soliciten?

- En el proceso 1154-2014, por delito de Estafa, en la audiencia de fecha 11 de diciembre de 2018, la juez preguntó a las partes ¿Tienen prueba excepcional a mérito de lo previsto por el artículo 385 CPP?

- En el proceso 726-2010, por delito de Falsificación de documentos, en la audiencia de fecha 30 de julio de 2018, el juez afirma: Si las partes lo ven por conveniente, pueden ofrecer medios probatorios excepcionales.

- En el proceso 4334-2017, por delito de Disturbios, el juez preguntó a las partes al concluir la actividad probatoria: ¿Tienen prueba extraordinaria que ofrecer, señor Fiscal, Abogado?

Como podemos advertir, lo excepcional se está tornando en cotidiano, usual en casi todos los procesos, la excepción se está haciendo regla y prácticamente existe una fase más en la actividad probatoria, donde el juez casi siempre pregunta respecto a la actuación de prueba de oficio.

5.3. Razones Fáticas que justifican determinar ciertas condiciones que debe cumplir la Prueba de Oficio para su Admisión y Actuación en la Etapa de Juzgamiento

En la práctica procesal penal se advierte que la prueba que se actúa como prueba excepcional o prueba de oficio no resiste el análisis que se exige para la admisión de prueba a lo largo del proceso penal, es decir no se hace un análisis de su *pertinencia, conducencia o licitud*, mucho menos, si se trata de una prueba de cuya existencia las partes conocían al iniciar el juicio; pues, al no existir ningún límite normativo, se actúa “cualquier prueba” afectando de ésta manera el debido proceso. Por ello, resulta necesario

establecer condiciones para admitir y actuar la prueba de oficio, estas razones son las siguientes:

1. No establecer condiciones para actuar una prueba de oficio, viene generando malas prácticas como “guardarse una prueba para el final”.- una de las características del proceso penal en la etapa de investigación preparatoria es la obtención de cualquier elemento de convicción (elemento de prueba) con conocimiento de las partes, pues la contradicción es un principio que inspira todo el proceso penal y no solo el juicio, por esa razón el artículo 338 del CPP dispone que *el Fiscal podrá permitir la asistencia de los sujetos procesales en las diligencias que deba realizar*, lo que pone de manifiesto que las partes deben tener conocimiento de las diligencias que se realizarán. Además el artículo 127 CPP establece que *las Disposiciones y las Resoluciones deben ser notificadas a los sujetos procesales, dentro de la veinticuatro horas después de ser dictadas, salvo que se disponga un plazo menor*, de manera que la realización de cualquier diligencia durante la etapa de Investigación Preparatoria, debe ser puesta en conocimiento de todas las partes, pues de lo contrario se estaría afectando el derecho de defensa, pues el artículo 84.4 CPP, al reconocer los derechos del abogado defensor, señala que éste goza del derecho de *participar en todas la diligencias, excepto en la declaración prestada durante la etapa de investigación por el imputado que no defienda*.

Como podemos advertir la búsqueda de la prueba en el proceso penal, así como su obtención se realiza con conocimiento de las partes, precisamente en aras de garantizar el derecho de defensa y además en aplicación del principio de objetividad que rige la actuación fiscal en la etapa de Investigación Preparatoria, en palabras sencillas, desde el inicio del proceso penal, cada parte muestra todo el caudal probatorio para su

contradicción y su posterior incorporación formal como prueba en la etapa de juzgamiento. Siendo así, las malas prácticas de ofrecer –a través de la prueba de oficio- pruebas que “estratégicamente” fueron ocultadas hasta el final del juicio, no resulta coherente con los principios que inspira el proceso penal vigente.

2. No establecer condiciones para actuar una prueba de oficio, viene generando malas prácticas como “crear o producir una prueba” de acuerdo a la estrategia de defensa.- se debe partir por reconocer que una de las principales finalidades del proceso penal es descubrir la verdad de los hechos; como señala Arocena (2013) lo que se persigue en el procedimiento es, en definitiva, la *mejor aproximación posible*, basada en los elementos de comprobación que estén disponibles en el caso concreto, a la verdad “histórica” o “empírica” de los hechos o acontecimientos relevantes en el contexto de determinado procedimiento penal. Sin embargo, lo que viene ocurriendo en la práctica procesal por parte de la defensa de los acusados, es probar, a toda costa, su teoría del caso, es decir de acuerdo a las estrategias de defensa obtener el amparo de su pretensión, por ejemplo, si niega una imputación, se ha pretendido incorporar a través de la *prueba de oficio*, una declaración testimonial prefabricada en atención a los intereses de la defensa. Así, en un caso de violación sexual, donde se le atribuía al imputado, haber ejercido violencia contra una mujer, para acceder sexualmente, la defensa en segunda instancia pidió que a través de una prueba de oficio, se admitiera la declaración de una persona determinada, que vio al acusado y a la agraviada en diferentes oportunidades en actos que evidenciaban una relación de enamoramiento. Prueba que fue admitida y actuada; sin embargo, a la luz de todo lo actuado era evidente que se trataba de una prueba creada, pues nunca antes se puso en conocimiento del juzgador respecto a la posibilidad de la existencia de dicho testigo, y menos aún de la presunta relación sentimental.

3. No poner condiciones para actuar una prueba de oficio, genera que el juez se sustituya en la actividad probatoria que le corresponde a las partes.- la actual regulación procesal, no le exige al juez la obligación de motivar la decisión de actuar prueba de oficio, lo cual podría ocultar cierta arbitrariedad al momento de su decisión, más aún si esta es inimpugnables, es decir, el juez es el amo y señor al momento de decidir la actuación de prueba a través de este mecanismo procesal, previo a emitir la sentencia.

En este contexto procesal, la determinación inmotivada de actuar una prueba, peor aún, hacerlo solo teniendo en cuenta que aquella debe ser útil para esclarecer la verdad, resulta muy subjetivo, pues para una de las partes puede ser útil aquello que para la otra parte no lo es. Además, lo que en la práctica procesal se advierte es que a través de este mecanismo procesal se permite la actuación de documentales, testimoniales, peritajes y cualquier otra prueba que las partes no pudieron/no quisieron ofrecerlo en etapas previas, ya sea por omisión , negligencia, o estrategia de defensa, en la actividad probatoria, de manera que su admisión –sin límites ni condiciones- generalmente, hace inclinar la balanza hacia uno de los lados con aquiescencia del juez, quien con dicha conducta, termina coadyuvando en la actividad probatoria a alguna de las partes.

Esta actividad judicial puede generar suspicacias a la parte a quien afecte la actuación de una prueba en esta etapa, ya que al no existir un control respecto a esta decisión, ni exigencias de motivación, tras la decisión judicial podríamos encontrar una conducta arbitraria.

5.4. Condiciones que debe cumplir la Prueba de Oficio para su Admisión y Actuación en la Etapa de Juzgamiento

La determinación de la verdad de los hechos, en un proceso penal, es de suma importancia no solo para las partes, sino también para el Estado en su función de Administrar justicia y la actividad probatoria en el proceso penal es la base para tal determinación. Por eso creemos que la actual regulación legal de la actuación de la prueba de oficio, no satisface los principios que inspiran el proceso penal, pues deja al arbitrio judicial la decisión de actuar una prueba a través de aquel mecanismo procesal, con lo cual, se estaría afectando, por ejemplo, los principios de imparcialidad y preclusión, e incluso el derecho de defensa que le asiste a las partes y que subyacen al debido proceso.

La actuación de una prueba de oficio, generalmente, inclinará la balanza para determinar la inocencia o la responsabilidad del imputado, en cualquier caso, y de no encontrarse justificada la decisión judicial, se podría especular en el sentido que *“el juez pretende ayudar a alguna de las partes”*; y, de otro lado, como señala Cafferata (1994) admitir que el juez sea co-responsable (o principal responsable) de la “destrucción” del estado de inocencia, probando la culpabilidad, es hacerlo casi un co-fiscal, colocando al acusado-inocente en la situación graficada por el refrán popular: “Quien tiene al juez como fiscal, precisa a Dios como defensor”, lo cual no parece, por cierto, un paradigma de igualdad.

Estas razones, entre otras expuestas precedentemente, exigen que la prueba de oficio deba tener limitaciones para decidir su actuación, y creemos que también ese fue el propósito del legislador, pues en el artículo 155.3 del CPP se señala: *“La Ley establecerá, por excepción, los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio”*; sin embargo, el

artículo 385 del mismo cuerpo normativo, ha empleado una fórmula genérica al regular la prueba de oficio señalando *“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 en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El Juez Penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes”*. Como vemos no se establece “en qué casos” excepcionalmente podría ejercer esta facultad el juez, por ello, teniendo en cuenta los principios que inspiran el proceso penal actual, consideramos que la “prueba de oficio” debe tener ciertas “condiciones” para su admisión y actuación en juicio oral, y estas son las siguientes:

1. La decisión de actuar prueba de oficio debe ser motivada.- la garantía de la motivación de las decisiones judiciales prevista en el artículo 139. 5 de la Constitución Política del Perú, no está restringida únicamente para la motivación de la Sentencia, tampoco sólo para los sistemas procesales donde prima la escritura, pues en un sistema oral, como ocurre con el proceso penal actual, también se emiten decisiones trascendentes que pueden afectar derechos fundamentales de las partes y que requieren una justificación, y cuando hablamos de la determinación judicial respecto a la prueba penal, está en juego el *derecho a la prueba, el derecho de defensa, el derecho a la verdad, el derecho de inocencia, etc.* Por eso, creemos que la decisión de determinar qué prueba se actúa a través del mecanismo procesal de la “prueba de oficio”, por las consecuencias que implica su incorporación en juicio, debe ser motivada, máxime, si ésta no es impugnabile.

Como señala Arrarte (2003), “es imprescindible que el juzgador demuestre a los litigantes y especialmente a la sociedad, que su decisión no es producto de su mera intuición, sino de un razonamiento correcto que además ha tomado en consideración que al resolver un caso está asumiendo un rol que trasciende: el de sentar los valores que la sociedad debe respetar, no solo en la coyuntura inmediata, sino también en el futuro que nos proyectamos”, de manera que, la decisión de actuar una prueba por decisión del juzgado no oculte una decisión arbitraria o que pueda estar dirigida a ayudar en su pretensión, a alguna de las partes, pues la función del juez debe estar orientada por su deseo de buscar la verdad de los hechos.

Como podemos advertir, la regulación procesal actual de la prueba de oficio (artículo 385 CPP), no exige al juez motivar su decisión como sí se exige en el proceso civil, pues el Código Procesal Civil cuando regula esta institución en el artículo 194, modificado por el artículo 2 de la Ley Nro. 30293, lo siguiente: “Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción en el Juez de Primera o de Segunda Instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesario para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso. Con esta actuación probatoria el juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria, y deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba. La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar **debidamente motivada**, bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución inimpugnable, siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo”.

Nótese que la motivación debida es un requisito esencial para disponer la actuación de una prueba de oficio, porque solo así se garantizará la imparcialidad del juez, y con ello se mantendrá la confianza de las partes en la administración de justicia.

2. Debe tratarse de prueba complementaria o de “prueba sobre prueba”.- En la dogmática se denomina prueba complementaria o “prueba sobre prueba, aquella cuya necesidad de actuación surja como consecuencia de la prueba practicada en juicio. A decir de Baytelman y Duce (2016) hablamos de “prueba sobre prueba”, cuando surgiere una controversia relacionada exclusivamente con la veracidad, autenticidad o integridad de una prueba. El ejemplo paradigmático es el testigo que niega haber escrito la carta que le exhibe o firmado el documento que se le muestra; en ese caso la parte que lo está conainterrogando podrá pedir al juez autorización para ingresar el peritaje caligráfico si es que lo tiene –o tiempo para realizarlo si no cuenta con él- aun cuando dicho peritaje no haya sido anunciado en audiencia de preparación del juicio oral. La razón detrás de esta norma es que no es razonable ni conveniente pedir a las partes que prevean todas las posibles ocasiones en que los testigos van a negar su firma, su letra, sus actos o en que simplemente van a mentir acerca de ellos. Además, no se trata realmente de pruebas sobre el fondo del caso y, en consecuencia, el perjuicio de la sorpresa respecto de la contraparte disminuye ostensiblemente.

En la jurisprudencia internacional Colombiana (Sentencia C-396/07 voto en discordia) a esta condición se le ha denominado por ejemplo, “pruebas de las pruebas” al sostener: “No se trata de que el Juez en audiencia preparatoria (...) incluya las que a bien tenga, sino que realizado el juicio oral y con suficiencia de tiempo y análisis para dar lugar al

debido ejercicio de contradicción, aún con pruebas adicionales que le soliciten, disponga las que surjan de las practicadas, las “pruebas de las pruebas” y la que puedan conducirle a imponer condena, atenuar ésta o absolver, pues la falta de tal medio de demostración podría estarle impidiendo comprobar, por ejemplo, una causal de ausencia de responsabilidad”.

Es importante que la prueba de oficio cumpla con esta condición, pues las partes llegan a juicio con un conocimiento cabal del caso, dicho de otro modo, no es sorpresiva la acusación ni la actividad probatoria propuesta por el acusador y las partes, ya que la investigación ha durado meses, semanas o por lo menos días (proceso inmediato y acusación directa); por lo tanto, el modelo procesal que se rige también por el principio de preclusión, no podría admitir una prueba “sorpresa”, y el proceso penal está planteado de tal forma que existe una etapa intermedia para que las partes puedan ofrecer los medios de prueba que estimen pertinentes para acreditar su pretensión. Además al iniciar el juicio, la ley procesal otorga una nueva posibilidad, aunque con ciertas limitaciones, para que las partes puedan ofrecer nueva prueba.

Como vemos, existen límites a medida que el proceso avanza, para admitir una prueba, por ello consideramos que la prueba de oficio debe surgir necesariamente de la actuación probatoria en juicio. Aquí un ejemplo: Si existen dos testigos que declaren de manera contradictoria, el juez puede disponer la realización del careo, o si de la declaración de dos peritos (uno de oficio y otro de parte) surja la necesidad de realizar un debate pericial, aquella prueba se podrá disponer de oficio.

Abona a lo señalado, lo expresado por LOPEZ (2015), quien sostiene que el nuevo Código Procesal Peruano ha recepcionado del Códice de Procedura Penal Italiano, al normar la actividad probatoria, en el Art. 155 Numeral 3: “La ley establecerá por excepción, los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio”, por lo tanto el Juez Penal Peruano solo está autorizado a actuar solo en los supuestos que el texto legal indique, es decir se acepta la introducción de la prueba de oficio limitadamente, que según San Martín Castro (2006) sólo es de aceptarse la “prueba complementaria”, destinada a contrastar o verificar otras pruebas ya aportadas por las partes, distinguiendo entre las pruebas de la existencia de los hechos y la comprobación de si la prueba sobre ellos es o no fiable.

Entonces, no puede tratarse de “cualquier prueba”, como hoy por hoy la regulación legal permite y la práctica procesal lo adopta, sino, necesariamente tiene que ser una prueba cuya necesidad de actuación surja inmediatamente, de la actuación de otras pruebas durante el juicio.

3. Debe tratarse de prueba, cuya pertinencia resulte sobrevenida como consecuencia de revelaciones inesperadas y que pueda influir en la decisión judicial.-

Puede ocurrir que en el juicio oral, algún testigo admitido en el auto de enjuiciamiento, realice una relevación inesperada, importante para las resultas del proceso, por ejemplo que en el proceso de homicidio, aquel testigo declare que en realidad la persona que murió, está viva y que conoce el lugar donde ésta se encuentra. En estos excepcionales casos, el juez, con el propósito de averiguar la verdad, tendría que debe disponer la exhumación del cadáver, y probablemente una inspección judicial con el propósito de ubicar a la persona viva o encontrar signos de que ella no murió.

Evidentemente la información proporcionada por el testigo ha de ser información de la que ninguna de las partes tenía conocimiento, es decir cuando hablamos de “revelación inesperada” nos referimos a información desconocida por las partes y que además su revelación no se podía prever.

La conducta regular que adoptan las partes, en cuanto a la actividad probatoria (acusador y acusado) es que aquellas propongan todas la pruebas que sustentarán su teoría del caso, de manera que el juez cuente con toda la información necesaria que le sirva para emitir su decisión, pues si, como a menudo ocurre, las partes ejercen cabalmente su derecho a la prueba y aportan todas las pruebas disponibles respecto a los hechos de la causa, el juez no tendrá ocasión de ejercer sus poderes y, por consiguiente, se mantendrá, legítimamente pasivo. Solo en el caso de que descubra (a partir de los materiales del proceso, no por su “conocimiento privado” que existe una prueba relevante que no ha sido presentada por las partes, entonces el juez puede (y probablemente debe) disponer de oficio la asunción de esa prueba o requerir a las partes que la aporten (...) Desde una perspectiva epistémica esto resulta por completo obvio, pues sería contradictorio –como se ha indicado poco antes- que quien tiene la responsabilidad de determinar la verdad de un hecho no tenga la posibilidad de obtener los conocimientos necesarios para este fin, que otros sujetos –que, además, no persiguen las mismas finalidades- no le han proporcionado (Taruffo, 2012).

4. La prueba de oficio, debe ser útil, pertinente, y siempre sometida al contradictorio.- si bien, por regla general, todas las pruebas se rigen por el principio de pertinencia y, en juicio, además se rigen por el principio de contradicción para su actuación, resulta necesario exigir como condición su pertinencia debido a que la prueba

debe mantener una relación lógica con el hecho a probar, y que además esté relacionado directamente al hecho que conforma el objeto del proceso. A decir de Picó y Junoy (2012), para que un medio probatorio pueda ser admitido debe ser pertinente. Existe la pertinencia siempre que la prueba propuesta tenga relación con el objeto del proceso y con lo que constituye *thema decidendi* para el Tribunal, y expresa además la capacidad para influir en la convicción del órgano decisor en orden a fijar los hechos de posible trascendencia para el fallo. El principio de utilidad informa que la prueba debe ser relevante para descubrir el hecho principal o secundario, que conforma el objeto del proceso.

Además se debe garantizar que sea sometida al contradictorio, es decir que se sometan al cuestionamiento de las partes a través de las técnicas de litigación. Se pone de relieve la aplicación de este principio, pues al tratarse de una prueba actuada al final de juicio, generalmente “sorpresa” para alguna de las partes, es necesario que estas estén en posibilidades reales de controlar su pertinencia, relevancia y utilidad, y al mismo tiempo se garantice la posibilidad de examinarlas, contradecir y/o discutir lo revelado por dicha prueba. En este sentido Taruffo (2012) sostiene lo siguiente que es necesario que las partes estén en condiciones de controlar la relevancia y la admisibilidad de las pruebas que el juez dispone de oficio en ejercicio de esos poderes, que estén en condiciones de aportar pruebas contrarias o diferentes respecto de las dispuestas por el juez, y que tengan por último la posibilidad de discutir el resultado y el valor de estas pruebas. La solución correcta del problema parece residir, por tanto, en la vigencia integral de la garantía del contradictorio, más que en la anulación de los poderes probatorios del juez.

CONCLUSIONES

Primera

La iniciativa probatoria del juez o prueba de oficio, como una institución procesal, no vulnera el principio de imparcialidad judicial, tampoco convierte al proceso penal en uno de naturaleza inquisitivo, pues una de las finalidades primordiales del proceso penal es el descubrimiento de la verdad. Con dicho propósito, en esta investigación se ha determinado que existen razones jurídicas y fácticas que justifican establecer determinadas condiciones para que el juez emplee esta facultad para garantizar la eficacia del derecho a la prueba, que comprende no solo el ofrecimiento de medios probatorios sino también que estos sean admitidos, actuados y valorados adecuadamente.

Segunda

En nuestra investigación hemos logrado identificar los criterios que se vienen adoptando para la actuación de una prueba de oficio, en el marco de la regulación normativa actual, estos son: a) Que sea solicitada por cualquiera de las partes al concluir la actividad probatoria en juicio, o propuesta por el Juez. b) Que se trate de *cualquier prueba* relacionada al hecho en conflicto, aunque se reitere el ofrecimiento de una prueba rechazada en etapas previas, c) No es necesario que el Juez fundamente por qué la prueba, cuya actuación dispone, es indispensable o útil para esclarecer los hechos. La decisión de actuar determinada prueba al finalizar el juicio queda al arbitrio judicial. d) Sirve para subsanar la inexistencia de pruebas o suplir alguna negligencia u omisión de las partes.

Tercera

Asimismo, se ha establecido las razones jurídicas atendibles, que justifican determinar ciertas condiciones que deben cumplir la prueba de oficio para su admisión y actuación en etapa de juzgamiento, pues la actual regulación normativa, afecta algunos principios que regulan el proceso penal, entre ellos: a) Principio de Imparcialidad, b) Principio de Preclusión para el ofrecimiento de pruebas y c) Principio de *Excepcionalidad* de la prueba de oficio; pues, las malas prácticas vienen generando que aquella excepcionalidad se convierta en regla.

Cuarta

Por otra parte, en el estudio se ha establecido las razones fácticas que justifican determinar ciertas condiciones que debe cumplir la prueba de oficio para su admisión y actuación en la etapa de Juzgamiento, pues no establecer determinadas condiciones para actuar una prueba de oficio, viene generando malas prácticas como “*guardarse una prueba para el final del juicio*”, con la lógica consecuencia que estaremos frente a pruebas sorpresivas. Igualmente, puede generar conducta procesales indebidas, como, “*crear o producir una prueba*” para probar por cualquier medio su teoría del caso. Se permite la actuación de “*cualquier tipo de prueba*”, sin restricción alguna.

Quinta

En la investigación, se ha cumplido con precisar las “condiciones” que debería cumplir esta prueba, para su admisión y actuación en juicio oral, estas son: a) La decisión de admitir y actuar *prueba de oficio*, debe ser motivada, ya que se trata de una decisión

transcendente que pueden afectar derechos fundamentales de las partes. b) La *prueba de oficio*, debe ser pertinente, útil y siempre sometida al contradictorio. c) Debe tratarse de prueba complementaria o de "*prueba sobre prueba*", d) Debe tratarse de prueba, cuya pertinencia resulte sobrevenida como consecuencia de revelaciones inesperadas y que pueda influir en la decisión judicial.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a los miembros del poder legislativo que impulsen una ley que modifique el artículo 385 del Código Procesal Penal, donde se establezca las condiciones que debe cumplir la prueba de oficio para su admisión y actuación en etapa de juzgamiento, con la finalidad de garantizar el debido proceso y evitar que la interpretación de la actual regulación normativa genere arbitrariedades en las decisiones judiciales.
2. Se recomienda a los señores magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, que, en tanto no se modifique el artículo 385 del Código Procesal Pena, tengan en cuenta las condiciones propuestas, para admitir y actuar una *prueba de oficio o prueba excepcional*, para evitar decisiones contradictorias, injustas y que deslegitimen la administración de justicia.
3. Se recomienda a los abogados que ejercen la defensa de las partes, en un proceso penal, para solicitar la actuación de una *prueba de oficio o prueba excepcional*, tengan en cuenta las condiciones propuestas en este estudio, pues es necesario, en la praxis, garantizar el respeto de los principios procesales como la *independencia judicial, contradicción, debido proceso*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez, C. (2013). *Filosofía del Derecho*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- Anderson, T., Schum, D., & Twining, W. (2015). *Análisis de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Andía, G. V. (2013). *Deficiencia en la labor fiscal y judicial en las distintas etapas del actual proceso penal: Estudio de las sentencias absolutorias emitidas en los juzgados penales de la ciudad de Cusco durante el año 2011* (Tesis de maestría). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de <https://bit.ly/3r67sKR>
- Arana, W. (2014). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Arbulú, V. (2015). *Derecho Procesal Penal. Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Aroca, J. (2001). *Derecho jurisdiccional Tomo III 10*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Asencio, J. M. (2016). *Derecho Procesal Penal. Estudios Fundamentales*. Lima: INPECCP.
- Atienza, M. (2003). *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Atienza, M. (2004). *Las razones del Derecho*. Lima: Palestra.
- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- Ávalos, C. (2013). *La decisión fiscal en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ávalos, C., & Robles, M. (2012). *Jurisprudencia reciente del nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Bacigalupo, E. (2005). *El debido Proceso Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Baytelman A., & Duce, M. (2016). *Litigación penal, Juicio oral y prueba*. Bogotá: Ibañez.

- Beteta, C. (2011). *El Proceso Penal Común*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Binder, A. (2002). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad-hoc.
- Cafferata, J. (1994). *La prueba en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Depalma.
- Casanova, J. A., Peñafiel, C. H., Trujillo, J., & Villamarín, E. A. (2014). *La prueba de oficio en el procedimiento penal en Colombia*. (Tesis Especialización). Nariño: Fundación Universitaria Católica del Norte. Recuperado de <https://acortar.link/1rdny>
- Castro, L. R. (2019). *¿El modelo de juez penal previsto en la Constitución Política del Perú de 1993 admite la prueba de oficio en el modelo adversarial?* (Tesis de Maestría). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de <https://acortar.link/GCBQI>
- Cavani, R., & De Paula, V. (2014). *Prueba y proceso judicial*. Lima: Instituto Pacífico.
- Challco, F. (2014). *La admisión de pruebas de oficio en el sistema penal acusatorio garantista y la vulneración del principio de imparcialidad del juzgador e igualdad de las partes establecidas en la constitución*. (Tesis de Maestría). Puno: Universidad Nacional del Altiplano. Recuperado de <https://acortar.link/61aiz>
- Climent, C. (2005). *La prueba penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Coaguila, J. F. (2013). *Los derechos del imputado y la tutela de derechos en el nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Cordón, J. C. (2011). *Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el Derecho Penal*. (Tesis Doctoral). Salamanca: Universidad de Salamanca. Recuperado de <https://acortar.link/EqSxQ>
- Cubas, V. (2003). *El Proceso Penal*. Lima: Palestra.
- Dohring, E. (2018). *La prueba*. Santiago de Chile: Olejnik.
- Ferrajoli, L. (2006). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.

- Ferrer, J., & Vásquez, C. (2016). *Debatiendo con Taruffo*. Madrid: Marcial Pons.
- Fierro, H. (2011). *La Prueba como causa de nulidad del Proceso Penal*. Bogotá: Leyer.
- García, P., & Herrera, M. (2015). *La prueba en el Proceso Penal*. Lima: Instituto Pacífico.
- Gascón, M. (2003). *La argumentación en el Derecho*. Lima: Palestra
- Gascón, M. (2004). *Argumentación de hechos*. Lima: Palestra.
- Giacomette, A. (2010). *Teoría general de la prueba*. Bogotá: Ibañez.
- Gimeno, V. (2012). *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Thomson Reuters.
- González, A. (2011). *El juicio en el sistema penal acusatorio*. Bogotá: Leyer.
- González, D. (2005). *Quaestio facti ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Bogotá: Temis.
- Gozaini, O. (2004). *Derecho Procesal Constitucional-El debido Proceso*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Guzmán, N. (2018). *La verdad en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Didot.
- Hernández, R. (2013). *Razonamientos en la sentencia judicial*. Madrid: Marcial Pons.
- Herrera, M., & Villegas, E. (2015). *La prueba en el Proceso Penal*. Lima: Instituto Pacífico.
- Ibañez, P. (2009). *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Jauchen, E. (2012). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- López, J. (2012). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.
- López, L. (2001). *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*. Lima: Palestra.
- López, N. (2015). Las pruebas de oficio en el Nuevo Código Procesal Penal Peruano. *UCV-Scientia*, 7(1), 73-76.

- Maier, J. (1989). *Derecho procesal Penal Argentino* (Vol. 1.b). Buenos Aires: Hammurabi.
- Muñoz, F. (2008). *De las prohibiciones probatorias al Derecho Procesal Penal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Nakazaki, C. (2009). *Juicio oral*. Lima: Gaceta Penal.
- Neyra, J. (2010). *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*. Lima: Idemsa.
- Nieva, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Nieva, J. (2012). *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Nieva: Edisofer.
- Núñez, R. (2000). La instrucción del Ministerio Público o fiscal. Un estudio comparado entre la situación de Chile y España. *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 1, 252-253.
- Oré, A. (2014). *Derecho Procesal Penal*. Lima: Reforma.
- Oré, A. (2016). *Derecho Procesal Penal Peruano*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Picó i Junoy, J. (2012). *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch.
- Quiroz, W. (2015). *El sistema de audiencias en el Proceso Penal Acusatorio*. Lima: Actualidad Penal.
- Reyna, L. (2015). *El Proceso penal acusatorio*. Lima: Instituto Pacífico.
- Reyna, L. (2015). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Instituto Pacífico.
- Rosas, J. (2016). *La prueba en el Nuevo Proceso Penal*. Lima: Ediciones Legales.
- Rosas, J. (2016). *La prueba en el nuevo proceso penal*. Lima: Ediciones Legales.
- Roxin, C. (2003). *Derecho Procesal Penal* (25ª edición). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Salas, C. (2013). *Principios fundamentales del Nuevo Proceso Penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Salas, C. (2011). *El Proceso Penal común*. Lima: Gaceta Jurídica.

- San Martín, C. (2015). *Derecho Procesal Penal Lecciones*. Lima: INPECCP.
- San Martín, C. (2001). *Derecho Procesal Penal*. Lima: Grijley.
- San Martín, C. (2012). *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Lima: Grijley.
- Sánchez, P. (2009). *El Nuevo Proceso Penal*. Lima: Idemsa.
- Sanz, V. (1998). *Historia de la filosofía moderna*. Pamplona: Universidad de Navarra.
- Talavera, P. (2009). *La Prueba en el nuevo Proceso Penal*. Lima: AMAG.
- Talavera, P. (2017). *La prueba penal*. Lima: Instituto Pacífico.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2012). *Teoría de la prueba*. Lima: ARA.
- Ureña, B. (2014). *Derechos fundamentales procesales*. Madrid: Thomson Reuters.
- Véscovi, E. (1999). *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis.

Normas Legales

- Decreto Legislativo N° 957, Código Procesal Penal, de 29 de julio de 2004. *Diario Oficial El Peruano* de 29 de julio de 2004.
- Gobierno del Perú. (1993). *Constitución Política del Perú de 1993*. Lima: Congreso Constituyente Democrático. Recuperado de <https://bit.ly/3pCLJKf>
- Ley N° 9024. Código de Procedimientos Penales de 16 de enero de 1940. *Gaceta Jurídica Digital*. Recuperado de <https://bit.ly/3pCVhVM>
- Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil Peruano, del 8 de enero de 1993. *Diario Oficial El Peruano* del 23 de abril de 1993.

Jurisprudencia consultada

Corte Constitucional Colombiana. (2007). Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana de 23 de mayo de 2007. C-396/07. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-396-07.htm>

Tribunal Constitucional. (2003). Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de enero de 2003. Exp. N°. 010-2002-AI/TC. Recuperado de <https://acortar.link/2ynrW>

Tribunal Constitucional. (2012). Sentencia del Tribunal Constitucional del 4 de junio de 2012. Exp. N°. 01557-2012-PHC-TC. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/01557-2012-HC.html>

Tribunal Constitucional. (2015). Sentencia del Tribunal Constitucional del 2 de junio de 2015. Exp. N°. 00440-2014-PHC/TC. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00440-2014-HC.pdf>

ANEXOS

a. Matriz de Consistencia

PROBLEMA PRINCIPAL	OBJETIVO GENERAL	HIPÓTESIS DE TRABAJO	MÉTODO
<p>¿Qué razones, jurídicas y fácticas justifican establecer determinadas condiciones que debe cumplir la Prueba de Oficio, para su admisión y actuación en la etapa de Juzgamiento del proceso penal?</p>	<p>Determinar las razones jurídicas y fácticas que justifican establecer determinadas condiciones que debe cumplir la Prueba de Oficio, para su admisión y actuación en la etapa de Juzgamiento del proceso penal.</p>	<p>Existen razones, jurídicas y fácticas que justifican establecer determinadas condiciones que debe cumplir la Prueba de Oficio, para su admisión y actuación en la etapa de Juzgamiento.</p> <p style="text-align: center;">CATEGORÍAS DE ESTUDIO</p> <p>1°.(Categoría Temática) Prueba de Oficio</p> <p>2°(Categoría Temática) Etapa de Juzgamiento en el proceso penal</p>	<p>Enfoque de Investigación: Cualitativo: Puesto que el estudio se basa en el análisis y la interpretación del objeto de estudio y no en mediciones estadísticas probabilísticas.</p> <p>Tipo de investigación jurídica: Socio jurídico: Pretende el análisis de institutos jurídicos en su aplicación en el contexto de la justicia penal en el Perú.</p> <p style="text-align: center;">UNIDAD DE ANÁLISIS</p> <p>La presente investigación enfoca su análisis en el tema de la Prueba de Oficio en el proceso penal, su análisis, naturaleza, admisión y actuación en la etapa de Juzgamiento.</p>

b. Otros

PROYECTO DE LEY

**LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO N° 385 DEL CÓDIGO PROCESAL
PENAL**

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El presente Proyecto de Ley tiene por finalidad PROPONER la modificación del Artículo 385 del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo Nro. 957) con el propósito de establecer las condiciones que debe cumplir la *prueba de oficio o prueba excepcional* para su admisión y actuación y así garantizar la vigencia del principio de imparcialidad, contradicción y excepcionalidad, que forman parte del debido proceso.

La presente iniciativa se sustenta en las siguientes consideraciones:

- a.** En la práctica judicial, se viene solicitando la aplicación del Artículo 385 del Código Procesal Penal para ofrecer aquella prueba que no se pudo presentar en la etapa de Investigación Preparatoria, etapa Intermedia y/o al inicio de la etapa de Juzgamiento, a pesar de que rige para todas las etapas y los actos procesales que se desarrollan, en ellas el principio de PRECLUSIÓN.
- b.** No existe uniformidad en la interpretación del citado artículo, pues muchos Jueces de Juzgamiento admiten, a través de esta institución procesal, *cualquier* prueba, que

bien pudo haberse ofrecido en etapas previas y no se hizo por descuido o negligencia de las aquellas.

- c. Esta permisibilidad, de admitir “cualquier prueba” a través de este mecanismo procesal (prueba de oficio) se viene realizando porque no existe regulación expresa respecto a esta institución procesal; no existe norma procesal, ni sustantiva que determine qué características o condiciones debería cumplir dicha prueba como sí se hace, por ejemplo, cuando se regula la “nueva prueba” prevista en el Artículo 373 del Código Procesal Penal.

- d. Es necesario la determinación de las condiciones de la prueba de oficio pues no solo es de interés de las partes procesales, sino también es necesario establecer determinados límites para que el Juez disponga su actuación debido a que este tiene la facultad de disponerla *motu proprio* y esta facultad puede esconder una decisión arbitraria, máxime si no se exige motivación o justificación para decidir la actuación de una prueba de oficio.

II. MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO N° 385 del CODIGO PROCESAL PENAL

Dice:

“1. Si para conocer los hechos, siempre que sea posible, que no se haya realizado dicha diligencia en la investigación preparatoria o ésta resultara manifiestamente insuficiente, 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. 2. 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 en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El Juez Penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes. 3. La resolución que se emita en ambos supuestos no es recurrible”.

Debe decir:

“1. Si para conocer los hechos, siempre que sea posible, que no se haya realizado dicha diligencia en la investigación preparatoria o esta resultara manifiestamente insuficiente, 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.

2. El Juez Penal, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, con el propósito de esclarecer la verdad, excepcionalmente, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios, siempre que estos cumplan las siguientes condiciones:

- a.* Debe tratarse de prueba complementaria o de “prueba sobre prueba”, es decir aquella prueba cuya necesidad de actuación surja como consecuencia de la prueba practicada en juicio, o;
- b.* Se trate de nueva prueba, cuya pertinencia resulta sobrevenida como consecuencia de revelaciones inesperadas y que pueda influir en la decisión judicial.

En ambos casos, la prueba debe ser útil, pertinente y siempre deberá ser sometida al contradictorio. El Juez Penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes.

3. La resolución que se emita debe ser motivada y no es recurrible”.

III. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

Esta propuesta no supone ningún costo, es decir no afecta al erario nacional; por el contrario, contribuye a dotar de plena vigencia los principios que inspiran el proceso penal, como el principio de independencia judicial, motivación, contradicción y preclusión, garantizando el debido proceso y legitimando la decisión judicial.

Los beneficios de la propuesta legislativa serían los siguientes:

- a. Dotar de legitimidad a los órganos que administran justicia, pues sus decisiones deben ser siempre motivadas. Este proceder generará confianza en la sociedad y predictibilidad de las decisiones judiciales.
- b. Los operadores jurídicos (fiscalía y abogados) realizarán su función de manera más eficaz, pues no podrán suplir sus omisiones ni negligencias a través de la solicitud de una prueba de oficio.