

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“ANALISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA PRUEBA DE OFICIO EN
EL PROCESO PENAL PERUANO”**

TESIS

PRESENTADO POR EL BACHILLER:

JULIO CESAR JARA CCALLO

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

PROMOCION 2010 - I

Puno – Perú

2014

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

"ANALISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA PRUEBA DE OFICIO EN
EL PROCESO PENAL PERUANO"

PRESENTADO POR EL BACHILLER
JULIO CESAR JARA CCALLO

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE
ABOGADO

SUSTENTADO EL 18/08/2014

APROBADO POR EL JURADO REVISOR CONFORMADO POR:

PRESIDENTE DEL JURADO :


Abog. Manuel Quintanilla Chiracón

PRIMER MIEMBRO :


Abog. Juan Casazola Ccarma

SEGUNDO MIEMBRO :


Abog. Juan Barríos Estrada

DIRECTOR Y ASESOR DE TESIS :


Abog. Julio Cuentas Cuentas

ÁREA: Derecho procesal penal

TEMA: Constitucionalidad de la prueba de oficio

DEDICATORIA

A mis queridos padres Denis y Matilde,
Con gratitud por su continuo apoyo en
mi formación académica y lograr mi
superación personal.



ÍNDICE

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, ANTECEDENTES Y OBJETIVOS DE

LA INVESTIGACION	1
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.2 ANTECEDENTES	3
1.3 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION.....	4

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO, MARCO CONCEPTUAL E HIPOTESIS DE LA

INVESTIGACION	5
2.1. MARCO TEÓRICO	5
2.1.1 La Prueba.....	5
2.1.2 Finalidad de la Prueba	6
2.1.3 Importancia de la Prueba	6
2.1.4 La actividad probatoria	7
2.1.5 Carga de la prueba.....	8
2.1.6 Principios Probatorios	10
2.1.7 Carga de la prueba y el principio de presuncion de inocencia	20
2.1.8 La Prueba de Oficio.....	21
2.1.9 El Sistema Procesal Acusatorio	24
2.1.10 La Constitución como norma suprema del Proceso penal	33
2.1.11 El Principio de Proporcionalidad como criterio en el control de constitucionalidad de las leyes	36

2.2. MARCO CONCEPTUAL	39
2.3. HIPOTESIS	43
CAPITULO III	
METODO DE INVESTIGACION	44
3.1 METODOS Y TECNICAS DE INVESTIGACION.....	44
3.2 TRATAMIENTO DE LA INFORMACION.....	45
3.3 AMBITO DE ESTUDIO.....	45
CAPITULO IV	
EXPOSICION Y ANALISIS DE RESULTADOS	
ANALISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA PRUEBA DE OFICIO	46
4.1 PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	46
- Derecho Fundamental a un Juez Imparcial.....	52
4.2 APLICACION DE PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	54
- Principio de Seguridad Juridica	60
4.3 PROPUESTAS LEGISLATIVAS	80
CONCLUSIONES	82
RECOMENDACIONES.....	84
BIBLIOGRAFIA	86
ANEXOS	

RESUMEN

El presente trabajo de investigación titulado “Análisis de la Constitucionalidad de la Prueba de Oficio en el Proceso Penal Peruano”, desarrollado durante el 2013 y parte del año 2014, tiene como propósito analizar la constitucionalidad de la prueba de oficio en el marco del Código Procesal Penal Peruano 2004. Con este propósito, se ha realizado una investigación de tipo teórico – documental, haciendo uso del método de investigación propio de la ciencia del derecho denominado método dogmático. El cual nos ha permitido alcanzar los objetivos propuestos. Entre ellos, analizar la constitucionalidad de la prueba de oficio, precisar los posibles derechos vulnerados, identificar los fundamentos de la regulación de la prueba de oficio y finalmente averiguar su idoneidad. Además de las herramientas metodológicas, que actúan como garantes de los resultados de la investigación, hicimos uso de todo el marco teórico que contiene al Principio de Proporcionalidad a fin de pronunciarnos sobre la constitucionalidad de la prueba de oficio. Como resultado de todo ello la hipótesis, que en términos generales plantea la inconstitucionalidad de la prueba de oficio, ha sido aceptada, basada en elaboraciones teórico – argumentativas. Finalmente, en base a los resultados de la investigación, hemos propuesto algunas modificaciones al Código Procesal Penal, que de implementarse constituirían en una alternativa a la regulación de la prueba de oficio, que también están orientadas a la búsqueda de la verdad y la justicia.

PALABRAS CLAVE: Prueba de Oficio, Constitucionalidad, Derecho Fundamental, Principio de Seguridad Jurídica, Derecho a un Debido Proceso.



INTRODUCCION

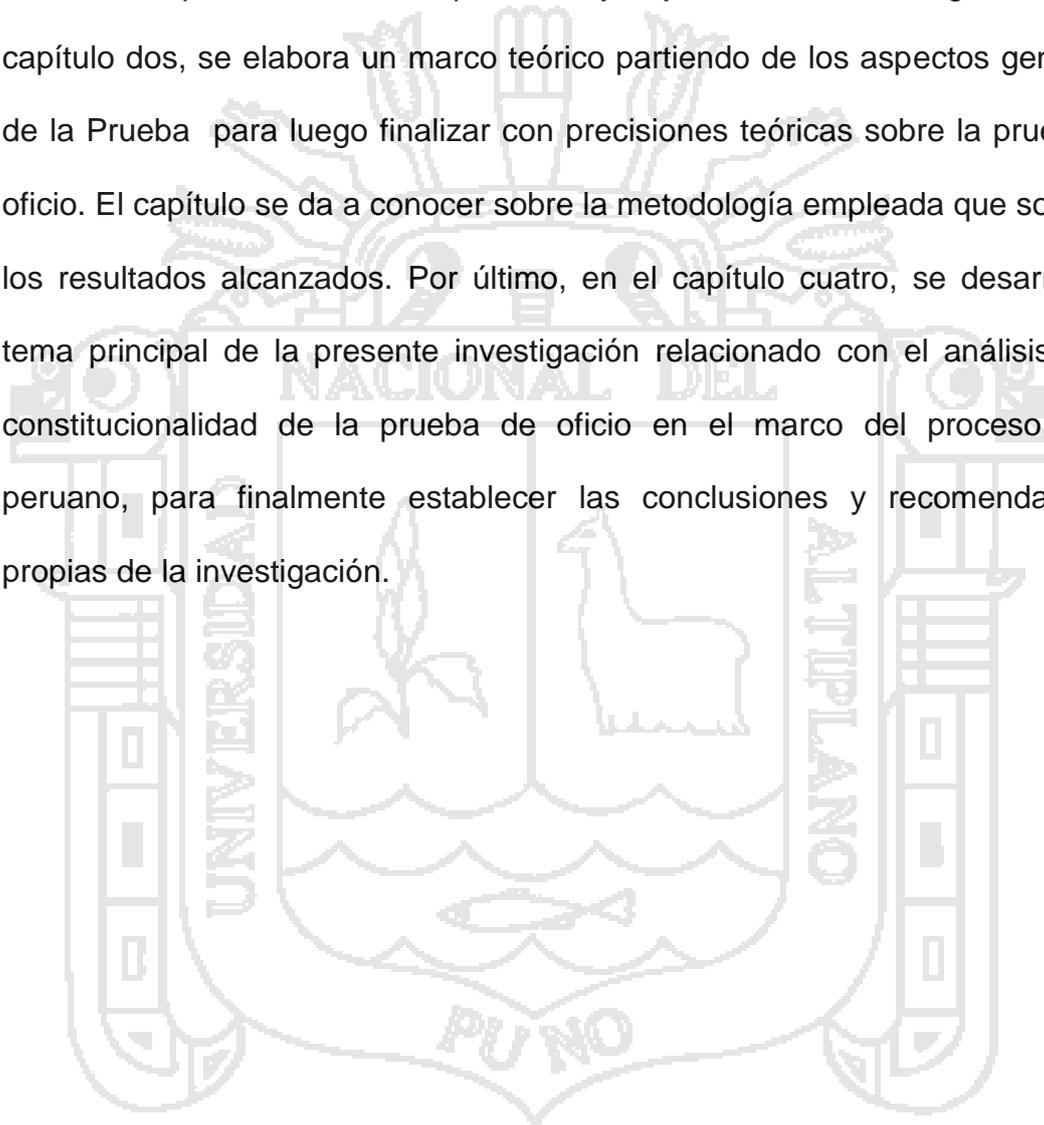
Tras varios intentos de reforma del sistema judicial en materia penal, ésta ha visto plasmada en la promulgación del Código Procesal Penal 2004, en el cual se implementa un sistema acusatorio garantista, donde el Ministerio Público adquiere un mayor protagonismo en ejercicio de la acción penal de la cual está dotado el Estado. En un escenario donde los derechos fundamentales gozan de reconocimiento internacional y donde también el Estado busca proteger estos derechos a través de sanciones penales previo juicio.

En esta misma coyuntura encontramos a la prueba de oficio que dentro de la doctrina jurídica tiene adeptos y opositores en cuanto a su regulación. Los que están a favor justifican su regulación porque el Estado tiene un interés en conocer la verdad para impartir justicia, mientras que sus detractores alegan que la prueba de oficio vulnera el derecho a un juez imparcial. Dadas estas circunstancias creemos importante investigar sobre la constitucionalidad de la prueba de oficio y precisamente el contenido de la investigación está orientado a ese objetivo.

Con la certeza de que los logros alcanzados en el desarrollo de la investigación, constituye la base que sirve para corregir y afianzar nuestro proceso penal. Por lo que es de mucha satisfacción ofrecer a los interesados un material de conocimiento que seguramente serán objeto de discusión, dando como resultado propuestas que permitan consolidar el tan ansiado

equilibrio entre el poder punitivo del Estado y el respeto a los derechos fundamentales.

El trabajo se ha dividido en cuatro capítulos, el primero describe lo referente al planteamiento del problema y objetivos de la investigación. En el capítulo dos, se elabora un marco teórico partiendo de los aspectos generales de la Prueba para luego finalizar con precisiones teóricas sobre la prueba de oficio. El capítulo se da a conocer sobre la metodología empleada que soportan los resultados alcanzados. Por último, en el capítulo cuatro, se desarrolla el tema principal de la presente investigación relacionado con el análisis de la constitucionalidad de la prueba de oficio en el marco del proceso penal peruano, para finalmente establecer las conclusiones y recomendaciones propias de la investigación.



CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, ANTECEDENTES Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.-

La Constitución Política del Estado y el Proceso Penal.-

La Constitución Política del Estado, constituye la norma jurídica de mayor jerarquía dentro de nuestra sociedad; como tal, condiciona la validez de las normas que le son inferiores en cuanto a su vigencia y contenido.

La persecución penal es un atributo exclusivo del Estado que necesariamente va incidir en el ámbito de las libertades y derechos fundamentales de la persona humana. Por ello, existe una estrecha relación entre la normativa constitucional y derecho procesal penal, estando esta última condicionada a la primera. Siendo esto así, en un proceso penal en la mayoría de casos se afectan los denominados derechos de primera generación, los mismos que son consagrados y protegidos por nuestra constitución. En salvaguarda de nuestros derechos fundamentales, existen las garantías

procesales penales constitucionales, que no es otra cosa que principios procesales.

Con la dación del Código Procesal Penal del 2004, el legislador ha visto por conveniente regular la actuación probatoria de oficio en los artículos 155° inc. 3 y 385° incisos 1 y 2; los cuales admiten excepcionalmente las *Pruebas de Oficio*. Dentro de la doctrina existen posiciones encontradas; es decir, a favor y en contra, de la regulación de la prueba de oficio. Las posiciones a favor consideran que como la finalidad del proceso penal es la búsqueda de la verdad material, por lo tanto se justifica la actuación probatoria de oficio; del otro lado, es decir los que están en contra, sostienen que regular la prueba de oficio vulnera el derecho fundamental a un juez imparcial.

El derecho a un juez imparcial por su naturaleza procesal, se reviste de gran importancia por ser un eje fundamental en el proceso penal, debido a que hablar de principios y garantías procesales sería iluso si la decisión final del juez se torna en parcializada.

Con estas consideraciones previas, nos hemos propuesto investigar la constitucionalidad de las normas que admiten la prueba de oficio, ya que en caso de demostrar la inconstitucionalidad de la regulación prueba de oficio, estaremos frente a algunos procesos con penas impuestas o en curso (procesos donde se recurre a la prueba de oficio), en mayor o menor medida se encuentran viciados de legitimidad.

1.1.1 Definición del Problema.-

Nuestro problema queda definido de la siguiente manera:

- ¿Es constitucional la prueba de oficio en el proceso penal peruano?

1.2 ANTECEDENTES.-

En la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez, podemos encontrar un trabajo de investigación con relación a la prueba de oficio, elaborado por el Sr. Néstor Henry Gutiérrez Miranda, para optar el título profesional de abogado, cuyo título es: *“Exegesis de la Prueba de Oficio en el Nuevo Código Procesal Penal y su Repercusión en el Principio de Imparcialidad”*, 2012, y entre sus principales conclusiones tenemos:

- a) La aplicación de la prueba de oficio atenta gravemente el Principio de Imparcialidad. Toda vez que en su aplicación, el juez inevitablemente favorece a una de las partes (inclina su balanza).
- b) Vulnera la autonomía del Ministerio Público. Por cuanto le corresponde la investigación, acusación y actividad probatoria al Fiscal tal como lo señala la Constitución Política del Perú y el Nuevo Código Procesal Penal; contrario sensu el juez al aplicar la prueba de oficio se convierte en un ente investigador y probador olvidando su naturaleza misma.

Asimismo, en la Unidad de Post Grado de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, encontramos la tesis denominada: *“El Proceso Penal Peruano: una Investigación sobre su Constitucionalidad”*, elaborado por el señor Víctor Burgos Mariños, en el año 2002, sus conclusiones principales son las siguientes:

- a) Las prescripciones constitucionales que consagran derechos, principios o garantías con naturaleza procesal penal (expresa o tácita) poseen “eficacia directa”, constituyen Derecho Procesal Penal; y en tal virtud,

deben ser aplicados directamente por los jueces penales.

- b) El proceso penal debe ser llevado de acuerdo y con respeto a las garantías constitucionales del proceso penal.

1.3 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION.-

La presente investigación tiene los siguientes objetivos:

- OBJETIVO GENERAL.-

Analizar la constitucionalidad de la prueba de oficio en el proceso penal peruano.

- OBJETIVOS ESPECIFICOS.-

1. Identificar los principios constitucionales que fundamentan la regulación de la prueba de oficio en el proceso penal.
2. Establecer la idoneidad de la prueba de oficio en el proceso penal.
3. Determinar si la prueba de oficio afecta al derecho a un juez imparcial.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO, MARCO CONCEPTUAL E HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. MARCO TEÓRICO.

2.1.1 La Prueba.

El termino prueba no es de uso exclusivo de la ciencia del derecho o de alguna rama en particular, trasciende en todas las ciencias que integran el saber humano y porque no también la vida cotidiana. Con lo anterior queremos advertir que existen una variedad de conceptos que nos ofrecen los autores respecto a la prueba y por consiguiente la dificultad para precisar su noción, de lo cual no se ocupa la presente investigación.

Para fines de la investigación presentaremos un concepto que creemos que será útil para su desarrollo:

“La prueba debe ser considerada como el medio a través del cual el derecho pretende determinar la verdad de las proposiciones en el marco de un proceso judicial”. (FERRER, 2005, p. 31)

2.1.2 Finalidad de la Prueba.-

Al revisar la teoría o tratados de la prueba, podemos encontrar quienes afirman que la finalidad de la prueba es establecer la verdad, otras que consideran que ese fin es obtener el convencimiento o la certeza subjetiva del juzgador, y finalmente hay quienes sostienen que su fin es la fijación de los hechos. Todas ellas elaboradas sobre la base de diferenciación entre verdad formal y material.

Sin embargo, la teoría que postula una relación teleológica entre prueba y verdad, que entre otros argumentos critica la distinción entre verdad formal y material con el que concordamos, nos dice que: “La finalidad de la prueba como institución jurídica es la de permitir alcanzar el conocimiento acerca de la verdad de los enunciados fácticos del caso”. (FERRER, 2005, p. 74)

2.1.3 Importancia de la Prueba.-

El proceso penal se inicia con el propósito de establecer la existencia de un hecho punible y la responsabilidad del imputado, es ahí donde la prueba juega un rol muy importante siendo este la parte neurálgica del proceso. Su ausencia podría significar la imposibilidad de administrar justicia.

Por eso, no deja de tener razón lo expresado por Devis Echandía en el sentido de que la prueba tiene importancia en la vida jurídica debido a que “sin ella los derechos subjetivos de una persona serían, frente a las demás personas o al Estado y entidades públicas emanadas de este, simples apariencias, sin solidez y sin eficacia alguna diferente de lo que pudiera obtenerse por propia mano o por espontánea condescendencia de los demás”.

(DEVIS, 2002, p. 4)

2.1.4 La actividad probatoria.-

La actividad probatoria “es el conjunto de actos procesales que despliegan los sujetos procesales destinados a la producción, recepción y valoración de los elementos de prueba” (CUBAS, 2009, p. 271). Esta actividad está a cargo principalmente del Ministerio Público, el imputado, actor civil y tercero civil quienes aportan y tratan de introducir en el proceso, solamente los elementos probatorios que les sean útiles.

Del concepto anterior podemos distinguir tres momentos en la actividad probatoria, a saber:

a) Proposición.-

Cualquiera de los sujetos procesales puede indicar o requerir, la introducción en el proceso penal, de un medio de prueba. La proposición “Es la solicitud que el ministerio público y las partes formulan ante el juez, para que se disponga la aceptación y recepción de un medio de prueba”. (CAFFERATA, 1998, p. 40)

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 comunidad de la prueba.

b) Recepción.-

La recepción de la prueba consiste, en tomar conocimiento del elemento de prueba introducido mediante la forma permitida por la ley.

“El momento de la recepción ocurre cuando el tribunal lleva a cabo el medio de prueba, posibilitando el efectivo ingreso en el proceso del dato probatorio que surja de su realización”.
(CAFFERATA, 1998, p. 41)

c) Valoración.-

Ello connota realizar un análisis crítico y lógico que le corresponde al juzgador sobre los elementos de prueba actuados en el proceso penal. “La valoración es la operación intelectual o mental con el propósito de establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos y actuados en el proceso”.
(CAFFERATA, 1998, p. 43)

2.1.5 Carga de la prueba.-

Frente a dos afirmaciones contrarias entre sí, se impone la necesidad de probar una, caso contrario se da por cierta la otra. El problema está en determinar cuál de las afirmaciones cuenta con el favor de la verdad por omisión y cuál no es creíble por lo que necesita ser probada.

Cuando se habla de carga de la prueba no se puede hablar de obligación ni de deber, sino que este es un concepto al que solo podemos referirnos como gravamen, condición o necesidad que tiene alguien de probar la afirmación que realiza, bajo advertencia de que, en caso contrario, se seguirá creyendo en la afirmación contraria. (CHOCANO, 2008, p. 379)

Existen dos criterios fundamentales para la distribución de la carga de la prueba: uno es subjetivo y el otro objetivo, aun cuando algunos autores han

pretendido una salida fácil atribuyendo el derecho de distribuir la carga de la prueba al legislador.

a) Determinación legal de la carga de la prueba.

Se da cuando la ley es fuente de la carga de la prueba; así por ejemplo en el Nuevo Código Procesal Penal (D. Leg. 957), señala lo siguiente:

Artículo IVº.- Titular de la acción penal

1. El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba.

Asume la conducción de la investigación desde su inicio.

b) Criterio de determinación subjetiva de la carga de la prueba.

Generalmente se distribuye la carga de la prueba en base a un criterio subjetivo, esto es en función a los sujetos procesales. Para el sistema inquisitorial la carga de la prueba le corresponde al juez ya que éste tiene el poder y el deber de probar tanto la culpabilidad como la inocencia. En el sistema acusatorio, adoptado por nuestro Nuevo Código Procesal Penal, se asume que en términos generales debe probar el que acusa.

“Cuando se quiere afirmar la existencia de un Juez imparcial, se habla de que la carga de la prueba le corresponde a las partes quienes realizan toda la actividad probatoria, excepto la valoración que la realiza el juez”. (CHOCANO, 2008, p. 382)

c) Criterio de determinación objetiva de la carga de la prueba.

El criterio objetivo distribuye la carga de la prueba tomando en cuenta el hecho a probarse, y lo que se dice del mismo. Dentro de este criterio tenemos a la Teoría de la carga natural material que sostiene que la carga de la prueba no es impuesta por la ley, sino que surge de la naturaleza misma de las cosas, de la experiencia humana sobre los hechos y del raciocinio. De ahí que la carga de la prueba se convierta en el interés práctico que un sujeto tiene en presentar la prueba que le da base para invocar la aplicación de un principio jurídico, al cual aquella le sirve de apoyo.

“La determinación de la parte a quien en cada caso corresponde la carga de probar se hace según los principios de la carga material de la prueba, los cuales determinarían a cuál de los litigantes le sobrevendría el perjuicio resultante de la falta de prueba de una hecho”. (CHOCANO, 2008, p. 385)

2.1.6 Principios Probatorios.-

La prueba y la actividad tendiente a conseguirla vienen regidas por una diversidad de principios que pretenden materializar los postulados de un modelo procesal.

Los principios probatorios, como los principios de todo proceso, tienen como características la bipolaridad y la sistematización. Por la bipolaridad un principio siempre tiene su principio opuesto de modo tal que no puede entenderse uno sin contraponerlo con el otro, por ejemplo

el principio de presunción de inocencia tiene su contrapuesto en el principio de culpabilidad. Por la característica de la sistematización se entiende que los principios no son un conglomerado casual de objetos, desligados y aislados unos de otros y sin ninguna relación de dependencia entre sí; sino que deben entenderse como un todo articulado y único, en que los principios se hallan orgánicamente vinculados unos con otros, dependen unos de otros y se condicionan los unos a los otros. (CHOCANO, 2008, p. 99)

A continuación citaremos de manera enumerativa, más no taxativa, los siguientes principios probatorios:

a) Principio de contradicción.-

Según este principio las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como intervenir en su formación.

En el proceso penal existe una doble contradicción: una que se refiere a la imputación (afirmación positiva) y otra que se refiere a la defensa (afirmación negativa). En consecuencia el principio de contradicción es aquel por el cual el proceso se desarrolla sobre la base de afirmaciones positivas y negativas, que reflejan, as su vez, la contradicción entre el ius puniendi del Estado y el derecho de defensa del imputado garantizado por los derechos humanos.

Este principio lleva implícito el hecho de que toda afirmación debe ser objeto de contrastación. La parte contra quien se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, lo que incluye el derecho de interpretar la prueba

analizarla y contraprobar. (CHOCANO, 2008, p. 101)

Este principio es contrario al secreto del sistema inquisitorial.

b) Principio de adquisición o comunidad de la prueba.-

La prueba una vez incorporada al proceso debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia de hecho a que se refiere, pasando a ser de interés común.

“También llamado de adquisición procesal de la prueba, en cuanto una prueba se incorpora al proceso ya sea afirmando o negando un hecho o circunstancia. Puede ser alegado por cualquiera de las partes, independientemente de quien lo ofreció”. (CUBAS, 2009, p. 280)

c) Principio acusatorio.-

El juez no puede proceder sino a consecuencia de una acusación presentada por el órgano acusador. Es decir que por el principio acusatorio, desaparece la conmixción procesal que concentra todas las funciones procesales en una sola persona (juez investigador, acusador y juzgador) y las distribuye en personas distintas e independientes unas de otras para garantizar la imparcialidad del juzgamiento.

Este principio acusatorio implica además el equilibrio entre la acusación y la defensa, y se encuentra en consecuencia polarizado con el principio inquisitivo.

El Tribunal Constitucional ha señalado respecto a este principio lo siguiente: “La vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: a) Que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada esta por persona ajena al órgano

jurisdiccional sentenciador; b) Que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada; c) Que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad". (STC Expediente N° 2005-2006-PHC/TC)

d) Principio inquisitivo o de investigación.-

En contraposición al principio acusatorio tenemos al principio inquisitivo que expresa la obligación de investigar la verdad en un proceso; es el fundamento del sistema inquisitorial, cruelmente violatorio de todo derecho humano.

La perversión del principio inquisitivo está en el sistema inquisitorial, por el cual quien se encarga de la investigación y el juzgamiento es el juez. El principio inquisitivo como sistema tiene las siguientes características:

- La ley limita los medios probatorios.
- El valor probatorio está establecido por el legislador.
- El juez tiene la carga de la prueba.
- La confesión es *regina probatio*, y la tortura es un método legal para obtenerlo.
- Las pruebas son secretas.
- El fin de la prueba es establecer la verdad formal.
- La acusación tiene mayores facultades probatorias que la defensa.

e) Principio de oficialidad.-

Por el principio de oficialidad la persecución penal es promovida por órganos del Estado los que tienen como función denunciar, acusar y

probar el delito. El principio de oficialidad ha estado ligado durante muchos años al principio inquisitivo ya que no había ninguna separación entre los órganos de persecución penal y los órganos de juzgamiento.

Está referida a que el titular de la acción penal pública es el Ministerio Público, por tanto no se requiere de denuncia de parte aunque tampoco está prohibido. La actividad probatoria en el procedimiento inquisitorial, el juez juega todos los roles; mientras que en el procedimiento acusatorio, solo participa en el control de la admisibilidad de los medios de prueba legítimos, en el control de la correcta producción de prueba y en la valoración de la misma.

f) Principio de legalidad.-

El principio de legalidad es el más general de los principios, pues comprende a diversos aspectos del Derecho en general, como una garantía de seguridad jurídica.

“Por legalidad, se entiende todo medio de prueba que se pretende incorporar al proceso, bajo el imperio del respeto de las normas fundamentales precisadas en la Constitución Política del Estado, es decir sin que se vulneren tales derechos que también anteladamente han sido considerados en convenios y tratados internacionales”. (PELAEZ, 2013, p. 111)

g) Principio de igualdad de oportunidad.-

Este principio se conoce también con el nombre de “igualdad de armas” y consiste en que tanto la parte acusadora como la imputada deben gozar de las mismas oportunidades para hacer uso de todos los medios

probatorios a su alcance.

La igualdad supone “que las partes dispongan de idénticas oportunidades para presentar o pedir la práctica de pruebas, persigan o no contradecir la aducidas por el contrario”. (DEVIS, 2002, p. 116)

h) Principio de concentración de la prueba.-

La prueba debe fluir simultáneamente en un solo acto o por lo menos sin solución de continuidad, para que pueda ser evaluada en su integridad. En el sistema acusatorio, la recolección de pruebas permite que al momento de hacerse el juzgamiento todas ellas sean expuestas de una sola vez, para que sean mutuamente contrastadas y valoradas. Este principio está particularmente imbricado con el de inmediación.

i) Principio de inmediación.-

Este principio se refiere a la forma como la prueba es percibida por el juez y los demás sujetos procesales. Hay inmediación cuando el juez y las partes participan personal y directamente en la producción de prueba.

Entre mayor proximidad tengan los sujetos procesales con los medios de prueba, más amplio y profundo será su conocimiento de los hechos.

El principio en virtud del cual se procura asegurar que el juez o tribunal se halle en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias; a fin de que pueda conocer en toda su significación el material de la causa, desde el principio de ella, quién a su término ha de pronunciar la sentencia que la resuelva. (CUELLO, 2008, p. 683)

j) Principio de oralidad.-

Por oposición el sistema inquisitorial que era especialmente escriturado, el sistema acusatorio es especialmente oral.

El principio de publicidad tiene una doble finalidad: por un lado, proteger a las partes de una justicia sustraída al control público, y por otro, mantener la confianza de la comunidad en los tribunales.

k) Principio de libertad objetiva de prueba.-

Este principio se contrapone al sistema de pruebas legales, en el que la ley es la que señala que pruebas pueden usarse limitando el derecho a usar cualquier medio que puede servir para el conocimiento de los hechos.

El principio de libertad objetiva de la prueba reconoce que cualquier hecho puede ser probado por cualquier medio. El sistema acusatorio permite la utilización de cualquier medio que porte prueba para el conocimiento de la verdad. En este caso se admite generalmente que la ley regule la formalidad de los medios de prueba más comunes, o los señale *numerus apertus* pero no *numerus clausus*. En cuanto a los medios no enunciados, esto no significa que se trate de pruebas vetadas sino simplemente que se someten a la regulación de la prueba en general. ...Aun cuando un medio de prueba pueda ser útil para condenar a una persona no es admisible si ha sido obtenido violando los derechos humanos. El fin no justifica los medios.
(CHOCANO, 2008, p. 129)

l) Principio de libertad subjetiva de la prueba.-

El principio de prueba tasada, que señala que el valor de la prueba esta predeterminado por el legislador, tiene su contrario en el principio de libertad subjetiva de la prueba, por el cual el valor probatorio no está determinado por el legislador, sino por los sujetos procesales en general y particularmente por el juez en forma concreta en cada caso.

El principio de libertad subjetiva de la prueba se conoce también como principio de libre valoración de la prueba, el juez queda facultado para darle a cada medio de prueba el valor que le corresponde en cada caso concreto.

Esto no significa que el juez pueda actuar arbitrariamente señalando el peso probatorio de acuerdo a sus intereses crematísticos, prejuicios o simpatías, por el contrario el juez se encuentra obligado por las reglas de la lógica y la dialéctica, y no se escapa al control social de sus decisiones, para lo que está obligado a la fundamentación y motivación de sus resoluciones y a hacer el juzgamiento en forma pública. (CHOCANO, 2008, p. 130)

m) Principio de originalidad.-

El medio probatorio debe llegar al juez sin alteraciones y sin intermediarios. La cosa o la persona que son medios de prueba deben ser presentados ante el juez directamente, tal y como son, con la forma y contenidos sin adulterar. Cuando se presentan intermediarios no hay prueba original.

Este principio puede ser violado por alteración material de la cosa que

prueba; es decir, que la cosa no se presenta para su examen, tal y como es, o como ha quedado como consecuencia de la acción realizada en su contra, sino que ha sido adulterada para calumniar a alguien, o para encubrir un delito.

n) Principio de veracidad de la prueba.-

La prueba no debe usarse para ocultar o deformar la realidad, por cuanto la lealtad, la veracidad y la probidad exigen el uso solo de medio de prueba que se correspondan con dicha realidad y que en el proceso de obtención no se haya actuado con engaño ni traición.

“El principio de veracidad está ligado al fin de la prueba y a la discusión sobre la verdad material y formal. Podemos agregar que, en materia penal, este principio se liga necesariamente con el inquisitivo y la investigación oficial”. (FALCON, 2003, p. 230)

o) Principio de necesidad de la prueba.-

La necesidad de prueba, señala lo que obligatoriamente debe probarse bajo conminación de creerse lo contrario. Así debe probarse la culpabilidad, de lo contrario se cree en la inocencia.

Este principio “se funda en una estructura necesaria del sistema procesal según el cual, tanto en el proceso penal como en el proceso civil, los hechos son los fundantes de la pretensión, no admitiéndose una decisión que no tenga fundamento en los hechos”. (FALCON, 2003, p. 222)

p) Principio de publicidad.-

La publicidad es un principio connatural al proceso penal. Implica el conocimiento de los cargos y de la pruebas, especialmente por el

imputado. “significa que debe permitirse a las partes conocerlas, intervenir en su práctica, objetarlas si es el caso, discutir las y luego analizarlas para poner de presente ante el juez el valor que tienen... y estar al alcance de cualquier persona que se interese en ello”. (DEVIS, 2002, p. 117)

q) Principio de unidad de la prueba.-

El conjunto probatorio forma unidad y como tal debe ser examinada y apreciada por el juez, para confrontar unas pruebas con otras, puntualizar su concordancia o discordia o conducir sobre él, el convencimiento que de ellos globalmente se forma.

“Por el principio de unidad, cada prueba no es valorada independientemente, sino en relación a las otras pruebas. Tiene que cotejarse el dicho de unos testigos con el dicho de los otros; tiene que confrontarse si lo manifestado por el testigo es corroborado o contradicho por el documento y tiene que contraponerse la prueba excusante a la prueba incriminante”. (CHOCANO, 2008, p. 137)

r) Principio de presunción de inocencia.-

El principio de presunción de inocencia es un principio angular que se tiene como una verdad *iuris tantum* que toda persona no es autora ni participe en la comisión de un delito, por lo que debe necesariamente probarse que es culpable.

s) Principio de *in dubio pro reo*.

Es un principio de vieja data, que aparece ya en el Digesto: *Nocentem absolveré satius est quam innocentem damnari (es preferible absolver a un culpable que condenar a un inocente)*.

La certeza de un derecho penal mínimo de que ningún inocente sea castigado viene garantizada por el principio de in dubio pro reo. Es el fin al que tienden los procesos regulares y sus garantías. Y expresa el sentido de la presunción de no culpabilidad del imputado hasta prueba en contrario: es necesaria la prueba – es decir, la certidumbre, aunque sea subjetiva – no de la inocencia sino de la culpabilidad, sin tolerarse la condena sino exigiéndose la absolución en caso de incertidumbre. La incertidumbre es en realidad resuelta por una presunción legal de inocencia en favor del imputado precisamente porque la única certidumbre que se pretende del proceso afecta a los presupuestos de las condenas y de las penas, y no a los de las absoluciones y de las no penas. (FERRAJOLI, 2006, p. 106)

t) Principio de legitimidad de la prueba.-

Consiste en que toda prueba para ser admitida y valorada debe ser producto de un proceso en que se haya observado todos los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales, señalan, sin lugar a dudas los límites entre el derecho justo y el derecho injusto, por lo que podríamos decir que no hay ley que tenga validez si comprende normas contrarias a los Derechos Humanos.

2.1.7 Carga de la prueba y el principio de presunción de inocencia.-

El artículo 2º, inciso 24, literal e, de la Constitución Política establece que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. Por ello, el principio de inocencia surge en

salvaguarda de nuestros derechos fundamentales frente a la arbitrariedad punitiva del Estado.

“La CIDH ha establecido que el derecho a la presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías que no perturba la persecución penal, pero sí la racionaliza y encauza. Así, la presunción de inocencia es una garantía básica y vertebral del proceso penal, y constituye un criterio normativo del derecho penal sustantivo y adjetivo, descartando toda normativa que implique una presunción de culpabilidad y establezca la carga al imputado de probar su inocencia”. (CERDA & FELICES, 2011, p. 147)

“La única forma legamente autorizada para quebrar el principio de inocencia que alega el implicado en el proceso, es la prueba formal que dentro del sistema acusatorio, tiene a la reconstrucción conceptual del hecho de una modo comprobable y demostrable”. (PELAEZ, 2013, p. 104)

“El derecho a la presunción de inocencia tiene dos consecuencias: impone el deber de tratar al imputado como inocente y atribuye la carga probatoria al Estado. Esto último significa que sobre el acusador público pesa la carga de satisfacer el estándar probatorio legal. **La consecuencia del incumplimiento de dicha carga es la absolución del acusado**”. (QUISPE, 2010, p. 11)

2.1.8 La Prueba de Oficio.-

La discusión acerca de la actuación probatoria de oficio ha generado un creciente debate jurídico con argumentos a favor y en contra de su regulación.

No es raro encontrar dentro de la doctrina críticas a la iniciativa probatoria de oficio donde se cuestiona la imparcialidad del juez o afirmando que vulnera el principio acusatorio; en contraposición a dichas críticas también encontramos argumentos a favor, que partiendo de la búsqueda de la verdad material, como finalidad del proceso penal, admiten al iniciativa probatoria de oficio que al practicarla el tribunal no se convierte en acusador o defensor sino en espectador de la prueba, siendo inane para la independencia e imparcialidad objetiva, puesto que no conoce el resultado de la misma. (LOPEZ, 2008, p. 78)

Asimismo, entre las posturas más resaltantes que critican la iniciativa probatoria de oficio, encontramos al maestro Juan Montero Aroca, quien se expresó en los siguientes términos: “El juez no puede realizar en el curso del juicio oral aquellas actividades que se corresponden con el papel de la partes, lo que supone que el juez no puede aportar hechos en el proceso y que no puede practicar medios de prueba distintos de los ofrecidos por las partes. Especialmente en el proceso penal, en el que se parte de la llamada presunción de inocencia, de modo que la prueba de los hechos imputados corresponde a la acusación que los ha afirmado, si el juez pudiera acordar prueba de oficio estaría asumiendo el papel que le corresponde a la parte acusadora. Y de la misma manera si el juez acordara prueba de oficio para acreditar los hechos alegados por la defensa, su papel sería el de abogado del acusado”. (MONTERO, 2008, p. 242)

Esta investigación pretende defender la postura de que la prueba de oficio vulnera derechos y garantías fundamentales dentro del proceso penal. A continuación presentamos un concepto de prueba de oficio que contribuirá a la

finalidad antes expuesta:

“Las pruebas de oficio son aquellas actuaciones realizadas por parte del Juez, quien al encontrarse ante un acopio de pruebas deficiente, y advertir además que resulta necesario incorporar otros medios de prueba no ofrecidos por las partes, -pero que resultan fundamentales para la resolución de un caso- ordena su incorporación y actuación en el proceso”. (ROSALES, 2012, p. 2)

El Código Procesal Penal, D. Leg. 957, señala como regla general que el Ministerio Público y los demás sujetos procesales son los oferentes de la prueba mientras que el Juez es el admisor; sin embargo, considera posible las pruebas de oficio excepcionalmente. Así tenemos los siguientes artículos del código que hacen referencia a la prueba de oficio:

ARTÍCULO 155º.- Actividad Probatoria

3. La Ley establecerá, por excepción, los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio.

ARTÍCULO 385º.- Otros medios de prueba y prueba de oficio

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.

2.1.9 El Sistema Procesal Acusatorio.

Históricamente, el sistema acusatorio fue el primero en aparecer, teniendo prevalencia hasta el siglo XII, en que fue sustituido por el Sistema Inquisitivo y, en su esencia, responde a la índole de los juicios, esto es, una discusión entre dos partes opuestas, que es resuelta por el juez. Este sistema prevaleció fundamentalmente en Grecia, Roma y en el derecho germánico. No podía darse el proceso penal sin la presencia de un ciudadano que actuaba como representante de la sociedad ofendida por el delito, pero se reconoció el derecho de defensa, primero personal, y después por medio de abogado. La falta de acusación dejaba el delito impune. El sistema acusatorio se concentraba, naturalmente, en una distinción entre las partes. Su origen se vincula a una concepción democrática, tan es así, que fue adoptado por los antiguos regímenes democráticos y republicanos.

El sistema acusatorio se extendió por otros pueblos de Europa y sufrió cambios de acuerdo a las características de cada pueblo. Las funciones de acusación, defensa y de decisión se confían respectivamente a un órgano propio y separado, que la ejerce y hasta diría que la gestiona, y así se instituyen tres órganos: acusador, defensor y juez; entonces, estamos en un proceso acusatorio.

2.1.9.1 Características fundamentales del Sistema Acusatorio en sus inicios.-

Cubas (2009) expresa que las características fundamentales del sistema acusatorio antiguo son:

- a) La acción corresponde a la sociedad, mediante la acusación libre y cuyo ejercicio se confiere no solo al ofendido y a los parientes, sino a cada ciudadano; en todo evento sin previa acusación, no existe juicio.
- b) La libertad personal del acusado es respetada hasta el instante en que se dicte sentencia condenatoria.
- c) La etapa contradictoria del juicio se realiza con igualdad absoluta de derechos y poderes entre acusador y acusado.
- d) La oralidad, la publicidad y la concentración son las características del debate.
- e) La presentación de la pruebas constituye una carga exclusiva de las partes.
- f) El juez es popular y recusable asumiendo un rol pasivo durante el juicio. Le corresponde valorar la prueba que rindan las partes.
- g) El veredicto se fundamenta en el libre convencimiento.

2.1.9.2 Caracteres fundamentales del sistema acusatorio.-

Las características de los sistemas inquisitivo y acusatorio son diametralmente opuestas. Por tanto es necesario señalar que las diferencias

entre el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo, para tal efecto se usarán como base la caracterización realizada por el Doctor PEREZ (2008, p. 14), y que a continuación presentamos:

a) Separación de funciones procesales.-

Las posiciones fundamentales de toda forma de procedimiento penal son tres:

1. El acusador.
2. El Imputado.
3. El juez o tribunal.

El sistema inquisitivo de enjuiciamiento criminal se caracteriza por la reunión de esos tres papeles en la figura del juez o tribunal, en lógico detrimento de la defensa del imputado, pues mal puede ser objetivo aquel que tiene facultades infinitas para incriminar.

El sistema acusatorio, en cambio, separa cada uno de esos papeles y los encomienda a sujetos procesales distintos e independientes entre sí, para garantizar el equilibrio procesal y el juicio sereno por medio de la contradicción entre partes adversas (acusación y defensa) frente a un tribunal imparcial. (PEREZ, 2008, p. 14)

b) El inicio del proceso por sujeto distinto del juez (Nemo iudex sine actore).-

Separar los roles persecutorios y decisorios asegura una efectiva separación entre el ministerio público y el poder judicial, y como consecuencia de ello *no pueden iniciar un proceso de oficio.*

En el sistema acusatorio, la primera consecuencia de la separación de

funciones procesales, consiste en que los jueces o tribunales pierden el derecho a iniciar el proceso de oficio, pues al pasar la titularidad de la acción penal a la Fiscalía o a las víctimas del delito, el ejercicio de la acción por sujetos (imputación externa) se convierte en condición de procedimiento en el proceso penal. Dicho en otras palabras: para que haya proceso y sentencia definitiva es requisito indispensable la formulación de una imputación y posterior acusación formal por un sujeto distinto del órgano judicial que debe conocer y decidir el proceso. Por eso se dice que en el sistema acusatorio no hay jurisdicción sin acción externa (distinta del juez).

...En el sistema inquisitivo, por el contrario, la acción para perseguir el delito pertenece al juez todopoderoso, que puede iniciar el proceso penal de oficio, a veces en acentuada pugna con otros jueces de igual rango de la misma u otra circunscripción. (PEREZ, 2008, p. 16)

c) Carga de la prueba totalmente en cabeza de las partes acusadoras.-

La carga de la prueba deriva del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues si la inocencia se presume, es lógico entonces que corresponda a los autores de la imputación probarla.

Como segunda consecuencia de la separación de funciones procesales, en el sistema acusatorio de enjuiciamiento penal le corresponde al titular de la acción penal, ya sea la Fiscalía o un acusador privado, el probar la culpabilidad del imputado y, en consecuencia, este no viene obligado a probar su falta de relación con los hechos que se le atribuyen, pues está protegido por los principios de presunción de inocencia e in dubio pro

reo. Eso quiere decir que le titular de la acusación es quien tiene la carga de la prueba de los hechos imputados y el tribunal solo puede acometer la búsqueda de la prueba para mejor proveer dentro de los marcos de la imputación.

En el sistema inquisitivo la carga de la prueba de exculpación pesa sobre el acusado, pues este sistema está diseñado como una lucha entre el procesado y el juez investigador, director y decisor del proceso.

(PEREZ, 2008, p. 17)

d) La contradicción entre partes adversas o enfrentadas.-

La tercera consecuencia de la separación de funciones procesales en el sistema acusatorio es el carácter contradictorio de la actuación de las partes, que debe regir con toda intensidad y constituye *conditio sine qua non* del moderno proceso penal.

“Consiste en el recíproco control de la actividad procesal y la oposición de argumentos y razones entre los contendientes sobre las diversas cuestiones introducidas que constituyen su objeto”. (CUBAS, 2009, p. 38)

e) Precisión y carácter circunstanciado de la imputación e inalterabilidad de su continencia objetiva.-

Durante el proceso acusatorio debe observarse estricta correspondencia entre el hecho imputado, el hecho juzgado y el hecho sentenciado. Esto no es otra cosa que el denominado principio de congruencia entre la acusación y sentencia.

La precisión y el carácter circunstanciado de la imputación son fundamentales a los efectos del derecho a la defensa en el sistema

acusatorio, pues además de limitar el campo del debate penal, el procesado y su defensor saben a qué atenerse y sobre esa bar cierta pueden desarrollar su actividad de defensa. En este caso estamos en presencia de la llamada inalterabilidad de la continencia objetiva de la causa, pues el objeto del proceso, es decir, el hecho justiciable entendido como su contenido, en principio no puede variar en perjuicio del reo, y de variar por requerimiento de la búsqueda de la verdad, aquel debe ser legalmente enterado de ello y tener la posibilidad de defenderse. (PEREZ, 2008, p. 23)

En el sistema inquisitivo, en cambio, no existe precisión ni limitación de la imputación y mucho menos inalterabilidad, pues la facultad inquisidora del juez de instancia altera constantemente los límites fácticos del proceso en perjuicio del reo.

f) Principio de preclusión.-

En el sistema acusatorio la preclusión es casi absoluta. Esto significa que el proceso penal debe ir siempre hacia adelante en el tiempo, buscando constantemente el resultado procesal que les es connatural, es decir, la determinación posible de la existencia del delito y la responsabilidad penal. “La preclusión debe tener en el sistema acusatorio una manifestación fundamental liberatoria del imputado, que debe consistir en el agotamiento del proceso cuando sea evidente la imposibilidad de continuar sustentando la incriminación de una determinada persona o cuando durante las investigaciones se haga evidente que no participó en los hechos indagados. En este caso, la preclusión debe conducir al sobreseimiento o exoneración

anticipada del imputado”. (PEREZ, 2008, p. 27)

g) Principio de inmediación.-

Este principio se encuentra vinculado al principio de oralidad por ser una condición necesaria para la realización de éste.

“La razón de ser del principio de inmediación, radica en el conocimiento directo que debe tener el juez como director del proceso penal, de todos y cada uno de los medios de convicción”. (SOLORZANO, 2010, p. 114)

“El sistema acusatorio responde necesaria e indefectiblemente al principio extremo de inmediación, pues el juzgador recibe directamente el resultado de los actos procesales que se desarrollan en su presencia y además, los jueces que deben decidir lo debatido en cada audiencia tienen que ser los mismos que la han presenciado y presidido en todas sus sesiones, so pena de nulidad en caso contrario”. (PEREZ, 2008, p. 27)

En el sistema inquisitivo, la actuación escrita posibilita la intervención de diversos juzgadores en un mismo proceso, e incluso que este sea decidido por quien no contempló acto de prueba alguno. De ahí que la decisión pueda emanar de jueces accidentales, itinerantes, provisorios o comisionados, completamente desligados de los marcos emocionales del proceso que, aun en el sistema inquisitivo, no son ajenos, al juez titular del oficio o cargo.

h) Principio de Oralidad.-

La oralidad en el sistema acusatorio viene de la mano de la inmediación, pues la práctica de las diligencias procesales frente al tribunal supone

inexcusablemente la forma oral.

“La oralidad es una característica inherente al juicio oral e impone que los actos jurídicos procesales constitutivos del inicio, desarrollo y finalización del juicio se realicen utilizando como medio de comunicación la palabra proferida oralmente”. (CUBAS, 2009, p. 44)

i) Principio de concentración.-

De este principio se desprende la necesidad de concentrar la práctica de las pruebas en audiencia pública.

El proceso penal que se sigue bajo el principio acusatorio se caracteriza por el primado de la concentración, es decir, por el hecho de que durante su realización se concentran en un solo acto, generalmente una audiencia, lo alegatos de la partes, el descubrimiento, la proposición o la práctica de la pruebas, junto con los incidentes de la más diversa índole.

En el sistema inquisitivo se carece en absoluto de concentración, pues el carácter fundamentalmente escrito de las actuaciones trae como consecuencia que estas deban evacuarse, como regla, una por una y separadamente, con la consiguiente dilación procesal. (PEREZ, 2008, p. 29)

j) Principio de publicidad.-

La publicidad del juzgamiento penal es la negación del juzgamiento en secreto, tal como ocurrió con el modelo inquisitivo.

El sistema acusatorio representa la máxima concreción del principio de publicidad de los debates procesales y por ello es generalmente libre el acceso del público y de los medios de comunicación a las audiencias del

proceso. Sin embargo, es bueno aclarar que la publicidad como principio procesal y como manifestación del carácter democrático del juzgamiento tiene dos manifestaciones distintas y complementarias: la publicidad inter partes (inter alia) y la publicidad general (erga omnes). Aquella se refiere al libre acceso que deben tener las partes, y fundamentalmente el imputado, a las actas y expedientes del proceso, y la otra se refiere al acceso de terceros a los actos procesales que se desarrollan oralmente. (PEREZ, 2008, p. 30)

Tras la publicación del Código Procesal Penal en 1991, que no entró en vigencia con excepción de algunos artículos, los legisladores nacionales se sumaron a la nueva corriente que se venía promocionando en toda América Latina y que se ha consolidado en nuestro país con la promulgación del Código del 2004. La tendencia actual por tener raíces en el modelo acusatorio antiguo ha dado en llamarse Modelo Acusatorio Garantista o liberal.

En el proceso penal hay una marcada inclinación a replantear los roles institucionales: al Ministerio Público le corresponde la persecución del delito, por ello, es el titular del ejercicio de la acción penal pública, conforme a lo dispuesto por el inciso 4 del artículo 159° de la Constitución Política del Estado. Por su parte, al Poder Judicial, le compete exclusivamente la función decisoria. Juzga para sancionar o absolver al imputado; además ejerce la función de control de la investigación del delito y es garante de los derechos ciudadanos, así está previsto en los artículos IV y V del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal.

El proceso acusatorio garantista, además de replantear de modo

protagónico la presencia del fiscal en el proceso, destaca la tarea del juez penal, asignándole exclusivamente la facultad de fallo, dejando la labor de investigación en manos del Ministerio Público el que, asistido por la policía, deberá realizar las diligencias pertinentes a fin de cumplir con el objeto de la investigación. El juzgamiento sigue siendo público y oral para salvaguardar los derechos del imputado. El pensamiento progresista del presente siglo ha dedicado su esfuerzo por humanizar el proceso, por hacerlo más racional.

Sin lugar a dudas, a ello contribuyó la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969) y la Convención Europea sobre salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (1950); instrumentos que han influenciado en toda una generación de juristas y legisladores que se han encargado de incorporar estas nuevas ideas en las legislaciones nacionales. (CUBAS, 2009, p. 33)

2.1.10 La Constitución como norma suprema del Proceso penal.

En el proceso penal tiene lugar el conflicto entre el poder punitivo estatal y la libertad personal del imputado; de ahí que el proceso penal se encuentra fuertemente condicionado por la normatividad constitucional.

“En el proceso penal moderno, fruto de las grandes revoluciones liberales, la Constitución adquiere una gran relevancia, no solo atendiendo a un

criterio formal, según el cual nuestra Ley fundamental ocupa en el ordenamiento una posición jerárquica de supremacía, sino también desde el punto de vista material, desde el que se observa que, en el proceso penal, los derechos en conflicto adquieren la naturaleza de fundamentales, ya que vienen integrados, de un lado, por el derecho de penar que ejercitan las partes acusadoras, a través del derecho a la tutela, y otro, por el derecho a la libertad del imputado que hace valer la defensa. Junto a tales derechos fundamentales, la práctica de determinados actos de investigación puede comprometer seriamente el libre ejercicio de otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la intimidad, a la protección del domicilio, la inviolabilidad de las comunicaciones, cuyas normas fundamentales que los consagran, son también de aplicación inmediata y directa por todos los poderes públicos. (GIMENO, 2007, p. 131)

- **El Derecho a libertad.-**

Existe casi unanimidad en la doctrina científica y en la jurisprudencia acerca del carácter limitado (no absoluto) de los derechos constitucionales. “Entre los derecho públicos subjetivos, que en el proceso penal se encuentran en conflicto, el derecho a la libertad ocupa un rango superior al derecho estatal de penar, pues, la libertad constituye un valor superior del ordenamiento jurídico y, después del derecho a la vida e integridad física, es, sin duda, el derecho fundamental máspreciado”. (GIMENO, 2007, p. 409)

Pero el derecho fundamental a la libertad no se podría hacer valer con

eficacia dentro del proceso, si no existieran otros derechos fundamentales de incidencia procesal, como el derecho a la defensa y a la presunción de inocencia. Así también tenemos otros derechos recogidos por nuestra constitución, como por ejemplo el derecho al debido proceso y el derecho a la imparcialidad del juez.

El derecho al Juez imparcial se basa en el derecho a la dignidad del hombre, por tanto, en nuestro país tiene rango de derecho fundamental constitucional en aplicación del artículo tres de la Constitución Política del Perú - Protección a Futuro de Nuevos Derechos-, en donde se establece que “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo (artículo dos); no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno. (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Permanente, Casación N° 106-2010, tercer considerando)

“Sobre el particular, conviene enfatizar que el derecho a ser juzgado por un juez imparcial, al constituir una exigencia intrínseca derivada del derecho al debido proceso legal reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución...” (STC Exp. N° 1934-2003-HC/TC, fundamento 7, párrafo 2)

El artículo 8°, inciso 1 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos impone que: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...”. En igual sentido lo prevén el

artículo 26° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 10° de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2.1.11 El Principio de Proporcionalidad como criterio en el control de constitucionalidad de las leyes.

El estudio de la constitucionalidad de la prueba de oficio en nuestro proceso penal, requiere adherirnos a una metodología y por ello se ha visto por conveniente usar la metodología del Principio de Proporcionalidad estudiada y argumentada por el tratadista Dr. Carlos Bernal Pulido.

Para la aplicación del principio de proporcionalidad debemos identificar dos presupuestos, es primero de ellos es la adscripción *prima facie* de una norma o una posición a una disposición de derecho fundamental y en segundo lugar la intervención legislativa en un derecho fundamental. En otras palabras significa identificar si la regulación de prueba de oficio afecta el contenido o una norma adscrita de un derecho fundamental y que según la doctrina es el derecho a un juez imparcial.

BERNAL (2003, p. 141) indica que el ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad se enmarca dentro de los casos difíciles, es decir, aquellos que por su indeterminación normativa de la disposición de derecho fundamental aplicable, no aparece claro *a priori* si la ley que se controla es compatible o incompatible con la norma de derecho fundamental. Para lo cual menciona los supuestos más representativos de los casos difíciles:

- a. Cuando la norma de derecho fundamental regula un caso, que suscita la

incertidumbre –existen argumentos a favor y en contra– de si está tipificado por el supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida.

- b. Cuando la norma legislativa examinada regula un caso que se encuentra claramente dentro del supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida, pero da pie a la incertidumbre –existen argumentos a favor y en contra– de si también está tipificado por el supuesto de hecho de una clausula restrictiva constitucionalmente legitima.
- c. Cuando la norma legislativa regula un caso que claramente se encuadra dentro del supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida y de una clausula restrictiva, pero existen dudas –entran en escena argumentos a favor y en contra– acerca de la constitucionalidad de dicha cláusula.
- d. Cuando la norma legislativa regula un caso que se encuentra tipificado por el supuesto de hecho de una norma iusfundamental directamente estatuida, pero a la vez existen algunos principios constitucionales que juegan en contra de la declaración de inconstitucionalidad de la ley. En otros términos, a primera vista parece que la constitucionalidad de la ley que interviene en el ámbito de un derecho fundamental está avalada por otro principio constitucional. (Una especie de este tipo de casos es el llamado conflicto entre derecho fundamentales, en el cual, la ley interviene en el derecho fundamental para realizar las exigencias de otro derecho).

Los subprincipios de la proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad está compuesto por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En cuanto a la aplicación de estos subprincipios, “en primer lugar debemos verificar si la norma legal que interviene en el derecho fundamental es idónea. En caso de no serlo, debe ser declarada inconstitucional. Si por el contrario, la norma legal supera las exigencias de este primer subprincipio, debe ser sometida al análisis de necesidad y, si sale airoso, finalmente al escrutinio de proporcionalidad en sentido estricto. En caso de que la norma no supere las exigencias de estos últimos dos subprincipios también debe ser declarada inconstitucional”. (BERNAL, 2003, p. 687)

a) El subprincipio de idoneidad.-

El subprincipio de idoneidad es conocido también con el nombre de subprincipio de adecuación. De acuerdo con este subprincipio, toda intervención en los derechos fundamentales deber tener un fin constitucionalmente legítimo y, que sea idónea para favorecer su obtención.

b) El subprincipio de necesidad.-

El subprincipio de necesidad también ha conocido otras denominaciones, sobre todo en la doctrina alemana. Entre estas otras denominaciones se encuentran las de subprincipio de *indispensabilidad*, *subprincipio del medio más benigno* o *subprincipio de la intervención más restringida posible*.

De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de

intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

c) *El principio de proporcionalidad en sentido estricto.-*

Conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa. Es decir, que las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general.

Este principio también es conocido con el nombre de ponderación y, en la doctrina alemana tradicional, con el de juicio de adecuación.

2.2 MARCO CONCEPTUAL.

La definición de los términos que a continuación se presentan, fueron extraídos del Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas (15ª edición):

▪ **Acción Penal.-**

Es el poder jurídico de promover la actuación jurisdiccional, a fin de que el juzgador se pronuncie acerca de la punibilidad de los hechos que el titular de la acción reputa constitutivos de delito.

▪ **Acusación.-**

En términos amplios, la acción y el efecto de acusar o acusarse. En la jurisdicción criminal, y ante cualquier organismo represivo, la acción de poner en conocimiento de un juez, u otro funcionario competente, un crimen (real, aparente o supuesto), para que sea investigado y reprimido.

▪ **Alegato.-**

Escrito o informe verbal de carácter polémico, ante un tribunal, en demostración de las razones de una parte y para impugnar las contrarias.

▪ **Constitución.-**

Formación, composición. Confirmación, estructura, complejidad. Esencia índole, característica. Forma, sistema de gobierno. Ley fundamental de la organización de un cuerpo. Por antonomasia, y objeto de ulterior de desarrollo de esta voz, en Derecho Político, acta o decreto fundamental en que están determinados los derechos de una nación, la forma de su gobierno y la organización de los Poderes públicos de que este se compone.

▪ **Constitucional.-**

De la Constitución de un Estado. Ajustado a tal código político fundamental.

▪ **Constitucionalidad.-**

La calidad de constitucional. Adecuación o compatibilidad de la ley común respecto a la Constitución del Estado.

▪ **De oficio.-**

En el procedimiento, calificación que se da a las diligencias y resoluciones que los jueces o tribunales efectúan o adoptan por decisión propia, sin previo requerimiento de parte o sin necesidad de petición de ésta.

- **Deficiente.-**

Imperfecto, defectuoso. Falta, incompleto.

- **Derechos Humanos.-**

Hacia 1970 ha empezado a circular en el lenguaje internacional esta expresión, que en principio parece superflua, por cuanto su contenido no difiere los tradicionalmente designados derechos de la personalidad o derechos individuales.

- **Derechos Individuales.-**

Se designan con este nombre las garantías que las Constituciones conceden a favor de todos los habitantes del Estado. Integran un conjunto de facultades jurídicas a los cuales no cabe privar al individuo sino excepcional o temporalmente, con arreglo a ley expresa.

- **Dialéctica.-**

La ciencia del raciocinio y de sus leyes y modos. Conjuntos ordenado de verdades o teoremas, en la exposición científica o en la de los hechos.

- **Eficacia.-**

Virtud, actividad. Efecto o consecuencia. Resultado adecuado; éxito de un procedimiento, sistema, medio o recurso.

- **Estado de derecho.-**

Por estado de derecho se entiende aquella sociedad, políticamente organizada, donde la ley está sobre los gobernantes, y no a la inversa, y por ello rige por igual entre todos los ciudadanos.

- **Fiscal.-**

Funcionario que ejerce el Ministerio público ante los tribunales. En lo penal

sostiene la acusación pública. Aunque no tenga la inexcusable obligación de acusar sin motivo ni de reclamar crueldad o rigor al amparo de una interpretación ingrata de la ley.

▪ **Garantías Constitucionales.-**

Conjunto de declaraciones, medios y recursos con que los textos constitucionales aseguran a todos los individuos o ciudadanos el disfrute y ejercicio de los derechos públicos y privados fundamentales que se les reconocen.

▪ **Imparcial.-**

Que juzga o se comporta de modo sereno, justo, desapasionado, sin favoritismo. Condición imprescindible en jueces e historiadores, sobre todo.

▪ **Inconstitucional.-**

Violador de Constitución o no acorde con ella. Esta segunda posibilidad se refiere sobre todo a la legislación anterior a una fundamental reforma en las instituciones de un país, a la que queda anticuada frente a las nuevas orientaciones constitucionales.

▪ **Insuficiencia.-**

Ineptitud, incapacidad. Corta inteligencia. Escasez o falta de recursos.

▪ **Justicia.-**

Supremo ideal que consiste en la voluntad firme y constante de dar a cada uno lo suyo. Recto proceder conforme a derecho y razón. El mismo derecho y la propia razón, en su generalidad.

▪ **Negligencia.-**

Omisión de la diligencia o cuidado que debe ponerse en los negocios, en

las relaciones con las personas, en el manejo o custodia de las cosas y en el cumplimiento de los deberes y misiones. Dejades. Abandono. Desidia. Falta de aplicación. Defecto de atención. Ejecución imperfecta contra la posibilidad de obrar mejor.

▪ **Principio.-**

Primer instante del ser, de la existencia de una institución o grupo. Razón, fundamento, origen. Causa primera.

▪ **Proceso Penal.-**

El conjunto de actuaciones tendentes a averiguar la perpetración del delito, la participación de los delincuentes, su responsabilidad e imponerles la penalidad señalada.

▪ **Prueba.-**

Demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho.

▪ **Sistema Acusatorio.-**

Ordenamiento procesal penal en que el juzgador ha de atenerse en la condena a lo que la actuación pública o privada haya solicitado, sin rebasar la severidad de la pena ni castigar hechos que no hayan sido objeto de controversia o aceptados por el culpable; salvo solicitar especial informe de las partes acerca de delitos y circunstancias modificativas no alegadas hasta entonces o expresamente abandonados.

2.3 HIPOTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.

Para fines de la investigación se plantea la siguiente hipótesis general:

- La prueba de oficio en el proceso penal peruano es inconstitucional.

CAPITULO III

METODO DE INVESTIGACIÓN

3.1 MÉTODOS Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN.

3.1.1.- MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.-

El diseño de investigación que será usado para el presente trabajo es:

- *Método Dogmático.-*

La investigación jurídico - dogmática “concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real que se relacione con la institución o especie legislativa...

Una tesis de grado que se inspira en el método dogmático visualizará el problema jurídico solo a la luz de las fuentes formales, y como consecuencia, su horizonte se limitará a la normas legales o instituciones en los que está inscrito el problema.” (RAMOS, 2007, p. 112)

La presente investigación hará uso del Método Dogmático, con el cual se analizará instituciones jurídicas como la prueba de oficio, las garantías constitucionales, el sistema procesal acusatorio, entre otros, en el marco de las normas que rigen el proceso penal y la Constitución.

3.1.2.- TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.-

a) TÉCNICA DE RECOPIACION Y ANALISIS DOCUMENTAL.-

Para analizar la constitucionalidad de la prueba de oficio en el proceso penal, se recabará información a través de apuntes, fichas textuales, de resumen, de comentario entre otros (que fungirán como instrumentos).

3.2 TRATAMIENTO DE LA INFORMACION.

El análisis de la información se realizará a través de la presentación de posturas doctrinarias, y sumado a ello se hará uso de los métodos de interpretación y argumentación jurídica para sentar una posición respecto del problema planteado.

3.3 AMBITO DE ESTUDIO.

Nuestro ámbito de estudio es el proceso penal peruano, con la salvedad de que solo nos vamos a enfocar al estudio de la constitucionalidad de la prueba de oficio normado en los artículos 155^o y 385^o del Código Procesal Penal vigente, aprobado por Decreto Legislativo N° 957 (29/07/2004).

CAPITULO IV

EXPOSICION Y ANALISIS DE RESULTADOS

ANALISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA PRUEBA DE OFICIO

En el presente capítulo abordaremos el estudio de la constitucionalidad de la prueba de oficio en el proceso penal peruano y como se había mencionado para este propósito usaremos la estructura del principio de proporcionalidad.

Para dar inicio a la aplicación del principio, debemos antes analizar sus presupuestos; es decir, examinar si la regulación de la prueba de oficio está adscrito al contenido de algún derecho fundamental y a su vez identificar si existe intervención legislativa en el derecho fundamental.

4.1 PRESUPUESTOS PARA LA APLICACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.-

La actuación probatoria de oficio está regulada en nuestro Nuevo Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo N° 957 (29/07/2004), y entre lo más destacado menciona lo siguiente:

ARTÍCULO 155º.- Actividad Probatoria

4. La Ley establecerá, por excepción, los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio.

ARTÍCULO 385º.- Otros medios de prueba y prueba de oficio

3. 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.
4. 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.

Se puede apreciar de la lectura de los artículos precedentes, que dentro del proceso penal peruano es facultad de juez penal ordenar la prueba de oficio pudiendo ser esta la realización de una inspección o de una reconstrucción o la actuación de nuevos medios probatorios en la etapa de juicio oral. Nos detendremos en este punto con referencia a la *nueva prueba (como producto de los debates del juicio oral, mas no producto del algún conocimiento privado del juez)*; para analizar su esta se limita a una nueva prueba como tal, es decir, pruebas que hasta este momento no habían sido incorporadas al proceso o si

al contrario el término nueva prueba también se refiere a pruebas que sirvieron de base a la acusación pero que no se ofrecieron en la etapa de juicio oral o bien a la ampliación de medios de prueba aportados u reproducidos en la etapa de juicio. De lo anterior podemos extraer dos posturas, la primera que establece que el término nueva prueba, debe entenderse como eso, es decir, medios de prueba que aún son ajenos al proceso y que mediante la nueva prueba se pretenden incorporar, lo cual tendría su fundamento en la interpretación en conjunto del Código Procesal Penal, por lo que cuando se hace referencia a nueva prueba en el artículo 385° del CPP., es la nueva prueba propiamente dicha, es decir, medios de prueba que no han sido aportados al proceso. El contenido del artículo 385.4 del CPP, establece que “el juez cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes”, lo que significa que la iniciativa de oficio es de carácter complementario ya que se presupone que se haya practicado un mínimo de prueba a instancia de parte lo cual lo imposibilita a suplir la omisión, carencia o insuficiencia probatoria.

Como ya se ha expuesto en el marco teórico, la prueba constituye la parte vital de todo proceso, tal es así, que la decisión final del juez depende de los medios probatorios actuados en juicio oral, es decir, cualquier disposición que regule la recepción, admisión y actuación de la prueba, incidirá directamente en el proceso como tal, entonces es necesario analizar que se entiende por proceso. FERRAJOLI (2006, p. 581) menciona que el proceso es una relación triangular donde intervienen tres sujetos, dos de los cuales son partes en la causa, y el tercero super parte; con lo que hace referencia al acusador, el defensor y el juez, cada uno de los cuales cumple un rol. Al respecto

MONTERO (2008, p. 433), menciona que el papel de las partes es afirmar los hechos y probarlos y mientras el juez debe ser un tercero con actitud neutral limitándose a dirigir los debates. Estas concepciones podrían variar según el modelo procesal adoptado, al respecto PÉREZ (2008, p. 14), afirma que en el sistema inquisitivo los papeles de acusador, defensor y juez se reúnen en la figura del juez o tribunal con facultades infinitas para incriminar. Mientras que en el sistema acusatorio los papeles del acusador, defensor y juez son distintos e independientes entre sí, lo que garantiza el equilibrio procesal. Con la dación del Nuevo Código Procesal Penal, por los principios expuestos en su título preliminar, está claro que se aspira a un modelo procesal acusatorio y que al regular la prueba de oficio se estaría contraviniendo los principios básicos que propugna dicho modelo, como por ejemplo el principio de igualdad de armas, contenido en el Artículo I del título preliminar de CPP, este principio “comporta una obligación de la administración de justicia de establecer las condiciones objetivas para evitar la arbitrariedad, ello obliga a dotar de los mismos medios de ataque y defensa a cada una de las partes” (CACERES, 2009, p. 75). De igual forma encontramos el principio acusatorio contenido en el Artículo IV del título preliminar del CPP., este principio informa el objeto del proceso penal, particularmente sobre la distribución de roles y como se va enjuiciar la pretensión penal, el Tribunal Constitucional ha señalado respecto a este principio lo siguiente: “La vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: a) Que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada esta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador; b) Que no puede condenarse por hechos distintos

de los acusados ni a persona distinta de la acusada; c) Que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad". (STC Expediente N° 2005-2006-PHC/TC)

Nuestra Constitución Política del Estado de 1993, prescribe importantes derechos y garantías, dentro de los cuales encontramos al principio de jurisdiccionalidad y presunción de inocencia los cuales son derechos conexos al derecho fundamental a la libertad y seguridad personal, los cuales están expresados de la siguiente manera:

Artículo 2º.- Derechos de la Persona.

Toda persona tiene derecho:

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

- e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.*

Y en concordancia a este artículo también tenemos:

Artículo 139º.- Principios de la Función Jurisdiccional.

- 4. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional...*
- 10. El principio de no ser penado sin proceso judicial.*

Podemos advertir de la lectura de los artículos anteriores contenidos en nuestra Constitución, que la jurisdicción, ejercida a través de un proceso, es la única forma de sancionar o privar la libertad a una persona por la comisión de un delito. Citaré textualmente a Luigi Ferrajoli donde expresa que: "La jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser

considerado culpable ni sometido a pena”. (FERRAJOLI, 2006, p. 549)

Entonces queda claro que nadie puede ser penado sin previo proceso judicial, donde se reúnen las garantías propugnadas por un sistema penal acusatorio, por el cual el juez juega un papel distinto al acusador y al defensor. La prueba de oficio contraviene esto último, ya que tal como menciona MONTERO (2008, p. 434), el tribunal que acuerda una prueba de oficio está, por consiguiente, ayudando a los acusadores en el desempeño de su papel y si el tribunal acordara de oficio un medio de prueba que sirviera para acreditar hechos que modifique la responsabilidad del imputado, el tribunal habría asumido el papel que corresponde al acusado.

Por lo tanto, la normatividad que trastoque los papeles del juez, acusador y defensor estaría afectando negativamente al derecho fundamental al debido proceso, ya que si producto de un proceso judicial, en el cual se vulnera la naturaleza misma del proceso, se está afectando negativamente a este derecho fundamental.

Con base a lo anterior, podemos decir también, que si bien las normas contenidas en el Código Procesal Penal que facultan la actuación probatoria de oficio no contradice literalmente la norma contenida en el derecho fundamental al debido proceso (intervención jurídica), estas si dificultan el ejercicio propio de este derecho fundamental, por lo que estaríamos frente a un intervención fáctica. Hecho que se reconoce tácitamente en un material de capacitación de la Academia de la Magistratura, al mencionar que: “Normativamente no hay forma, por ejemplo, que el Juez sustituya al Fiscal en la tarea de pesquisa, o que en el juicio la actuación probatoria de las partes sea **totalmente**

reemplazada por la prueba judicial de oficio (385.2)” (RODRIGUEZ, 2011, p. 84). Es decir, con la prueba de oficio al menos existe un reemplazo parcial de la actuación probatoria propia del Fiscal por parte del Juez, lo que da lugar a una causalidad negativa entre la norma legal y el derecho fundamental, lo que significa que, si las normas que facultan la actuación probatoria de oficio no existieran, entonces no se produciría la merma en la realización del derecho fundamental al debido proceso (división de roles).

- **Derecho Fundamental a un Juez Imparcial.-**

Existe un marcada tendencia dentro de la literatura jurídica que argumenta que la regulación de la prueba de oficio convierte al juez en un acusador o defensor más y que por lo tanto se duda de su imparcialidad con lo cual se estaría afectando al derecho fundamental a un juez imparcial reconocido por nuestra Constitución y los Tratados Internacionales. Para analizar este punto debemos tener en cuenta que dentro de la teoría se ha elaborado dos tipos de imparcialidad una objetiva y la otra subjetiva, a saber, por imparcialidad subjetiva se refiere “a la convicción que el magistrado tiene de un determinado caso y que le provoca ciertas ideas preconcebidas debido a la escala de valores que posee y que son adquiridas a través de su formación profesional, posición sociocultural, etc., y que inducen una posición respecto a un hecho con contenido penal” (CACERES, 2009, p. 38). Y por imparcialidad objetiva “incide sobre la garantías suficientes que debe reunir el juzgador en su actuación respecto del objeto mismo del proceso” (CACERES, 2009, p. 39). Nuestra legislación penal regula causales de inhibición y recusación del juez para evitar precisamente la posible parcialidad subjetiva, mientras, que para

garantizar la imparcialidad objetiva no se estipula expresamente algún tipo de causal, sino más bien el legislador ha tenido a bien, siguiendo un modelo procesal acusatorio, en distinguir por ejemplo las labores de un juez de investigación preparatoria y el juez penal encargado de juzgar propiamente, los cuales recaen en distintas personas. Como ya se mencionó dentro del proceso penal peruano existe la facultad de juez penal para ordenar la prueba de oficio pudiendo ser esta la realización de una inspección o de una reconstrucción o la actuación de nuevos medios probatorios en la etapa de juicio oral, con esta facultad otorgada al juez penal no se atenta contra la imparcialidad objetiva, ya que el juez al ordenar una prueba de oficio en la etapa de juicio oral no está contaminado o no se le puede atribuir algún prejuicio respecto del objeto del proceso, debido a que desconoce, *a priori*, el resultado de la actividad probatoria que en sus extremos podría favorecer a la defensa imputado o la acusación; el juez, por tanto, no busca a propósito dichas pruebas, a través de una actividad inquisitiva en cubierta, sino que las mismas aparecen en el proceso como consecuencia de la práctica de la pruebas aportadas por las partes. “El hecho de que con la prueba de oficio el juez muestre un interés no le hace perder su imparcialidad, pues no se trata de un interés parcializado, que exteriorice un juicio en contra o en pro de alguna de las partes, sino un interés en la confirmación o verificación de la veracidad de la hipótesis fácticas del proceso introducidas por las partes” (MIRANDA, 2013). Más bien, se trastoca la naturaleza misma del proceso al no diferenciarse los papeles del juez y las partes.

4.2 APLICACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

Una vez superado el análisis de los presupuestos para la aplicación del principio de proporcionalidad, podemos aplicar cada uno de los subprincipios del principio de proporcionalidad, como son el de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, en forma sucesiva y escalonada. Es decir, vamos a someter a las normas que facultan la actuación probatoria de oficio a un control de constitucionalidad.

4.2.1 Estudio de la Idoneidad de la Norma Legal.-

Al momento de analizar los presupuestos para la aplicación del principio de proporcionalidad, pudimos advertir preliminarmente que el legislador al otorgar facultad al juez penal para ordenar la prueba de oficio está interviniendo en el derecho fundamental al debido proceso. Ahora bien, el legislador al disponer dicha medida busca alcanzar una finalidad que generalmente se fundamenta en la realización de otro derecho fundamental, principio o bien constitucional que favorece su legitimidad.

Entonces el estudio de la idoneidad de las normas que regulan la prueba de oficio tiene como propósito identificar la finalidad de la norma legal bajo análisis y su consecuente idoneidad. Para ello, partiremos diciendo que toda norma legal se presume constitucional mientras no se demuestre lo contrario, de ello también podemos desprender que la finalidad de toda norma legal se presume constitucional. Para un mejor análisis debemos identificar la finalidad mediata e inmediata de las normas que facultan al juez ordenar la prueba de oficio.

En muchas ocasiones las partes no alcanzan a acreditar los extremos fundamentales de la pretensión o excepción, por errores, descuidos, etc. Lo cual determina un fallo alejado de la justicia del litigio, en grave daño para una de las partes y contrario a la finalidad del proceso (búsqueda de la verdad). Con la iniciativa oficiosa del juez, se busca disminuir esta triste posibilidad, porque se colmaran las deficiencias, se salvaran errores y dificultades en la acreditación de los hechos, con repercusión inmediata en la clase de decisión final, que a la postre no será fruto exclusivo de la habilidad de uno de los litigantes o del azar. Se puede afirmar entonces que existe consenso dentro de la doctrina cuando se afirma que con la regulación de la prueba de oficio lo que se pretende **es suplir la actuación deficiente o negligente de la partes y contribuir con la búsqueda de la verdad denominada material**. En ese sentido se pronuncia Juan Motero Aroca, “En síntesis, parece evidente que las concepciones fascistas parten ideológicamente de algún matiz de diferencia con la concepción socialista, pero en los dos casos se trataba de la búsqueda de la verdad llamada material, no para la tutela de los derechos de los ciudadanos, es decir, del interés individual, sino para llevar a debido efecto lo que el Estado ha decidido que es el interés general al plasmarlo en el Derecho Objetivo” (MONTERO, 2008, p. 429).

Siguiendo con el análisis es necesario establecer un nexo causal entre el medio y el fin, como medio identificamos a las normas que regulan la actuación probatoria de oficio (del juez) con la finalidad de suplir la actuación deficiente o negligente de las partes. Para ello plantearemos dos supuestos:

PRIMERO.- En el supuesto de que no exista norma alguna que regule la

prueba de oficio, plantearemos el siguiente ejemplo:

- Si en un proceso “x” no alcanzan a acreditar los extremos fundamentales de la pretensión por errores o descuidos de las partes. Entonces el fallo final estará alejado de la verdad.

SEGUNDO.- En el supuesto de que si exista normas que regulen la prueba de oficio, es decir, la autoricen, plantearemos el siguiente ejemplo:

- Si en un proceso “y” no alcanzan a acreditar los extremos fundamentales de la pretensión por errores o descuidos de las partes.

El juez penal de oficio puede ordenar la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad (en términos del mismo CPP). Entonces el fallo se ceñirá a la verdad y sino por lo menos estará más próxima a ella.

Como se puede observar en los ejemplos anteriores existe una relación causal positiva entre el medio (normas que regulan la actuación probatoria de oficio) y el fin (suplir la actuación deficiente o negligente de las partes). Es decir, el punto de inicio es distinto al punto de llegada.

El siguiente punto de análisis nos lleva a determinar a que si la actuación probatoria de oficio está prohibida expresa o implícitamente por nuestra Constitución Política, ya que de ser así su finalidad carecería de legitimidad y por ende inadecuada declarándola inconstitucional. Para lo cual acudiremos a un concepto del término “Prueba de Oficio”, remitiéndonos al marco teórico donde se señala lo siguiente: “Las pruebas de oficio son aquellas actuaciones

realizadas por parte del Juez, quien al encontrarse ante un acopio de pruebas deficiente, y advertir además que resulta necesario incorporar otros medios de prueba no ofrecidos por las partes, -pero que resultan fundamentales para la resolución de un caso- ordena su incorporación y actuación en el proceso” (ROSALES, 2012, p. 2). De la lectura del concepto y la interpretación literal del contenido de nuestra Constitución Política, no hallamos disposición alguna que prohíba expresa o implícitamente la actuación probatoria de oficio en el proceso penal, lo que no significa que sea constitucional sin más. Por lo que se deja abierta la posibilidad de que existan posiciones que fundamenten lo contrario. Lo que en realidad nos interesa es dejar en claro que al no existir una prohibición expresa o implícita (con carácter definitivo), la actuación probatoria de oficio se presume constitucional.

Para establecer la finalidad de la actuación probatoria de oficio es legítima, no solo basta con decir que ello no está prohibido por la Constitución, si no también es necesario identificar la finalidad mediata del legislador al intervenir un derecho fundamental que solo puede estar fundamentado en el desarrollo de otro derecho fundamental, bien o principio constitucional. Entonces es necesario responder la siguiente interrogante ¿Cuál es fundamento de la intervención (a través de la regulación de la prueba de oficio) en el derecho fundamental al debido proceso?, a efectos de responder la interrogante planteada vamos a remitirnos al desarrollo doctrinal sobre la finalidad del proceso y de la prueba donde existe un consenso mayoritario que afirma que la finalidad es la búsqueda de la verdad. En ese sentido se pronuncia Julio Maier la sostener que “el procedimiento judicial es,

en gran medida, un método, regulado jurídicamente, de investigación histórica, precisamente porque uno de sus fines, según veremos, consiste en el intento de averiguar la verdad acerca de una hipótesis histórica” (MAIER, 2003, p. 844). Respecto de la finalidad de la prueba Jordi Ferrer en su libro denominado “La valoración racional de la prueba”, postula que la búsqueda de la verdad es un objetivo que no presenta la misma posición que los demás fines del proceso, porque la finalidad institucional de la prueba en el sistema punitivo es la indagación de la verdad. El proceso y la prueba entre sus diversos fines tienen por común la búsqueda de la verdad. La verdad entendida como “la representación ideológica correcta de una realidad ontológica” (MAIER, 2003, p. 842). De igual modo se pronuncia Ferrajoli, al aseverar que el significado del término verdadero se traduce en la “correspondencia más o menos argumentada y aproximativa de las proposiciones de las que se predica con la realidad objetiva, que en el proceso viene constituida por los hechos juzgados y por las normas aplicadas” (FERRAJOLI, 2006, p. 66).

Lo que hasta aquí intentamos sostener que la búsqueda de la verdad es una de las tantas finalidades del proceso y la prueba, sin entrar a distinguir si es su finalidad principal o institucional ya que no es el objetivo de la presente investigación.

La importancia de la finalidad del proceso y la prueba radica en que el proceso penal esencialmente persigue comprobar la ocurrencia de ciertos sucesos a los que el ordenamiento sujeta determinados efectos normativos. De allí que el rol del sistema penal se cristalice en la aplicación del Derecho,

que a su vez, se sujeta a la existencia de determinados hechos que se condicen con lo estatuido en las normas punitivas. En un sentido similar, se manifiesta Jordi Ferrer, al señalar que “sólo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios. Sólo podrá influirse en la conducta de los hombres y mujeres para que no maten si, efectivamente, el proceso cumple la función de averiguar quién mató y le impone la sanción prevista por el derecho” (FERRER, 2005, p. 30). Por eso, es fundamental que el sistema jurídico instituya como objetivo principal en el ámbito punitivo la averiguación de la verdad de los hechos, en el sentido de que las decisiones judiciales se correspondan con lo ocurrido y lo probado, para satisfacer el ideal de justicia que anhela todo Estado de Derecho que se defina dentro del marco democrático.

En consecuencia, lo esencial del proceso punitivo está dado porque las personas tengan la posibilidad y el derecho de demostrar la verdad de los hechos en los que envuelve su pretensión procesal. En otras palabras, *“el ciudadano tiene derecho a probar que se han producido, o no, los hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas. Sólo de este modo puede garantizarse una correcta aplicación del derecho y, una adecuada seguridad jurídica”* (FERRER, 2005, p. 28).

Si no fuera así, para las personas no tendrían sentido comportarse según lo dictado por las reglas jurídicas o respetar el ordenamiento jurídico, porque daría lo mismo actuar correctamente si la respuesta del juzgador no

se correspondiera con lo acontecido en el plano fáctico. De ahí que el legislador otorga importancia a averiguación de la verdad cuando decide regular la prueba de oficio y lo encontramos en el siguiente artículo del Código Procesal Penal:

ARTÍCULO 385º.- Otros medios de prueba y prueba de oficio

5. 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.

Es claro que si el proceso punitivo estuviera estructurado de una manera que no asegurara, aunque sea de modo formal, que la decisión jurídica no será fruto del azar, pocos o nadie, directamente cumplirían el ordenamiento vigente, ya que sería indiferente obrar acorde a la normativa, porque la sanción no pasaría por lo acaecido, sino más bien por una suerte de lotería.

Ahora con sujeción a los anteriores presupuestos podemos sostener que la seguridad jurídica es uno de los principales fundamentos que orientan al legislador para facultar al juez la actuación probatoria de oficio. Por lo tanto es menester contextualizar la “seguridad jurídica” dentro de nuestro ordenamiento constitucional para pronunciarnos sobre su legitimidad.

- **Principio de Seguridad Jurídica.-**

El Tribunal Constitucional ya se ha manifestado respecto de la seguridad jurídica y ha expresado lo siguiente, “2. En primer término, y dado que a

diferencia de otras constituciones comparadas, nuestra Norma Fundamental no reconoce de modo expreso a la seguridad jurídica como un principio constitucional... 3. El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en el cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (STCE 36/1991, FJ 5). El principio in comento no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la "predecible" reacción, sea para garantizar la permanencia del statu quo, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal" (STC EXP. N° 0016-2002-AI/TC).

Entonces la seguridad jurídica es catalogada como un principio constitucional vigente que legitima la actuación probatoria de oficio. La seguridad jurídica debe ser entendida como la "certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable, sobre su alcance y efectos y sobre los intereses jurídicamente tutelados." (GIMENO, 2007, p. 61)

4.2.2 Estudio de la Necesidad de la Norma Legal.-

Continuando con el control de la constitucionalidad de la prueba de oficio en el proceso penal peruano, ahora abordaremos sobre la necesidad de regulación de la prueba de oficio en el proceso penal, es decir, nos dedicaremos a establecer si la prueba de oficio es la alternativa más benigna al intervenir en el derecho al debido proceso.

Para este propósito el sub principio de necesidad exige analizar dos aspectos, el primero está referido a que si existen medios alternativos cuya idoneidad sea equivalente o mayor al de la prueba de oficio y la segunda exigencia tiene que ver con si el medio alternativo es más benigno con el derecho fundamental afectado, si el medio alternativo cumple ambos supuestos la prueba de oficio será declarada inconstitucional.

Lo anterior implica realizar un bosquejo dentro de la doctrina jurídica a efectos de encontrar alternativas a la regulación de la prueba de oficio. En cuanto concierne a este aspecto la doctrina ha elaborado una alternativa a la prueba de oficio denominada la teoría del control de la fiabilidad probatoria (prueba sobre la prueba). Las siguientes líneas estarán dedicadas a explicar el contenido de esta teoría.

Los términos “prueba sobre la prueba”, no deben ser entendidos literalmente ya que podría conducirnos a una confusión. En realidad, “Cuando se habla de “prueba sobre la prueba” se está refiriendo a ciertas pruebas que se practican en el proceso con la finalidad de desvirtuar o de corroborar la eficacia probatoria de otras.” (GASCON, 1999, p. 15)

Otra confusión que podría generarse es sobre el objeto de la prueba en

sí, y el objeto de la “prueba sobre la prueba”, respecto a esto debemos señalar que si bien en ambos casos el objeto son los hechos y máximas de experiencia, ambos difieren en que los hechos y máximas experiencias sobre los que recae la prueba sobre la prueba son distintos de aquellos que integran el hecho punible objeto del proceso penal.

Un vez realizada estas aclaraciones, podemos conceptualizar el término “prueba sobre la prueba” que debe ser entendida como “la actividad procesal desarrollada por los sujetos del proceso penal cuya finalidad consiste en convencer al órgano jurisdiccional de que la eficacia probatoria que se merece un determinado medio de prueba debe aumentar, disminuir o incluso desaparecer en el proceso de libre valoración de la prueba que precede a la sentencia.” (GASCON, 1999, p. 29)

La proposición y práctica de la prueba sobre la prueba es una facultad propia de las partes que encuentra su fundamento en el derecho a la prueba, a la defensa y a la contradicción lo cual no está en discusión. Ahora bien, en la doctrina existe una mayoría que reconoce al órgano judicial la iniciativa en la proposición y práctica de la prueba sobre la prueba. Al respecto, Fernando Gascon, menciona lo siguiente “En efecto, ya dijimos en otro lugar que éste (órgano judicial), a lo largo del juicio oral, no puede evitar ir formulando una valoración provisional de las pruebas a medidas que se practican ante él; y el resultado de esa valoración provisional puede ser algún tipo de duda o incertidumbre en cuanto a su fiabilidad (ya sean pruebas de cargo o de descargo). Ello hace que pueda plantearse a él mismo la necesidad de procurarse de oficio la práctica de los medios de prueba (prueba sobre la

prueba) que estime necesarios a tal fin.” (GASCON, 1999, p. 161)

Como se puede apreciar hasta aquí, la “prueba sobre la prueba”, ha sido elaborada como una alternativa a la actuación probatoria de oficio cuya finalidad es distinta a la prueba en sí. Una vez realizada esta aclaración es preciso establecer el nivel de idoneidad de la prueba sobre la prueba en comparación a la prueba de oficio. Para este fin nos valdremos del sub principio de idoneidad. De la misma forma en que se realizó con la prueba de oficio.

Del concepto de prueba sobre la prueba expuesto líneas atrás podemos extraer su finalidad inmediata la cual es **convencer al órgano jurisdiccional de que la eficacia probatoria que se merece un determinado medio de prueba y con ello contribuir a la búsqueda de la verdad**. A continuación plantearemos dos supuestos para demostrar el nexo causal en el medio y el fin inmediato:

PRIMERO.- En el supuesto de que no exista norma alguna que regule la “prueba sobre la prueba”, plantearemos el siguiente ejemplo:

- Si en un proceso “x” donde se actúan medios probatorios, algunos de ellos podrían carecer de eficacia. Entonces el fallo final viciado de legitimidad y por ende alejado de la verdad.

SEGUNDO.- En el supuesto de que si exista normas que regulen la “prueba sobre la prueba”, es decir, la autoricen, plantearemos el siguiente ejemplo:

- Si en un proceso “y” donde se actúan medios probatorios, algunos de ellos podrían carecer de eficacia. El juez penal de oficio o a pedido de

las partes pueden practicar la prueba sobre la prueba a efectos de corroborar la eficacia de los medios probatorios actuados en juicio. Entonces el fallo final estará más próximo a la legitimidad y a la verdad.

Como se puede observar en los ejemplos anteriores existe una relación causal positiva entre el medio y el fin. Es preciso también mencionar que la prueba sobre la prueba al igual que la actuación probatoria de oficio no está prohibida expresa o implícitamente por nuestra Constitución Política. La prueba sobre la prueba encuentra su fundamento en el derecho fundamental a la prueba, así también lo expresa Fernando Gascón, al referir que, “es innegable la relevancia constitucional que tienen tanto la prueba sobre la prueba como el derecho a practicarla. De forma más o menos directa, son varios los derechos fundamentales que se ven implicados cuando se desarrolla por el justiciable este tipo de prueba. Así, junto al derecho a la prueba, también se ven afectados, al menos los siguientes: a) El derecho a no padecer indefensión... b) El derecho a un proceso con todas las garantías... c) El derecho a la presunción de inocencia...” (GASCON, 1999, p. 59)

A modo de resumen podemos decir que la regulación de la prueba sobre la prueba es totalmente legítima al igual que la prueba de oficio, **ambos son medios idóneos para contribuir a la búsqueda la verdad**. Sin embargo, también es necesario establecer el nivel de idoneidad tanto de la prueba de oficio como de la prueba sobre la prueba, lo cual se realizara desde cuatro perspectivas, que a continuación detallamos:

CUADRO Nº 01

CUADRO DE RESUMEN DEL NIVEL DE IDONEIDAD

	PRUEBA DE OFICIO	PRUEBA SOBRE LA PRUEBA
EFICACIA	El solo hecho de poder proponer nuevos medios probatorios le confiere mayor eficacia.	No se faculta al juez la actuación de nuevos medios probatorios lo cual disminuye su eficacia.
TEMPORALIDAD	Excepcionalmente en el juicio oral.	En todo momento del juicio oral.
REALIZACION DEL FIN	El juez al poseer mayores facultades probatorias se contribuye en esa misma proporción a la búsqueda de la verdad.	La prueba sobre la prueba solo está referida a los medios probatorios propuestos por las partes y actuados en juicio.
PROBABILIDAD	La iniciativa probatoria del juez sin límite más que su discrecionalidad genera mayor seguridad para la búsqueda de la verdad.	En cambio la prueba sobre prueba se ve limitada por su propia naturaleza.

Elaborado por el investigador.

Del cuadro anterior podemos concluir que la idoneidad de la prueba sobre la prueba es menor en comparación al de la prueba de oficio, ello trae consigo dos consecuencias; la primera es que la prueba sobre la prueba no ha superado la exigencia de ser idóneo en igual o mayor proporción que la prueba de oficio, la segunda consecuencia es que al no superar la primera exigencia para ser declarada inconstitucional vamos a postergar el análisis de la segunda exigencia que tiene que ver con si el medio alternativo es más benigno con el derecho fundamental afectado, esto se realizará en el análisis del principio de

proporcionalidad en sentido estricto.

4.2.3 Aplicación del Principio de Proporcionalidad en Sentido Estricto.-

Luego de abordar el análisis de los subprincipios de idoneidad y necesidad los cuales han sido debidamente superados, ahora nos encontramos en la última fase de la aplicación del principio de proporcionalidad con el cual pretendemos resolver la interrogante sobre la constitucionalidad de la prueba de oficio en el marco del nuevo Código Procesal Penal Peruano.

Es importante precisar que haremos uso de la estructura argumentativa propuesta por BERNAL (2003, p. 759), el cual se resume en tres pasos, a saber:

- En primer lugar vamos a determinar la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.
- Seguidamente vamos a comparar la magnitud de la importancia de la realización del fin perseguido y la importancia de la intervención en el derecho fundamental.
- Finalmente, vamos a construir una **relación de precedencia condicionada**, entre el derecho fundamental y el fin legislativo en base a los análisis anteriores.

4.2.3.1 Determinación de la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin legislativo.

Para determinar la magnitud de la importancia de los dos objetos

normativos; es decir, del derecho fundamental y del fin legislativo. Es imprescindible fijar el peso que será el resultado de dos variables un peso abstracto y un peso concreto. Empecemos por el peso abstracto del derecho al debido proceso.

“El derecho fundamental a la libertad personal tiene doble carácter. Es un derecho subjetivo, pero también una institución objetiva valorativa. Como derecho fundamental (artículo 2º, inciso 24, de la Constitución) garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas; esto es, su libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Como derecho objetivo, es uno de los valores fundamentales de nuestro estado social y democrático de Derecho, por cuando informa nuestro sistema democrático y el ejercicio de los demás derechos fundamentales; a la vez que justifica la propia organización constitucional” (STC. Exp. N° 9068-2005-PHC/TC). Partimos de este concepto porque nos permite contextualizar el carácter fundamental del derecho al debido proceso ya que esta es un derecho conexo al derecho fundamental a la libertad y seguridad personal.

Dicho esto, es importante resaltar el contenido constitucional, ampliamente aceptado, del derecho al debido proceso dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el contenido que a continuación recogemos está integrado por los siguientes aspectos (GOZAINI, 2004, p. 39):

- a) *El derecho a ser oído*, que implica el acceso a la justicia sin restricciones personales ni económicas.
- b) *El derecho al proceso*, que se fracciona en puntualizaciones como las garantías de alegación, prueba y defensa de los derechos; dentro de un

esquema confiable y que le garantice la seguridad personal y jurídica; a través de un abogado idóneo y de confianza, y amparado en la publicidad del proceso.

- c) *El derecho al plazo razonable*, ya sea en el tiempo para ser oído, como en el tránsito por las distintas etapas judiciales, acordando al afectado, un derecho indemnizatorio cuando acredite los perjuicios sufridos por la demora injustificada de los tiempos del proceso.
- d) *El derecho a un juez natural*, y a que este sea competente, independiente, e imparcial, donde anidan proyecciones sobre el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente, el derecho a que la sentencia sea fundada y razonable, dando soluciones apropiadas al objeto de la pretensión.
- e) *El derecho a la utilidad de la sentencia*, que se enlaza con el último aspecto en cuanto a darle sentido al pronunciamiento judicial a través de una decisión justa y efectiva, que pueda ser cumplida también dentro de un plazo razonable.

De lo anterior, vamos a extraer el *Derecho al Proceso*, porque es ahí donde se sustenta la intervención de la prueba de oficio en el derecho a un debido proceso, como bien se señala este derecho fundamental presupone un proceso con un esquema confiable, que permita cumplir el fin del proceso penal que por su naturaleza compleja que implica *“la condena del culpable, la protección del inocente, la formalidad del procedimiento alejada de toda arbitrariedad y la estabilidad jurídica de la decisión. Todas esas exigencias son igualmente significativas para una comunidad organizada desde el punto de vista del*

*Estado de Derecho... Por ello, el proceso penal tampoco puede alcanzar la meta por un camino recto, como si fuera una flecha. Debido a que se debe satisfacer pretensiones opuestas, el proceso penal esta estructurado –ya de antemano- **dialécticamente** y requiere su tiempo para la consideración minuciosa de las distintas contingencias y perspectivas”.*

Entonces, la naturaleza misma del proceso tiene estructura dialéctica para satisfacer las distintas exigencias de la finalidad propia del proceso. FERRAJOLI (2006, p. 581) menciona que el proceso es una relación triangular donde intervienen tres sujetos, dos de los cuales son partes en la causa, y el tercero super parte; con lo que hace referencia al acusador, el defensor y el juez, cada uno de los cuales cumple un rol. Al respecto MONTERO (2008, p. 433), menciona que el papel de las partes es afirmar los hechos y probarlos y mientras el juez debe ser un tercero con actitud neutral limitándose a dirigir los debates.

Toda esta elaboración doctrinaria ha sido recogida además del principio acusatorio por el principio de división de roles conforme al cual “no existe proceso penal posible sin la concurrencia de sujetos procesales esenciales como el Ministerio Público, el imputado y su defensa y el órgano jurisdiccional, encargado de específicas tareas: perseguir el delito, resistirse a la incriminación y fallar, respectivamente, sin admitir interferencias o postergaciones como las que caracterizan el modelo mixto de tendencia inquisitiva” (RODRIGUEZ, 2011, p. 82).

La misma Academia de la magistratura agrega también lo siguiente: “En suma, sin división de funciones procesales no tendría el menor sentido

asignarle al CPP la característica de acusatorio, garantizador y de tendencia adversativa” (RODRIGUEZ, 2011, p. 84).

Podemos concluir entonces que en todo proceso es vital que los roles de cada sujeto procesal no se trastoquen porque se estaría desvirtuando la naturaleza misma de la idea de proceso.

No cabe duda de que el derecho fundamental a un Debido Proceso es reconocido y consagrado internacionalmente a través de diversos instrumentos jurídicos. Por ejemplo en el sistema interamericano de derechos humanos, el derecho al debido proceso está establecido fundamentalmente en los artículos XVIII y XXVI de la Declaración Americana de Derechos Humanos y los artículos 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Una vez contextualizada la importancia y fundamentalidad del Derecho al Debido Proceso. Vamos ocuparnos del principio constitucional de Seguridad Jurídica, que el legislador ha fijado como fin al momento de regular la prueba de oficio.

No es novedad que el sistema jurídico instituya como objetivo principal en el ámbito punitivo la averiguación de la verdad de los hechos, en el sentido de que las decisiones judiciales sea producto de la correspondencia entre lo ocurrido y lo probado, para satisfacer el ideal de justicia como valor supremo del Estado. Y precisamente la Seguridad Jurídica inspirado en el valor Justicia se convierte en un principio constitucional que otorga legitimidad al legislador para intervenir en un derecho fundamental. En ese sentido se pronuncia Jordi Ferrer cuando expresa que, *“el ciudadano tiene derecho a probar que se han producido, o no, los hechos a los que el derecho vincula consecuencias*

jurídicas. Sólo de este modo puede garantizarse una correcta aplicación del derecho y, una adecuada seguridad jurídica” (FERRER, 2005, p. 28).

De ahí que el legislador otorga importancia a averiguación de la verdad cuando decide regular la prueba de oficio en el Código Procesal Penal 2004. Una vez más vamos a recurrir al Tribunal Constitucional quien se ha manifestado respecto de la seguridad jurídica y ha expresado lo siguiente, “2. *En primer término, y dado que a diferencia de otras constituciones comparadas, nuestra Norma Fundamental no reconoce de modo expreso a la seguridad jurídica como un principio constitucional...* 3. *El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en el cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (STCE 36/1991, FJ 5). El principio in comento no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la "predecible" reacción, sea para garantizar la permanencia del statu quo, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal” S(STC EXP. N.º 0016-*

2002-AI/TC).

Entonces la seguridad jurídica es catalogada como un principio constitucional vigente que legitima la actuación probatoria de oficio. En un sistema jurídico donde se castiga o sanciona al culpable y se libera al inocente se está contribuyendo a la seguridad jurídica.

El Tribunal Constitucional Español, según cita Carlos Bernal Pulido, “reconoció que la celeridad del proceso, la seguridad jurídica y el correcto funcionamiento de la jurisdicción, eran tres fines que podrían fundamentar legítimamente la intervención en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. **Estos tres fines tienen el carácter de principios constitucionales de segundo grado**, que les viene atribuido, ya no razón de un reserva específica de ley – el artículo 24.1 no establece ninguna –, sino de la reserva general de intervención en los derecho fundamentales de los artículos 53.1 y 81.1 CE” (BERNAL, 2003, p. 710).

Una vez establecida el preso abstracto del derecho fundamental y el fin legislativo, corresponde determinar cuál de ellos adquiere más peso dentro de nuestro sistema jurídico, para ello aplicaremos las siguientes reglas:

Regla 1. *(Ámbito normativo afectado y su función).*- *Cuanto mayor sea la parte del ámbito normativo del derecho fundamental que se vea afectado, mayor será la intensidad de la intervención y mayor peso que deberá otorgarse al derecho fundamental en la ponderación. Correlativamente, cuanto mayor sea la parte del ámbito normativo del principio constitucional que se realice mediante dicha intervención, mayor será la realización del principio constitucional y mayor será el peso que deberá otorgarse a éste en la ponderación.*

Tuvimos oportunidad de argumentar que la prueba de oficio no afecta al derecho a un juez imparcial; sin embargo también asumimos la postura de que la prueba de oficio afecta directamente a la naturaleza misma del proceso, como es la división de roles, la cual está protegida por el derecho fundamental a un debido proceso, con esto no solo se afecta un componente del derecho al debido proceso sino su naturaleza misma reconocido nacional e internacionalmente. Ahora bien, la prueba de oficio propende la seguridad jurídica lo cual no descartamos que sea así, sin embargo, el nivel de realización de este principio es mínima tomando en cuenta que promover la seguridad jurídica por la actuación probatoria de oficio siempre se verá limitada en su propósito, por las garantías y reglas propias del proceso penal, como por ejemplo, la prueba prohibida que muchas veces limita la averiguación de la verdad por ende el de la justicia.

Regla 2. *La fundamentalidad de una posición en cuanto a su status de condición para la realización del derecho fundamental o del principio constitucional.- Una posición iusfundamental y un fin inmediato tienen el máximo valor, cuando son condición suficiente y necesaria para la realización de los derechos y principios a los que se adscriben. Menor valor tienen, cuando son condición suficiente pero no necesaria; menos valor aun, cuando son condición necesaria pero no suficiente y todavía menor valor, cuando no son condición necesaria ni suficiente.*

La idea misma de proceso nos lleva a imaginar una relación triangular un acusado, un defensor y el juez con roles distintos. La división de roles es una condición necesaria pero no suficiente para la realización del derecho

fundamental al debido proceso. Mientras que la prueba de oficio no es condición necesaria ni suficiente, porque existen alternativas legislativas que pueden suplir la regulación de la prueba de oficio igualmente eficaces y no son suficientes porque como ya dijimos la actuación probatoria de oficio siempre se verá limitada en su propósito, por las garantías propias del proceso penal.

Regla 3. *La fundamentalidad de una posición en cuanto a los efectos positivos y negativos de su afectación sobre otros principios constitucionales diversos a que se adscribe.*

Pudimos advertir anteriormente que la regulación de la prueba de oficio además de afectar negativamente al derecho fundamental al debido proceso, afecta también a principios reconocidos por nuestra legislación como son el principio acusatorio y el principio de división de roles. De otro lado la prueba de oficio está regulada en resguardo de la seguridad jurídica.

Como indicamos al inicio de este apartado es importante establecer el peso abstracto y concreto del derecho fundamental al debido proceso y el fin legislativo. En los párrafos anteriores pudimos establecer el peso abstracto de cada uno de ellos, ahora toca analizar su peso concreto.

El peso concreto de la intensidad en la intervención en el derecho fundamental, estará dado de la eficacia, la rapidez, la probabilidad, el alcance y la duración con que se afecte negativamente a éste.

CUADRO Nº 02

**DETERMINACION DEL PESO CONCRETO DE LA INTENSIDAD EN
LA INTERVENCIÓN EN EL DERECHO FUNDAMENTAL**

	INTERVENCION LEGISLATIVA
EFICACIA	Teniendo en cuenta el contenido amplio del derecho al debido proceso, el legislador al regular la prueba de oficio dificulta en un nivel medio el ejercicio de dicho derecho ya que solo se afecta el presupuesto esencial de separación de roles dejando a salvo las de más garantías.
RAPIDEZ	Nos encontramos frente a una afectación actual y vigente sin límite más que su discrecionalidad del juez.
PROBABILIDAD	En una realidad donde la actuación probatoria de las partes, en mucho de los casos es deficiente, el juez ordenará la prueba de oficio en búsqueda de la verdad arriesgándose algunas veces a traspasar la naturaleza excepcional de la norma. Es decir, existe una probabilidad alta de que la intervención legislativa afecte el derecho fundamental al debido proceso.
ALCANCE	En párrafos anteriores tuvimos oportunidad de argumentar que la prueba de oficio afecta al derecho fundamental al debido proceso y además afecta al principio acusatorio, principio de aportación de parte y al principio de división de roles. Por lo que el nivel de la intensidad de la intervención legislativa es alto.
DURACION	Si en un proceso penal donde se practicó la prueba de oficio, la duración de la afectación estará dada por el tiempo que dure el proceso. Por lo que el nivel de la intensidad de la intervención legislativa es alto.

Elaborado por el investigador.

Finalmente, debemos analizar el peso concreto de la intensidad de la intervención legislativa en la realización del fin inmediato del legislador.

CUADRO Nº 03

**DETERMINACION DEL PESO CONCRETO DE LA INTENSIDAD DE
LA INTERVENCIÓN LEGISLATIVA EN LA REALIZACIÓN DEL FIN
INMEDIATO DEL LEGISLADOR**

	INTERVENCION LEGISLATIVA
EFICACIA	<p>La eficacia de la prueba de oficio para suplir las deficiencias probatorias de las partes en búsqueda de la verdad, es baja porque nuestra legislación ha optado por una solución intermedia entre modelos que reconocen de una manera amplia y generosa la prueba de oficio (caso alemán) y los modelos que han optado por la prohibición expresa (caso colombiano), otorgándole en nuestro caso el carácter de excepcional. A manera de ejemplo una intensidad alta estaría dada en el caso de que el juez poseyera facultades inquisitivas irrestrictas.</p>
RAPIDEZ	<p>La realización del fin inmediato esta expedita a la discrecionalidad del juez.</p>
PROBABILIDAD	<p>La probabilidad de realización del fin inmediato está sujeta a su naturaleza excepcional y estar limitado por los siguientes factores:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Debe versar por los hechos alegados por la partes. 2. El juez no puede practicar pruebas de oficios en los casos de ausencia total o manifiesta insuficiencia de las pruebas practicadas. 3. Debe limitarse a aquellas fuentes de prueba que surjan durante los debates de juicio oral. 4. La prueba de oficio solo puede acordarse una vez finalizada la práctica de la pruebas aportada por las parte. <p>Teniendo en cuenta estas limitaciones el nivel de realización del fin inmediato será medio.</p>

ALCANCE	La regulación de la prueba de oficio contribuye básicamente a la realización del fin inmediato suplir deficiencias y búsqueda de la verdad. Por lo que el nivel de la intensidad es medio.
DURACION	La duración estará dada por el momento y las limitaciones en que se practique la prueba de oficio. Por lo que el nivel de la intensidad de la realización del fin inmediato es leve.

Elaborado por el investigador.

4.2.3.2 Relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental a un debido proceso y el principio de seguridad jurídica.-

Luego de haber determinado la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y la intensidad de la realización del principio constitucional que fundamenta la ley, vamos a llevar a cabo la ponderación propiamente dicha. Debemos aclarar que, la relación de precedencia condicionada del elemento que adquiera prioridad, no pasa a ocupar una posición jerárquica superior en el ordenamiento jurídico. Dicho esto, la regla a utilizar será la siguiente:

Regla 4. *Carga de la argumentación a favor del derecho fundamental. Los argumentos que juegan a favor de la realización del principio constitucional que respalda la intervención legislativa, deben tener un peso por lo menos equivalente al de los argumentos que juegan en contra de la intervención en el derecho fundamental. Si la realización del principio constitucional que constituye el fin legislativo no es sobreproporcional, es decir, no alcanza a ser por lo menos equivalente al grado de restricción del derecho fundamental, la intervención del parlamento debe declararse inconstitucional.*

A manera de resumen vamos a extraer el peso concreto y abstracto de la intensidad de la afectación al derecho fundamental al debido proceso y la intensidad de la realización del fin legislativo los cuales fueron analizados anteriormente:

CUADRO Nº 04

RESUMEN DEL PESO ABSTRACTO

PESO ABSTRACTO		
	DERECHO A UN DEBIDO PROCESO	PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA
REGLA 1	Por el nivel de afectación a este derecho, adquiere un peso medio.	Por el nivel de realización de este principio adquiere un peso bajo.
REGLA 2	Nivel medio.	Nivel bajo.
REGLA 3	Nivel alto.	Nivel medio.

Elaborado por el investigador.

Del cuadro anterior tenemos como resultado que el Derecho fundamental a un debido proceso adquiere un peso abstracto mayor que el principio constitucional.

Finalmente vamos a resumir el peso concreto según las variables analizadas anteriormente:

CUADRO Nº 05

RESUMEN DEL PESO CONCRETO

	PESO CONCRETO	
	DERECHO A UN DEBIDO PROCESO	PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA
EFICACIA	Nivel medio.	Nivel bajo.
RAPIDEZ	Nivel medio.	Nivel medio.
PROBABILIDAD	Nivel alto.	Nivel medio.
ALCANCE	Nivel alto.	Nivel medio.
DURACION	Nivel alto.	Nivel bajo.

Elaborado por el investigador.

Del cuadro anterior tenemos como resultado que el Derecho fundamental a un debido proceso adquiere un peso concreto mayor que el principio constitucional.

Una vez conocido los pesos tanto abstracto como concreto, vamos a establecer el peso absoluto del Derecho al Debido Proceso y el Principio Constitucional de Seguridad Jurídica. Del cuadro 4 y 5 tenemos que el peso total del derecho fundamental es mayor que el peso del principio constitucional. Como consecuencia de ello, la regulación de la prueba de oficio en el proceso penal es inconstitucional.

4.3 PROPUESTAS LEGISLATIVAS.-

Como se ha podido apreciar existen posiciones doctrinarias discrepantes sobre la iniciativa probatoria del juez, tal es así, que solo en América Latina

existen países que lo prohíben expresamente, otros que le otorgan amplia apertura y posiciones intermedias como es el caso de nuestro país.

Producto de la presente investigación podemos advertir que facultar al juez para practicar una prueba de oficio, contraviene a la naturaleza misma del proceso. Lo que no significa que el juez deba callar en casos de que éste advierta deficiencias probatorias de las partes, para superar estos dos obstáculos, basados en la legislación colombiana y el anteproyecto de la Ley de enjuiciamiento criminal español, proponemos derogar el inciso 3 del artículo 155º y modificar el artículo 385º del Código Procesal Penal 2004, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 385º.- Otros medios de prueba.

- 1. Excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, si el Ministerio Público o las partes, conociesen de nuevos medios probatorios, que producto del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad, solicitarán su práctica. Si el juez, tomara conocimiento de nuevas pruebas en dichas circunstancias, éste la someterá a consideración de las partes, y podrá practicarse siempre que alguna de ellas haga suya la propuesta.*

CONCLUSIONES

- Los principios constitucionales que fundamentan la regulación de la prueba de oficio en el proceso penal, por el cual se confieren facultades probatorias excepcionales al juez penal están fundamentadas en la búsqueda de la verdad y en salvaguarda del principio de seguridad jurídica.
- La regulación de la prueba de oficio que está orientado a la búsqueda de la verdad, no es la más idónea para alcanzar dicho fin, debido a que existen alternativas como la teoría de la prueba sobre la prueba u orientar estas facultades extraordinarias al ministerio público promoviendo su fortalecimiento.
- La iniciativa probatoria de oficio que de manera excepcional se otorga al Juez Penal, no vulnera al derecho fundamental a un juez imparcial, más bien se afecta a la naturaleza misma del proceso protegido por derecho fundamental al debido proceso.
- Finalmente, debemos expresar que toda regulación que faculte plena o excepcionalmente, la iniciativa probatoria de oficio es inconstitucional, debido a que dentro de nuestro ordenamiento jurídico el Derecho fundamental al Debido Proceso adquiere mayor importancia. Lo que significa que solo para este caso se prefiere la protección del Derecho

fundamental a un debido proceso que al principio de seguridad jurídica, es decir, no se trata de establecer una jerarquía entre ambos, sino una relación de precedencia condicionada.



RECOMENDACIONES

- El legislador debe dejar de lado cualquier secuela del modelo procesal inquisitivo al momento de legislar el sistema procesal penal, en aras de preservar derechos y garantías bastante reconocidos.
- Resulta penoso que la finalidad inmediata de la prueba de oficio sea la suplir la actividad deficiente, insuficiente o defectuosa de las partes, cuando dentro de ellos se encuentra el Ministerio Público, lo que denota un trabajo pendiente del Estado, debido a que, tratándose de una entidad pública debería recibir más atención en sus carencias, que solo será viable con políticas decididas a fortalecer esta institución. Sugerimos entonces realizar un estudio de la calidad del servicio prestado por el Ministerio Público, lo que permitirá desnudar sus debilidades.
- Con la finalidad de no afectar o vulnerar el derecho al debido proceso, principio de aportación de parte, principio de división de roles y al principio acusatorio, el Estado debería enfocarse más en soluciones de naturaleza administrativa, es decir en emitir leyes que provean de más herramientas al Ministerio Público y que permitan solucionar sus deficiencias, que se traducirán seguramente en una mejor labor para la búsqueda de la verdad que tanto le preocupa.
- Partiendo de nuestra principal conclusión, referida a que toda regulación

que faculte plena o excepcionalmente, la iniciativa probatoria de oficio es inconstitucional, sugerimos derogar el inciso 3 del artículo 155° y modificar el artículo 385° del Código Procesal Penal, en los términos expuestos en el respectivo acápite.



BIBLIOGRAFÍA

- ASECIO MELLADO, José María; *“Sistema Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal”*, Fondo Editorial INPECCP, Lima, 2008
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo; *“Prueba Judicial”*, Editorial Juris, Rosario, 2007.
- BERNAL PULIDO, Carlos; *“El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales”*, Editorial CEPC, Madrid, 2003.
- CABANELLAS, Guillermo; *“Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”*, 15º edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1982.
- CACERES JULCA, Roberto E.; *“Comentarios al Título Preliminar del Código Procesal Penal”*, Editorial Grijley, Lima, 2009.
- CAFFERATA NORES, José; *“La Prueba en el Proceso Penal”*, 3ra. Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1998.
- CERDA SAN MARTIN, Rodrigo y FELICES MENDOZA, María Esther; *“El Nuevo Proceso Penal. Constitucionalización, principios y racionalidad probatoria”*, Editorial Grijley, Lima, 2011.
- CHOCANO NUÑEZ, Percy; *“Derecho Probatorio y Derechos Humanos”*, 2da. Edición, Editorial Moreno S.A. Lima, 2008.
- CLINENT DURAN, Carlos; *“La Prueba Penal”*, 2da. Edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- CUBAS VILLANUEVA, Victor; *“El Nuevo Proceso Penal Peruano”*, Editorial Palestra, Lima, 2009.

- CUELLO IRIARTE, Gustavo; *“Derecho Probatorio y Pruebas Penales”*, editorial Legis, Bogotá, 2008.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando; *“Teoría General de la Prueba Judicial”*, Editorial Temis, Bogotá, 2002.
- FALCON, Enrique M.; *“Tratado de la Prueba”*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi; *“Derecho y razón”*, 8° edición, Editorial Trotta, Madrid, 2006.
- FERRER BELTRÁN, Jordi; *“Prueba y Verdad en el Derecho”*, 2da. Edición, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2005.
“La valoración racional de la prueba. Madrid”, Marcial Pons, 2007.
“Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales”, en *Jueces para la Democracia*, n° 47, julio 2003.
- GASCON INCHAUSTI, Fernando; *“El control de la Fiabilidad Probatoria: “Prueba sobre la Prueba” en el Proceso Penal”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- GIMENO SENDRA, Vicente y otros; *“Los Derechos Fundamentales y su protección jurisdiccional”*, Editorial Colex, Madrid, 2007.
- GOZAINI, Osvaldo Alfredo; *“El Debido Proceso”*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004.
- LOPEZ JIMENEZ, Raquel; *“La Prueba en los Juicios por Jurados”*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- MAIER, Julio, *“Derecho procesal penal”*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.

- MONTERO AROCA, Juan; “Proceso Penal y Libertad”, Editorial Aranzadi, España, 2008.
- PELÁEZ BARDALES, José Antonio; “*La Prueba Penal*”, Editorial Grijley, Lima, 2013.
- PEREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo; “*Fundamentos del Sistema Acusatorio de Enjuiciamiento Penal*”, Editorial Temis, Bogotá, 2008.
- QUISPE MANSILLA, Iván; “Derecho Probatorio”, Material de enseñanza de la Academia de la Magistratura del Perú, Lima, 2010.
- RAMOS NUÑEZ, Carlos; “Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento”, cuarta edición, editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
- RODRIGUEZ HURTADO, Mario; “Diplomatura de Actualización y Perfeccionamiento en el Principio Acusatorio y su influencia en el Código Procesal Penal, garantizador de tendencia adversativa, eficaz y eficiente”, Academia de la Magistratura, 2011.
- ROSALES ECHEGARAY, José Antonio; “La Prueba de Oficio”, abril 2012
<<http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=documento&com=categoria&id=9>> [visitado el 25 de Abril 2013].
- SOLORZANO GARAVITO, Carlos Roberto; “Sistema Acusatorio y Técnicas de Juicio Oral”, 3ra edición, Editorial Nueva Jurídica, Bogotá, 2010.





**“ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA PRUEBA DE OFICIO EN
EL PROCESO PENAL PERUANO”**

**“THE ANALYSIS OF THE CONSTITUTIONALITY OFFICE TEST IN THE
PERUVIAN CRIMINAL TRIAL”**

AUTOR:

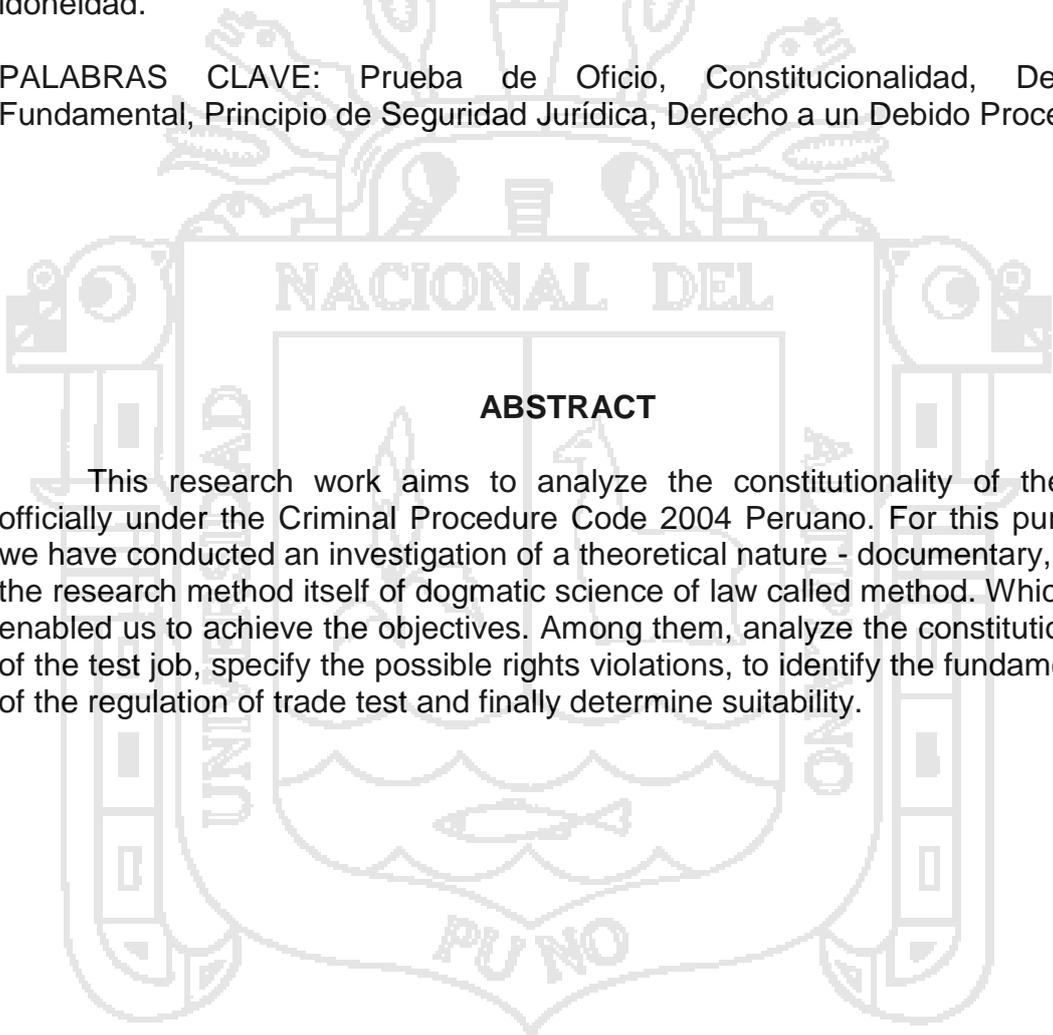
Julio Cesar Jara Ccallo¹

¹ Bachiller en Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional del Altiplano.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación, tiene como propósito analizar la constitucionalidad de la prueba de oficio en el marco del Código Procesal Penal Peruano 2004. Con este propósito, se ha realizado una investigación de tipo teórico – documental, haciendo uso del método de investigación propio de la ciencia del derecho denominado método dogmático. El cual nos ha permitido alcanzar los objetivos propuestos. Entre ellos, analizar la constitucionalidad de la prueba de oficio, precisar los posibles derechos vulnerados, identificar los fundamentos de la regulación de la prueba de oficio y finalmente averiguar su idoneidad.

PALABRAS CLAVE: Prueba de Oficio, Constitucionalidad, Derecho Fundamental, Principio de Seguridad Jurídica, Derecho a un Debido Proceso.



ABSTRACT

This research work aims to analyze the constitutionality of the trial officially under the Criminal Procedure Code 2004 Peruano. For this purpose, we have conducted an investigation of a theoretical nature - documentary, using the research method itself of dogmatic science of law called method. Which has enabled us to achieve the objectives. Among them, analyze the constitutionality of the test job, specify the possible rights violations, to identify the fundamentals of the regulation of trade test and finally determine suitability.

INTRODUCCION

La Constitución Política del Estado, constituye la norma jurídica de mayor jerarquía dentro de nuestra sociedad; como tal, condiciona la validez de las normas que le son inferiores en cuanto a su vigencia y contenido.

La persecución penal es un atributo exclusivo del Estado que necesariamente va incidir en el ámbito de las libertades y derechos fundamentales de la persona humana. Por ello, existe una estrecha relación entre la normativa constitucional y derecho procesal penal, estando esta última condicionada a la primera. Siendo esto así, en un proceso penal en la mayoría de casos se afectan los denominados derechos de primera generación, los mismos que son consagrados y protegidos por nuestra constitución.

Con la dación del Código Procesal Penal del 2004, el legislador ha visto por conveniente regular la actuación probatoria de oficio en los artículos 155º inc. 3 y 385º incisos 1 y 2; los cuales admiten excepcionalmente las *Pruebas de Oficio*. Dentro de la doctrina existen posiciones encontradas; es decir, a favor y en contra, de la regulación de la prueba de oficio. Las posiciones a favor consideran que como la finalidad del proceso penal es la búsqueda de la verdad material, por lo tanto se justifica la actuación probatoria de oficio; del otro lado, es decir los que están en contra, sostienen que regular la prueba de oficio vulnera el derecho fundamental a un juez imparcial.

Con estas consideraciones previas, nos hemos propuesto investigar la constitucionalidad de las normas que admiten la prueba de oficio.

1.1. Definición del Problema.-

Nuestro problema queda definido de la siguiente manera:

- ¿Es constitucional la prueba de oficio en el proceso penal peruano?

1.2. Objetivos de la Investigación.-

La presente investigación tiene los siguientes objetivos:

- OBJETIVO GENERAL.-
Analizar la constitucionalidad de la prueba de oficio en el proceso penal peruano.
- OBJETIVOS ESPECIFICOS.-
 4. Identificar los principios constitucionales que fundamentan la regulación de la prueba de oficio en el proceso penal.
 5. Establecer la idoneidad de la prueba de oficio en el proceso penal.
 6. Determinar si la prueba de oficio afecta al derecho a un juez imparcial.

1.3. HIPOTESIS.-

Para fines de la investigación se plantea la siguiente hipótesis general:

- La prueba de oficio en el proceso penal peruano es inconstitucional.

MATERIAL Y METODO DE INVESTIGACIÓN

2.1 MÉTODOS Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN.

2.1.1.- MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.-

El diseño de investigación que será usado para el presente trabajo es:

- *Método Dogmático.-*

La investigación jurídico - dogmática “*concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real que se relacione con la institución o especie legislativa... Una tesis de grado que se inspira en el método dogmático visualizará el problema jurídico solo a la luz de las fuentes formales, y como consecuencia, su horizonte se limitará a la normas legales o instituciones en los que está inscrito el problema.*” (RAMOS, 2007, p. 112)

La presente investigación hará uso del Método Dogmático, con el cual se analizará instituciones jurídicas como la prueba de oficio, las garantías constitucionales, el sistema procesal acusatorio, entre otros, en el marco de las normas que rigen el proceso penal y la Constitución.

2.1.2.- TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.-

b) TÉCNICA DE RECOPIACION Y ANALISIS DOCUMENTAL.-

Para analizar la constitucionalidad de la prueba de oficio en el proceso penal, se recabará información a través de apuntes, fichas textuales, de resumen, de comentario entre otros (que fungirán como instrumentos).

2.2 TRATAMIENTO DE LA INFORMACION.

El análisis de la información se realizará a través de la presentación de posturas doctrinarias, y sumado a ello se hará uso de los métodos de interpretación y argumentación jurídica para sentar una posición respecto del problema planteado.

2.3 AMBITO DE ESTUDIO.

Nuestro ámbito de estudio es el proceso penal peruano, con la salvedad de que solo nos vamos a enfocar al estudio de la constitucionalidad de la prueba de oficio normado en los artículos 155° y 385° del Código Procesal Penal vigente, aprobado por Decreto Legislativo N° 957 (29/07/2004).

ANALISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA PRUEBA DE OFICIO

Para este propósito usaremos la estructura del principio de proporcionalidad. Debemos antes analizar sus presupuestos; es decir, examinar si la regulación de la prueba de oficio está adscrito al contenido de algún derecho fundamental y a su vez identificar si existe intervención legislativa en el derecho fundamental.

3.1 PRESUPUESTOS PARA LA APLICACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.-

La actuación probatoria de oficio está regulada en nuestro Nuevo Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo N° 957 (29/07/2004), y entre lo más destacado menciona lo siguiente:

ARTÍCULO 155°.- Actividad Probatoria

5. La Ley establecerá, por excepción, los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio.

ARTÍCULO 385°.- Otros medios de prueba y prueba de oficio

6. 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.

7. 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.

La prueba constituye la parte vital de todo proceso, tal es así, que la decisión final del juez depende de los medios probatorios actuados en juicio oral, es decir, cualquier disposición que regule la recepción, admisión y actuación de la prueba, incidirá directamente en el proceso como tal, entonces es necesario analizar que se entiende por proceso. FERRAJOLI (2006, p. 581) menciona que el proceso es una relación triangular donde intervienen tres sujetos, dos de los cuales son partes en la causa, y el tercero super parte; con lo que hace referencia al acusador, el defensor y el juez, cada uno de los cuales cumple un rol. Al respecto MONTERO (2008, p. 433), menciona que el papel de las partes es afirmar los hechos y probarlos y mientras el juez debe ser un tercero con actitud neutral limitándose a dirigir los debates.

Nuestra Constitución Política del Estado de 1993, prescribe importantes derechos y garantías, dentro de los cuales encontramos al principio de jurisdiccionalidad y presunción de inocencia los cuales son derechos conexos al derecho fundamental a la libertad y seguridad personal, los cuales están expresados de la siguiente manera:

Artículo 2º.- Derechos de la Persona.

Toda persona tiene derecho:

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

Y en concordancia a este artículo también tenemos:

Artículo 139º.- Principios de la Función Jurisdiccional.

5. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional...

10. El principio de no ser penado sin proceso judicial.

Podemos advertir de la lectura de los artículos anteriores contenidos en nuestra Constitución, que la jurisdicción, ejercida a través de un proceso, es la única forma de sancionar o privar la libertad a una persona por la comisión de un delito. Citaré textualmente a Luigi Ferrajoli donde expresa que: "La jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena". (FERRAJOLI, 2006, p. 549)

Entonces queda claro que nadie puede ser penado sin previo proceso judicial, donde se reúnen las garantías propugnadas por un sistema penal acusatorio, por el cual el juez juega un papel distinto al acusador y al defensor. La prueba de oficio contraviene esto último, ya que tal como menciona MONTERO (2008, p. 434), el tribunal que acuerda una prueba de oficio está, por consiguiente, ayudando a los acusadores en el desempeño de su papel y si

el tribunal acordara de oficio un medio de prueba que sirviera para acreditar hechos que modifique la responsabilidad del imputado, el tribunal habría asumido el papel que corresponde al acusado.

Por lo tanto, la normatividad que trastoque los papeles del juez, acusador y defensor estaría afectando negativamente al derecho fundamental al debido proceso, ya que si producto de un proceso judicial, en el cual se vulnera la naturaleza misma del proceso, se está afectando negativamente a este derecho fundamental.

3.2 APLICACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

Una vez superado el análisis de los presupuestos para la aplicación del principio de proporcionalidad, podemos aplicar cada uno de los subprincipios del principio de proporcionalidad, como son el de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, en forma sucesiva y escalonada. Es decir, vamos a someter a las normas que facultan la actuación probatoria de oficio a un control de constitucionalidad.

3.2.1 Estudio de la Idoneidad de la Norma Legal.-

Al momento de analizar los presupuestos para la aplicación del principio de proporcionalidad, pudimos advertir preliminarmente que el legislador al otorgar facultad al juez penal para ordenar la prueba de oficio está interviniendo en el derecho fundamental al debido proceso. Ahora bien, el legislador al disponer dicha medida busca alcanzar una finalidad que generalmente se fundamenta en la realización de otro derecho fundamental, principio o bien constitucional que favorece su legitimidad.

En muchas ocasiones las partes no alcanzan a acreditar los extremos fundamentales de la pretensión o excepción, por errores, descuidos, etc. Lo cual determina un fallo alejado de la justicia del litigio, en grave daño para una de las partes y contrario a la finalidad del proceso (búsqueda de la verdad). Con la iniciativa oficiosa del juez, se busca disminuir esta triste posibilidad, porque se colmaran las deficiencias, se salvaran errores y dificultades en la acreditación de los hechos, con repercusión inmediata en la clase de decisión final, que a la postre no será fruto exclusivo de la habilidad de uno de los litigantes o del azar. Se puede afirmar entonces que existe consenso dentro de la doctrina cuando se afirma que con la regulación de la prueba de oficio lo que se pretende **es suplir la actuación deficiente o negligente de la partes y contribuir con la búsqueda de la verdad denominada material.**

Para establecer si la finalidad de la actuación probatoria de oficio es legítima, no solo basta con decir que ello no está prohibido por la Constitución, si no también es necesario identificar la finalidad mediata del legislador al intervenir un derecho fundamental que solo puede estar fundamentado en el desarrollo de otro derecho fundamental, bien o principio constitucional. Entonces es necesario responder la siguiente interrogante ¿Cuál es fundamento de la intervención (a través de la regulación de la prueba de oficio) en el derecho fundamental al debido proceso?, a efectos de responder la interrogante planteada vamos a remitirnos al desarrollo doctrinal sobre la finalidad del proceso y de la prueba donde existe un consenso mayoritario que afirma que la finalidad es la búsqueda de la verdad. Respecto de la finalidad de la prueba Jordi Ferrer en su libro denominado “La valoración racional de la prueba”, postula que la búsqueda de la verdad es un objetivo

que no presenta la misma posición que los demás fines del proceso, porque la finalidad institucional de la prueba en el sistema punitivo es la indagación de la verdad. El proceso y la prueba entre sus diversos fines tienen por común la búsqueda de la verdad. La verdad entendida como “la representación ideológica correcta de una realidad ontológica” (MAIER, 2003, p. 842).

Lo que hasta aquí intentamos sostener que la búsqueda de la verdad es una de las tantas finalidades del proceso y la prueba, sin entrar a distinguir si es su finalidad principal o institucional ya que no es el objetivo de la presente investigación.

La importancia de la finalidad del proceso y la prueba radica en que el proceso penal esencialmente persigue comprobar la ocurrencia de ciertos sucesos a los que el ordenamiento sujeta determinados efectos normativos. De allí que el rol del sistema penal se cristalice en la aplicación del Derecho, que a su vez, se sujeta a la existencia de determinados hechos que se condicen con lo estatuido en las normas punitivas. En un sentido similar, se manifiesta Jordi Ferrer, al señalar que “sólo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios. Sólo podrá influirse en la conducta de los hombres y mujeres para que no maten si, efectivamente, el proceso cumple la función de averiguar quién mató y le impone la sanción prevista por el derecho” (FERRER, 2005, p. 30). Por eso, es fundamental que el sistema jurídico instituya como objetivo principal en el ámbito punitivo la averiguación de la verdad de los hechos, en el sentido de que las decisiones judiciales se correspondan con lo ocurrido y lo probado, para satisfacer el ideal de justicia que anhela todo Estado de Derecho que se defina dentro del marco democrático.

En consecuencia, lo esencial del proceso punitivo está dado porque las personas tengan la posibilidad y el derecho de demostrar la verdad de los hechos en los que envuelve su pretensión procesal. En otras palabras, *“el ciudadano tiene derecho a probar que se han producido, o no, los hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas. Sólo de este modo puede garantizarse una correcta aplicación del derecho y, una adecuada seguridad jurídica”* (FERRER, 2005, p. 28).

Ahora con sujeción a los anteriores presupuestos podemos sostener que la seguridad jurídica es uno de los principales fundamentos que orientan al legislador para facultar al juez la actuación probatoria de oficio. Por lo tanto es menester contextualizar la “seguridad jurídica” dentro de nuestro ordenamiento constitucional para pronunciarnos sobre su legitimidad.

- **Principio de Seguridad Jurídica.-**

El Tribunal Constitucional ya se ha manifestado respecto de la seguridad jurídica y ha expresado lo siguiente, “2. En primer término, y dado que a diferencia de otras constituciones comparadas, nuestra Norma Fundamental no reconoce de modo expreso a la seguridad jurídica como un principio constitucional... 3. El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el

ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en el cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (STCE 36/1991, FJ 5). El principio in comento no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la "predecible" reacción, sea para garantizar la permanencia del statu quo, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal" (STC EXP. N° 0016-2002-AI/TC).

Entonces la seguridad jurídica es catalogada como un principio constitucional vigente que legitima la actuación probatoria de oficio. La seguridad jurídica debe ser entendida como la "certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable, sobre su alcance y efectos y sobre los intereses jurídicamente tutelados." (GIMENO, 2007, p. 61)

3.2.2 Estudio de la Necesidad de la Norma Legal.-

Continuando con el control de la constitucionalidad de la prueba de oficio en el proceso penal peruano, ahora abordaremos sobre la necesidad de regulación de la prueba de oficio en el proceso penal, es decir, nos dedicaremos a establecer si la prueba de oficio es la alternativa más benigna al intervenir en el derecho al debido proceso.

Para este propósito el sub principio de necesidad exige analizar dos aspectos, el primero está referido a que si existen medios alternativos cuya idoneidad sea equivalente o mayor al de la prueba de oficio y la segunda exigencia tiene que ver con si el medio alternativo es más benigno con el derecho fundamental afectado, si el medio alternativo cumple ambos supuestos la prueba de oficio será declarada inconstitucional.

Lo anterior implica realizar un bosquejo dentro de la doctrina jurídica a efectos de encontrar alternativas a la regulación de la prueba de oficio. En cuanto concierne a este aspecto la doctrina ha elaborado una alternativa a la prueba de oficio denominada la teoría del control de la fiabilidad probatoria (prueba sobre la prueba). Las siguientes líneas estarán dedicadas a explicar el contenido de esta teoría.

Los términos "prueba sobre la prueba", no deben ser entendidos literalmente ya que podría conducirnos a una confusión. En realidad, "Cuando se habla de "prueba sobre la prueba" se está refiriendo a ciertas pruebas que se practican en el proceso con la finalidad de desvirtuar o de corroborar la eficacia probatoria de otras." (GASCON, 1999, p. 15)

A modo de resumen podemos decir que la regulación de la prueba sobre la prueba es totalmente legítima al igual que al prueba de oficio, **ambos son medios idóneos para contribuir a la búsqueda la verdad**. Sin embargo, también es necesario establecer el nivel de idoneidad tanto de la prueba de oficio como de la prueba sobre la prueba, lo cual se realizara desde cuatro perspectivas, que a continuación detallamos:

CUADRO Nº 01
CUADRO DE RESUMEN DEL NIVEL DE IDONEIDAD

	PRUEBA DE OFICIO	PRUEBA SOBRE LA PRUEBA
EFICACIA	El solo hecho de poder proponer nuevos medios probatorios le confiere mayor eficacia.	No se faculta al juez la actuación de nuevos medios probatorios lo cual disminuye su eficacia.
TEMPORALIDAD	Excepcionalmente en el juicio oral.	En todo momento del juicio oral.
REALIZACION DEL FIN	El juez al poseer mayores facultades probatorias se contribuye en esa misma proporción a la búsqueda de la verdad.	La prueba sobre la prueba solo está referida a los medios probatorios propuestos por las partes y actuados en juicio.
PROBABILIDAD	La iniciativa probatoria del juez sin límite más que su discrecionalidad genera mayor seguridad para la búsqueda de la verdad.	En cambio la prueba sobre prueba se ve limitada por su propia naturaleza.

Elaborado por el investigador.

Del cuadro anterior podemos concluir que la idoneidad de la prueba sobre la prueba es menor en comparación al de la prueba de oficio, ello trae consigo dos consecuencias; la primera es que la prueba sobre la prueba no ha superado la exigencia de ser idóneo en igual o mayor proporción que la prueba de oficio, la segunda consecuencia es que al no superar la primera exigencia para ser declarada inconstitucional vamos a postergar el análisis de la segunda exigencia que tiene que ver con si el medio alternativo es más benigno con el derecho fundamental afectado, esto se realizará en el análisis del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

3.2.3 Aplicación del Principio de Proporcionalidad en Sentido Estricto.-

Luego de abordar el análisis de los subprincipios de idoneidad y necesidad los cuales han sido debidamente superados, ahora nos encontramos en la última fase de la aplicación del principio de proporcionalidad con el cual pretendemos resolver la interrogante sobre la constitucionalidad de la prueba de oficio en el marco del nuevo Código Procesal Penal Peruano.

Es importante precisar que haremos uso de la estructura argumentativa propuesta por BERNAL (2003, p. 759), el cual se resume en tres pasos, a saber:

- En primer lugar vamos a determinar la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.
- Seguidamente vamos a comparar la magnitud de la importancia de la realización del fin perseguido y la importancia de la intervención en el derecho fundamental.
- Finalmente, vamos a construir una **relación de precedencia condicionada**, entre el derecho fundamental y el fin legislativo en base a los análisis anteriores.

1. **Determinación de la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin legislativo.**

Para determinar la magnitud de la importancia de los dos objetos normativos; es decir, del derecho fundamental y del fin legislativo. Es imprescindible fijar el peso que será el resultado de dos variables un peso abstracto y un peso concreto. Empecemos por el peso abstracto del derecho al debido proceso.

“El derecho fundamental a la libertad personal tiene doble carácter. Es un derecho subjetivo, pero también una institución objetiva valorativa. Como derecho fundamental (artículo 2º, inciso 24, de la Constitución) garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas; esto es, su libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Como derecho objetivo, es uno de los valores fundamentales de nuestro estado social y democrático de Derecho, por cuando informa nuestro sistema democrático y el ejercicio de los demás derechos fundamentales; a la vez que justifica la propia organización constitucional” (STC. Exp. N° 9068-2005-PHC/TC). Partimos de este concepto porque nos permite contextualizar el carácter fundamental del derecho al debido proceso ya que esta es un derecho conexo al derecho fundamental a la libertad y seguridad personal.

Dicho esto, es importante resaltar el contenido constitucional, ampliamente aceptado, del derecho al debido proceso dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el contenido que a continuación recogemos está integrado por los siguientes aspectos (GOZAINI, 2004, p. 39):

- f) *El derecho a ser oído*, que implica el acceso a la justicia sin restricciones personales ni económicas.
- g) *El derecho al proceso*, que se fracciona en puntualizaciones como las garantías de alegación, prueba y defensa de los derechos; dentro de un esquema confiable y que le garantice la seguridad personal y jurídica; a través de un abogado idóneo y de confianza, y amparado en la publicidad del proceso.
- h) *El derecho al plazo razonable*, ya sea en el tiempo para ser oído, como en el tránsito por las distintas etapas judiciales, acordando al afectado, un derecho indemnizatorio cuando acredite los perjuicios sufridos por la demora injustificada de los tiempos del proceso.
- i) *El derecho a un juez natural*, y a que este sea competente, independiente, e imparcial, donde anidan proyecciones sobre el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente, el derecho a que la sentencia sea fundada y razonable, dando soluciones apropiadas al objeto de la pretensión.
- j) *El derecho a la utilidad de la sentencia*, que se enlaza con el último aspecto en cuanto a darle sentido al pronunciamiento judicial a través de una decisión justa y efectiva, que pueda ser cumplida también dentro de un plazo razonable.

De lo anterior, vamos a extraer el *Derecho al Proceso*, porque es ahí donde se sustenta la intervención de la prueba de oficio en el derecho a un debido proceso, como bien se señala este derecho fundamental presupone un proceso con un esquema confiable, que permita cumplir el fin del proceso penal que por su naturaleza compleja que implica “*la condena del culpable, la protección del*

*inocente, la formalidad del procedimiento alejada de toda arbitrariedad y la estabilidad jurídica de la decisión. Todas esas exigencias son igualmente significativas para una comunidad organizada desde el punto de vista del Estado de Derecho... Por ello, el proceso penal tampoco puede alcanzar la meta por un camino recto, como si fuera una flecha. Debido a que se debe satisfacer pretensiones opuestas, el proceso penal esta estructurado –ya de antemano- **dialécticamente** y requiere su tiempo para la consideración minuciosa de las distintas contingencias y perspectivas”.*

Toda esta elaboración doctrinaria ha sido recogida además del principio acusatorio por el principio de división de roles conforme al cual “no existe proceso penal posible sin la concurrencia de sujetos procesales esenciales como el Ministerio Público, el imputado y su defensa y el órgano jurisdiccional, encargado de específicas tareas: perseguir el delito, resistirse a la incriminación y fallar, respectivamente, sin admitir interferencias o postergaciones como las que caracterizan el modelo mixto de tendencia inquisitiva” (RODRIGUEZ, 2011, p. 82).

Podemos concluir entonces que en todo proceso es vital que los roles de cada sujeto procesal no se trastoquen porque se estaría desvirtuando la naturaleza misma de la idea de proceso.

No cabe duda de que el derecho fundamental a un Debido Proceso es reconocido y consagrado internacionalmente a través de diversos instrumentos jurídicos. Por ejemplo en el sistema interamericano de derechos humanos, el derecho al debido proceso está establecido fundamentalmente en los artículos XVIII y XXVI de la Declaración Americana de Derechos Humanos y los artículos 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Una vez contextualizada la importancia y fundamentalidad del Derecho al Debido Proceso. Vamos ocuparnos del principio constitucional de Seguridad Jurídica, que el legislador ha fijado como fin al momento de regular la prueba de oficio.

No es novedad que el sistema jurídico instituya como objetivo principal en el ámbito punitivo la averiguación de la verdad de los hechos, en el sentido de que las decisiones judiciales sea producto de la correspondencia entre lo ocurrido y lo probado, para satisfacer el ideal de justicia como valor supremo del Estado. Y precisamente la Seguridad Jurídica inspirado en el valor Justicia se convierte en un principio constitucional que otorga legitimidad al legislador para intervenir en un derecho fundamental. En ese sentido se pronuncia Jordi Ferrer cuando expresa que, *“el ciudadano tiene derecho a probar que se han producido, o no, los hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas. Sólo de este modo puede garantizarse una correcta aplicación del derecho y, una adecuada seguridad jurídica”* (FERRER, 2005, p. 28).

De ahí que el legislador otorga importancia a averiguación de la verdad cuando decide regular la prueba de oficio en el Código Procesal Penal 2004.

Entonces la seguridad jurídica es catalogada como un principio constitucional vigente que legitima la actuación probatoria de oficio. En un sistema jurídico donde se castiga o sanciona al culpable y se libera al inocente se está contribuyendo a la seguridad jurídica.

Una vez establecida el preso abstracto del derecho fundamental y el fin legislativo, corresponde determinar cuál de ellos adquiere más peso dentro de

nuestro sistema jurídico, para ello aplicaremos las siguientes reglas:

Regla 1. *(Ámbito normativo afectado y su función).*- *Cuanto mayor sea la parte del ámbito normativo del derecho fundamental que se vea afectado, mayor será la intensidad de la intervención y mayor peso que deberá otorgarse al derecho fundamental en la ponderación. Correlativamente, cuanto mayor sea la parte del ámbito normativo del principio constitucional que se realice mediante dicha intervención, mayor será la realización del principio constitucional y mayor será el peso que deberá otorgarse a éste en la ponderación.*

Tuvimos oportunidad de argumentar que la prueba de oficio no afecta al derecho a un juez imparcial; sin embargo también asumimos la postura de que la prueba de oficio afecta directamente a la naturaleza misma del proceso, como es la división de roles, la cual está protegida por el derecho fundamental a un debido proceso, con esto no solo se afecta un componente del derecho al debido proceso sino su naturaleza misma reconocido nacional e internacionalmente. Ahora bien, la prueba de oficio propende la seguridad jurídica lo cual no descartamos que sea así, sin embargo, el nivel de realización de este principio es mínima tomando en cuenta que promover la seguridad jurídica por la actuación probatoria de oficio siempre se verá limitada en su propósito, por las garantías y reglas propias del proceso penal, como por ejemplo, la prueba prohibida que muchas veces limita la averiguación de la verdad por ende el de la justicia.

Regla 2. *La fundamentalidad de una posición en cuanto a su status de condición para la realización del derecho fundamental o del principio constitucional.- Una posición iusfundamental y un fin inmediato tienen el máximo valor, cuando son condición suficiente y necesaria para la realización de los derechos y principios a los que se adscriben. Menor valor tienen, cuando son condición suficiente pero no necesaria; menos valor aun, cuando son condición necesaria pero no suficiente y todavía menor valor, cuando no son condición necesaria ni suficiente.*

La idea misma de proceso nos lleva a imaginar una relación triangular un acusado, un defensor y el juez con roles distintos. La división de roles es una condición necesaria pero no suficiente para la realización del derecho fundamental al debido proceso. Mientras que la prueba de oficio no es condición necesaria ni suficiente, porque existen alternativas legislativas que pueden suplir la regulación de la prueba de oficio igualmente eficaces y no son suficientes porque como ya dijimos la actuación probatoria de oficio siempre se verá limitada en su propósito, por las garantías propias del proceso penal.

Regla 3. *La fundamentalidad de una posición en cuanto a los efectos positivos y negativos de su afectación sobre otros principios constitucionales diversos a que se adscribe.*

Pudimos advertir anteriormente que la regulación de la prueba de oficio además de afectar negativamente al derecho fundamental al debido proceso, afecta también a principio reconocidos por nuestra legislación como son el principio acusatorio y el principio de división de roles. De otro lado la prueba de oficio está regulada en resguardo de la seguridad jurídica.

Como indicamos al inicio de este apartado es importante establecer el peso abstracto y concreto del derecho fundamental al debido proceso y el fin legislativo. En los párrafos anteriores pudimos establecer el peso abstracto de

cada uno de ellos, ahora toca analizar su peso concreto.

El peso concreto de la intensidad en la intervención en el derecho fundamental, estará dado de la eficacia, la rapidez, la probabilidad, el alcance y la duración con que se afecte negativamente a éste.

**CUADRO Nº 02
DETERMINACION DEL PESO CONCRETO DE LA INTENSIDAD EN LA
INTERVENCIÓN EN EL DERECHO FUNDAMENTAL**

INTERVENCIÓN LEGISLATIVA	
EFICACIA	Teniendo en cuenta el contenido amplio del derecho al debido proceso, el legislador al regular la prueba de oficio dificulta en un nivel medio el ejercicio de dicho derecho ya que solo se afecta el presupuesto esencial de separación de roles dejando a salvo las de más garantías.
RAPIDEZ	Nos encontramos frente a una afectación actual y vigente sin límite más que su discrecionalidad del juez.
PROBABILIDAD	En una realidad donde la actuación probatoria de las partes, en mucho de los casos es deficiente, el juez ordenará la prueba de oficio en búsqueda de la verdad arriesgándose algunas veces a traspasar la naturaleza excepcional de la norma. Es decir, existe una probabilidad alta de que la intervención legislativa afecte el derecho fundamental al debido proceso.
ALCANCE	En párrafos anteriores tuvimos oportunidad de argumentar que la prueba de oficio afecta al derecho fundamental al debido proceso y además afecta al principio acusatorio, principio de aportación de parte y al principio de división de roles. Por lo que el nivel de la intensidad de la intervención legislativa es alto.
DURACION	Si en un proceso penal donde se practicó la prueba de oficio, la duración de la afectación estará dada por el tiempo que dure el proceso. Por lo que el nivel de la intensidad de la intervención legislativa es alto.

Elaborado por el investigador.

Finalmente, debemos analizar el peso concreto de la intensidad de la intervención legislativa en la realización del fin inmediato del legislador.

**CUADRO Nº 03
DETERMINACION DEL PESO CONCRETO DE LA INTENSIDAD DE LA
INTERVENCIÓN LEGISLATIVA EN LA REALIZACIÓN DEL FIN
INMEDIATO DEL LEGISLADOR**

INTERVENCIÓN LEGISLATIVA	
EFICACIA	La eficacia de la prueba de oficio para suplir las deficiencias probatorias de las partes en búsqueda de la verdad, es baja porque nuestra legislación ha optado por una solución intermedia entre modelos que reconocen de una manera amplia y generosa la prueba de oficio (caso alemán) y los modelos que han optado por la prohibición expresa (caso colombiano), otorgándole en nuestro caso el carácter de excepcional. A manera de ejemplo una intensidad alta estaría dada en el caso de que el juez poseyera facultades inquisitivas irrestrictas.
RAPIDEZ	La realización del fin inmediato esta expedita a la discrecionalidad del juez.
PROBABILIDAD	La probabilidad de realización del fin inmediato está sujeta a su naturaleza excepcional y estar limitado por los siguientes factores: 5. Debe versar por los hechos alegados por la partes.

	<p>6. El juez no puede practicar pruebas de oficios en los casos de ausencia total o manifiesta insuficiencia de las pruebas practicadas.</p> <p>7. Debe limitarse a aquellas fuentes de prueba que surjan durante los debates de juicio oral.</p> <p>8. La prueba de oficio solo puede acordarse una vez finalizada la práctica de la pruebas aportada por las parte.</p> <p>Teniendo en cuenta estas limitaciones el nivel de realización del fin inmediato será medio.</p>
ALCANCE	La regulación de la prueba de oficio contribuye básicamente a la realización del fin inmediato suplir deficiencias y búsqueda de la verdad. Por lo que el nivel de la intensidad es medio.
DURACION	La duración estará dada por el momento y las limitaciones en que se practique la prueba de oficio. Por lo que el nivel de la intensidad de la realización del fin inmediato es leve.

Elaborado por el investigador.

2. Relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental a un debido proceso y el principio de seguridad jurídica.-

Luego de haber determinado la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y la intensidad de la realización del principio constitucional que fundamenta la ley, vamos a llevar a cabo la ponderación propiamente dicha. Debemos aclarar que, la relación de precedencia condicionada del elemento que adquiera prioridad, no pasa a ocupar una posición jerárquica superior en el ordenamiento jurídico. Dicho esto, la regla a utilizar será la siguiente:

Regla 4. *Carga de la argumentación a favor del derecho fundamental. Los argumentos que juegan a favor de la realización del principio constitucional que respalda la intervención legislativa, deben tener un peso por lo menos equivalente al de los argumentos que juegan en contra de la intervención en el derecho fundamental. Si la realización del principio constitucional que constituye el fin legislativo no es sobreproporcional, es decir, no alcanza a ser por lo menos equivalente al grado de restricción del derecho fundamental, la intervención del parlamento debe declararse inconstitucional.*

A manera de resumen vamos a extraer el peso concreto y abstracto de la intensidad de la afectación al derecho fundamental al debido proceso y la intensidad de la realización del fin legislativo los cuales fueron analizados anteriormente:

**CUADRO Nº 04
RESUMEN DEL PESO ABSTRACTO**

PESO ABSTRACTO		
	DERECHO A UN DEBIDO PROCESO	PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA
REGLA 1	Por el nivel de afectación a este derecho, adquiere un peso medio.	Por el nivel de realización de este principio adquiere un peso bajo.
REGLA 2	Nivel medio.	Nivel bajo.
REGLA 3	Nivel alto.	Nivel medio.

Elaborado por el investigador.

Del cuadro anterior tenemos como resultado que el Derecho fundamental a un debido proceso adquiere un peso abstracto mayor que el principio constitucional.

Finalmente vamos a resumir el peso concreto según las variables analizadas anteriormente:

**CUADRO Nº 05
RESUMEN DEL PESO CONCRETO**

	PESO CONCRETO	
	DERECHO A UN DEBIDO PROCESO	PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA
EFICACIA	Nivel medio.	Nivel bajo.
RAPIDEZ	Nivel medio.	Nivel medio.
PROBABILIDAD	Nivel alto.	Nivel medio.
ALCANCE	Nivel alto.	Nivel medio.
DURACION	Nivel alto.	Nivel bajo.

Elaborado por el investigador.

Del cuadro anterior tenemos como resultado que el Derecho fundamental a un debido proceso adquiere un peso concreto mayor que el principio constitucional.

Una vez conocido los pesos tanto abstracto como concreto, vamos a establecer el peso absoluto del Derecho al Debido Proceso y el Principio Constitucional de Seguridad Jurídica. Del cuadro 4 y 5 tenemos que el peso total del derecho fundamental es mayor que el peso del principio constitucional. Como consecuencia de ello, la regulación de la prueba de oficio en el proceso penal es inconstitucional.

CONCLUSIONES

- Los principios constitucionales que fundamentan la regulación de la prueba de oficio en el proceso penal, por el cual se confieren facultades probatorias excepcionales al juez penal están fundamentadas en la búsqueda de la verdad y en salvaguarda del principio de seguridad jurídica.
- La regulación de la prueba de oficio que está orientado a la búsqueda de la verdad, no es la más idónea para alcanzar dicho fin, debido a que existen alternativas como la teoría de la prueba sobre la prueba u orientar estas facultades extraordinarias al ministerio público promoviendo su fortalecimiento.
- La iniciativa probatoria de oficio que de manera excepcional se otorga al Juez Penal, no vulnera al derecho fundamental a un juez imparcial, más bien se afecta a la naturaleza misma del proceso protegido por derecho fundamental al debido proceso.
- Finalmente, debemos expresar que toda regulación que faculte plena o excepcionalmente, la iniciativa probatoria de oficio es inconstitucional, debido a que dentro de nuestro ordenamiento jurídico el Derecho

fundamental al Debido Proceso adquiere mayor importancia. Lo que significa que solo para este caso se prefiere la protección del Derecho fundamental a un debido proceso que al principio de seguridad jurídica, es decir, no se trata de establecer una jerarquía entre ambos, sino una relación de precedencia condicionada.

RECOMENDACIONES

- El legislador debe dejar de lado cualquier secuela del modelo procesal inquisitivo al momento de legislar el sistema procesal penal, en aras de preservar derechos y garantías bastamente reconocidos.
- Resulta penoso que la finalidad inmediata de la prueba de oficio sea la de suplir la actividad deficiente, insuficiente o defectuosa de las partes, cuando dentro de ellos se encuentra el Ministerio Público, lo que denota un trabajo pendiente del Estado, debido a que, tratándose de una entidad pública debería recibir más atención en sus carencias, que solo será viable con políticas decididas a fortalecer esta institución. Sugerimos entonces realizar un estudio de la calidad del servicio prestado por el Ministerio Público, lo que permitirá desnudar sus debilidades.
- Con la finalidad de no afectar o vulnerar el derecho al debido proceso, principio de aportación de parte, principio de división de roles y al principio acusatorio, el Estado debería enfocarse más en soluciones de naturaleza administrativa, es decir en emitir leyes que provean de más herramientas al Ministerio Público y que permitan solucionar sus deficiencias, que se traducirán seguramente en una mejor labor para la búsqueda de la verdad que tanto le preocupa.
- Partiendo de nuestra principal conclusión, referida a que toda regulación que faculte plena o excepcionalmente, la iniciativa probatoria de oficio es inconstitucional, sugerimos derogar el inciso 3 del artículo 155° y modificar el artículo 385° del Código Procesal Penal, en los términos expuestos en el respectivo acápite.

BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL PULIDO, Carlos; *“El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales”*, Editorial CEPC, Madrid, 2003.
- CACERES JULCA, Roberto E.; *“Comentarios al Título Preliminar del Código Procesal Penal”*, Editorial Grijley, Lima, 2009.
- CHOCANO NUÑEZ, Percy; *“Derecho Probatorio y Derechos Humanos”*, 2da. Edición, Editorial Moreno S.A. Lima, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi; *“Derecho y razón”*, 8º edición, Editorial Trotta, Madrid, 2006.
- FERRER BELTRÁN, Jordi; *“Prueba y Verdad en el Derecho”*, 2da. Edición, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2005.
“La valoración racional de la prueba. Madrid”, Marcial Pons, 2007.
“Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales”, en *Jueces para la Democracia*, n° 47, julio 2003.
- GASCON INCHAUSTI, Fernando; *“El control de la Fiabilidad Probatoria: “Prueba sobre la Prueba” en el Proceso Penal”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- GIMENO SENDRA, Vicente y otros; *“Los Derechos Fundamentales y su protección jurisdiccional”*, Editorial Colex, Madrid, 2007.
- GOZAINI, Osvaldo Alfredo; *“El Debido Proceso”*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004.
- LOPEZ JIMENEZ, Raquel; *“La Prueba en los Juicios por Jurados”*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- MAIER, Julio, *“Derecho procesal penal”*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.
- MONTERO AROCA, Juan; *“Proceso Penal y Libertad”*, Editorial Aranzadi, España, 2008.
- PEREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo; *“Fundamentos del Sistema Acusatorio de Enjuiciamiento Penal”*, Editorial Temis, Bogotá, 2008.
- RAMOS NUÑEZ, Carlos; *“Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento”*, cuarta edición, editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
- RODRIGUEZ HURTADO, Mario; *“Diplomatura de Actualización y Perfeccionamiento en el Principio Acusatorio y su influencia en el Código Procesal Penal, garantizador de tendencia adversativa, eficaz y eficiente”*, Academia de la Magistratura, 2011.
- ROSALES ECHEGARAY, José Antonio; *“La Prueba de Oficio”*, abril 2012
<<http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=documento&com=categoria&id=9>> [visitado el 25 de Abril 2013].