

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONOR ORREGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**LA CONVENIENCIA DE REGULAR LÍMITES A LA ACTUACIÓN DE
LA PRUEBA DE OFICIO A TENOR DEL ARTÍCULO 385 INCISO 2
DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADA

AUTORA: Bach. Brisset Isabel Sarmiento Figueroa

ASESORA: Dra. Nelly F. Lozano Ybañez



TRUJILLO – PERÚ

2015

DEDICATORIA:

A Francisco, Yolanda, Christian, Roger y Lisbeth por ser mi todo

AGRADECIMIENTOS

**A Dios, por la dicha de darme la vida y ser junto a mis padres
basamento de mi existencia**

**A mi madre; luz de mi vida, por su infinito amor y apoyo incondicional
desde el inicio de este sueño**

A mi padre; amor de mi vida, por la tenacidad del día a día

**A Roger; razón primera de mi vocación, por estos seis años de
cuidados, paciencia y amor**

**A Lisbeth; en mi alma y en mi corazón una segunda madre, por el amor
de siempre**

A Cecilia; hermana eterna y José, por su cariño y amistad incondicional

**A la Dra. Nelly Lozano Ybañez, por el invaluable conocimiento
impartido**

PRESENTACIÓN

SEÑORES INTEGRANTES DEL JURADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS:

Con la debida diligencia y cumpliendo con los lineamientos establecidos para la presentación, aprobación y sustentación de tesis de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego tengo el honor de presentar a ustedes **“LA CONVENIENCIA DE REGULAR LÍMITES A LA ACTUACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO A TENOR DEL ARTÍCULO 385 INCISO 2 DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO”**.

En tal sentido, dejo a su acertado criterio la evaluación del presente trabajo de investigación, esperando que reúna los méritos necesarios para su oportuna aceptación.

Agradezco de antemano la atención brindada al presente trabajo y es propicia la oportunidad para expresarles mi muestra de estima y consideración.

Trujillo, noviembre de 2015

Atentamente

BRISSET ISABEL SARMIENTO FIGUEROA

RESUMEN

El presente trabajo de investigación se trazó como problema la conveniencia de la regulación de la prueba de oficio en el artículo 385 inciso 2 del Nuevo Código Procesal Penal Peruano y como hipótesis se planteó que será conveniente su regulación en el artículo previsto en la medida que se limite la actuación de la prueba de oficio sólo a medios probatorios pertenecientes a fuentes de prueba ya admitidas en el proceso; razón por la cual la investigación presentada por su finalidad es de naturaleza aplicada, por su profundidad es descriptiva – explicativa y por su diseño es no experimental.

El método que se utilizó fue el científico y para la recolección, análisis e interpretación de la información se utilizaron los métodos lógicos y jurídicos; las técnicas empleadas fueron la observación con los instrumentos senso perceptuales, la recopilación documental, el fotocopiado y escaneado; así mismo el procedimiento de recolección se realizó en nueve pasos, además de un diseño de procesamiento de datos a través del cual se depuró y clasificó la información recabada para pasar a su orden y organización; todo ello conjuntamente con un diseño de presentación conformado por la problemática de la investigación, el desarrollo teórico, la metodología empleada, los resultados y discusión; de los cuales derivaron cinco conclusiones, tres recomendaciones y una propuesta legislativa.

ABSTRACT

This research problem was traced as the desirability of regulating the trade test in Article 385, paragraph 2 of the new Code of Criminal Peruvian and raised hypothesis that the limitation of the performance test only means of proof job It pertaining to sources of evidence already admitted in the process make appropriate regulation in the intended article; why research by its purpose is applied nature, its depth is descriptive - explanatory and by design is not experimental.

The method used was the scientist and the collection, analysis and interpretation of information logical and legal methods were used; the techniques used were the observation instruments perceptual consensus, documentary collection, photocopying and scanning; likewise the collection procedure was conducted in nine steps, plus a design of data processing by which it was purified and classified the information collected to pass their order and organization; all together with a design presentation made by the problems of research, theoretical development, methodology, results and discussion; of which five conclusions derived three recommendations and a legislative proposal.

TABLA DE CONTENIDOS

DEDICATORIA.....	I
AGRADECIMIENTO.....	II
PRESENTACIÓN.....	III
RESUMEN.....	IV
ABSTRAC.....	V
TABLA DE CONTENIDO.....	VI
ÍNDICE DE CUADROS.....	XI
CAPÍTULO I: PROBLEMÁTICA DE INVESTIGACIÓN.....	1
1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	2
2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA.....	5
3. HIPÓTESIS.....	5
4. VARIABLES.....	5
5. OBJETIVOS.....	6
6. JUSTIFICACIÓN.....	7
CAPÍTULO II: DESARROLLO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN.....	10
SUB CAPÍTULO I: MARCO REFERENCIAL.....	11
SUB CAPÍTULO II: MARCO NORMATIVO.....	22

1. LEGISLACIÓN SUPRANACIONAL	22
2. LEGISLACIÓN NACIONAL.....	25
SUBCAPÍTULO III: MARCO HISTÓRICO Y CONTEXTUAL.....	28
1. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LOS SISTEMAS PROCESALES PENALES.....	28
2. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LOS MODELOS PROCESALES ADOPTADOS POR EL PERÚ A TRAVÉS DE SU REGULACIÓN.....	38
3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PRUEBA.....	45
A. EN GRECIA Y ROMA.....	47
B. EN EUROPA POSTERIOR AL IMPERIO ROMANO.....	49
SUBCAPÍTULO IV: MARCO TEÓRICO.....	53
TÍTULO I: EL PROCESO PENAL.....	54
1. DEFINICIÓN.....	54
2. CARACTERÍSTICAS.....	56
3. PROCESO PENAL PERUANO Y SISTEMA PROCESAL PENAL ACTUAL.....	58
4. FINES.....	61
5. PRINCIPIOS PROCESALES EN EL NUEVO PROCESO PENAL PERUANO.....	63

6. SUJETOS PROCESALES.....	94
TÍTULO II: LA PRUEBA.....	104
1. NOCIONES PRELIMINARES.....	104
2. DEFINICIONES.....	105
3. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL.....	107
4. ASPECTOS RELACIONADOS CON LA PRUEBA.....	110
4.1. OBJETO DE LA PRUEBA.....	110
4.2. ELEMENTO DE PRUEBA.....	111
4.3. ÓRGANO DE PRUEBA.....	112
4.4. MEDIOS DE PRUEBA.....	114
4.5. FUENTES DE PRUEBA.....	115
4.6. ACTIVIDAD PROBATORIA.....	116
4.7. CARGA DE LA PRUEBA.....	118
4.8. VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	119
4.9. SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	120
5. CLASIFICACIÓN.....	123
6. FINES DE LA PRUEBA.....	133
TÍTULO II: LA PRUEBA DE OFICIO.....	134
1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRUEBA DE OFICIO.....	134

2. DEFINICIÓN.....	135
3. CARACTERÍSTICAS.....	137
4. LA PRUEBA DE OFICIO EN EL NUEVO PROCESO PENAL PERUANO.....	138
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	141
1. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	142
2. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES.....	144
3. MÉTODOS.....	145
4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.....	151
5. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN.....	153
6. DISEÑO DE PROCESAMIENTO DE DATOS.....	156
7. DISEÑO DE PRESENTACIÓN.....	157
CAPÍTULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	160
SUBCAPÍTULO I: POSICIONES DOCTRINARIAS EN CONTRA Y A FAVOR DE LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO PENAL.....	161
1. EN CONTRA.....	161
2. A FAVOR.....	170
SUBCAPÍTULO II: DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA.....	183
SUBCAPÍTULO III: CASUÍSTICA.....	234

SUBCAPÍTULO IV: RAZONES JURÍDICAS Y FÁCTICAS QUE JUSTIFICAN LA CONVENIENCIA DE LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO EN EL ARTÍCULO 385 NUMERAL 2 DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO.....	245
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	255
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	257
CONCLUSIONES.....	258
RECOMENDACIONES.....	261
CAPÍTULO VI: PROPUESTA O APORTE DE LA INVESTIGACIÓN.....	262
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	265
ANEXOS.....	280

ÍNDICE DE CUADROS

CUADRO N° 1: OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES.....	143
CUADRO N° 2: POSICIONES DOCTRINARIAS.....	181
CUADRO N° 3: PAÍSES LATINOAMERICANOS CON EL SISTEMA ACUSATORIO – ADVERSARIAL.....	230
CUADRO N° 4: PAÍSES LATINOAMERICANOS CON EL SISTEMA ACUSATORIO – ADVERSARIAL QUE REGULAN LA PRUEBA DE OFICIO.....	231
CUADRO N° 5: PAÍSES LATINOAMERICANOS CON EL SISTEMA ACUSATORIO – ADVERSARIAL QUE REGULAN LA PRUEBA DE OFICIO EN SU PROCESO PENAL.....	232
CUADRO N° 6: PAÍSES LATINOAMERICANOS CON EL SISTEMA ACUSATORIO ADVERSARIAL QUE REGULAN LA PRUEBA DE OFICIO EN SU PROCESO PENAL ADMITIÉNDOLA.....	233

CAPÍTULO I
PROBLEMÁTICA
DE
INVESTIGACIÓN

1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA:

El nuevo proceso penal peruano tiene como basamento el sistema acusatorio moderno o acusatorio garantista, sistema que fue primero establecido en Norteamérica con la institucionalización de la democracia; este moderno sistema fue producto de la evolución del sistema mixto que surgió tras la influencia de la ilustración, la revolución francesa y el aporte de la tecnología dando origen a una concepción de Estado respetuoso de los derechos del hombre en el cual el proceso penal estaba estructurado en dos etapas: primero; la etapa instructiva, inspirada en el sistema inquisitorial originario de los regímenes monárquicos, perfeccionado en el derecho canónico, desarrollado bajo los principios de la escritura y la reserva, fundado en una concepción absoluta de poder central por el cual, el Estado debe promover la represión de los delitos y, esa misión no podía ser delegada a los particulares correspondiendo al órgano jurisdiccional probar la culpabilidad del acusado quien era considerado como un objeto de la persecución penal, de tal forma que la acusación y juzgamiento estaban en manos del Juez quien estaba investido de una potestad permanente para actuar de oficio, pudiendo investigar y valorar las pruebas al margen de la voluntad de los sujetos procesales y segundo; la etapa del juicio oral; inspirada en el sistema acusatorio, el cual se desarrolló en Grecia, Roma y en el imperio Germánico que se caracterizó por una división de roles siendo que al no existir en un primer momento el Ministerio Público la persecución

del delito quedaba al libre albedrío de la persona privada y el Juez era quien decidía la culpabilidad del presunto culpable, quien era considerado un sujeto de derechos bajo la aportación de pruebas en un escenario donde confluían los principios de oralidad, publicidad y contradicción.

Es en este sistema acusatorio moderno adoptado por nuestro país que se fortalecen las funciones del Ministerio Público, con una participación más activa y eficaz a través de los artículos 158, 159 y 160 de la Constitución Política del Perú de 1993, siendo nombrado como el titular del ejercicio público de la acción penal; y la transición a este sistema dio como fruto el nacimiento de un nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 957 publicado el 29 de julio del 2004) y con ello una figura que al parecer no encajaría con este nuevo sistema, mediante el cual el Juez de acuerdo a su discrecionalidad puede ordenar la actuación de un nuevo medio probatorio si en el curso del debate resultase indispensable o útil para esclarecer la verdad pretendiendo obtener la mayor certeza posible y adoptar la mejor solución para al conflicto. Frente a esta facultad discrecional otorgada al juez mediante la prueba de oficio; existen dos corrientes en la doctrina:

Un sector la censura por considerar que afecta la columna vertebral del nuevo sistema procesal penal que vendría a ser la división de roles, en el cual las funciones del Juez como un tercero imparcial en el proceso penal es la de controlar la investigación preparatoria (a cargo del Fiscal) y la de

decidir; dejando de lado la doble función que le imponía el modelo inquisitivo; por lo cual sostiene este sector, acarrea como consecuencia una afectación y vulneración de principios procesales y constitucionales, además sostiene que la prueba de oficio redundaría en perjuicio del procesado porque casi nunca el Juez actuaría una prueba de oficio en favor del reo.

El otro sector la defiende en pro de la búsqueda de la verdad y la justicia como principal objetivo del proceso sosteniendo que el Juez no puede ser un simple operador y mucho menos un pasivo observador de las posibles deficiencias del Fiscal o del abogado del imputado por lo que debe analizar, interpretar y tomar posición de los hechos en un conflicto para cumplir su función de averiguación de la verdad, más aún si tuviera alguna duda por si se le presenta una verdad parcial o deformada por la actuación dolosa o culposa de cualquiera de los demás sujetos procesales, encumbrando siempre el valor justicia.

Si bien es cierto, la actuación de pruebas de oficio por parte del Juez puede ir en contra de la naturaleza del sistema acusatorio en el cual se inspira el Nuevo Código Procesal Penal Peruano debe tenerse en cuenta que los sistemas procesales son el producto de la convergencia de la realidad con la evolución del proceso en cada periodo del derecho por lo que el sistema adoptado no es un sistema acusatorio puro sino un sistema que pretende y debe adaptarse a la realidad procesal actual, teniendo como finalidad

garantizar un proceso en el cual el Juez sea el principal buscador de la verdad; siendo ello así, se convierte en fundamental analizar si se debe limitar esta discrecionalidad en pro de la búsqueda de la verdad para evitar que el Juez pueda cometer excesos o asuma un rol de parcialidad en función a la facultad otorgada de poder disponer la actuación de medios probatorios, porque actualmente no existe ninguna barrera o límite que impida que esta discrecionalidad judicial se desborde al emplear la prueba de oficio.

2.- ENUNCIADO DEL PROBLEMA

¿Es conveniente la regulación de la prueba de oficio en el artículo 385 inciso 2 del Nuevo Código Procesal Penal Peruano?

3.- HIPÓTESIS

“En la medida que se limite la actuación de la prueba de oficio sólo a medios probatorios pertenecientes a fuentes de prueba ya admitidas en el proceso, es conveniente su regulación prevista en el artículo 385 inciso 2 del Nuevo Código Procesal Penal Peruano”.

4.- VARIABLES

VI:

La regulación de la prueba de oficio en el artículo 385 inc.2 del Nuevo Código Procesal Penal Peruano.

VD:

La conveniencia de su regulación en el Código Procesal Penal Peruano.

VI:

La limitación de la prueba de oficio a fuentes de prueba ya admitidas.

5.- OBJETIVOS:

a) OBJETIVO GENERAL:

- Analizar si es conveniente la regulación de la prueba de oficio contenida en el artículo 385 inciso 2 del nuevo Código procesal Penal Peruano

6.2.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- ❖ Estudiar a la prueba en los sistemas procesales penales adoptados por el Perú
- ❖ Analizar los aspectos relacionados a la prueba
- ❖ Comprender la diferencia entre los medios probatorios, los elementos de prueba y las fuentes de prueba

- ❖ Analizarla regulación de la prueba de oficio en el sistema procesal penal actual adoptado por el Perú
- ❖ Analizar los alcances del principio acusatorio en el actual sistema procesal penal peruano
- ❖ Conocer y analizar si la regulación de la prueba de oficio vulnera o no principios procesales y constitucionales
- ❖ Analizar las posiciones doctrinarias a favor y en contra de la regulación de la prueba de oficio
- ❖ Determinar la existencia de la regulación de la prueba de oficio en otros países que hayan adoptado el sistema acusatorio garantista
- ❖ Establecer razones jurídicas o fácticas que viabilicen o impidan la adopción de la prueba de oficio en un sistema acusatorio garantista
- ❖ Analizar y estudiar si la facultad del juez para ordenar una prueba de oficio importa un exceso de su discrecionalidad

6.- JUSTIFICACIÓN:

7.1.- CONVENIENCIA: La presente investigación busca aportar un criterio positivo o negativo para determinar si la regulación de la prueba de oficio encuadra en el actual sistema acusatorio garantista adoptado por el Perú o necesariamente es una figura desfasada y

propia del sistema inquisitivo que lo antecedió; además se pretende establecer si el Juzgador al ordenar una prueba de oficio comete un exceso de su discrecionalidad generando la posibilidad de arbitrariedad e incertidumbre en la resolución del conflicto.

7.2.- IMPLICANCIAS PRÁCTICAS: La presente investigación pretende aportar pautas para la aplicación de la prueba de oficio que actualmente se encuentra regulada en el nuevo Código Procesal Penal del 2004, para que de esta manera su aplicación no genere duda o posibilidad de arbitrariedad por parte del juzgador y así evitar la inseguridad jurídica en el proceso penal.

7.3.- IMPLICANCIAS TEÓRICAS: Para poder arribar a través del análisis a un criterio teórico que nos permita determinar si resulta conveniente la regulación de la facultad discrecional del Juez para ordenar prueba de oficio en pro de la búsqueda de la verdad teniendo en cuenta el sistema procesal penal en el que nos encontramos, los principios procesales y constitucionales; y la legislación en otros países.

7.4.- IMPLICANCIAS METODOLÓGICAS: La presente investigación culminará con recomendaciones que deberán complementar lo regulado en el artículo 385 del Código Procesal Penal para que se aplique la figura jurídica de la prueba de oficio sin el temor de debilitar

la credibilidad de la administración de justicia en aras de un proceso penal que no sólo garantice el pleno cumplimiento de los derechos y prerrogativas de los sujetos procesales sino también que se adecue a nuestra realidad jurídica.

CAPÍTULO II

DESARROLLO

TEÓRICO DE LA

INVESTIGACIÓN

SUB CAPÍTULO I

MARCO REFERENCIAL

1. **Burgos Mariños, Víctor (2002), *El proceso penal peruano: una investigación sobre su constitucionalidad*, tesis para obtener el grado de Magíster en Ciencias Penales en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; en la que concluye que:**
 - *Se ha advertido que pese a haber surgido la necesidad de actuar algunas pruebas, no incorporadas al debate probatorio por las partes, que hubiesen servido para esclarecer los hechos, los Jueces Penales Unipersonales no hicieron uso de la facultad que les concede la ley para incorporarlas de oficio al juicio oral.*
 - *Se ha advertido que pese a haber surgido la necesidad de actuar algunas pruebas, no incorporadas al debate probatorio por las partes, que hubiesen servido para esclarecer los hechos, los Jueces Penales Unipersonales no hicieron uso de la facultad que les concede la ley para incorporarlas de oficio al juicio oral.*
2. **Gonzales Juarez, Frank Adalberto (2006), *La prueba de oficio en el proceso penal y sus repercusiones en el sistema acusatorio*, tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de San Carlos de Guatemala; en la que concluye que:**

- *Con este trabajo traté de sostener que la iniciativa probatoria del juez a los fines de verificar la verdad material o histórica, no afectan la igualdad de las partes, ni el debido proceso, ni al juez natural e imparcial, cualidades esenciales del magistrado. Su objetivo es complementar e integrar la convicción del juez, realizándola dentro de las limitaciones expuestas. Considero que el no ejercicio de ese deber del juez a los fines de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, es un daño a la vida jurídica. Y esto es así porque dictará una sentencia injusta, provocando a su vez un mayor descreimiento en el poder judicial. De ésta manera y siguiendo al jurista Morello, con un juez comprometido con el orden legal vigente y con las garantías constitucionales, con un juez, adecuado, confiable, controlable, con la igualitaria compañía de los abogados, configura el rostro del juez director que es el que mejor representa el modelo de justicia que demanda la sociedad, cuyo éxito es previsible en razón de que sus principios y línea de sentido se conectan con los problemas actuales del justiciable, del hombre común que camina por el siglo XXI.*
- *El derecho penal, se encuentra conformado por un conjunto de normas jurídicas, principios, instituciones, doctrinas cuyo objeto es el estudio del delincuente, las penas y por consiguiente el*

establecimiento de la posible participación y sanción del delincuente, a través de la imposición de una pena, la cual deberá estar basada en ley, atendiendo a los principios jurídicos de legalidad, inocencia, defensa y por consiguiente se debe de respetar el debido proceso. Las garantías de los imputados para que se les procese en igualdad de condiciones, cosa que no ocurriría si se aplica la norma que establece la potestad de los jueces de ordenar pruebas nuevas, como lo establecimos en este trabajo.

- *Los fines del proceso penal son la averiguación de la verdad, en la comisión de un hecho constitutivo de delito, la determinación de la responsabilidad o grado de participación del o los imputados, el juzgamiento adecuado de éste y la imposición de la pena, así como el control de su ejecución y dentro de esos fines también podemos concluir que esta hace uso de las normas jurídicas que contiene nuestra legislación y en el caso de la prueba de oficio está contenida en una norma vigente de nuestro ordenamiento jurídico.*
- *La prueba es la espina dorsal del proceso penal, porque con la misma, las partes podrán hacer valer sus pretensiones y que en el caso de la función del juzgador es constituirse en un árbitro que*

dirige su ofrecimiento, diligenciamiento y recepción, para concluir en la deliberación y pronunciamiento de la sentencia respectiva.

- *También es importante señalar, que de conformidad con los resultados del trabajo de campo, muchos de los entrevistados opinaron que aunque se encuentre regulada la norma que contempla la prueba de oficio, no es susceptible de utilización como facultad de los juzgadores ya que se estaría poniendo en desventaja al imputado y se estarían violando los principios y garantías que sustentan el sistema acusatorio y nuestro ordenamiento jurídico.*

3. Rodríguez Hernández, Claudia Lisseth (2007), *Análisis Jurídico de la imparcialidad en la recepción de prueba de oficio por los jueces de los tribunales de sentencia penal y delitos contra el ambiente*, tesis para obtener el grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de San Carlos de Guatemala; en la que concluye que:

- *En el cumplimiento de la función jurisdiccional, se deben observar los derechos y garantías individuales, para el cumplimiento del debido proceso y garantizar la averiguación de la verdad en la comisión de un hecho delictivo.*

- *La prueba de oficio es un resabio del sistema inquisitivo, que violenta los derechos y garantías individuales del sujeto procesal que interviene como acusado en el proceso penal.*
- *La prueba de oficio es resultado de la deficiencia de los sujetos procesales en el ofrecimiento de medios de prueba dentro de la fase de preparación del juicio o debate, que contribuye a la incorporación de la prueba de oficio, favoreciendo en forma parcial a la averiguación de la verdad como meta del proceso penal.*
- *La incorporación de prueba de oficio en la fase preparatoria del juicio o debate por los jueces del Tribunal de Sentencia Penal y Delitos Contra el Ambiente, da como resultado la emisión de sentencias que violan el principio de imparcialidad consagrado en Código Procesal Penal guatemalteco.*
- *Con el establecimiento de un Estado de Derecho Democrático, los jueces tienen la obligación de velar por el cumplimiento de las garantías y derechos individuales regulados en tanto en la Constitución Política de la República de Guatemala, como en los Tratados y Convenciones aceptados y ratificados por el Estado de Guatemala.*

4. Sánchez Gómez, Patricia (2011), Imparcialidad del Juez de Familia al decretar prueba de oficio, tesis para obtener el grado de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales en la Universidad Austral de Chile; en la que concluye:

- *El estado está legitimado para involucrarse en el conflicto de familia, toda vez que debe certificar la adecuada protección del interés general involucrado en dichos conflictos. Intervención que se gradúa dependiendo cuan involucrado se encuentre el interés general.*
- *La posibilidad de otorgar facultades probatorias de oficio al juez es un tema debatido, existiendo detractores y defensores de esta posibilidad.*
- *Quienes rechazan la posibilidad de otorgar facultades probatorias de oficio confunden imparcialidad con neutralidad, haciendo sinónimos términos que no lo son.*
- *La finalidad de la potestad jurisdiccional no se agota en la simple resolución de conflictos.*
- *Las facultades probatorias aparecen como necesarias para que el juez logre su convicción acerca de los hechos, lo que no significa en ningún caso que el juez esté asumiendo la labor que le corresponde a las partes, o que esté buscando favorecer a alguna de ellas.*

- *La actividad probatoria del juez debe contar con límites.*
- *Los jueces hacen uso en casi todas las causas de la facultad para decretar prueba de oficio.*
- *Únicamente no se utilizó dicha potestad en 4 de las 32 causas utilizadas.*
- *El juez otorga prueba tanto en conjunto con las partes, ya sea como complemento o ante la diligencia de éstas en la actividad probatoria, como en ausencia de actividad probatoria de las partes.*
- *En las causas donde las partes son negligentes en su labor probatoria las pruebas aportadas por el tribunal superan en número a las entregadas por las partes.*
- *“En las causas donde el juez aporta prueba ante partes diligentes, estamos ante un tema de fiabilidad probatoria, donde el juez corrobora y confirma la prueba otorgada por las partes”.*
- *“La fuente de la prueba aportada por el tribunal es hallada en los antecedentes ya entregados por las partes a lo largo del procedimiento”.*
- *“El juez no valora en todos los casos del mismo modo la prueba otorgada por él y la aportada por las partes, pues en ciertos casos da mayor importancia a la primera, en otros a la segunda y en otras ocasiones valora por igual ambas pruebas”.*

- *“El juez no pierde su imparcialidad al aportar prueba de oficio en ninguna de las formas en que ejerce esta facultad, ya sea en conjunto con las partes o sin actividad probatoria de ellas”.*
- *“El juez no pierde imparcialidad al aportar prueba de oficio aun cuando descarte prueba presentada por las partes”.*

5. Nissim Fuchs, Andrés Ariel (2010), Consideraciones teóricas y prácticas sobre la relación entre proceso prueba y verdad, tesis para obtener el grado de Licenciado en ciencias jurídicas y sociales en la Universidad de Chile; en la que concluye lo siguiente:

- *“Tener claro por un lado que el aceptar limitaciones probatorias no significa renunciar a la verdad, ni creer como los partidarios de la denominada por Taruffo “imposibilidad práctica” que dadas las limitaciones debemos renunciar a la búsqueda de la verdad en el proceso. No creemos tampoco que, por el hecho de existir reglas procesales relativas a la prueba y más precisamente al proceso de fijación de los hechos, la prueba judicial o jurídica se aparte de la noción general de prueba, como sí lo cree Carnelutti”.*
- *“En efecto, dicho autor lleva al extremo las consecuencias de limitar la libertad de prueba al afirmar que “la verdad es como el agua: o es pura o no es verdad. Cuando la búsqueda de la verdad material está limitada en el sentido de que ésta no puede ser*

conocida en todo caso y mediante cualquier medio, con independencia de si el límite es más o menos riguroso, el resultado es siempre el mismo: no se trata ya de una búsqueda de la verdad material, sino de un proceso de fijación formal de los hechos”

- *“Así las cosas –y esto es lo segundo que quisiera señalar- el verdadero problema entre la libertad probatoria y la existencia de limitaciones a la misma, no es la renuncia a la búsqueda de la verdad como fin del proceso y la prueba, sino analizar y juzgar si la regla de exclusión está justificada y si existen otros medios para alcanzar el fin protegido por esa norma, que no sea precisamente la exclusión”.*
- *“En este orden de cosas, para evaluar si las reglas de exclusión están justificadas, tendremos que recurrir por un lado a su finalidad teleológica, como también a una cuestión valorativa”.*
- *“La búsqueda de la verdad, la protección de los derechos fundamentales, la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia, la celeridad en la función judicial, son todos valores o principios que se pueden encontrar en contraposición en más de alguna oportunidad con la búsqueda de la verdad, y la decisión sobre qué valor primará no es una decisión epistemológica (pues si lo fuera,*

se preferiría siempre la averiguación de la verdad), sino política y moral”.

- *“En efecto, la averiguación de la verdad no es una norma que obligue de forma imperativa a hacer algo, sino que es un principio, esto es, una “norma que ordena que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible”. Son “mandatos de optimización” nos diría Robert Alexy, y como tal, se caracteriza porque pueden ser cumplidos en distintos grados, dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas, lasque se determinan en importante medida, mediante los principios que juegan en sentido contrario”.*

6. Cordón Aguilar, Julio César (2011), Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal, tesis para obtener el grado de Doctor en derecho en la Universidad de Salamanca; en la que concluye:

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

justa, en aplicación del Derecho, al conflicto sometido a su conocimiento”.

- *“Las facultades conferidas al juez por el ordenamiento procesal para disponer de oficio la práctica de diligencias de prueba deben ser asumidas con suma cautela, a fin de no perjudicar la imparcialidad que ha de informar su función; así, el ejercicio de tales facultades habrá de dirigirse al único objeto de aclarar alguna situación relevante para la causa, procediendo el juzgador con sujeción a los datos ya existentes en el proceso y sin alterar los enunciados fácticos introducidos en éste por las partes, a las que habrá de garantizárseles el ejercicio de sus derechos y, de manera especial, la oportunidad de proponer la prueba pertinente para contradecir la que haya sido diligenciada oficiosamente”.*

SUBCAPÍTULO II

MARCO NORMATIVO

1. LEGISLACIÓN SUPRANACIONAL:

1.1.- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS:

Adoptada y proclamada el 10 de diciembre de 1948; en la cual incorpora el derecho a ser juzgado por un Juzgado independiente e imparcial como derecho de toda persona; así tenemos:

Artículo 10: Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

1.2.- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y

POLÍTICOS: Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión el 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 23 de marzo de 1976 y ratificado por el Perú el 28 de abril de 1978; establece en su artículo 14 inciso 1 que:

- Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la

substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

1.3.- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS:

También denominado Pacto de San José de Costa Rica llevada a cabo del 7 al 22 de noviembre de 1969 y ratificado por el Perú el 07 de diciembre de 1978 en su artículo 8 establece 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, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o

para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Así mismo, a través de esta Convención se creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos vigente en nuestro país desde el 01 de julio del 2001, que emitió su Reglamento vigente¹; en cuyo artículo 58 establece:

En cualquier estado de la causa la Corte podrá:

a. Procurar de oficio toda prueba que considere útil y necesaria. En particular, podrá oír en calidad de presunta víctima, testigo, perito o por otro título, a cualquier persona cuya declaración, testimonio, u opinión estime pertinente.

b. Requerir de la Comisión, de las víctimas o presuntas víctimas o sus representantes, del Estado demandado y, en su caso, del Estado demandante el suministro de alguna prueba que estén en condiciones de aportar o de cualquier explicación o declaración que, a su juicio, pueda ser útil.

1.4.- ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: En este instrumento adoptado el 17 de julio de 1998 y ratificado por nuestro país el 10 de noviembre del 2001, que

¹ Aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009

también prevé en su parte VI: DEL JUICIO, la orden y prácticas de pruebas de oficio durante el juicio por las salas de la corte:

Artículo 69.-

(...)

3. (...). La Corte estará facultada para pedir todas las pruebas que considere necesarias para determinar la veracidad de los hechos.

2.- LEGISLACIÓN NACIONAL:

2.1.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993: Que reconoce como principio y derecho de la función jurisdiccional al debido proceso:

Artículo 139.-

(...)

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

2.2.- CÓDIGO PROCESAL PENAL: Promulgado mediante decreto legislativo N° 957, publicado el 29 de julio del 2004.

Que reconoce en el artículo I del título preliminar el principio de imparcialidad:

1. *La justicia penal es gratuita, salvo el pago de las costas procesales establecidas conforme a este Código. Se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes y en un plazo razonable.*

Respecto a la actividad probatoria señala en su artículo 155:

1. *La actividad probatoria en el proceso penal está regulada por la Constitución, los Tratados aprobados y ratificados por el Perú y por este Código.*
2. *Las pruebas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales. El Juez decidirá su admisión mediante auto especialmente motivado, y sólo podrá excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la Ley. Asimismo, podrá limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución.*
3. *La Ley establecerá, por excepción, los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio.*

En el inciso 2 del artículo 162 establece específicamente la prerrogativa que tiene el juez para ordenar de oficio pericias para verificar la idoneidad del testigo:

Si para valorar el testimonio es necesario verificar la idoneidad física o psíquica del testigo, se realizarán las indagaciones necesarias y, en especial, la realización de las pericias que correspondan. Esta última prueba podrá ser ordenada de oficio por el Juez.

Respecto a la prueba de oficio nuestro Código señala:

Artículo 385.-

- 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 u 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 éste medio la actuación propia de las partes.*
- 3. La resolución que se emita en ambos supuestos no es recurrible.*

SUBCAPITULO III

MARCO HISTÓRICO Y CONTEXTUAL

1.- BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LOS SISTEMAS PROCESALES PENALES:

Los sistemas procesales son producto de la evolución de los pueblos y del grado de madurez política y, por consiguiente, las modificaciones que estos sistemas han sufrido a través de la historia se deben a las transformaciones que han experimentado las instituciones políticas del Estado, sobre la base de la norma con la que aparecieron y la vigencia que han tenido dentro del devenir de la historia de la humanidad. Así en el curso de la historia la primacía del Estado dio lugar a un paradigma llamado inquisitivo; la del individuo, a otro denominado acusatorio; y pensando en la conveniencia de lograr una síntesis entre ambos se desarrolló el sistema mixto, que ha venido evolucionando a lo largo de la historia; lo cierto es que estos modelos representan manifestaciones abiertas o encubiertas de una cultura; así tenemos: (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, págs. 66-67)

A. SISTEMA ACUSATORIO:

Este sistema aparece históricamente en Grecia y la Roma Republicana, rigiendo prácticamente toda la antigüedad y parte de la Edad media, hasta el siglo XIII, en el cual es sustituido sobre las bases del último Derecho Romano Imperial, por el sistema inquisitivo; fue propio de regímenes democráticos en el cual los procedimientos se desarrollan según los principios de contradicción, oralidad y pluralidad de debate. (NUÑEZ CHOCANO, 2008, pág. 567)

El sistema acusatorio tuvo su forma más pura en la república helénica y en los últimos tiempos de la república romana. Esta forma de enjuiciamiento penal dominó todo el mundo antiguo. (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, pág. 68)

Jorge Rosas Yataco citando a Julio Maier enfatiza que:

La característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de los poderes ejercidos en el proceso, por un lado, el acusador, quien persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro, el imputado, quien puede resistir la imputación, ejerciendo el derecho de defenderse, y, finalmente, el tribunal, que tiene en sus manos el poder de decidir. Todos estos

poderes se vinculan y condicionan unos a otros: su principio fundamental, que le da nombre al sistema, se afirma en la exigencia de que la actuación de un tribunal para decidir el pleito y los límites de su decisión están condicionados al reclamo (acción) de un acusador y al contenido de ese reclamo y por otra parte, a la posibilidad de resistencia del imputado frente a la imputación que se le atribuye.

El sistema acusatorio tiene como elemento esencial, la separación de las funciones de acusar y juzgar y comprende además la distinción entre los responsables por la función jurisdiccional y aquellos encargados por la postulación, así como también el papel del órgano de la acusación con la consecuente ausencia de cualquier poder sobre el imputado.

Este sistema se caracterizó por:

- La persecución del delito es privada, esto es, la acusación queda al libre albedrío de la persona perjudicada o sus parientes. Posteriormente, correspondió también a los ciudadanos con la incorporación de la acción popular para casos exclusivamente públicos y al no existir en Ministerio Público el proceso penal no podía iniciarse sin una acusación de parte.

- Abierto el proceso, su desarrollo continúa con las investigaciones aún a pesar de que el acusador abandonase la acción. Sin embargo los sujetos procesales tienen un rol protagónico con la aportación de pruebas. El Juez adolece de libertad de investigación así como para la selección de pruebas, restándole solamente el examen de las pruebas alegadas en la acusación.
- Este sistema en puridad, solamente es factible con la presencia de un jurado integrado por personas honorables, las que decidirán en su veredicto, así también controlando posibles excesos de los magistrados.
- Principios básicos de este sistema son la publicidad, oralidad y la contradicción. El procedimiento consiste en lo sustancial, en un debate público, oral, continuo y contradictorio. Los Jueces que integran el Tribunal perciben los medios de prueba, Los fundamentos y las pretensiones que ambas partes introducen y resuelven según sus elementos.
- En la valoración de la prueba impera el sistema de íntima convicción, según la cual los Jueces deciden votando, sin sujeción a regla alguna que establezca el valor probatorio de los medios de prueba. Así, la sentencia es el resultado del escrutinio de los votos de una mayoría determinada o de la unanimidad de los Jueces.

- Con relación al acusado, este es sujeto de derechos colocado en una posición de igualdad con el acusador, cuya situación jurídica durante el proceso no varía hasta la condena; se admite la posibilidad excepcional de privar al imputado de su libertad.
- La jurisdicción en este sistema corresponde a un tribunal o aun cuerpo colegiado, que es órgano del Estado.

B. SISTEMA INQUISITIVO:

Este modelo nace en Roma y se expande en las Monarquías cristianas del siglo XIII y en Europa continental durante la baja edad media, predominando luego en las legislaciones de los siglos XVI, XVII y XVIII; es un sistema de enjuiciamiento penal que responde a una concepción absolutista del poder central. (ALVARADO VELLOSO, Debido proceso versus pruebas de oficio, 2004, pág. 85)

Es una elaboración del Derecho Canónico en la Edad Media. Por tanto, la iglesia fue el primer poder que pasó del procedimiento acusatorio al inquisitivo. El tipo inquisitivo de procedimiento dio vida a un proceso penal autoritario, despojado de todo individualismo. Adquirió una tendencia impregnada de la técnica, y se dirigió principalmente a obtener la confesión del imputado por cuanto con ella el “penitente” conseguía salvar su alma.

Con la consolidación de la monarquía y la predominancia del derecho canónico en la vida sociopolítica, estos determinaron y fundamentaron la existencia de este sistema a través de la inquisición. Por historia, conocemos que el sistema inquisitorial se basaba en la investigación del delito de herejía, realizada por los inquisidores, quienes en cumplimiento de su función, hacían el papel de jueces. Para ello no era necesario que existiera una denuncia o acusación, podían inquirir, es decir, investigar, cualquier indicio razonable que los llevara a sospechar de la existencia de personas o grupos heréticos que transgredían supuestamente sus normas morales o religiosas². (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, págs. 70 - 71)

Jorge Rosas Yataco citando a Julio Maier incide que la característica fundamental del enjuiciamiento inquisitivo reside en la concentración del poder procesal en una única mano, la del inquisidor, a semejanza de la reunión de los poderes de la soberanía (administrar, legislar y juzgar) en una única persona, según el régimen político del absolutismo. Así destaca las siguientes características en este sistema:

² La inquisición fue creada en 1184 y rigió plenamente durante más de setecientos años, aproximadamente hasta 1869.

- En cuanto a la jurisdicción le corresponde a la autoridad máxima (sea rey, emperador o monarca), el cual delega esta facultad a través de sus funcionarios.
- Es el Estado quien promueve la represión de los delitos porque el interés es de todos. El proceso no depende de la voluntad de los particulares, en tanto la instrucción se inicia sin conocimiento del instruido.
- El Juez está investido de una potestad permanente para actuar de oficio, investigar, buscar, adquirir y valorar las pruebas al margen de la voluntad de los sujetos procesales, para luego sancionar los delitos cometidos. Reúne la del Juez, acusador y defensor a la vez.
- Los principios que se desenvuelven en este sistema son la predominancia de la escritura, y que las diligencias sean secretas.
- El acusador y el tribunal desaparecen para dar paso al inquisidor con potestades supraleales. Este tenía una serie de facultades que lo hacían omnipotente.
- El acusado es considerado como un objeto de la persecución penal, al que no sólo se desconoce su dignidad ni se le respeta ningún derecho, sino que se pone a su cargo la obligación de colaborar con la investigación, deber que se exige, generalmente, mediante el uso de la tortura.
- El sistema de valoración de la prueba no es libre sino tasado.

C.- SISTEMA MIXTO:

Este sistema viene a ser una mixtura de los sistemas antes mencionados, aparece en los Estados modernos bajo el influjo de la ilustración y las concepciones liberales, concretizados en el Código Napoleónico de 1808, aparejado y aceptado sólo es un Estado de Derecho (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, pág. 71).

El Dr. Jorge Rosas Yataco señala que este sistema también fue denominado sistema acusatorio formal por Antonio Lorca Navarrete y sistema inquisitivo mitigado por Cafferata Nores.

Las principales características de este sistema son:

- La acción corresponde a un órgano estatal (Ministerio Público).
- El proceso penal se divide en dos etapas contradictorias: la instrucción inspirada en el proceso inquisitorio (escrito y secreto) y el juicio, inspirado en el sistema acusatorio (contradictorio, oral y público). La instrucción constituye la base del juicio, en la que después se analizarán y valorarán las pruebas recolectadas.
- Las etapas de instrucción y juicio son encargadas a órganos judiciales diferentes (Juez penal y Sala penal superior).
- La prueba recabada en la instrucción es evaluada según el sistema de la libre convicción, es decir, a criterio y poder

discrecional del Juez en el juicio; también llamado método de la sana crítica.

- El imputado es un sujeto de derechos, cuya posición jurídica durante el proceso se corresponde con la de un inocente, vale decir, se presume inocente mientras sea declarado responsable penal, y es el Estado (acusador) quien debe demostrar con certeza su responsabilidad.

D.- SISTEMA MIXTO MODERNO:

La vorágine emisión de cartas, pactos y convenios en defensa de los derechos humanos en los que se consagran los derechos inherentes a la dignidad humana, así como una gama de derechos y principios procesales es el marco jurídico de protección al procesado. Este movimiento jurídico humanitario trajo como consecuencia la plasmación en las cartas políticas, los derechos fundamentales de la persona, en especial los referidos a la libertad de los procesados. Las características más resaltantes de este sistema son: (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, págs. 72-73)

- Reúne en cierta manera las características del sistema mixto con el remozamiento de que en determinados casos, el juicio oral no se lleva a cabo ante un tribunal superior, sino ante un Juez que

emite sentencia de igual jerarquía que el del Juez instructor. De manera que de la etapa de la instrucción se pasa a una intermedia, para pasar luego a juicio que se realiza ante otro Juez, con las debidas garantías procesales.

- Para otros asuntos, siguen funcionando los tribunales, que en la figura de tribunales de apelación van a revisar las sentencias y como tribunales de juicio, conocen y juzgan en audiencia pública determinadas infracciones.

E.- SISTEMA ACUSATORIO MODERNO:

El Dr. Rosas Yataco citando a Catacora Gonzales sostiene que este sistema viene a ser una aplicación del sistema acusatorio estadounidense, con los ajustes correspondientes a la realidad de cada país, así como en el proceso alemán, donde es el Ministerio Público quien tiene la dirección de la investigación policial.

Este nuevo movimiento reformista ha ido reforzando y ampliando las funciones del Ministerio Público, relegando al Juez a un segundo plano, convirtiéndolo en un mero sentenciador.

Este sistema se adapta mejor a los fundamentos de la democracia cuyos postulados son la publicidad de todo el procedimiento; la libertad personal del imputado hasta la condena definitiva; la igualdad de los derechos y poderes entre el acusador o acusado; la pasividad del Juez en la obtención de las pruebas tanto de cargo

como de descargo y la síntesis de todo el conjunto. (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, pág. 73)

2.- BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LOS MODELOS PROCESALES ADOPTADOS POR EL PERÚ A TRAVÉS DE SU REGULACIÓN:

A.- CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO PENAL DE 1863:

Empezó a regir desde el 1 de marzo de ese año y que ancló sus fundamentos en el Reglamento de España de 1835 y el Código de José II, es decir, con fuentes añejas que la propia realidad de esa época ya había superado, cuya estructura organizacional se asentaba en el modelo inquisitivo, escrito y con prueba tasada. Los rasgos más característicos de este Código fueron: (HURTADO POZO & SAN MARTÍN CASTRO, pág. 28)

- Función accesoria del Ministerio Público, que es un denunciante en limitados casos, mero *colaborador* de la investigación judicial y acusador en los delitos públicos
- Predominio del juez titulado Juez del Crimen
- Prisión preventiva mayormente obligatoria
- Ostensible falta de derechos de los imputados
- Prueba tasada como criterio de valoración

- Predominancia de la escrituralidad y, por ello, esencialmente burocrático

B.- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA CRIMINAL DE 1920:

Promulgado por la Ley N.º 4019, del 2 de enero de 1920, y que entró en vigencia el 1 de junio de ese año por Decreto Supremo del 5 de enero de 1920. Este Código, de definida influencia francesa, presenta las siguientes notas características: (HURTADO POZO & SAN MARTÍN CASTRO, 2004, pág. 31)

- La acción penal es pública. Se ejerce de oficio por el Fiscal, excepto en delitos privados y cuando proceda acción popular. Rige el principio de legalidad (mejor dicho, de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal).
- Se incorpora la acción civil por los daños causados por el crimen
- Se incorporan las excepciones y las cuestiones prejudiciales, que son resueltas por el Tribunal Superior, al que expresamente se le denomina Tribunal Correccional.
- El proceso se divide en dos etapas, ambas dirigidas por un juez. La instrucción, cuyo objeto es reunir los datos necesarios sobre el delito cometido y sus autores, cómplices o encubridores, para que pueda realizarse el juzgamiento; y el Juicio Oral a cargo del Tribunal Correccional

- La instrucción es reservada y escrita. Puede iniciarse de oficio en los casos de delitos flagrantes o cuasi flagrantes. Contra el imputado puede dictarse orden de comparecencia o de detención siempre que se conozca o se presuma quien es el delincuente.
- El juicio es oral y público, sea ante el Tribunal Correccional o ante el Jurado (institución que no rigió durante la vigencia del Código por falta de una ley de desarrollo). La asistencia del Fiscal es obligatoria, así como la del acusado y la del abogado defensor. El Tribunal aprecia las pruebas con criterio de conciencia, pero en el fallo debe exponer las razones de su decisión.
- Contra los fallos del Tribunal Correccional procede recurso de nulidad; no cabe recurso de apelación.

C.- CÓDIGO PENAL REPUBLICANO DE 1924:

Víctor M. Maurtúa, autor del proyecto, tuvo en cuenta las diferencias entre los pobladores. Con un criterio etnocentrista y, casi ya completamente superado en la época, los distinguió en civilizados (generalmente, descendientes de europeos, ciudadanos, hispanohablantes y cristianos), indígenas (semicivilizados, degradados por el alcohol y la servidumbre) y salvajes (miembros de las tribus de la Amazonía). Entre las características que presentó este código tenemos: (HURTADO POZO & DU PUIT, 2006, págs. 227-228)

- En los artículos 44 y 45 del Código, se previeron especiales medidas de seguridad, consistentes en el internamiento en una colonia penal agrícola.
- Los indígenas, en razón de su condición personal, se les consideró como imputables relativos y se previó que se les reprimiese de manera prudente o se les aplicara la medida de seguridad indicada de acuerdo a su desarrollo mental, grado de cultura y costumbres.
- Para los salvajes, se estableció que, en caso de sancionárseles con pena privativa de la libertad, esta sea sustituida con la misma medida de seguridad, a la que se atribuyó como fin alcanzar su asimilación a la vida civilizada e inculcarles una moralidad que los haga aptos para conducirse bien.
- En su artículo 44 se fijó, expresamente, que los centros penales agrícolas debían ser organizados en el propósito de adaptarlos (a los salvajes) en el menor tiempo posible al medio jurídico del país.

D.- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1940:

El nivel de las críticas forzó al gobierno de entonces a iniciar la contra reforma procesal penal. El 5 de mayo de 1936, por Decreto Supremo N° 154, se nombró una Comisión para el estudio de un nuevo Código presidida por el Vocal Supremo, Dr. Carlos Zavala Loaiza; el 12 de agosto de 1937 la Comisión Zavala Loaiza envió el Anteproyecto y la

Exposición de Motivos al Ministro de Justicia; a su vez, el Ministro de Justicia por Decreto Supremo del 25 de agosto de 1937, designó. Una nueva Comisión que debía pronunciarse sobre los méritos u omisiones del citado Anteproyecto. El texto revisado de esa Comisión fue el que finalmente se convirtió en ley. Se trata de la Ley N° 9024, del 23 de noviembre de 1939, que dispuso la entrada en vigencia del Código de Procedimientos Penales el 18 de marzo de 1940. (HURTADO POZO & SAN MARTÍN CASTRO, 2004, pág. 34)

Este Código adoptó el sistema mixto de su antecesor, el Código de procedimientos en materia criminal de 1920; presentó las siguientes características: (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, pág. 74)

- El proceso penal se desarrolla en dos etapas: la instrucción (reservada y escrita) y el juicio (público y oral).
- La primera etapa de instrucción se le otorga el papel indispensable en la recolección de las pruebas.
- Desaparecen los jurados, incorporándose los jueces profesionales.
- En cuanto al juzgamiento o juicio oral, compete conocer a un órgano jurisdiccional colegiado, donde la audiencia es dirigida por

el presidente de dicho órgano colegiado o por otro vocal integrante, bajo los principios procesales de oralidad, publicidad, inmediación, concentración e identidad personal de juzgamiento y del acusado, unidad, continuidad, preclusión y celeridad.

Con el Código de Procedimientos Penales de 1940, el Juez Penal sustituía las deficiencias en la aportación de pruebas por parte del Ministerio Público, a tal punto que permitía la actuación de prueba de oficio, así como al ampliación de instrucción, también de oficio (artículo 202º); sin ser necesaria la intervención de la defensa, y dentro de los criterios siempre que sea pertinente, conducente y útil; por lo que se sostenía que éste Código violaba la imparcialidad, puesto que el Juez – investigador se encargaba de reunir el material suficiente para acreditar el delito y la responsabilidad, siendo mayor el problema cuando este mismo Juez debía sentenciar (CALDERÓN SUMARRIVA, 2008).

E.- CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 1991:

A inicios del Gobierno de Fujimori (1990-2001), ante las constantes y unánimes críticas al sistema de justicia, especialmente de la administración de justicia penal, y frente a numerosos proyectos elaborados durante el transcurso del decenio democrático anterior

1980-1990 que comprendió las administraciones de los presidentes Belaunde Terry (1980-1985) y García Pérez (1985-1990), luego de un Proyecto Alternativo de octubre de 1991 por Decreto Legislativo N.º 638 del 25 de abril de 1991, se promulgó el Código Procesal Penal. Este Código tiene las siguientes características

- Insiste en el principio oficial y de legalidad como ejes rectores del sistema de persecución penal, a cuyo efecto erige como .órgano rector al Ministerio Público, a quien le corresponde dirigir a la Policía y realizar la investigación de los delitos públicos, tanto en su fase previa, como luego del procesamiento aprobado judicialmente.
- Reconoce el papel de las ONG, otorgándoles legitimación suficiente para intervenir en determinados delitos que afectan intereses difusos y los derechos humanos; intervención que se limita al papel de actor civil, puesto que la víctima solo puede intervenir en el procedimiento penal con titularidad para reclamar la reparación civil.
- Incorpora varios derechos en favor del imputado, básicamente el del silencio e interdicción de la autoincriminación e impone la prohibición de valorar pruebas adquiridas ilícitamente.

- El Juez Penal, primero, tiene a su cargo el control de la investigación fiscal preparatoria, dirige la etapa intermedia, la misma que a semejanza del modelo anterior y, conduce el juicio oral, aunque con una participación muy restringida, al punto que este se sigue bajo el principio de aportación de parte y el juez no participa en la actividad probatoria, salvo para subsanar omisiones necesarias.

El modelo adoptado de este cuerpo procesal según su exposición de motivos es el sistema acusatorio modernizado³. (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, pág. 24)

3.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PRUEBA:

El hombre en sus orígenes para satisfacer sus necesidades y resolver sus conflictos aplicó la ley del más fuerte; es con la aparición del derecho y los ritos primitivos que lo conformaban, que encontramos los orígenes de la prueba comprendidas en ceremonias destinadas a alcanzar la justicia que primero estaban dirigidas a un Dios y luego al juzgador humano; así las sociedades fueron conformando Estados,

³ Entre nuestros juristas este sistema ha recibido otras denominaciones; así por ejemplo el Dr. César San Martín Castro lo llama acusatorio formal y El Dr. Mixán Mass, acusatorio garantista.

Estados que asumieron la responsabilidad de resolver los conflictos de los hombres mediante sus órganos jurisdiccionales para lograr paz y seguridad entre sus miembros.

En la evolución de las pruebas suele distinguirse cinco fases en su evolución:

- **Fase Étnica:** A la cual sería mejor darle el nombre de primitiva; y corresponde a todas las sociedades en formación cuando sólo podía existir un sistema procesal rudimentario y que suele describirse como de las pruebas abandonadas al empirismo de las impresiones personales.
- **Fase Religiosa o mística:** Del antiguo derecho germánico, primero, y de la influencia del derecho canónico.
- **Fase Legal:** O de tarifa legal que sometió la prueba a una rigurosa tarifa previa de valorización, que fue un avance en su época.
- **Fase Sentimental:** O de íntima convicción moral, que se originó en la Revolución francesa, como reacción contra la tarifa legal y que sostiene la absoluta libertad de valorar la prueba, se aplicó primero al proceso penal y mucho después al proceso civil.
- **Fase Científica:** Que actualmente impera en los Códigos procesales modernos.

Las cuatro últimas fases las encontramos encuadradas en la historia europea, en la caída del Imperio Romano (por haberse producido un quiebre fundamental en la civilización jurídica y social que Roma había llevado a altos niveles, lo cual hizo que durante muchos años imperara una mezcla de barbarie y de fanatismo religioso que condujo a absurdos procedimientos judiciales).

A. EN GRECIA Y ROMA:

Es poco lo que se sabe respecto a la prueba en Grecia, Aristóteles en su obra Retórica estudia a la prueba bajo una concepción lógica ajena a prejuicios de orden religioso y a fanatismos de otra índole; en cuanto a su forma en Grecia imperó la oralidad tanto en el proceso civil como en el proceso penal y por regla general rigió el principio dispositivo que coloca sobre las partes la carga de producir la prueba y sólo en casos especiales se le permitía al Juez para decretarlas y practicarlas de oficio.

Los medios principales de prueba fueron:

- Los testimonios: Existían restricciones a las declaraciones de mujeres, niños y esclavos, pero en los procesos mercantiles podían declarar los esclavos comerciantes y en algunas causas las mujeres si lo hacían voluntariamente.

- Los documentos: Esta gozó de especial consideración particularmente en materia mercantil habiéndose otorgado a algunos documentos mérito ejecutivo directo y por tanto valor de plena prueba como por ejemplo: Los libros de los banqueros que gozaban de buena reputación.
- El juramento: Tuvo mucha importancia, aún cuando en la época clásica la perdió en buena medida y existió tanto el decisorio como el referente a sólo parte de la controversia.

En Roma antigua la prueba tuvo una evolución análoga a la que presenta en general el proceso y la administración de justicia; distinguiéndose las siguientes etapas:

- a) **En la fase del antiguo proceso romano o “per legis acciones”**: El juez tenía carácter de árbitro, casi de funcionario privado pero con libertad para apreciar o valorar pruebas aportadas por las partes, el testimonio fue inicialmente la prueba casi exclusiva; pero más tarde se los documentos, el juramento, el reconocimiento personal por el juez y los indicios. No existían reglas especiales sobre la prueba e imperaba el sistema de la libre apreciación.

b) En la fase del procedimiento o “extra ordinem”: El juez deja de ser un árbitro para representar al Estado en la función de administrar justicia; por lo que se le dieron mayores facultades para interrogar a las partes y determinar a cuál de ellas le correspondía la carga de la prueba. Los medios de prueba fueron los mismos que en la fase anterior aunque se impusieron restricciones a la testimonial y se le dio mayor importancia a la documental.

c) En el periodo Justiniano: Se observa una regulación legal de las pruebas pero sin que dejen de existir textos favorables a la apreciación personal del juez. Se conserva los medios probatorios del periodo anterior, pero se excluyen el testimonio de la mujer, del impúber, del perjuro, del delincuente y del loco; se sentaron reglas sobre la carga de la prueba como defensa contra la arbitrariedad de los jueces y se conoció el principio contradictorio en materia de interrogatorio de testigos que debía ser conocido por ambas partes.

B. EN EUROPA POSTERIOR AL IMPERIO ROMANO:

a) La fase étnica o primitiva: Seguramente a la caída del imperio romano existían en Europa grupos étnicos que se hallaban en lo que hemos llamado la fase primitiva puesto

que la influencia religiosa que caracterizó la fase siguiente viene muchos años después con el dominio del cristianismo sobre los germanos, francos y demás grupos importantes.

b) Fase religiosa o mística: Se distinguen dos etapas:

i. El antiguo derecho germano: Es el más representativo en esta nueva etapa del desarrollo de la cultura jurídica europea; así, mientras en el derecho romano la prueba era un medio utilizado para persuadir al juez quien generalmente podía valorarla con libertad y con las limitaciones que durante el Imperio se introdujeron; en el derecho germano la prueba tenía una finalidad en sí misma y conducía a fijar la sentencia de este modo era una actividad casi exclusiva de las partes y ya no se perseguía la verdad real o material como suele decirse sino un convencimiento puramente formal.

ii. En el Derecho Canónico: Por medio de éste va penetrando poco a poco el sistema romano de la época del imperio; los jueces eclesiásticos son verdaderos magistrados, ya no es su libre convicción la que rige sino una verdadera apreciación jurídica de la prueba sujeta a reglas cada vez más numerosas.

c) Fase legal: O también denominada del sistema de tarifa legal; aquí el derecho canónico se impone definitivamente, se trató de darle una base jurídica al proceso, Los papas dan instrucciones detalladas para el proceso canónico y los canonistas elaboran muchas reglas sobre pruebas utilizando las tradiciones romanas especialmente el derecho justiniano pero mezclando en ocasiones con principios tomados de la biblia como en el caso de número de testigos necesarios para formar convicción.

Al abandonarse el proceso acusatorio y surgir el inquisitorio se le dan al juez facultades para procurar la confesión en los procesos penales y surge así el tormento judicial como práctica usual tanto en el proceso penal oficial como en esa institución eclesiástica que para vergüenza de la humanidad imperó durante varios siglos y que se llamó la Inquisición del Santo Oficio en donde el sadismo y crueldad de los ministros de Cristo llegó a los máximos extremos.

d) La fase sentimental: O de convicción moral, puede decirse que se origina en la Revolución francesa; así el nuevo derecho francés se difundió por Europa sólo hacia mediados del siglo XIX originándose una nueva fase del derecho probatorio que se denomina sentimental por estar basada en

la ilusoria creencia en la infalibilidad de la razón humana y del instinto natural. El nuevo sistema se aplicó al proceso penal que se tramitaba oralmente y así escindieron los dos procesos pues el civil continuó sujeto a la tarifa legal y al procedimiento escrito; mientras que, al juez penal se le daban facultades inquisitivas para la búsqueda de las pruebas.

- e) **Fase científica:** Esta fase se resguardó para el proceso del futuro; aquel que imperará en la legislación de cada país y sus respectivos Códigos.

SUBCAPÍTULO IV
MARCO TEÓRICO

TÍTULO I: EL PROCESO PENAL

1. DEFINICIÓN:

Ana Calderón Sumarriva afirma que:

La palabra proceso viene de la voz latina “procederé”, que significa avanzar en un camino hacia determinado fin. Precisamente el proceso penal es el camino por recorrer entre la violación de la norma y la aplicación de la sanción. El proceso penal es el conjunto de actos previos (instrucción y juzgamiento) a la aplicación de una sanción, realizados exclusivamente por órganos jurisdiccionales. (CALDERÓN SUMARRIVA, El Nuevo Sistema Procesal Penal: Análisis crítico, 2011, pág. 17)

Domingo García Rada, define al proceso penal como “el medio que establece la ley para lograr la pretensión punitiva del Estado”. Por su parte el Dr. San Martín Castro proporciona una definición descriptiva de proceso penal, señalando que:

Es el conjunto de actos realizados por determinados sujetos (jueces, fiscales, defensores, imputados, etc.), con el fin de comprobar la existencia de los presupuestos que habilitan la imposición de una sanción y, en el caso de que tal existencia se compruebe, establecer la cantidad, calidad y modalidades de ésta última (Reyna Alfaro, 2015, págs. 34-35).

Jorge Rosas Yataco citando a Cafferata Nores, José I. señala que:

El proceso penal, y el Derecho Penal se encuentran íntimamente relacionados con el modelo político en el que se exterioriza y con el sistema de valores que nutre a éste. Según sea el papel que una sociedad le asigne al Estado, el valor que reconozca al individuo y la regulación que exista de las relaciones entre ambos, será el concepto que desarrolle de delito (desobediencia a castigar, conflicto humano a solucionar o redefinir) y el tipo de proceso que se admita. (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, pág. 111)

En palabras de Caro Coria:

El proceso penal peruano está revestido de diversas garantías de reconocimiento constitucional en nuestra Carta Magna de 1993 (desarrolladas con más detalle en el reciente proyecto de reforma del Código Procesal de mayo de 2004) que buscan no sólo otorgar al procesado un marco de seguridad jurídica, sino en última instancia mantener un equilibrio entre la búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del imputado, los cuales constituyen un límite al poder punitivo estatal, cuya protección y respeto no pueden ser ajenos a una justicia penal contemporánea. (CARO CORIA D. C., pág. 8)

2. CARACTERÍSTICAS:

Ana Calderón Sumarriva, señala las siguientes características del proceso penal:

- a) **Los actos del proceso son realizados por los órganos jurisdiccionales preestablecidos en la ley.-** Estos órganos acogen la pretensión punitiva del Estado (que no puede juzgar y sancionar directamente sin un proceso previo) y aplican la ley penal al caso concreto. Este enunciado hace referencia al principio del Juez Natural que constituye una garantía de la independencia jurisdiccional.
- b) **Tiene un carácter instrumental.-** A través de él se aplica la norma del derecho penal sustantivo al caso concreto. Citando a Carnelutti refiere que "(...) el proceso penal regula la realización del Derecho Penal objetivo y está constituido por un conjunto de actos en el cual se resuelve la punición del reo". Afirma también que, el proceso penal no es contingente sino necesario, puesto que es el instrumento esencial para darle efectividad al derecho penal sustantivo.
- c) **Tiene la naturaleza de un proceso de cognición.-** Puesto que el Juez Penal parte de la incertidumbre sobre la comisión del delito y la responsabilidad, y a través de la actividad probatoria puede llegar a la certeza o convicción sobre dichos aspectos. Se establece que existen tres niveles de conocimiento de un proceso penal: la probabilidad, la

posibilidad y la certeza. El Juez Penal no conoce directamente los hechos, llegan a él afirmaciones sobre éstos, que funcionan como hipótesis cuya confirmación deberá efectuarse en el proceso.

- d) El proceso penal genera derechos y obligaciones entre los sujetos procesales.-** Se reconocen diversos intereses y pretensiones que se enfrentan, en algunos casos, y en otros, coadyuvan (Juez, Ministerio Público, Imputado, Parte Civil y Tercero Civilmente Responsable). Por el proceso surgen entre los sujetos procesales relaciones jurídicas de orden público, en consecuencia derechos y obligaciones. V gr.: el deber del juez de motivar sus resoluciones, el derecho de defensa del inculcado, etc.
- e) La indisponibilidad del proceso penal.-** Este proceso no puede desaparecer ni adquirir una fisonomía distinta por voluntad de las partes. Las partes no tienen libre disponibilidad del proceso (como en el proceso civil) y aunque quieran, no pueden exonerar de culpa. Sin embargo, se contemplan algunas excepciones como la conciliación en las querellas y la aplicación del principio de oportunidad en algunos delitos.
- f) El objeto principal del proceso penal, es investigar el acto cometido, el cual debe ser confrontado con los tipos penales:** Pero

también es importante la restitución de la cosa de la que se ha privado al agraviado o la reparación del daño causado con el delito.

- g) Para que se dé el proceso penal, es necesario que exista un hecho o acto humano que se encuentre en un tipo penal:** Y, además, que pueda ser atribuido a una persona física en el grado que sea, como autor coautor, instigador o cómplice. (CALDERÓN SUMARRIVA, 2011, págs. 19-21)

3. PROCESO PENAL PERUANO Y SISTEMA PROCESAL PENAL ACTUAL:

El nuevo Código Procesal Penal, promulgado mediante Decreto Legislativo N° 957 del 29 de julio del 2004, es la culminación de un amplio movimiento de reforma del proceso penal iniciado con singular fuerza desde la década de 1970, que representa, a su vez, la coronación de una idea sustantiva; el problema del proceso penal peruano no podía empezar a resolverse, manteniendo los principios y la estructura del viejo Código de 1940, sino configurando un nuevo modelo procesal penal. Producto de esa idea fuerza fue, en su día, el Código Procesal de 1991 y finalmente el presente Código. El modelo que asume, el Código Procesal Penal del 2004 es el acusatorio garantista con cierto rasgo adversativo. (ROSAS YATACO, Tratado

de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, pág. 75)

Tal como sostiene el Dr. Reyna Alfaro el modelo procesal peruano notoriamente asume un modelo acusatorio con ciertos rasgos adversariales; por lo que desarrolla lo que sería este sistema sosteniendo que:

El sistema adversarial parte del presupuesto de la marcada distribución de las funciones de la policía, los fiscales y los abogados; el gran jurado acusa a partir de una recomendación de la Fiscalía y luego de la presentación de la evidencia en un juicio por parte de la Fiscalía y los bogados, el Jurado decide por la inocencia o responsabilidad del acusado. El Juez tendría, a partir de la identificación de responsabilidad del acusado por el Jurado, que individualiza la pena. Se trata de un recíproco control entre los actores del proceso penal. (Reyna Alfaro, 2015, pág. 48)

Con el advenimiento de este nuevo Código Procesal Penal es posible afirmar que se da paso definitivo que nos permite avanzar de un procedimiento de carácter marcadamente inquisitivo y en el que las diligencias instructoras adquirirán valor probatorio y se confundirán así las funciones puramente instructoras con las enjuiciadoras en detrimento de la debida imparcialidad judicial, a un sistema de enjuiciamiento inspirado en el principio acusatorio, que se desarrolla a

lo largo de todo el texto legal y que viene a dar cumplimiento al ansiado Estado de derecho que prevé la Constitución Política. (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, pág. 76)

Sin duda; como señala el Dr. César San Martín, el eje de la reforma está conformado, por las pautas de la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. No es posible un enfoque serio del proceso penal si no se toma en consideración, en toda su dimensión, lo dispuesto básicamente en los artículos 2 y 139 de la Constitución, así como en los numerales 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos. (ARANA MORALES, 2014, pág. 14)

Así el nuevo proceso penal amparado por el nuevo Código Procesal Penal del 2004 se ubica dentro del sistema de corte acusatorio o predominantemente acusatorio y con las características propias del proceso moderno, presentando principalmente las siguientes características: (Sánchez Velarde, 2009, pág. 27)

- Separación de funciones de investigar y juzgar a cargo del fiscal y del juez, otorgándose al Ministerio Público la tarea de la persecución penal de los delitos públicos.

- El predominio de los principios de oralidad y de contradicción en cada una de las audiencias que prevé la ley.
- El fortalecimiento de las garantías procesales a favor del imputado y agraviado en paridad de condiciones y posibilidades de intervención.

4. FINES:

Según la Dra. Ana Calderón Sumarriva los fines del proceso penal son de dos clases:

a) Fin general e inmediato.- Que consiste en la aplicación del derecho penal, es decir, la represión del hecho punible mediante la imposición de una pena.

b) Fin trascendente o mediato.- Que consiste en restablecer el orden y la paz social.

Asimismo señala que:

“Utilizar el concepto verdad, de dimensión filosófica, como meta del proceso es una pretensión de imposible satisfacción. El proceso no puede alcanzar la verdad, al Juzgador no se le puede pedir que logre la verdad porque es lo mismo que pedir al navegante que se guía por una estrella que llegue a es estrella. Distinto es plantear que el juzgador debe buscar la verdad en base a los elementos que le

suministra el proceso y que llegue a un estado subjetivo de honesta certeza, la que podrá ser positiva o negativa (sin que ella coincida necesariamente con la verdad) o de duda”. (CALDERÓN SUMARRIVA, El Nuevo Sistema Procesal Penal: Análisis crítico, 2011, págs. 33-34)

Así también tenemos lo señalado por Devis Echandía:

“La finalidad del proceso consiste en la realización del derecho, lo cual no es un interés privado de las partes en el proceso, sino un interés público del Estado; vale decir, hacer que el orden jurídico se realice a cabalidad en los casos concretos, de acuerdo con la ley, la moral, los principios generales del Derecho, la equidad y la realidad de los hechos”. (INTERVENCIÓN EN LAS CUARTAS JORNADAS LATINOAMERICANAS DE DERECHO PROCESAL DE CARACAS, 1967)

La finalidad del proceso es un tema bastante amplio y que aún hoy en día tiene varias posiciones por lo que adoptar tan sólo una posición o determinar una definición sería temerario; además que no atañe directamente con la problemática de mi investigación; sin embargo, si considero que es importante tener una noción para efectos del análisis de la relación de la prueba de oficio con la verdad.

5. PRINCIPIOS PROCESALES EN EL NUEVO PROCESO PENAL

PERUANO:

El Título Preliminar del Código Procesal Penal actual recoge una serie de principios que según el Dr. Alonso Raúl Peña Cabrera vienen a constituirse como los valores fundamentales que promueven la Constitucionalización del Proceso Penal. Afirmando en tal sentido que:

[...] guían todo el sistema jurídico-estatal, en la medida que la actuación de los órganos públicos no puede rebasar el límite marcado por aquellos, donde la política criminal debe garantizar la efectiva protección de los derechos fundamentales los que llenan de contenido valorativo los principios rectores que revisten de legitimidad toda la actividad persecutoria del poder penal estatal. (Peña Cabrera Freyre, 2012, pág. 41)

Ahora realizaremos un recorrido por los principios y derechos que incorpora el Nuevo Código Procesal Penal, que constituye la llave de entrada al sistema acusatorio con rasgos adversativos y de eminente respeto a todos los partícipes del proceso penal. (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, págs. 114-197)

5.1. GRATUIDAD EN EL PROCESO PENAL.-

Este derecho tiene sustento en la Constitución de 1993, ya que se encuentra regulado en el artículo 139° inciso 16, el cual regula el principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala.

También el artículo 24° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, reitera que la administración de justicia común es gratuita, en todas sus especialidades, instancias y manifestaciones, para las personas de escasos recursos económicos y se accede a ella en la forma prevista por la ley. Es gratuita con carácter general en materia constitucional, penal, laboral y agraria y en las demás que la ley señala. En el Código Procesal Penal de 2004, se contempla en el numeral 1 del artículo I del Título Preliminar, al señalar que la justicia penal es gratuita, salvo el pago de las costas procesales establecidas conforme a este Código.

5.2. IMPARCIALIDAD.-

Para Joan Picó I Junoy:

“En un Estado democrático y de derecho la confianza en el correcto ejercicio de la función jurisdiccional, esto es, en el buen hacer

de los jueces y magistrados, es básica para alcanzar el adecuado clima de paz social y convivencia pacífica entre sus ciudadanos. En consecuencia, una sociedad que desconfíe de la ecuanimidad, objetividad o rectitud de juicio de las personas encargadas de administrar justicia está destinada, irremediablemente, a sufrir continuas y graves tensiones que pueden incluso, en última instancia, poner en peligro la propia existencia democrática del Estado". (PICO I JUNOY, 1998, pág. 17)

El numeral 1 del artículo I del Título Preliminar del Código Adjetivo, señala expresamente que con relación a la justicia penal "se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes y en un plazo razonable".

Para **Juan Montero Aroca**:

"La garantía de la Imparcialidad, está contenida en la figura del Juzgador como un tercero que actúa sobre las partes en el proceso, es la forma o modo en que el Juez se desempeña frente al conflicto que tiene en sus manos a resolver, de modo tal que es equidistante a los mismos a fin de que pueda con plena libertad analizar con prudencia y objetividad el caso, concluyendo en una decisión lo más justa posible. En ese sentido la imparcialidad resulta ser netamente subjetiva y dependerá de cada persona el ser capaz o no de actuar

con objetividad y cumpliendo la función de actuar el Derecho objetivo en cada caso concreto". (MONTERO AROCA, INTRODUCCIÓN AL DERECHO JURISDICCIONAL PERUANO, 1999, pág. 98)

5.3. PLAZO RAZONABLE.-

El artículo I del Título Preliminar señala que la justicia penal debe impartirse por los órganos jurisdiccionales competentes y en un plazo razonable. Debemos deducir que se trata cuando los plazos no han sido establecidos, porque de lo contrario si los plazos han sido señalados expresamente, es obligatorio su cumplimiento, de modo, que todo acto procesal o etapa procesal debe concluir dentro de un tiempo que no exceda y que perjudique a los intervinientes o sujetos procesales.

Para **Arsenio Ore Guardia**:

“El plazo razonable constituye un principio en virtud del cual el órgano jurisdiccional tiene el deber u obligación de emitir, en un tiempo prudencial, un pronunciamiento que ponga fin al proceso en que se encuentra el imputado. La Doctrina establece dos teorías: la del plazo razonable legal, no dejada al arbitrio judicial sino conforme al principio de legalidad, esto es que el proceso tiene que tener un alcance máximo fijado por Ley de un modo previo, preciso y seguro; mientras que la segunda teoría se refiere a que la duración de todo el

proceso no puede establecerse previamente por el legislador, ya que esta no puede ser contada en días, meses o años sino que debe analizarse caso por caso. Ambas teorías no pueden ser confundidas pues la primera pese a haber sido fijada por ley puede vulnerar el plazo razonable, consiguientemente no todo plazo legal es razonable.”
(ORÉ GUARDIA, MANUAL DERECHO PROCESAL PENAL, 2011, pág. 159)

5.4. CELERIDAD Y ECONOMÍA PROCESAL.-

El principio de celeridad tiene una estrecha relación con el plazo razonable así como con la dilación indebida de un proceso.

Para **Teófilo Idrogo Delgado**:

“El fin supremo del Derecho es alcanzar la justicia y para lograrla los procesos deben ser dinámicos, breves, sencillos, evitando dilaciones estériles y simplificando los formulismos propios del Derecho procesal romano”. (IDROGO DELGADO, 1994, pág. 26)

Ramiro Podetti, citado por Teófilo Idrogo Delgado, sostiene que:

“La celeridad depende no de la forma del procedimiento, sino de la existencia de instituciones que impiden que la inercia de los litigantes y profesionales por una parte y de los jueces por otra, demoren injustificadamente la sustanciación y resolución de los

litigios, y que simplifiquen el proceso: preclusión, perentoriedad de plazos, marcha automática, perención de oficio, sanciones eficaces para los jueces que no fallen en el plazo que la ley les acuerda”. (IDROGO DELGADO, 1994, pág. 227)

Paralelo al principio de celeridad procesal se encuentra el principio de economía procesal, resultado o consecuencia de la primera, vale decir, que si no hay celeridad en el proceso penal, entonces la dilación o demora va a resultar más oneroso no solamente para los sujetos procesales sino también significa una carga presupuestaria para el Estado. Pero lo importante, es que procesado y agraviado no sientan el peso que implica conllevar un proceso penal.

La celeridad y economía procesal, también, significa la prontitud de las diligencias en el proceso, como en la creación o instauración de nuevos criterios de oportunidad. Así tenemos la incorporación y vigencia del artículo 2° del Código Procesal Penal, así como la terminación anticipada del proceso, la conclusión anticipad. Estas medidas de reforma del proceso penal peruano, entre otras razones, apuntan a colaborar con la economía y celeridad procesal.

5.5. FUNCIÓN JURISDICCIONAL.-

El artículo 138° de la Constitución Política de 1993, regula que “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el

Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”. Más adelante el artículo 139° señala: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional, inciso 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación”. De esta manera se consagra el principio de la función jurisdiccional (o de la legitimidad de la jurisdicción o principio del juez natural) que va aparejado a otros principios como el de unidad, exclusividad e independencia.

Arsenio Oré Guardia, entiende que:

“El principio del Juez natural se refiere a la existencia de un instructor o juzgador preexistente a la comisión del delito. Asimismo, estos órganos judiciales deben estar predeterminados por la ley y no al arbitrio de ningún funcionario o persona. El ciudadano debe saber que si comete un delito hay un órgano jurisdiccional que ventilará la causa correspondiente. En efecto, este principio forma parte del derecho de defensa de los justiciables y es piedra angular del concepto del Debido Proceso legal, y se encuentra íntimamente ligado al concepto de la unicidad del Poder Judicial, de modo que nadie puede ser desviado de la justicia ordinaria, a la vez que dentro de la

misma nadie puede ser derivado del juez natural que conforme a la ley de la materia le corresponda de modo previo y objetivo". (ORÉ GUARDIA, 2011, pág. 7)

Aníbal Quiroga León: *"El principio de la función jurisdiccional básicamente tiene dos alcances: primero uno lato, pero fundamental, constituido por la imposibilidad de ser sometido a juicio ante la autoridad de quien no es juez (falta de jurisdicción en sentido procesal estricto), para cuyo efecto no sólo se prohíben los tribunales especiales fuera del aparato judicial y los juicios por delegación o comisión (tribunales Ad-Hoc, las "comisiones investigadoras", "tribunales revolucionarios", "tribunales del pueblo", etc. creados por el poder político en nuestras convulsionadas realidades sociales); sino también la imposibilidad de crear fueros especiales en razón de las personas o colectivos de personas por sus "especiales" condiciones personales o sociales como antaño. En su segundo alcance el Derecho al Juez natural tiene como base un principio de legalidad: los órdenes competenciales de los jueces y tribunales jerárquicamente integrados, que están necesariamente predeterminados por la ley y no por el arbitrio de un acto de autoridad política o de las partes involucradas. (QUIROGA LEÓN, 1989, págs. 309-310)*

5.6. ORALIDAD.-

El artículo I del Título Preliminar en su numeral 2 del Código Procesal Penal del 2004, prescribe que toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio, desarrollado conforme a las normas de este Código.

Para **Florencio Mixán Mass**:

“Por el principio de la oralidad, quienes intervienen en la audiencia deben expresar de “viva voz” sus pensamientos (preguntas, respuestas, argumentos, alegatos, pedidos, etc.); esto implica el deber de proferir oralmente los pensamientos en la apertura, desarrollo y finalización de la audiencia del juicio oral”. (MIXÁN MASS F. , 1993, pág. 73)

Para **Pablo Talavera Elguera**; explica que el artículo 361 del Código Procesal Penal del 2004, establece que la audiencia se realiza oralmente. Así sostiene:

“La oralidad es el medio apropiado para la práctica de la prueba, ya que a través de la misma se expresan las partes, los testigos y los peritos. La oralidad permite la concentración, garantiza la inmediación, insoslayable en un régimen de libre valoración de la prueba y da sentido a la publicidad. Los que concurren al juicio oral en

condición de órganos de prueba deberán declarar espontáneamente, en base a su memoria y a través de la palabra, de modo que puedan ser oídas directamente por los jueces. La lectura daña severamente la inmediación de los jueces y el contradictorio. La mera lectura de escritos, declaraciones, actas y dictámenes periciales no constituye oralidad, ya que quienes los han emitido deberán reproducirlos en juicio a viva voz, pues esa es la única manera de controlar su fiabilidad probatoria y hacer realidad el principio de contradicción. Sólo por excepción se permite la oralización de ciertos medios de prueba”. (TALAVERA ELGUERA, JUICIO ORAL Y ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004, 2004, pág. 355)

Para **Eberhard Schmidt**:

“Los principios procesales llamados de “oralidad” e “inmediación” mantienen por la estructura del actual proceso penal su importancia esencial. La sentencia tiene que ser la consecuencia del debate principal y se debe fundar en el convencimiento a que el juez ha llegado con respecto al material de hecho por el contenido del debate. La concurrencia de jueces legos vuelve indispensable un debate en que se desarrolle y discuta la totalidad de la materia del proceso, porque no se trata de un estudio de los autos. Para la obtención de la

sentencia no tiene importancia por eso el contenido de los autos. Sólo la discusión oral puede ser su fundamento. La producción de toda prueba, que en el debate principal obtiene su significado decisivo, posibilita que el juez llamado a juzgar pueda experimentar el influjo de la percepción inmediata por los sentidos. De modo que el principio de la oralidad, según la doctrina general hoy admitida, tiene significado que la sentencia sólo se puede fundar en lo que ha sido materia del proceso realizado en forma oral. El principio de oralidad predomina en el debate principal, porque constituye el fundamento esencial de la sentencia". (SCHMIDT, 2008, pág. 247)

Para **Pablo Sánchez Velarde**:

"Una de las características más sobresalientes del nuevo proceso penal es el predominio de la oralidad de sus diligencias sobre todo del juicio. La oralidad significa que el juez o tribunal que dicte la sentencia en el proceso penal, tiene que condenar o absolver tomando como base los hechos y pruebas que se hayan practicado ante él en forma oral. De dicho principio se derivan los principios de inmediación, concentración, elasticidad y publicidad". (SÁNCHEZ VELARDE, MANUAL DE DERECHO PROCESAL PENAL, 2004, pág. 85)

5.7. PUBLICIDAD.-

El artículo I del Título Preliminar del Código Adjetivo, regula en su numeral 2, que toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio, desarrollado conforme a las normas de este Código.

Para **Florencio Mixán Mass:**

“La publicidad del juzgamiento penal es la negación del juzgamiento en secreto, tal como ocurrió con el modelo inquisitivo antiguo. La teleología de la publicidad en el juicio es que el procesado, así como la comunidad tengan conocimiento sobre la imputación que ha originado el procedimiento penal y la actividad probatoria realizada, a realizar y la manera cómo se juzga”. (MIXÁN MASS F. , 1993, pág. 78)

Para **Alberto Binder:**

“La publicidad del juicio implica que las decisiones de los tribunales son decisiones transparentes, que cumplen con el principio republicano de publicidad de los actos de gobierno. La administración de justicia es una de las ramas principales del gobierno de una sociedad. Esa transparencia, significa que ella cumpla su función

preventiva, ligada a los fines de la pena y al fundamento del castigo”.

(BINDER, 1999, pág. 104)

5.8. CONTRADICCIÓN.-

Lo encontramos en el numeral 2 del artículo I del Título Preliminar del Nuevo Código adjetivo que toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio, desarrollado conforme a las normas de este Código.

Heliodoro Fierro Méndez, señala que:

“La contradicción orienta al debate procesal penal en dos sentidos, a saber, uno, hacia el derecho que tienen los sujetos procesales a presentar y controvertir las pruebas, y dos, hacia la obligación que tiene el funcionario judicial de motivar las decisiones incluso cuando se provea por decisión de sustanciación, medidas que afecten derechos fundamentales de los sujetos procesales”. (FIERRO MÉNDEZ, 2002, pág. 117)

Para **Juan Montero Aroca**:

“El principio de contradicción tiene plena virtualidad cuando se le considera como un mandato dirigido al legislador ordinario para que regule el proceso, cualquier proceso, partiendo de la base de que los sujetos procesales han de disponer de plenas facultades procesales

para tender a conformar la resolución que debe dictar el órgano jurisdiccional, mientras que el derecho de defensa se concibe como un derecho de rango fundamental, atribuido a ellos de todo proceso, que consiste básicamente en la necesidad de que éstas sean oídas, en el sentido de que puedan alegar y demostrar para conformar la resolución judicial, y en que conozcan y puedan rebatir todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial". (MONTERO AROCA, INTRODUCCIÓN AL DERECHO JURISDICCIONAL PERUANO, 1999, pág. 215)

5.9. IGUALDAD PROCESAL.-

Nuestra Constitución de 1993 consagra este principio en el artículo 2°, al prescribir: "toda persona tiene derecho: (...) inc. 2) A la Igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole

El principio de igualdad jurídica de las personas contiene al principio de igualdad procesal a los sujetos procesales. El principio rotulado es recogido en el numeral 3 del artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal del 2004, según el cual, las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservarán

el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia.

Para **César San Martín Castro**:

“El principio de igual procesal, es fundamental para la efectividad de la contradicción, puesto que garantiza que ambas partes procesales gocen de los mismo medios de ataque y de defensa, es decir, idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación”. (SAN MARTÍN CASTRO, 2003, pág. 127)

5.10. DERECHO DE IMPUGNACIÓN.-

Nuestra Constitución Política de 1993, reconoce este principio en el artículo 139° inciso 6, en el que regula la pluralidad de la instancia como principio de la función jurisdiccional. Luego, el numeral 4 del artículo I del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, prescribe que las resoluciones son recurribles, en los casos y en el modo previsto por la ley. Las sentencias o autos que ponen fin a la instancia son susceptibles de recurso de apelación.

Julio B. J. Maier explica que *“El juicio o procedimiento principal es, idealmente, el momento o período procesales en el cual el acusador y el acusado se enfrentan, a la manera del proceso de partes, en presencia de un equilibrio procesal manifiesto. Es indudable decir que*

la persona no es infalible en sus decisiones y proceder. De esto no escapan los magistrados, a quienes se encarga la administración de la justicia. De ahí que sus decisiones no sean absolutas y definitivas sino susceptibles de impugnación. Es decir, la posibilidad del justiciable de poder recurrir al tribunal superior y poder cuestionar las resoluciones judiciales que emitan, dentro del propio Órgano Jurisdiccional, tanto en la forma (in procedendo) como en el fondo (in iudicando). (B.J. MAIER, 2003, págs. 578-579)

Para **Aníbal Quiroga León:**

“Lo que resulta cautelado en el presente caso es la garantía de que los Jueces y Tribunales, una vez terminado el proceso, sean pasibles de una ulterior revisión respecto de su actuación y decisión. Ello, sólo si la parte afectada con la decisión así lo solicitase, pues el derecho a la instancia plural es también un derecho público-subjetivo inscrito dentro del principio de la libertad de la impugnación”. (QUIROGA LEÓN, 1989, pág. 328)

5.11. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.-

La presunción de inocencia se encuentra consagrada constitucionalmente en la letra e) del inciso 24 del artículo 2º, la que prescribe que: “toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. También ha sido

recogido en el artículo II del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, de la forma siguiente: “Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada, para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales”. (...) Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido”.

Para **Arsenio Oré Guardia:**

“La inocencia es un concepto genérico referencia, que cobra sentido (como presunción) sólo cuando existe la posibilidad de que una persona sea declarada culpable de determinado delito desde que se ve involucrada en un proceso y hasta el momento en que se emite una resolución judicial firme. Luego de emitida una resolución firme, la referida presunción de inocencia puede plasmarse en a) confirmada y en consecuencia ya no se presumiría sino que será cierta; o b) desacreditada, afirmándose, entonces la culpabilidad del acusado”.

(ORÉ GUARDIA, 1993, pág. 124)

Para **Vicente Gimeno Sendro:**

“La presunción de inocencia ha de desplegar, pues, sus efectos en la fase instructora, impidiendo que los actos limitativos de los derechos fundamentales, en general, y la prisión provisional, en particular, no puedan ser adoptados sin la existencia previa de fundados motivos de participación en el hecho punible del imputado y tras una resolución motivada en la que se cumplan todas las exigencias del principio de proporcionalidad”. (GIMENO SENDRA, 1999, pág. 86)

5.12. IN DUBIO PRO REO.-

Nuestra Carta Política de 1993 consagra este principio en el artículo 139°, inciso 11, de la siguiente manera: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 11. La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales”. Nuestro actual Código adjetivo en el segundo párrafo del artículo II del Título Preliminar contempla que “en caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado”.

El principio del “in dubio pro reo” tiene íntima relación con el principio de la presunción de inocencia. Ambos principios son manifestaciones del principio general denominado “*favor rei*”, básico en toda legislación procesal.

5.13. NE BIS IN ÍDEM.-

El artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal regula este principio de la siguiente manera: “nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo. La excepción a esta norma es la revisión por la Corte Suprema de la sentencia condenatoria expedida en alguno de los casos en que la acción está indicada taxativamente como procedente en este Código”.

Para **César San Martín Castro** desde su perspectiva sustancial, señala que:

“La garantía del ne bis in ídem, cuyo reconocimiento constitucional se encuentra en el artículo 139 inciso 13 de la ley fundamental, se expresa en dos exigencias. La primera exigencia consiste en que no es posible aplicar una doble sanción, siempre que se presente la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, esto es, cuando existe una misma ilicitud, de suerte que en el campo administrativo -donde se presentan los mayores problemas en su relación con la jurisdicción penal- estará vedado imponer al funcionario o servidor una sanción adicional a la penal cuando el interés jurídicamente protegido sea el

mismo que el protegido por el tipo penal, no siendo suficiente al respecto la sola invocación de las relaciones de especial sujeción con la Administración. La segunda exigencia se aplica en el concurso aparente de leyes, en cuya virtud se impide que por un mismo contenido de injusto puedan imponerse dos penas criminales. Y desde la perspectiva procesal, el ne bis in idem es un derecho constitucional a no ser enjuiciado dos veces por el mismo delito y su fundamento se halla en las exigencias particulares de libertad y seguridad del individuo". (SAN MARTIN CASTRO, 2000, pág. 104)

5.14. ACUSATORIO.-

Florencio Mixán Mass, señala que este principio está previsto por el inciso 1 del artículo 356 del Código Procesal Penal, y consiste en:

"La potestad del titular del ejercicio de la acción penal de formular acusación ante el órgano jurisdiccional penal, con fundamentos razonados y basados en las fuentes de prueba válidas, contra el sujeto agente del delito debidamente identificado. La dimensión práctica del acusatorio se concreta mediante el acto procesal penal que se denomina acusación. Sin acusación previa y válida no hay juicio oral. El órgano jurisdiccional no puede iniciar de oficio el juzgamiento. "La acusación válidamente formulada y admitida produce eficacia (efecto) vinculante. Su fundamento es la idea rectora

de que sin previa acusación es imposible jurídicamente el advenimiento del juzgamiento oral, público y contradictorio". (MIXÁN MASS F. , 2003, pág. 29)

Alberto Bovino, señala que:

“El Nuevo Código ha insertado el principio acusatorio el mismo que se entiende –sólo formal, pues la persecución penal es pública- como el desdoblamiento de las funciones de perseguir y de jugar en dos órganos estatales diferentes. El principio acusatorio no sería suficiente para separar los roles persecutorios y decisorios sino se asegura una efectiva separación entre Ministerio Público y Poder Judicial. En el marco de un sistema acusatorio significa que el órgano (estatal) habilitado para tomar la decisión de controversia de carácter penal no puede intervenir en el caso a menos que exista el pedido concreto de un particular, cuya actuación se desempeña fuera de la de cualquier órgano público o dependiente del Estado. Tanto en un sistema de acción privada como en un sistema de acción popular, el órgano llamado a cumplir funciones decisorias necesita de la intervención de un particular que cumpla funciones de acusador, solicite su pronunciamiento y, a la vez defina el objeto de discusión. La característica esencial del sistema acusatorio formal consiste en la división entre las tareas requirentes, a cargo del ministerio público, y

las tareas decisorias, a cargo de los tribunales". (BOVINO, 2005, pág. 37)

José Neyra Flores señala que:

"Configura el diseño de nuestro nuevo sistema procesal y posibilita la organización de nuestro proceso penal en atención a postulados garantistas y eficientes, así este principio exige la separación de funciones, la existencia de la acusación entre otros que tienen relación el derecho de defensa que será tratado en atención a su importancia garantista del imputado y otros sujetos procesales que tienen algún interés en el transcurso del proceso penal. De ahí que podemos indicar que no hay proceso sin Acusación, el cual es el requerimiento fundamental y motivado de una sanción sobre el imputado". (NEYRA FLORES, 2010, pág. 136)

José María Asencio Mellado señala que:

"El principio acusatorio tiene tres notas características: a) El ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto al Juez (...) b) La división del proceso en dos fases y las tareas propias de cada una de ellas de investigación y decisión, con la finalidad de evitar posibles prejuizgamientos y c) Relativa vinculación del órgano jurisdiccional a las pretensiones de las partes, en atención a la acusación Fiscal". (ASENCIO MELLADO, 1991, pág. 17)

5.15. COMPETENCIA JUDICIAL.-

La competencia judicial se encuentra prescrita en el artículo V del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, de la siguiente forma: “1. Corresponde al órgano jurisdiccional la dirección de la etapa intermedia y, especialmente, del juzgamiento, así como expedir las sentencias y demás resoluciones previstas en la Ley; 2. Nadie puede ser sometido a pena o medida de seguridad sino por resolución del órgano jurisdiccional determinado por la Ley.”

Vicente Gimeno Sendra, citado por Jorge Rosas Yataco, explica este principio manifestando que:

“Todo acusado tiene derecho a ser exclusivamente condenado o juzgado por juez competente, derecho que tiene su anclaje en el derecho al juez legal penal, y que reside en el derecho fundamental, que asiste a todos los sujetos del derecho, a ser juzgados por un órgano jurisdiccional creado por ley orgánica y respetuoso con los principios constitucionales de igualdad e independencia. Pero este juez legal no sólo debe ser instaurado mediante Ley Orgánica, sino que ha de quedar encuadrado dentro de la jurisdicción ordinaria”.

(ROSAS YATACO, 2009, pág. 179)

En este nuevo modelo procesal, la segunda etapa (Intermedia) y la tercera y última etapa (Juzgamiento), le corresponde su conducción y

decisión al órgano jurisdiccional. En el primer caso al Juez de la Investigación Preparatoria, y en el Juzgamiento al juez Penal, según sea Unipersonal o Colegiado.

Así este Código Adjetivo regula la Competencia material y funcional de los Juzgados Penales, de donde señala que los Juzgados Penales Colegiados, estarán integrados por tres (3) jueces, quienes conocerán materialmente de los delitos que tengan señalados en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años; del mismo modo se contempla que los Juzgados Penales Unipersonales conocerán materialmente de aquellos cuyo conocimiento no se atribuya a los Juzgados Penales Colegiados.

5.16. LEGALIDAD.-

En la Constitución de 1993 se consagra en el artículo 139°, inciso 10, el cual prescribe: “el principio de no ser penado sin proceso judicial”. La Ley Orgánica del Poder Judicial establece en su artículo 6°: “todo proceso judicial, cualquiera sea su denominación o especialidad, debe ser sustanciado bajo los principios de legalidad, inmediación, concentración”.

Por su parte, el vigente Código Procesal Penal regula en su artículo VI del Título Preliminar que: “las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución,

sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad."

Para **Fernando Velásquez Velásquez**:

"Son básicamente tres las denominaciones que ha recibido este principio: el de legalidad, estableciendo que la intervención punitiva del Estado, tanto al configurar los hechos punibles (delitos y faltas) como al determinar las consecuencias jurídicas (penas y medidas de seguridad), debe regirse por el imperio de la ley de la voluntad general, acorde con las directrices democráticas y liberales que la inspiran. Por otro lado, también se le conoce como principio de reserva, puesto que desde un punto de vista técnico-formal equivale a una reserva de la ley en materia de los hechos punibles, las penas y medidas de seguridad. Finalmente el principio de la intervención legalizada, tocando de lleno con la intervención del poder punitivo estatal, el cual limita y controla con miras a lograr los cometidos del derecho mismo". (VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 1986, pág. 16)

En una apretada síntesis don **Luis Bramont Arias** señala las consecuencias del principio de legalidad:

“1) La exclusividad de la ley penal, esto es, sólo la ley penal es fuente creadora de delitos y penas, por lo que se excluyen, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y la analogía; 2) la prohibición de delegar la facultad legislativa penal; sin embargo, el Poder Legislativo puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa (art. 104º, Constitución de 1993); 3) las leyes penales en blanco, empleado por primera vez por Carlos BINDING para referirse a aquellas leyes penales en las que está determinada la sanción pero el precepto será definido por un reglamento o ley presente o futura”. (BRAMONT ARIAS, pág. 4)

5.17. LEGITIMIDAD DE LA PRUEBA.-

Sobre la legitimidad de la prueba -tema que tiene relación con la prueba de oficio-, ha sido consagrada en el Título Preliminar del Código Adjetivo en el artículo VIII de la siguiente manera: “1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo; 2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos

fundamentales de la persona; 3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.”

Gilberto Félix Tasayco señala:

“Un procedimiento constitucionalmente legítimo implica la tutela de los derechos fundamentales de la persona en un debido proceso; entendiéndose que la tutela, por un lado, tiene como propósito la defensa de los ciudadanos en particular, y por otro, la protección de colectivos social a través de la vigencia de un sistema y un orden público constitucional. De allí, que las seguridades y derechos constitucionales son, en ese sentido, instrumentos garantizadores individuales y colectivos al mismo tiempo, pues protegen al individuo, al colectivo y a las instituciones involucradas dentro del sistema. Un medio de prueba que ha sido obtenido con infracción de derechos fundamentales de la persona no puede ser admitido al proceso, porque de lo contrario el sistema entra en contradicción consigo mismo”. (FÉLIX TASAYCO, 2006, pág. 575)

5.18. DERECHO DE DEFENSA.-

Este derecho ha sido incorporado en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal, bajo el siguiente texto: “1. Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de

sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un abogado defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala; 2. Nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; 3. El proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición.”

Jorge Rosas Yataco define el derecho de defensa como:

“El que tiene el ciudadano a ser asistido en su defensa en cualquier proceso y en el estado en que se encuentre. De manera que la persona que se le hace una imputación delictiva tiene derecho a ser

oída en forma imparcial y pública, en condiciones de plena igualdad ante un Tribunal independientemente establecida de acuerdo a leyes preexistentes para la determinación de sus derechos y obligaciones”.

(ROSAS YATACO, 2009, pág. 188)

5.19. DEBIDO PROCESO.-

Este principio tiene consagración constitucional en el artículo 139, el cual prescribe: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3) La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la Jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”.

Por su parte nuestro vigente Nuevo Código Procesal Penal del 2004, no ha recogido expresamente este principio.

Para Jorge Rosas Yataco:

“El Debido Proceso legal apunta hacia el otorgamiento de una Tutela Judicial Efectiva. Esta última recoge el derecho de los ciudadanos a recibir una justicia plenamente satisfactoria, que no puede quedar en mera declaración, que resuelva de verdad el litigio planteado a la

decisión de los órganos judiciales. Mientras que el Debido Proceso se refiere al derecho de los mismos ciudadanos a que el cauce seguido, o el instrumento utilizado para ello, reúnan los requisitos necesarios y garantías insoslayables que lo hagan merecedor de credibilidad social". (ROSAS YATACO, 2009, pág. 190)

Siguiendo al profesor **Mauricio Martínez**, los elementos que se pueden deducir del Debido Proceso son: (MARTÍNEZ, 1995, pág. 65):

- a) Acceso a la justicia, comprende no sólo la posibilidad formal de recurrir a los órganos instituidos para administrarla, sino, sobre todo su contenido sustancial para lograr durante todo el proceso y hasta su culminación la posibilidad real de ser escuchado, evaluados sus argumentos y alegatos y tramitados de acuerdo con la ley sus peticiones de manera que las resoluciones judiciales sean reflejo y realización de los valores jurídicos fundamentales.
- b) Eficacia, consistente en la garantía de la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución y en el obligatorio acatamiento por parte de quienes ejercen la función administrativa.
- c) Eficiencia, significa que los aplicadores de la justicia deben lograr el máximo rendimiento con los menores costos posibles; o sea,

con una adecuada gestión de los asuntos encargados, partiendo de los recursos financieros destinados-

- d) Respecto a la dignidad de la persona, entendido como el tratamiento de los procesados en su condición de persona humana con todos sus derechos inalienables para la aplicación de la ley.

5.20. PREVALENCIA DEL TÍTULO PRELIMINAR.-

Esta norma imperativa ha sido incorporada en el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Penal vigente del siguiente modo: “Las normas que integran el presente Título prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación.”

Fidel Rojas Vargas señala que:

“Esta norma rectora ordena que sus principios y reglas deban ser acatados estrictamente por los sujetos y partes procesales, en especial por el Juez, incluso cuando resulte una aparente colisión en su fuerza normativa. Su fuerza normativa, enunciativa y prevalente se proyecta sobre todo el Código y a través de éste a las leyes procesales especiales que pudieran preexistir o emitirse. Constituyen fundamento de interpretación para las resoluciones y guía de los

actos procedimentales y procesales". (ROJAS VARGAS, 2004, pág. XVII)

6. SUJETOS PROCESALES:

Es factible hablar de que el término parte se encuentra dentro del concepto de sujeto procesal. Las partes procesales son sujetos con interés jurídico en el proceso, en cambio el juzgador debe ser el sujeto procesal sin interés jurídico en la controversia, ajeno a los intereses en pugna. Por ello existen hasta tres grupos en los que puede clasificarse a los sujetos procesales: (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, págs. 278-279)

- El Juez, los auxiliares jurisdiccionales y los órganos de auxilio judicial.
- El Ministerio Público, el agraviado, el actor civil y la policía Nacional.
- El imputado, el tercero civilmente responsable y el abogado defensor.

6.1. JUEZ.-

Etimológicamente, la palabra Juez proviene de las voces latinas: ius (derecho) y dex, que deriva de la expresión cincex (vinculador). De ahí que el Juez equivalga a "vinculador de derechos". En sentido estrictamente jurídico, el Juez es el órgano instituido por el Estado con

la potestad para conocer y sentenciar un litigio o un conflicto de intereses sometido a su decisión. El Juez penal es un órgano jurisdiccional que tiene la potestad de administrar justicia en asuntos penales, es decir, aplicar la ley a los hechos calificados como delitos o faltas. (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, págs. 279-280)

Es un tercero independiente e imparcial, predeterminado por ley, investido de potestad jurisdiccional en virtud de lo cual interviene y soluciona en el conflicto. (Reyna Alfaro, 2015, pág. 354)

Desde la perspectiva constitucional, el órgano jurisdiccional es regulado desde el artículo 138 al 146 de la Constitución Política. Así mismo el Texto Único Ordenado de la ley orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo N° 017-93-JUS de julio de 1993, que contempla la estructura de los órganos jurisdiccionales que administran justicia en nombre de la nación, señalando las funciones que cumplen.

El Código Procesal Penal e ha conferido al Juez, aparte de la función jurisdiccional que le es inherente, la función de contralor de garantías y derechos durante la investigación preparatoria, y estas funciones son diseñadas dentro de un modelo acusatorio a fin de que se garantice un equilibrio. (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho

Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, pág. 284)

6.2. MINISTERIO PÚBLICO.-

El embrión de lo que es el Ministerio Público surge al estímulo de una idea muy precisa: la defensa en juicio de los intereses económicos del fisco, de ahí el significado etimológico de la palabra fiscal del latín *fiscus*, que equivale a cesto o canastilla con la que se recogían los tributos.

El Ministerio Público responde actualmente a un imperativo social y su funcionamiento como organismo especializado resulta indispensable para la buena administración de la justicia. A su importancia natural se agregan de la equidad y de la más fundamental conveniencia, esto es: la separación radical de las atribuciones del solicitante, por un lado; y las de quien debe resolver la procedencia de dicha solicitud, por otro.

La Ley Orgánica del Ministerio Público contempla las funciones, obligaciones y atribuciones que les corresponde a los fiscales. Entre otros, prescribe que el Ministerio Público, representado por el fiscal, es el titular de la acción penal pública, ejercitándola de oficio o a instancia de la parte agraviada o por acción popular. También establece que sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba en las acciones civiles, penales y tutelares que ejercita, así como en los casos de faltas disciplinarias que denuncie.

Con arreglo a la redacción del citado artículo IV del título preliminar del Código, dos cuestiones merecen una especial relevancia. En primer lugar, el nuevo modelo del fiscal – director de la investigación no sustituye al Juez de instrucción por el Ministerio Público, sino que le confiere exclusivamente la realización de actos de investigación; y en segundo lugar el nuevo proceso penal peruano se ajusta al principio de división del trabajo y en lo que supone un reparto de responsabilidad de la investigación, cada órgano asume una competencia bien definida : el control de la policía corresponde al fiscal y el de los actos del fiscal al Juez . (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, págs. 292-297)

6.3. IMPUTADO:

El inculpado o imputado es por siempre un ser humano con dignidad, sentimientos y sobre todo un sujeto de derecho, de modo que no puede recibir un tratamiento arbitrario e indigno, máxime si se evidencia la presunción de inocencia hasta que no se demuestre lo contrario al final del proceso penal. (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, pág. 303)

Es el sujeto principal del proceso penal, por ser la persona objeto de la persecución penal y a quien se le atribuye la realización de un

hecho punible. El imputado es la parte pasiva de la relación jurídico-procesal penal pues contra ella se dirige la pretensión penal.

El imputado recibe distintas denominaciones, conforme al momento procesal en que se encuentre su juzgamiento; así, emitido auto de procesamiento penal, el imputado es denominado también procesado, en tanto que producida la acusación fiscal, asume la denominación de acusado. (Reyna Alfaro, 2015, pág. 358)

6.4. EL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE:

Es la persona individual que no intervino en los hechos, que no tiene responsabilidad penal, pero que si va a responder civil y solidariamente con el condenado, porque se encuentra vinculado con este último. García Rada señala que “es la persona natural o jurídica que sin haber participado en la realización del delito tiene que pagar sus consecuencias”.

San Martín Castro explica que el tercero civil obligado es aquel que sin haber participado en la comisión del delito responde civilmente por el daño causado, y que esta responsabilidad requiere del cumplimiento de dos requisitos: a) el responsable directo o principal está en una relación de dependencia (el responsable principal no debe actuar según su propio arbitrio, sino sometido-aunque sea potencialmente- a la dirección y posible intervención del tercero) y b)

el acto generador de la responsabilidad haya sido cometido por el dependiente en el desempeño de sus obligaciones y servicios.

Tercero civilmente responsable también puede ser una persona jurídica, quien responderá económicamente en cuanto a la sanción reparatoria o indemnizatoria al agraviado o al actor civil, se trata de una persona jurídica privada, más no de persona jurídica pública en la que sólo responderá el condenado. El hecho de que el responsable civil sea obligado al pago de la indemnización, no excluye la obligación civil al condenado, ya que este tiene la doble responsabilidad (penal y civil), lo que ocurre es que este tercero considerado como sujeto procesal, responderá solidariamente con el condenado, sólo es aspecto indemnizatorio por los daños y perjuicios ocasionados a la víctima del delito. (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, págs. 325-326)

6.5. LA VÍCTIMA:

La víctima es la persona individual o jurídica que ha sufrido el daño o ha sido lesionada. Esta lesión afecta lógicamente al bien jurídico protegido en la víctima. La víctima es la que ha soportado el actuar de la gente en la comisión de un determinado delito.

En el derecho penal se le conoce como sujeto pasivo del delito. En el derecho procesal penal como agraviado, parte civil o actor civil. (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, pág. 329)

6.6. LAS PERSONAS JURÍDICAS:

El Dr. Rosas Yataco precisa que el nuevo proceso penal peruano ha incluido como sujeto procesal a la persona jurídica, siempre que sea pasible de imponérsele las medidas previstas en los artículos 104 y 105 del Código Penal; deberá ser emplazada e incorporada en el proceso a instancia del fiscal. Las medidas dictadas a la persona jurídica con ocasión de una sanción tendrán que ser decretadas por el Juez, asimismo, la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes, en cuanto sea necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquellos, si sus bienes fueran insuficientes. El cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas.

El emplazamiento fiscal, según señala El Acuerdo Plenario N° 7/2009/CJ-116, debe contener la descripción de la cadena de atribución, es decir, debe precisar cómo se conecta la persona jurídica

con los actos de facilitación, favorecimiento o encubrimiento del hecho punible. La incorporación de la persona jurídica en el proceso penal sólo es posible a instancia de parte: De esta regla pueden extraerse una serie de consecuencias. La primera es la imposibilidad de que el Juez pueda, de oficio, incorporar en el proceso a una persona jurídica; la segunda, es que sólo el Ministerio Público puede requerir que una persona jurídica sea emplazada e incorporada al proceso. (Reyna Alfaro, 2015, págs. 387-388)

Cuando la persona jurídica sea incorporada al proceso, se requerirá a su órgano social que designe un apoderado judicial. No podrá designarse como tal a la persona natural que se encuentre imputada por los mismos hechos. Si previo requerimiento, en el plazo de cinco días no se designa un apoderado judicial, lo hará el Juez. (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, pág. 346)

6.7. EL QUERELLANTE PARTICULAR:

El querellante particular también ha sido incorporado como sujeto procesal, esto pasa en los delitos de ejercicio privado de la acción penal, donde el directamente ofendido podrá instar ante el órgano jurisdiccional, siempre conjuntamente, la sanción penal y el pago de la reparación civil contra quien considere responsable del delito en su agravio.

Al querellante particular también le asiste poder participar en todas las diligencias del proceso, ofrecer prueba de cargo sobre la culpabilidad y la reparación civil, interponer recursos impugnatorios referidos al objeto penal y civil del proceso, y cuantos medios de defensa y requerimientos en salvaguarda de su derecho. (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, págs. 349-350)

6.8. LA POLICÍA NACIONAL:

La Policía Nacional, ha sido reconocida con el Código Procesal Penal, sobre todo en la función de investigación, donde debe, inclusive por propia iniciativa, tomar conocimiento de los delitos y dar cuenta inmediata al fiscal, sin perjuicio de realizar las diligencias de urgencia e imprescindibles para impedir sus consecuencias, individualizar a sus autores y partícipes, reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la ley penal. Una nota saltante de esta función de investigación es que están obligados a apoyar al Ministerio Público para llevar a cabo la investigación preparatoria, vale decir, que su contribución en la formación de un caso no sólo va a ser en las diligencias preliminares, sino también en la investigación preparatoria formalizada o propiamente dicha. (ROSAS YATACO,

Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, págs. 356-357)

6.9. EL ABOGADO Y LA DEFENSA:

El origen etimológico de la palabra abogado proviene del latina *advocatus* que significa “el llamado a defender los derechos del otro”. Abogado es el que ejerce permanentemente la abogacía, es decir, el que emplea sus conocimientos del derecho en pedir justicia ante quienes haya de otorgarla o discernirla. Los abogados en el ejercicio de la profesión, están sometidos a la ley, a las normas y principios del Código de Ética profesional vigente en nuestro país. (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, págs. 362-363)

El abogado ejerce la función de defender los intereses jurídicos de su patrocinado en concordancia con la función social de servicio a la justicia y el derecho que reconocen a la profesión el artículo 284 de la Ley orgánica del Poder Judicial. (Reyna Alfaro, 2015, pág. 389)

El actual Código Procesal Penal ha establecido una serie de derechos y pautas con relación a la defensa, sea esta de particular u oficio, así ha dejado establecido que el Servicio Nacional de la Defensa de oficio, a cargo del Ministerio de Justicia, proveerá la defensa gratuita a todos aquellos que dentro del proceso penal, por sus escasos

recursos económicos, no puedan designar abogado defensor de su elección, o cuando resulte indispensable el nombramiento de un abogado defensor de oficio para garantizar la legalidad de una diligencia y el debido proceso. (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, pág. 367)

TÍTULO II: LA PRUEBA

1. NOCIONES PRELIMINARES:

Para llegar a conocer el significado de la noción de prueba es preciso, como paso previo; determinar el sentido etimológico de esta palabra. SENTIS MELENDO nos enseña que la prueba deriva del término latín probatio, probationis, que a su vez proviene del vocablo probus que significa bueno. Por tanto, lo que resulta probado es bueno, se ajusta a la realidad y probar consiste en verificar o demostrar la autenticidad de una cosa. La prueba, por tanto, es algo distinto de la averiguación o investigación; para probar es necesario previamente investigar, averiguar, indagar. La averiguación es siempre anterior en el tiempo a la prueba; se investigan y averiguan unos hechos para poder realizar afirmaciones en torno a los mismos, y una vez hechas tales afirmaciones es cuando tiene lugar la prueba de las mismas, es decir, la verificación de su exactitud. Vemos como

siendo necesaria tal investigación, la misma no forma parte del fenómeno probatorio. (MIRANDA ESTAMPRES, 1997, pág. 15)

En las palabras del Dr. Michele Taruffo la prueba es el instrumento que utilizan las partes desde hace siglos para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y del cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos. En términos muy generales, se entiende como prueba cualquier instrumento, método, persona, cosa o circunstancia que pueda proporcionar información útil para resolver dicha incertidumbre. (TARUFFO, 2008, págs. 59-60)

En suma, la prueba no es más que un aspecto de la prueba en general que en el mundo de los valores se nos ofrece de un modo polifacético, trascendiendo del campo del derecho al de la ciencia y de la vida ordinaria; es más, la prueba procesal no es sino el resultado de la probanza en la vida diaria, cotidiana. (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, pág. 815)

2. DEFINICIONES:

La Real Academia Española al vocablo de prueba en el derecho la define como la justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y

reconoce por eficaces la ley. (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2001)

Es la demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho. (CABANELLAS, 1984, pág. 497)

Domingo García Rada expone que las pruebas son los medios por los cuales el Juez obtiene experiencias que le sirvan para juzgar y citando Carnelutti el autor precisa que las pruebas son las llaves que abren las puertas de lo desconocido. Las pruebas son indispensables en todo proceso y sin ellas no puede darse condena alguna. Mientras se desarrolla el proceso, el inculpado tiene la condición de inocente y goza de derechos que merecen respeto, con limitaciones que no afectan a su integridad física y síquica. (ANGULO MORALES, 2012, pág. 24)

Para el Dr. **Pablo Sánchez Velarde** la prueba es una actividad de sentido lógico y de uso común y general; es la forma natural de demostración de la verdad de una afirmación. (Sánchez Velarde, 2009, pág. 53)

El Dr. **Víctor Cubas Villanueva**, sostiene que la prueba se nos presenta como la necesidad de comprobar, de verificar todo objeto de conocimiento; por tanto, es también una actividad de verificación de la exactitud de las afirmaciones realizadas por las

distintas partes procesales, es decir, de que dichas afirmaciones coinciden con la realidad. (CUBAS VILLANUEVA, 2009, pág. 264)

Finalmente el Dr. **Jorge Rosas Yataco**, sostiene que la prueba es la actividad de los sujetos procesales dirigida a la formación de la convicción del juzgador sobre la existencia o inexistencia de los hechos imputados. Adhiriéndose al criterio subjetivo mediante el cual la prueba es el convencimiento o el grado de convicción que va a tener el juez como resultado de la actividad probatoria luego de una valoración; dejando de lado el criterio objetivo, que considera a la prueba como todo medio que sirve para llevar al juzgador el conocimiento de los hechos y lograr la certeza judicial, pues; sostiene que confunde a la prueba con los medios de prueba.

3. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL:

El Dr. **Víctor Modesto Villavicencio**, expone que la arquitectura del proceso penal es la prueba. En todo momento debe estar en el pensamiento del Juez la necesidad y la idoneidad de la prueba. Sin pruebas no se podrían cumplir los objetivos fundamentales del proceso; lejos de la idoneidad de las pruebas sería muy difícil, sino imposible; condenar o absolver. En el proceso civil, corresponde la misión del aporte de pruebas a las partes; en el proceso penal, todo está supeditado a la iniciativa del Juez para

llevar a cabo una obra de selección: escoger las pruebas que sean capaces de una demostración y, como consecuencia, de la formación de una convicción, o sea un estado de conciencia compuesto de operaciones mentales superiores para adquirir certeza. (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, pág. 814)

Si la clave de todo proceso se encuentra en la prueba, en el penal adquiere dimensiones trascendentes porque la dificultad reside en probar unos hechos que, en la generalidad de los casos, surgen espontáneamente, sin pruebas documentales, de forma que ese medio tan falible y vulnerable que es la prueba testifical viene a constituir la prueba reina, y en muchos casos es a la vez la declaración de la propia víctima con los problemas generales de parcialidad, vacilaciones y contradicciones que le son propios y que se presentan en el fondo de una condena penal. (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, pág. 816)

José I. Cafferata Nores explica que, en sentido amplio, prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o una afirmación precedente, y que esta noción lata, llevada al proceso penal,

permitiría conceptuar a la prueba como todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que en aquel son investigados y respecto de los cuales el Ministerio Fiscal pretende aplicar la ley sustantiva. (CAFFERATA NORES J. , 2008, pág. 3)

Para el Dr. **Tomé García**, la prueba en el proceso penal, es la actividad procesal de las partes y del juzgador; dirigida a formar la convicción de éste último, sobre la verdad o certeza de los hechos afirmados por las partes, que se desarrolla fundamentalmente en el juicio oral. (TOMÉ GARCÍA, 1995, pág. 454)

La prueba en el proceso penal está constituida por aquella actividad que han de desarrollar las partes acusadoras en colaboración con el Tribunal, con el objetivo de desvirtuar la presunción de inocencia, derecho constitucional que en el presente es punto de partida obligado de toda consideración probatoria en el proceso penal que se inicia con la verdad provisional o interina de que el denunciado o inculcado es inocente. (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, pág. 815)

4. ASPECTOS RELACIONADOS CON LA PRUEBA:

4.1. OBJETO DE LA PRUEBA:

El Dr. **Cafferata Nores** lo define como aquello que puede ser probado, aquello sobre lo cual debe o puede recaer la prueba. Desde el punto de vista del Dr. **Rosas Yataco**, el objeto de prueba es el hecho imputado a una persona, es decir; no son las afirmaciones de los sujetos procesales, sino los hechos imputados, teniéndose que probar que hay o existe un evento delictivo, que existe o no la responsabilidad penal del imputado.

Vale decir que, en el proceso penal no se trata de lo que alega cada sujeto procesal; porque en muchos casos las afirmaciones son impertinentes, antojadizas, sobre todo cuando el procesado niega rotundamente ser el autor del delito imputado. Pues en el decurso de la investigación pueden advertirse la existencia de otras circunstancias que le rodean, y ello sólo es posible cuando la investigación es amplia, abierta y no se circunscribe solamente a las afirmaciones alegadas. El hecho imputado debe ser un hecho que requiere necesariamente relevancia jurídica penal. Hecho imputado involucra la comisión de un delito (existencia de un delito y la responsabilidad penal).

García Rada sostiene que todos los hechos relativos al delito deben ser acreditados en el proceso, pues sirven para que el Juez se forme convicción. No le faltaba razón al maestro, pues al momento de aplicar la pena el Juez tendrá en cuenta los artículos 45 y 46 del Código Penal. (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, págs. 825-830)

4.2. ELEMENTO DE PRUEBA:

Rubén A. Chaia señala que se llaman elementos de prueba a los hechos y circunstancias que fundan la convicción del juez y que pueden ser examinados por todos los sujetos de la relación procesal. Esta cuestión concretiza el principio de la comunidad de la prueba, esto es, que las pruebas se valoran en forma conjunta, soslayando a quien la haya practicado o a quien la ha ofrecido.

De la noción expuesta se advierte que el elemento de prueba contiene las siguientes características: (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, págs. 836-837)

- a. **La objetividad:** Según la cual el dato debe provenir del mundo externo al proceso
- b. **Legalidad:** en tanto, sea presupuesto indispensable para su utilización en abono de un convencimiento judicial válido.
- c. **Relevancia:** Cuando el elemento de prueba permita fundar sobre el hecho un juicio de probabilidad.
- d. **Pertinencia:** Toda vez que el dato probatorio deberá relacionarse con los extremos objetivo (existencia del hecho) y subjetivo (participación del imputado) de la imputación delictiva, o con cualquier hecho o circunstancia jurídicamente relevante del proceso, de modo que la relación entre el hecho y la circunstancia que se requiere acreditar y el elemento de prueba que se pretende utilizar para ella es conocida como pertinencia de la prueba.

4.3. ÓRGANO DE PRUEBA:

Es la persona que considerada como órgano de prueba, lo transmite o incorpora al proceso penal, con la finalidad de que el Juez tome conocimiento y lo valore para resolver la cuestión, conforme a su libre criterio.

Oré Guardia lo conceptúa como la persona por medio de la cual se adquiere en el proceso el objeto de la prueba, es decir, por medio de la cual dicho objeto llega a conocimiento del Juez y eventualmente de los demás sujetos procesales.

Su función es la de intermediario entre la prueba y el Juez (Por eso a éste último no se le considera órgano de prueba). El imputado no puede ser considerado como órgano de prueba, es un participante más en el proceso, pero no objeto del proceso penal.

Para **Rubén A. Chaia**, se conoce como órgano de prueba al sujeto que porta un elemento de prueba y lo transmite al proceso, lo que permite la incorporación de ese dato a la causa. Es posible distinguir dos formas en las que el dato aportado por un sujeto puede ingresar al proceso: (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, págs. 837-838)

- i. **Por la propia voluntad del órgano de prueba:** Tal es el caso de un testigo que declara lo que ha visto, o del propio sospechoso que decide confesar el hecho.

- ii. **Por orden del Juez:** Al disponer que un perito, intérprete, traductor u otro auxiliar, realice una determinada labor que será incorporada al plexo probatorio.

4.4. MEDIOS DE PRUEBA:

El medio de prueba es la forma o el método por el cual se va a obtener el conocimiento del objeto de la prueba, vale decir, los instrumentos y conductas humanas, con los cuales se pretende lograr la verificación de los hechos imputados y así lograr la convicción del juzgador, cuando se llegue al juzgamiento. Para **Cafferata Nores**, medio de prueba es el procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso.

Los medios de prueba responden a la interrogante de cómo se prueba. Es decir, cómo los órganos hacen llegar su conocimiento al proceso penal. Es en la etapa intermedia en la que se ofrecen y admiten los medios de prueba. (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, pág. 841)

En el caso del actual Código Procesal Penal, el artículo 349 señala que la acusación fiscal, entre otros, debe contener los medios de prueba que prueba que ofrezca para su actuación en

la audiencia, del mismo modo lo pueden hacer los demás sujetos procesales. Pero será el Juez de la investigación preparatoria quien en audiencia preliminar declarará la admisión o no de los medios de prueba ofrecidos, en tanto sean pertinentes, conducentes y útiles. Por ejemplo, el fiscal ofrecerá como medio de prueba al testigo Juan Pérez Sánchez, cuya testimonial se caracterizará en el juicio oral. (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, pág. 842)

4.5. FUENTES DE PRUEBA:

Mixán Mass explica que la fuente de prueba es el conocimiento, el significado originario, que se obtiene sobre el objeto de prueba y durante el debate contradictorio, oral, público y continuado.

Entonces, la fuente de prueba es el hecho que, conocido en el proceso penal a través de los medios de prueba, nos conduce al hecho imputado que se quiere probar y que, en suma, constituye el objeto de la prueba. Así los medios probatorios, como la testimonial, pericial o documental, hacen conocer al juzgador los hechos fuente, de manera que se va a lograr una convicción jurisdiccional sobre dichos hechos, lo que le permitirá al juzgador decidir el documental es fuente de prueba porque la información que contiene es idónea y pertinente para el caso que se

investiga. (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, pág. 842)

En suma Mixán Mass argumenta que en el procedimiento penal regulado por el modelo procesal del sistema acusatorio propiamente dicho, como en el procedimiento regulado por el de tendencia adversarial, el objeto de prueba es el contenido de la acusación que será materia de debate probatorio en juicio. En el acusatorio con juicio oral propiamente dicho, el debate contradictorio es entre las partes sobre el objeto de prueba. Los medios de pruebas son actuados por ellas con el afán de destacar, de aportar, las fuentes de que necesitan.

4.6. ACTIVIDAD PROBATORIA:

Recogiendo el concepto de **Clariá Olmedo**, el profesor **Oré Guardia**, explica que la actividad probatoria es el conjunto de manifestaciones de voluntad, de conocimientos o de razonamiento que proceden de los sujetos procesales, normadas por la ley, y que tienden a producir un estado certeza o de admisión de una objetiva probabilidad del hecho que constituye su objeto, así como de sus consecuencias.

Para **Rubén A. Chaia**, la actividad probatoria permite, en el marco de un Estado democrático, la búsqueda y el acopio de los elementos necesarios para reconstruir un hecho delictivo y las circunstancias que lo rodean. (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, pág. 845)

La finalidad de la actividad probatoria es lograr que mediante debate contradictorio, metódico, oral, público y continuado, queden exteriorizadas, evidenciadas y sistematizadas las fuentes de prueba aportadas tanto por la parte acusadora como por la defensa, las que deben ser contrastadas y evaluadas rigurosamente por el juzgador y generen en él la certeza sobre la veracidad o no, total o parcial, tanto de la tesis de la acusación como de la defensa.

La actividad probatoria incumbe a los sujetos procesales que participan en el proceso. Ello como consecuencia de la vigencia del principio de aportación de prueba, que le es inherente al sistema acusatorio, luego del cual la actuación se procederá a su valoración judicial. (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, pág. 846)

4.7. CARGA DE LA PRUEBA:

Según **Eugenio Florián**, la carga de la prueba consiste en el deber peculiar y exclusivo de cada una de las partes indicar el hecho que se ha de probar y suministrar la prueba de ese hecho, afirmado por cada una; vale decir, que la prueba de un hecho es asunto de la parte que lo afirma. Así mismo **Cafferata Nores** sostiene que la carga de la prueba, concebida como el imperativo a quien afirma un hecho, en el cual basa su pretensión, de acreditar su existencia, so pena de que si no lo hace cargará con las consecuencias de su inactividad, la cual puede llegar a ocasionar que aquella sea rechazada por no haber probado el hecho que le daría fundamento.

En el sistema procesal penal peruano, en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Ministerio Público prescribe que: “sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba en las ocasiones civiles, penales y tutelares que ejercite”; sin embargo, no tiene la atribución exclusiva y excluyente de la carga de la prueba. Los profesores **Flores Polo y Hurtado Pozo** coinciden en señalar que el Ministerio Público no tiene el monopolio de la prueba, porque el Juez de oficio y los demás sujetos procesales pueden ofrecer, presentar y actuar los medios probatorios que

consideren pertinentes. En efecto, el agraviado o tercero civilmente responsable pueden coadyuvar en la aportación en la aportación de las pruebas y de esa forma permitir al juzgador llegar a discernir judicialmente. (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, págs. 848-850)

4.8. VALORACIÓN DE LA PRUEBA:

La valoración o apreciación de la prueba constituye indudablemente una operación fundamental en todo proceso y, por tanto, también en el proceso penal. Mediante esta se trata de determinar la eficacia o influencia que los datos o elementos probatorios aportados al proceso, mediante los medios de prueba, tendrán en la formación de la convicción del juzgador.

En suma, la valoración es una operación intelectual que realiza el juzgador con la finalidad de establecer la eficacia de convicción que se infiere de los medios de pruebas. (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, pág. 850)

4.9. SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA:

Significa un proceso intelectual y racional que el Juez debe evaluar y examinar, teniendo en cuenta una serie de situaciones, que no sólo va desde lo jurídico, sino que también evalúa criterios lógicos, el sentido común y, sobre todo, la experiencia.

Cafferata Nores sostiene que si bien esta es una tarea principalmente a cargo de los órganos jurisdiccionales (y que se exterioriza en la motivación de las distintas resoluciones dictadas durante el proceso), también corresponde a las partes civiles, al querellante, al Ministerio Fiscal y al defensor del imputado. (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, págs. 851-853)

4.9.1. Prueba legal:

Conocida también como tarifa legal, en la que es la ley procesal la que prefija de modo general la eficacia sobre la convicción de cada prueba, estableciendo bajo qué condiciones el Juez debe darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia (aunque íntimamente no lo esté) y, a la inversa, señalando los casos en que no puede darse por convencido de la existencia de un hecho o

circunstancia (aunque íntimamente no lo esté) y, a la inversa, señalando los casos en que no puede darse por convencido (aunque íntimamente lo esté).

El Dr. Yataco sostiene que la denominada prueba legal no es tal prueba porque, además de su carencia de libertad, en todos los aspectos procesales de ella, no constituye una verificación que conduzca a un resultado sino que constituye la imposición directa de ese resultado al Juez cualquiera que sea su convicción, con la imposibilidad, no sólo de apartarse de él, sino de seguir otros itinerarios que los señalados por el legislador para caminar hacia él. (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, pág. 853)

4.9.2. Íntima Convicción:

Este sistema, no se implanta regla alguna para la apreciación de las pruebas. El Juez es libre de convencerse, según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando aquellas según su leal saber y entender. Otra característica de este sistema, es la no obligación del Juez de fundamentar su decisión judicial, de

modo que esto conduciría irremediablemente a la arbitrariedad y, por lo mismo, a la injusticia. (ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, pág. 854)

4.9.3. Libre convicción o sana crítica racional:

Cafferata Nores sostiene que este sistema, al igual que el anterior, establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige, a diferencia de lo que ocurre en aquel, que las conclusiones a las que se llegue sean el fruto racional de las pruebas en las que se apoye. La libre convicción se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa valorando la prueba con total libertad, pero respetando, al hacerlo, los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común.

La libre convicción, por otro lado, exige la fundamentación o motivación de la decisión, esto es, la expresión de los motivos por los cuales se decide de una u otra manera y, con ello, la mención de los elementos de prueba que fueron tenidos en cuenta para arribar a una decisión y su valoración crítica.

(ROSAS YATACO, Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal, 2013, pág. 855)

5. CLASIFICACIÓN:

Esta clasificación es realizada por el maestro Devis Echandía, quien las clasifica de la siguiente manera:

5.1. SEGÚN SU OBJETO:

a. Pruebas Directas.- Son las pruebas que ponen en contacto al juez con el hecho que se trata de probar, las que permiten a éste conocerlo a través de sus propios sentidos, es decir, por percepción, desde luego sometidas a las formalidades que la ley exige, el juez llega al conocimiento del hecho de probar de manera directa e inmediata, como ya lo indicamos, mediante su percepción. Un ejemplo de esta clase de prueba es la inspección judicial.

b. Pruebas Indirectas.- Son aquellas por las que el juez no percibe directamente la realidad del hecho que se trata de demostrar, por ser un hecho ya sucedido, sino la comunicación o el informe que de la percepción de ese hecho tuvo otra persona. Estas son mediatas porque el juez no percibe el hecho por probar sino la comunicación o el informe que la percepción de ese hecho tuvo otra persona. Ejemplo: Peritaje.

5.2. SEGÚN EL GRADO O CATEGORÍA:

a. Pruebas Principales.- Son Aquellas que tienen por objeto el hecho que se pretende demostrar, sea directamente o a través de otro hecho. Es decir, cuando el hecho al cual se refieren forma parte del fundamento fáctico y la pretensión o excepción, en cuyo caso la prueba es indispensable. Por ejemplo: para la interdicción por demencia, es imperativo que a la demanda se acompañe un certificado médico sobre el estado de salud del presunto interdicto.

b. Las pruebas Secundarias.- Son aquellas que tienen por objeto otra prueba, es decir cuando con ellas se pretende probar otra prueba. Por lo que podemos deducir que son aquellas que están apenas indirectamente relacionadas con los supuestos de la norma por aplicar, por lo que su prueba tiene menor importancia.

Ejemplo: la fotocopia de un documento que establece la existencia de una prueba.

5.3. SEGÚN SU FORMA:

a. Pruebas Escritas.- Como su nombre lo indica deben ser escritas, es decir deben tener una formalidad, es así como tenemos de esta clase, los documentos públicos y privados. La importancia de este tipo de pruebas es que la ley puede tener

como requisito indispensable que se realice mediante instrumento público so pena de no tener el valor jurídico deseado, ejemplo la escritura pública de compra venta de un bien inmueble, si consta en un documento privado esta prueba no tendría valor dentro de una contienda judicial, a efectos de demostrar la propiedad del mismo.

b. Pruebas Orales.- Son aquellas que se presentan de forma verbal, como por Ejemplo: la confesión judicial, testimonios.

5.4. SEGÚN SU ESTRUCTURA O NATURALEZA LAS PRUEBAS SON:

a. Pruebas Personales.- Son aquellas que son suministradas por personas. Ejemplos: los testimonios, la confesión judicial.

b. Pruebas Reales o Materiales.- Se tratan de cosas, como documentos, planos, dibujos, fotografías, etc.

5.5. SEGÚN SU FUNCIÓN:

a. La Prueba Histórica.- Es la que tiene una función representativa del hecho por probar. Es decir es aquella que representa claramente el hecho sucedido que se trata de demostrar. Ejemplo: una fotografía, este medio de prueba le suministra al Juez una imagen del hecho por probar, y éste aprecia la verdad del hecho a través de su representación sin esfuerzo mental alguno.

b. Las Pruebas Críticas o Lógicas.- Son aquellas que carecen de función representativa y no despierta en la mente del Juez ninguna imagen distinta de la cosa examinada, pero le suministra un término de comparación para el resultado probatorio mediante juicio o razonamiento. Tal es el caso de los indicios y la inspección. Ejemplos: las huellas dejadas en un robo.

5.6. SEGÚN SU FINALIDAD:

a. Pruebas de Cargo y Descargo.- En esta clase debemos tener en cuenta, la parte que suministra la prueba puede perseguir una de dos finalidades: cuando la parte satisface la carga que pesa sobre ella o desvirtuar la prueba suministrada por la contraparte. En el primer caso podemos denominarla de cargo y en el segundo de descargo o contraprueba.

b. Pruebas Formales y Sustanciales.- Son formales las que poseen un valor simplemente ad probationem, o sea que tienen una función exclusivamente procesal; la de llevarle al juez el convencimiento sobre los hechos del proceso, lo son casi todas las pruebas. Son sustanciales las que poseen un valor ad substantiamactus, es decir tienen un valor material o sustancial, puesto que son condiciones para la existencia o la validez de un acto jurídico material. Ejemplo una escritura pública.

5.7. SEGÚN SU RESULTADO:

a. **Prueba plena.-** Es aquella que además de ser completa, se debe presentar al juez como cierta e indudable la existencia de un hecho o de un acto jurídico, es decir que mediante esta prueba se le da al juez la convicción de los hechos.

En el derecho moderno no se admiten las pruebas secretas; para que una prueba pueda producir la certeza en el juez sobre la verdad del hecho litigioso, se requiere que haya cumplido con los requisitos llamados de publicidad y posibilidad de contradicción que la parte contra la cual se aduce haya desarrollado los principios indicados. Entendiéndose por principio de publicidad el dar a conocer las actuaciones realizadas en el proceso por el funcionario judicial, es decir que las partes conozcan todos los actos llevados a cabo por el Juez en el proceso. Y por principio de contradicción se entiende que las partes del proceso, tengan la oportunidad de conocer y contradecir las pruebas presentadas, este principio se presenta en los procesos donde existe un demandante y un demandado, es decir, en los procesos de tipo contencioso.

b. **Pruebas Imperfectas o Incompletas.-** Son aquellas pruebas semiplenas, puesto que son aquellos elementos o

motivos que llegan a la prueba con el auxilio de otros medios, que la complementan.

5.8. SEGÚN LOS SUJETOS PROPONENTES:

a. La Prueba de Oficio.- Es aquella en la que el juez debe o puede, según la respectiva legislación, acordar pruebas por su propia iniciativa, dentro de los límites del proceso. Pero esto no significa que las partes queden liberadas de la carga de la prueba.

Este tipo de prueba será desarrollada con mayor detenimiento más adelante.

b. Las Pruebas a Petición de Parte.- Son aquellas que son practicadas, a petición justamente de las partes. Es decir las partes tienen la carga de probar los hechos que afirman en un proceso, es obvio que tengan el derecho probatorio de pedir las pruebas tendientes a demostrarlas. Ese derecho está sujeto a que se ejercite dentro de las oportunidades y con las formalidades que al efecto establece la ley, las cuales, tienden a que la contraparte pueda conocer las pruebas y ejercer su facultad de controvertirlas.

Según la oportunidad o el momento en que se produce: (En proceso y extra proceso; preconstituidas y causales; judiciales y extrajudiciales).

c. Pruebas en Procesos.- Son aquellas que se practican, aducen y tienden a demostrarlos hechos litigiosos en un proceso. Las pruebas judiciales, son las que se han producido ante el Juez en ejercicio de sus funciones, y cumpliendo con el principio de la inmediación.

d. Pruebas Extra proceso.- son aquellas que tienen origen fuera del proceso. Ejemplo: El documento público y privado en que consten actos no procesales. La prueba extrajudicial no ha tenido concurrencia ante el juez, la prueba es obtenida fuera del proceso y sin la intervención de dicho funcionario, esta es precaria y debe acreditarse o mostrarse dentro de la actuación judicial.

e. Las Pruebas Pre constituidas o Causales.- Según el destino para que son creadas, si para servir de medios de convicción en un proceso o para fines extraprocesales y ocasionalmente son llevadas a un proceso. Las pre constituidas tienen la intención de acreditar en el futuro un hecho, éstas llevan la intención pre constituyente o jurídicamente dispositiva y probatoria.

5.9. SEGÚN SU CONTRADICCIÓN:

a. La Pruebas Sumarias.- Con independencia del poder demostrativo que pueda tener, es aquella que no ha sido conocida por la parte contra la cual se presenta, y que por tanto no ha tenido oportunidad de controvertir. En principio, esta prueba carece de valor procesal, sin embargo, excepcionalmente el legislador les otorga méritos a pruebas que no han sido tomadas con audiencia de la parte contraria, quien tampoco ha dispuesto de autoridad procesal para discutir las. Ejemplo: Las declaraciones extra proceso.

b. Las Pruebas Controvertidas.- Son aquellas que han sido presentadas a la contraparte justamente para ser controvertidas. Por tanto si estas no han sido debidamente controvertidas por ejemplo en el proceso penal, no se podrá dictar resolución de acusación ni sentencia condenatoria, ya que se estaría actuando en forma contraria al derecho de defensa y el debido proceso.

5.10. SEGÚN SU LICITUD E ILICITUD:

a. Prueba Lícita.- Es aquella obtenida acorde con la moral, las buenas costumbres, y la ley, por esta razón cuando la obtención de esta sea violadora de estos argumentos válidos, debe ser rechazada por el funcionario judicial.

b. Pruebas Ilícitas.- Son aquellas obtenidas de manera ilegal, contra la moral y buenas costumbres, sin embargo en la mayoría de veces la ilicitud de las pruebas no es causa de nulidad. Generalmente el único efecto jurídico procesal de su ilicitud consiste en la inadmisibilidad o la ineficacia de la prueba, si por error fue practicada; tal es el caso de la prueba tomada a pesar de existir prohibición legal, pero sin vicios de procedimiento, sin embargo, cuando la ilicitud consiste en el empleo de la violación física, moral o psicológica para la obtención de la prueba, se produce su nulidad inmediata.

5.11. SEGÚN SU UTILIDAD:

a. Pruebas Pertinentes.- Solo serán pertinentes los medios de convicción que se invoquen para demostrarla. Para ser catalogada como prueba pertinente, debe cumplir ciertas características concretas para que el juzgador pueda decretar la admisibilidad de la prueba propuesta al respecto. No todo medio probatorio, por el hecho de proponerse debe ser automáticamente admitido, razón por la cual, nuestras normas procesales requieren para dicha admisión que la prueba, sea pertinente.

b. Pruebas Impertinentes.- A diferencia de las pertinentes, son las pruebas que pretendan demostrar hechos diferentes a

los que se debaten en el litigio o que no hayan sido afirmadas por las partes, serán impertinentes, y si la impertinencia es notoria, de bulto, ósea que se presenta a la mente del Juez sin esfuerzo alguno, este deberá rechazarlas cuando se le pidan. Además se las cataloga de impertinentes cuando existen vicios del objeto probatorio.

c. Pruebas Posibles.- Son todas las que físicamente pueden practicarse; pruebas imposibles, las que no pueden ser practicadas en el caso concreto, aun cuando estén autorizadas.

5.12. SEGÚN SUS RELACIONES CON OTRAS PRUEBAS:

a. Prueba Simple.- Cuando tiene una existencia autónoma para llevarle al Juez por si sola a la convicción sobre el hecho por demostrar, ejemplo: la inspección judicial sobre el hecho mismo, la confesión en materias civiles cuando no existe norma legal que la excluya y reúna los otros requisitos para su validez y eficacia.

b. Prueba Compuesta o Compleja.- Cuando esa convicción se obtiene de varios medios. Por ejemplo: Indicios complementados con otras pruebas.

5.13. SEGÚN LA FORMA COMO OBRA EN EL PROCESO:

a. La prueba Traslada.- Es la que se lleva a un proceso tomándola de otro simultaneo o anterior. Para el traslado de la prueba se requiere reunir los siguientes requisitos:

- Que en el primer proceso se hayan practicado válidamente.
- Que el traslado al segundo proceso sea pedido y solicitado en tiempo oportuno.
- Sea expedida en copia autentica.
- Que en el proceso originario hayan sido practicadas a petición de parte contra quien se aduce o con audiencia de ella.

b. La Prueba Prestada.- Es aquella en la que el juez, conserva la facultad de apreciarla, valorarla y darle el mérito probatorio que en su juicio merezca.

c. La Prueba Originaria o Independiente.- es la que se practica y se hace valer en el mismo proceso, que es la regla general.

6. FINES DE LA PRUEBA: (BEDOYA SIERRA, 2008, pág. 21)

- Analizar el proceso de conocimiento de los hechos por parte del fiscal.
- Identificar la manera en que el juez conoce los hechos penalmente relevantes.

- Precisar la relación que existe entre la función de fiscales y jueces en el proceso de conocimiento de los hechos y en la realización de la justicia material.
- Reconocer el tipo y nivel de conocimiento posible de los hechos en el proceso penal. Reconocer los límites que tiene el estado para el esclarecimiento y sanción de las conductas punibles.

TÍTULO II: LA PRUEBA DE OFICIO

1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRUEBA DE OFICIO:

En el sistema dispositivo tradicional, dentro de un proceso, la materia probatoria radicaba exclusivamente en los medios de convicción aportados por las partes, dado que el Juez no contaba con los poderes que le permitiesen disponer de oficio de la práctica de pruebas. Dado esto, el proceso podía manipularse en perjuicio de terceros, pues, ante la ausencia eficaz de la fiscalización del Juez, que carecía del mecanismo de la prueba de oficio, no podían ser desenmascarados los propósitos ocultos que inspiraban a las partes a cometer actos fraudulentos en el proceso judicial.

Con el nuevo sistema dispositivo se demanda un juez distinto del “convidado de piedra”, un juez que se transforme en el director del proceso. Así, su función comprende aportar pruebas

por su propia iniciativa, bajo dos circunstancias: dentro de los límites de las pretensiones de las partes; y en cualquier momento del proceso. (LEDESMA NARVAEZ, 1999, págs. 19-22)

Ahora bien, la función jurisdiccional tiene por objeto la búsqueda de la paz social, así el proceso se concibe no solo como instrumento dirigido a la tutela jurisdiccional de derechos privados, sino además como medio para cumplir una función pública del Estado. En la medida en que tiene asignada la función pública de resolver los conflictos, se considera que deben atribuírsele al juez las iniciativas necesarias para lograr la máxima eficacia en su función. Así, se dispone la posibilidad de que el mismo juez solicite la actuación pruebas de oficio por el cual, además de los poderes de dirección formal, se adjudica poderes concernientes al objeto deducido en el proceso. (CHÁVEZ NUÑEZ, págs. 127-128)

2. DEFINICIÓN:

Es aquella cuya actuación se realiza por iniciativa y disposición del Juez individual o del colegiado y cuando se requieran mayores esclarecimientos luego del periodo probatorio regular. Como tal, las pruebas de oficio son aquellas actuaciones realizadas por parte del Juez, quien al encontrarse ante un

acopio de pruebas deficiente, al advertir además que resulta necesario incorporar otros medios de prueba no ofrecidos por las partes, pero que resultan fundamentales para la resolución de un caso, ordena su incorporación y actuación en el proceso penal.

La excepcionalidad de la prueba de oficio debe ser complementada con el principio de necesidad para el fundamento decisorio; es decir la prueba de oficio debe ser entendida como necesaria cuando implique la posibilidad de que el Juez cambie su decisión, en razón además que una de las finalidades primordiales del proceso penal, es el descubrimiento de la verdad, comprendiéndose que, en ocasiones, la persecución de dicha finalidad puede exigir que la actividad probatoria de parte sea completada por la práctica de ciertos medios de prueba ordenados de oficio. Con dicho argumento vemos que la prueba de oficio, interviene en el proceso penal como una especie de agente coadyuvante, para que el Juez, en aras de la obtención de la verdad, pueda ordenar su actuación, y tras ello, clarificar la decisión a adoptar. (FRISANCHO APARICIO, 2014, págs. 175-176)

3. CARACTERÍSTICAS:

La prueba de oficio tiene las siguientes características (CHÁVEZ NUÑEZ, págs. 129-133)

A.- Carácter Supletorio.- La prueba de oficio no reemplaza la actividad de las partes, solo la complementa. Lo que denota que la actividad probatoria del juez tiene carácter subsidiario, es decir, de ser insuficientes los medios probatorios presentados por las partes para obtener una decisión adecuada al Derecho en el conflicto que estas tienen; el juez tendrá que intervenir solicitando de oficio la actuación de otros medios probatorios que le permitan generar convicción para sentenciar. Es decir, en ningún caso la facultad probatoria del juez deberá sustituir, anular, subsumir o suplir la actividad probatoria de las partes. Así, cuando las partes proporcionen al juez elementos probatorios suficientes para producirle certeza de los hechos; no habrá necesidad de que el juez ejercite sus poderes.

B.- Es una facultad discrecional del juez.- La actuación de una prueba de oficio es una facultad discrecional del juez; no se trata, entonces, de una obligación legal. La consecuencia práctica de que se está frente a una facultad, y no frente a un deber, es que su no utilización no puede determinar la nulidad de la sentencia

C.- Su actuación debe ser razonable.- La decisión judicial que ordene de oficio la actuación de un medio probatorio debe ser razonable. Es decir, la actuación de una prueba de oficio debe darse en un contexto de razonabilidad, que impida la transformación del juez en un ayudante de las partes, dejando de lado la imparcialidad que debe mostrar en todo proceso.

El criterio de razonabilidad que debe seguirse evita la práctica ilimitada y no; el uso técnico de la prueba de oficio.

4. LA PRUEBA DE OFICIO EN EL NUEVO PROCESO PENAL PERUANO:

El Código Procesal Penal de 2004, encarga en rigor que la actividad probatoria la realiza el fiscal y las partes intervinientes en el proceso. El juez analiza las pruebas para tomar decisiones y se admite, por excepción, las pruebas de oficio, es decir dispuestas por la autoridad juzgadora. Así el artículo 385 del Código Procesal antes mencionado prescribe:

“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”.

Así mismo, el inciso 2 del artículo mencionado precedentemente prescribe:

“El Juez Penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensable o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El Juez Penal cuidará de no remplazar por este medio la actuación propia de las partes [...]”

Como se aprecia la actuación de nuevos medios probatorios, es de carácter excepcional, fundado en aquello que sea indispensable o manifiestamente útil para esclarecer la verdad, exigiendo como requisito que su actuación no sustituya la actuación propia de las partes. (SIUCE MORENO, 2015)

Actualmente nuestro novísimo sistema procesal penal de tendencia acusatorio garantista, preconiza en su artículo 385^o.2, que el Juez Penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad.

Actualmente la prueba de oficio se encuentra presente para casos excepcionales y regulados en la norma adjetiva penal, ello en atención a lo expresado por el propio Código Procesal Penal en los artículos 385 y 155.3; éste último referido a los preceptos generales de la prueba y que respecto a la actividad probatoria en su inciso 3 establece que la ley establecerá, por excepción los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

DE LA

INVESTIGACIÓN

1.- TIPO DE INVESTIGACIÓN:

❖ Por su finalidad:

Debido a que con la presente investigación se pretende determinar; si la prueba de oficio en el nuevo proceso penal peruano como facultad discrecional del Juez merece o no en su regulación límites en su actuación, sólo a medios probatorios pertenecientes a fuentes de prueba ya admitidos en el proceso penal, a fin de continuar los lineamientos establecidos por el actual sistema procesal penal adoptado en el Perú y; su posible transgresión a determinados principios constitucionales, por lo que esta investigación busca la obtención de conocimientos que lleven a la solución inmediata de la problemática planteada, en consecuencia, es por su finalidad **APLICADA**.

❖ Por su profundidad:

Debido a que la presente investigación no sólo ha descrito la situación problemática de la regulación de la prueba de oficio con sus posiciones a favor y en contra, su posible contraposición al sistema acusatorio o su potencial transgresión a determinados principios constitucionales, sino también pretende explicar la conveniencia de limitar su regulación en el Nuevo Código Procesal Penal Peruano, esta investigación por su profundidad no solo es descriptiva sino también explicativa, en consecuencia es una investigación **DESCRIPTIVA-EXPLICATIVA**.

❖ **Por su diseño:**

Esta investigación, respecto a la prueba de oficio contenida en el actual proceso penal peruano recabó información sobre las posiciones contrarias y a favor de su regulación, los aspectos normativos en los que se encuentra regulada, la legislación supranacional en la que se admite y regula, entrevistas a especialistas en derecho procesal penal para recabar su opinión respecto a esta facultad discrecional del Juez, y sentencias en las que se haya aplicado esta figura jurídica; siendo así, estos datos no fueron manipulados, sino que han sido recogidos de la realidad, en consecuencia, esta investigación por su diseño es **NO EXPERIMENTAL**.

2.- OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES:

CUADRO N° 01⁴

VARIABLE	INDICADORES	SUB INDICADORES
LA CONVENIENCIA DE REGULAR LÍMITES A LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO PENAL PERUANO	DOCTRINARIOS	<u>AUTORES NACIONALES:</u> 1. Jorge Rosas Yataco 2. Pablo Sánchez Velarde 3. Pablo Talavera Elguera 4. Luis Reyna Alfaro y otros
		<u>AUTORES EXTRANJEROS:</u> 1. Juan Montero Aroca 2. Adolfo Alvarado Velloso 3. Michele Taruffo 4. Juan Pico I. Junoy y otros.
	NORMATIVOS	<u>SUPRANACIONALES</u> 1. Declaración Universal de Derechos Humanos 2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 3. Convención Americana de Derechos Humanos. 4. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
		<u>NACIONALES:</u> 1. Constitución Política del Perú de 1993. 2. Nuevo Código Procesal Penal de 2004.
	RESOLUCIONES	1. 1ra Instancia 2. 2da Instancia
	LEGISLACIÓN COMPARADA	Colombia – Guatemala –Chile y otros

⁴ Elaboración propia.

3.- MÉTODOS:

3.1. Método Científico:

La presente investigación se ha desarrollado a través del método científico, entiéndase a ésta como: “el estudio sistemático, controlado, empírico y crítico de proposiciones hipotéticas acerca de presuntas relaciones entre varios fenómenos” (ESPAÑOL). Así el método científico es la estrategia de la investigación científica que afecta al ciclo completo de la investigación y es independiente del tema en estudio y del estado de nuestro conocimiento respecto de dicho tema. Es por ello que este método tiene un valor indudable, pues es una guía para ordenar, organizar, dividir y clasificar los conocimientos que sean adquiridos. (Mora, 2006, pág. 98).

En la presente, se aplicó el método científico en toda la investigación, desde el momento en que se procedió a describir la realidad problemática, se formuló el problema, la hipótesis, se fijaron las variables, objetivos, justificación, se planteó el marco teórico, hasta llegar a los resultados de la investigación.

3.2. Métodos para la recolección, análisis e interpretación de la información

A. Métodos generales o lógicos:

❖ **Analítico:**

Este método se utilizó en toda la investigación; ya que se fue desmembrando la información obtenida a partir de la problemática planteada para observar las causas, la naturaleza y los efectos de las distintas figuras esbozadas y determinar los puntos primordiales, teniendo en cuenta siempre la hipótesis a comprobar. Esto hizo posible una mejor división de la labor a realizar, para su posterior análisis y mejor comprensión, así como la determinación de los capítulos y subcapítulos del mismo. Esta investigación se ha dividido en seis Capítulos. Así también, este método se ha empleado al momento de la elaboración de los resultados y discusión.

❖ **Sintético:**

Una vez comprendida la realidad problemática, delimitado cada uno de los elementos distinguidos y realizar la respectiva exploración materializada en los primeros capítulos de la presente investigación; se procedió a condensar los resultados obtenidos en el capítulo correspondiente; al igual que al momento de elaborar las conclusiones (5), recomendaciones (3) y el resumen de esta investigación de tal forma que sea una representación unificante de la problemática observada.

❖ **Deductivo:**

Este método se aplicó en la recolección de la información, así como en la elaboración del marco teórico, al establecerse las categorías jurídicas desde lo general a lo particular, partiendo del estudio e interpretación de los fundamentos doctrinarios y normativos de los sistemas procesales, la prueba y los principios constitucionales del proceso penal, los cuales me permitieron determinar los efectos de la aplicación de la prueba de oficio y las conveniencias de regular su limitación como facultad discrecional.

❖ **Inductivo:**

Este método fue utilizado para poder obtener las conclusiones de la investigación, que fueron cinco en total. También, se utilizó para la elaboración del Capítulo IV de Resultados y Discusión, el cual contiene cuatro subcapítulos referentes a las posiciones doctrinarias en contra y a favor de la aplicación de la prueba de oficio en el proceso penal, de la legislación comparada, la casuística y las razones jurídicas y fácticas que justifican la conveniencia de la regulación de la prueba de oficio en el artículo 385 numeral 2 del nuevo código procesal penal peruano.

❖ **Estadístico:**

Método que se utilizó fundamentalmente en el desarrollo del Capítulo IV de Resultados y Discusión, porque permitió realizar la tabulación y elaboración de cuadros y gráficos, en los que se expone la información obtenida durante la investigación, como es el caso de mi Sub Capítulo I

de posiciones doctrinarias en contra y a favor de la aplicación de la prueba de oficio en el proceso penal, así como también se utilizó en mi Sub Capítulo II correspondiente a la legislación comparada.

B. Métodos específicos o jurídicos:

❖ **Doctrinario:**

Este método se aplicó al recopilar el conjunto de posiciones dogmáticas de distintos autores nacionales y extranjeros respecto a los sistemas procesales penales, la prueba, los principios constitucionales y penales intervinientes en el proceso penal; así como las posiciones a favor y; en contra de la regulación y aplicación de la prueba de oficio en el nuevo código procesal penal, gracias a los cuales se pudo determinar la conveniencia de la regulación de esta figura en el citado texto normativo, materializándose este método en el estudio de la información bibliográfica que pude obtener. La aplicación de este método en la presente investigación, se puede visualizar en la elaboración del Capítulo II de Desarrollo teórico de la investigación, sobre todo en el Subcapítulo IV: Marco Teórico.

❖ **Interpretativo:**

Este método, en su modalidad de interpretación analógica, se empleó en el estudio y análisis de los textos legales nacionales e internacionales, que sustentan la prueba de oficio buscando la comprensión y

fundamentos razonables que sustenten la integración de esta cuestionada figura en el actual proceso penal. Este método se aplicó esencialmente en el capítulo de Resultados y Discusión.

❖ **Dialéctico:**

En la presente investigación ha sido necesario la aplicación de este método jurídico, en la elaboración del Capítulo IV de Resultados y Discusión, principalmente al desarrollar el Subcapítulo I, sobre las posiciones a favor y en contra de la regulación de la prueba de oficio y su aplicación al proceso penal y en el Subcapítulo II que se desarrolla la legislación comparada; así como también se aplicó en la contrastación de la hipótesis, por lo que su esencia está determinada por las fuentes teóricas y científicas.

❖ **Comparativo:**

Este método jurídico ha sido utilizado para realizar un análisis comparativo tanto de la doctrina nacional y extranjera; y de dispositivos normativos nacionales e internacionales que versan sobre el tema de investigación, pues la existencia de distintas posiciones respecto a la limitación en su regulación en contra y a favor de la prueba de oficio me ha permitido observar con mayor claridad el panorama emergente alrededor de esta figura. Su aplicación en el presente trabajo, se puede advertir en el Subcapítulo II del Capítulo IV de Resultados y Discusión,

en el que se desarrolla la legislación comparada, dando a conocer su normatividad y la posición que han adoptado distintos países respecto a su aplicación.

❖ **Exegético:**

Este método también denominado como gramatical permite encontrar el sentido de la norma; es por ello que mediante este método hemos podido analizar los diferentes dispositivos legales, especialmente el Código Procesal Penal del 2004, a fin de poder comprender cuál ha sido la intención del legislador, con respecto a lo establecido en el artículo 385 Inc. 2 del NCPP.

❖ **De interpretación normativa:**

○ **Histórico:**

Este método se utilizó al estudiar contextos anteriores al tema abordado permitiéndome indagar sobre los antecedentes y evolución histórica de los sistemas procesales penales, de la prueba y de el proceso penal en el Perú, evidenciándose principalmente su aplicación en el Subcapítulo III: Marco Histórico Contextual del Capítulo II del desarrollo teórico de la información.

○ **Sistemático:**

Ya que este método permite asignar a los textos legales el significado que resulte de la aplicación de conceptos expresados en

otros dispositivos legales; es por ello que se utilizó al contrastar los artículos pertinentes a la prueba de oficio de nuestra legislación con dispositivos legales de normas supranacionales.

○ **Teleológica:**

Porque este método permite atribuir significado a una norma atendiendo a su finalidad, por lo que nos ha permitido analizar los artículos que regulan la prueba de oficio; principalmente del Código Procesal Penal teniendo en cuenta la finalidad del legislador y así poder analizar la prevalencia y búsqueda de la verdad como su finalidad inmediata.

4.- TÉCNICAS E INSTRUMENTOS:

Para el análisis de la información que fue útil en la presente investigación se utilizaron las siguientes técnicas e instrumentos:

❖ **Observación: Instrumentos Senso Perceptuales**

Esta técnica fue utilizada en toda la investigación, la cual me permitió la elaboración del Sub capítulo I: de las posiciones doctrinarias, del Capítulo IV: De la legislación comparada; así también del Capítulo II: Desarrollo Teórico de la investigación y su Sub capítulo I: Del marco referencial, Sub capítulo II: Del marco normativo, Sub capítulo III: Del marco histórico y contextual; así como en la revisión de la información

bibliográfica (materializadas y desmaterializadas), utilizando para ello instrumentos senso perceptuales, como el sentido de la vista principalmente, el sentido auditivo, el raciocinio, entre otros.

❖ **Recopilación Documental: Libros Materializados, Libros Desmaterializados, y Guía de Observación**

Esta técnica ha sido empleada para recabar la información contenida en libros en los que se han emitido opiniones y posiciones acerca de la controversia surgida respecto al tema de investigación. Así como, artículos académicos en los que se expone el análisis doctrinario respecto al tema de investigación.

También fue aplicada para obtener la información contenida en el Sub capítulo III: Casuística del Capítulo IV: Resultados y Discusión, en las que se ha aplicado la prueba de oficio. El instrumento utilizado ha sido la guía de observación.

Esta técnica, también ha permitido la elaboración de la estructura del Marco teórico, y su desarrollo, así como del Marco Referencial; utilizando para ello artículos y ensayos jurídicos publicados en revistas especiales de derecho penal, libros, páginas web, links, todos ellos, referidos al tema de la presente investigación. El instrumento utilizado en la aplicación de esta técnica, ha sido libros materializados y desmaterializados.

❖ **Fotocopiado: Fotocopias**

Esta técnica también fue fundamental para la elaboración y desarrollo del Marco teórico, utilizando para ello el instrumento de las fotocopias, de las diversas fuentes doctrinarias utilizadas en el presente trabajo, tanto de autores nacionales como internacionales, sobre el tema materia de investigación. Asimismo, esta técnica sirvió para la elaboración del marco histórico, a fin de fotocopiar los textos que desarrollaban la evolución nacional e internacional de los sistemas procesales penales, la prueba y el proceso penal en el Perú.

❖ **Escaneado - Escaneados**

Esta técnica también fue utilizada principalmente para el marco teórico, la cual fue muy útil por el escaneado de artículos, ensayos jurídicos, libros, y demás documentos físicos utilizando para ello el instrumento de los escaneados. Esta técnica fue complementada junto con el fotocopiado.

5.- PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN:

PRIMER PASO: Se procedió a visitar las bibliotecas especializadas en Derecho de la UPAO, UNT, UPN y el Colegio de Abogados a fin de recabar la información materializada, comprendida por libros, artículos y ensayos jurídicos publicados en revistas de derecho procesal penal, y demás

documentos que desarrollan el tema de la presente investigación; utilizando la técnica del fotocopiado para la reproducción de dichos documentos; para tener un soporte bibliográfico en el desarrollo del tema de investigación. Para ello, previamente se averiguó los horarios de atención de las mismas.

SEGUNDO PASO: Se realizó la búsqueda de información desmaterializada, visitando páginas virtuales y blogs especializados en derecho, permitiendo así recabar información de legislación extranjera principalmente; siendo de vital importancia para el marco teórico y el capítulo de resultados y discusión; es por ello, que se utilizó los instrumentos consistentes en páginas web, de gran ayuda para la información recopilada, siendo necesario previamente crear carpetas para la clasificación de la información obtenida.

TERCER PASO: Se procedió a identificar a los doctrinarios y especialistas en derecho procesal tanto nacionales como extranjeros que asumían posiciones respecto a la regulación y aplicación de la prueba de oficio para poder realizar el contraste respectivo a lo largo de la presente investigación.

CUARTO PASO: Se procedió a realizar la búsqueda de sentencias judiciales en primera y segunda en las que el juez haya hecho uso de la facultad discrecional otorgada por el artículo 385 inciso 2 del Código Procesal Penal.

QUINTO PASO: Se estableció el esquema del presente trabajo de investigación, identificando los capítulos y subcapítulos del mismo, para proceder a la realización de una ordenada recopilación de información.

SEXTO PASO: Se procedió a organizar, ordenar, clasificar, y depurar la información materializada encontrada, a través de folders y micas, teniendo en cuenta el tema que contenían, el grado de su aporte y el país al cual pertenece.

SÉPTIMO PASO: De similar manera, se organizó, ordenó, clasificó y depuró la información desmaterializada que se recopiló, teniendo en cuenta el tema que contenían, el país al cual pertenecían y el aporte brindado a la presente investigación.

OCTAVO PASO: Se procedió a elaborar los cuadros de las posiciones a favor y en contra de la regulación de la prueba de oficio, la legislación comparada en el capítulo correspondiente a los Resultados y Discusión, para su estudio, análisis y discusión.

NOVENO PASO: Se aplicó las técnicas e instrumentos señalados, los cuales me permitieron obtener los resultados, realizar la contrastación y comprobar así la hipótesis planteada.

6.- DISEÑO DE PROCESAMIENTO DE DATOS:

Recolectada la información que sirvió de base para la investigación, mediante el uso de técnicas y el apoyo de los instrumentos de investigación, se procedió de la siguiente manera:

❖ PRIMER PASO: Depuración de la Información

Se llevó a cabo la depuración de la información, por lo que se escogió la información obtenida de bibliotecas y archivos virtuales de mayor importancia y trascendencia para la investigación, teniendo como parámetro escoger la información más actualizada y eliminar aquella que se estimó irrelevante. Siendo útil en toda la investigación, principalmente en la elaboración del marco teórico, y en la elaboración del capítulo de resultados y discusión.

❖ SEGUNDO PASO: Clasificación de la Información

Se clasificó la información de acuerdo a su utilidad, país, importancia y actualidad, así como también, de acuerdo al orden en que fue utilizada en la elaboración de la investigación, por lo que se pudo elaborar un esquema con mayor precisión y organización en capítulos y subcapítulos.

❖ TERCER PASO: Orden y Organización de la Información

En el tercer paso, se procedió a ordenar definitivamente por grupos en capítulos, subtítulos y títulos, cuidando de que sigan la estructura fijada para esta investigación y tengan un sentido lógico.

❖ **CUARTO PASO: Tabulación de la Información**

Finalmente, se procedió a tabular la información recolectada a través de las sentencias judiciales y las entrevistas, lo que implicó llevar los resultados a cuadros para facilitar el proceso y luego trasladar estos cuadros a gráficos para realizar el análisis, interpretación y discusión; lo que se puede visualizar en el capítulo de resultados y discusión.

7.- DISEÑO DE PRESENTACIÓN:

Esta investigación está dividida en seis capítulos:

❖ **Capítulo I:**

Denominado “PROBLEMÁTICA DE LA INVESTIGACIÓN”, el mismo que contiene la descripción de la realidad problemática, la formulación del problema, y de la hipótesis, la determinación de sus variables, la fijación de los objetivos generales y específicos y por último la justificación con sus distintas implicancias.

❖ **Capítulo II:**

Denominado “DESARROLLO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN”, y está subdividido en cuatro subcapítulos: Subcapítulo I denominado “Marco Referencial”, que contiene seis investigaciones antecesoras sobre el tema de investigación; Subcapítulo II denominado “Marco Normativo”, el cual contiene todas las normas jurídicas, supranacionales y nacionales, que sirven de sustento jurídico para esta investigación; Subcapítulo III denominado “Marco Histórico y Contextual”, el cual contiene principalmente la evolución jurídica de los sistemas procesales penales y de la prueba; el Subcapítulo IV denominado “Marco Teórico”, el cual contiene el desarrollo de las principales figuras jurídicas, que han servido de base para la presente investigación.

❖ **Capítulo III:**

Denominado “METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN”, el cual está conformado por todos los métodos, técnicas, instrumentos y pasos, que han sido utilizados para esta investigación. Se observa también en este capítulo el tipo de investigación, la operacionalización de variables, selección de población y muestra, diseño de procesamiento de información y presentación de resultados.

❖ **Capítulo IV:**

Denominado “RESULTADOS Y DISCUSIÓN”, y su contenido radica precisamente en los resultados que se obtuvieron al finalizar la presente investigación. Está dividido en cuatro Subcapítulos, los cuales dan respuesta a cada una de las variables descritas en el cuadro de operacionalización de variables.

Este capítulo también contiene la contrastación de Hipótesis

❖ **Capítulo V:**

Denominado “CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES” el cual contiene las cinco conclusiones a las cuales arribé en la presente investigación así como las tres recomendaciones planteadas.

❖ **Capítulo IV:**

Denominado “PROPUESTA O APOORTE DE LA INVESTIGACIÓN”, aquí encontramos la sugerencia legislativa propuesta; se trabajó además con referencias bibliográficas y anexos conformados por las guías de observación y las resoluciones (en primera y segunda instancia) en las que se ordenó la prueba de oficio.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

Y

DISCUSIÓN

SUBCAPÍTULO I

POSICIONES DOCTRINARIAS EN CONTRA FAVOR Y DE LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO PENAL

1.- EN CONTRA:

A.- JUAN MONTERO AROCA:

El Dr. Juan Montero Aroca es uno de los defensores más destacados de esta corriente; así sostiene. (MONTERO AROCA, 2000, págs. 224 - 227)

(...) junto a la circunstancia de que el juez no tiene facultades investigadoras para la búsqueda y descubrimiento de hechos desconocidos, sino meramente verificadoras, todo esto implica una “renuncia a la verdad”.

Así, este autor señala que los poderes del juez; respecto a la prueba de oficio se basa en la concepción ideológica de las relaciones entre el Estado y el individuo; atribuyéndosele al juez un deber de alcanzar la llamada “verdad material”, propia del sistema inquisitivo que también podría denominarse autoritario; por el contrario en el sistema dispositivo, liberal o garantista el juez es independiente e imparcial y se encuentra en una situación de superioridad, de modo que son las partes las que asumen la carga de la prueba con las consecuencias de su falta.

Es en este contexto, señala el Dr. Montero Aroca; que el juez no decide solamente conforme a los hechos alegados por las partes sino también con los medios de prueba propuestos por ésta y por él admitidos, siempre con sujeción al principio de legalidad.

Respecto a la imparcialidad del juzgador el profesor Montero señala:
(MONTERO AROCA)

(...). El órgano jurisdiccional que ha de dictar la sentencia no puede convertirse en investigador, en el sentido de que no podrá salir a buscar hechos distintos de los que son objeto de la acusación, pues ello comportaría que estaría convirtiéndose en acusador.

Agrega que se debe tener en cuenta que esta no posibilidad de investigar tiene fundamentos distintos según la clase de proceso; así la prohibición de que el juzgador penal se convierta en investigador no tiene relación con la aportación de los hechos sino en su totalidad atiende a la imparcialidad; es así, el autor nos da luces de lo que se plantea en el presente trabajo de investigación; así expone:

En efecto, una cosa es que el juez pueda determinar el contenido fáctico de la acusación, introduciendo hechos que se imputen al acusado, lo que sí afectaría a su imparcialidad, y otra cosa muy distinta es que, siempre respecto de los hechos acotados por los acusadores, pueda colaborar para determinar la existencia o inexistencia de los mismos. El único extremo dudoso sería el relativo a cómo puede haber llegado al conocimiento del juzgador la noticia de la fuente de prueba, pero estos es tema distinto.

De esta forma agrega que si al juez se le atribuye la facultad de utilizar las fuentes de prueba que se derivan de la actividad realizada en el proceso, no cabe ya hablar de riesgo para la imparcialidad; pues una cosa es convertir al juez en un inquisidor o “investigador de hechos” y otra muy distinta reconocerle la posibilidad de participar en la prueba de los hechos aducidos por las partes, utilizando para ello las fuentes de prueba que se derivan de la propia actividad procesal.

B.-ADOLFO ALVARADO VELLOSO:

Este autor argentino sostiene enfáticamente que: (ALVARADO VELLOSO, La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal), 2006, págs. 130 - 131)

Por mi parte insisto en que siempre que se litigue respecto de materia transigible, los jueces no deben actuar de oficio, (...). Y ello porque nadie mejor que las propias partes litigantes para cuidar de sus intereses litigiosos.

Así el Dr. Alvarado Velloso es de la idea que el Debido Proceso es aquél que se adecua plenamente a la idea lógica del proceso en la cual dos sujetos antagonistas que actúan en perfecta igualdad ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa y como tal es imparcial e independiente; por lo que esta definición nos permite excluir de la normatividad procesal todo aquello que niega y distorsiona la idea lógica de proceso y si el juez dispone investigaciones suplementarias asume una función que corresponde constitucionalmente al Ministerio Público, y más aún si actúa pruebas oficiosamente asume como suya la destrucción de la presunción de inocencia, y por lo tanto, ya no es imparcial.

Considera que el juzgador debe analizar en el presente los hechos acaecidos en el pasado y una vez convencido de ellos dictará una norma jurídica individualizada que regirá en el futuro para todas las partes en litigio; y así afirma lo siguiente: (ALVARADO VELLOSO, 2004, págs. 188 - 189, 262 - 269)

(...) un juez que sale oficiosamente a confirmar (o probar) las afirmaciones que ha hecho una parte procesal y que han sido negadas por la otra, en aras de encontrar la verdad resplandeciente y final, pertenece por derecho propio a lo más granado del elitismo inquisitorial.

Respecto al principio de imparcialidad del juzgador, sostiene que el juez es el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio y por ello debe ostentar claramente ese carácter por lo que no debe estar colocado en la posición de parte (imparcialidad) porque nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo, debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia); sin embargo, asevera que los jueces de América en general no han sido preparados para actuar con imparcialidad y llevan consigo una cultura paternalista que hace que vean como correctas las actitudes de tratar de

igualar la desigualdad natural de las partes procesales en homenaje a una difusa meta de justicia en donde el problema radica del doble papel protagónico de juez y parte que el sistema inquisitivo acuerda al juzgador.

Si bien es cierto el Dr. Velloso está convencido de que la desigualdad entre las partes debe ser paliada, a fin de asegurar la igualdad jurídica de las partes procesales; esta operación no debe ser nunca realizada por el juez, pues al desnivelar la igualdad jurídica para lograr una supuesta y nunca alcanzable igualdad real, sólo logra desequilibrar la balanza de la justicia. Asevera que esta execrable actitud paternalista proviene de la función de aplicar siempre la ley más benigna e introducir oficiosamente el conocimiento de hechos que configuran excepciones cuando el reo no las ha opuesto por ejemplo.

Finalmente expresa, que recuerda habitualmente ser interrogado por jueces que aceptan sus parámetros lógico-interpretativos y académicos, pero que sin embargo no lo comparten en el campo de la justicia porque ese criterio aséptico de la imparcialidad que pregona no sirve para prevenir la desigualdad de la parte más débil que no pudo contratar al abogado de renombre que asiste a su contrario y por eso deben ayudar para que el joven y poco preparado letrado efectúe una defensa correcta y llegado el caso suplirlo; con lo cual la ayuda ya no es para la parte débil sino para el abogado ignorante. Por lo que frente a estas actitudes de nada vale ser buen

abogado para estos jueces justicieros que en lo que creen su angustia misión, igualan hacia abajo y por eso mismo el joven abogado no se prepara adecuadamente sino que tragicómicamente el estudio conspira contra sus propios intereses porque cuando sea un letrado reconocido y capaz de abogar como Dios manda el juez tomará partido seguramente por el adversario joven e inexperto e ignorante.

C.- JOSÉ IGNACIO CAFFERATA NORES:

El Dr. José Ignacio Cafferata Nores, en su libro “Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino” sostiene que: (CAFFERATA NORES J. I., 2000, págs. 30-32)

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

Por ello señala que la imparcialidad de cualquier juez o tribunal se verá afectada cuando se le permita o se le imponga la obligación de investigar para procurar, ordenar o receptar por propia iniciativa pruebas enderezadas a resolver; ya que, la imparcialidad es la condición de tercero del juzgador, la de no ser parte ni estar involucrado con los intereses de éstas, comprometido con sus posiciones ni tener prejuicios a favor o en contra y la actitud de mantener durante el proceso la misma distancia de la hipótesis acusatoria que de la hipótesis defensiva hasta el acto mismo de la sentencia.

Es así, sostiene que el juez será imparcial cuando tenga ecuanimidad o imparcialidad de juicio, cuando sea indiferente (no determinado por sí a una cosa más que a otra), neutral (que entre dos partes que contienden permanece sin inclinarse a ninguna de ellas; que no es de uno ni otro); esto exige que no debe estar vinculado con ninguna de las personas que encarnan o representan los intereses que se enfrentan en el proceso, por ninguna relación de tipo personal que pueda inducirlo a favorecerlas o a perjudicarla; y también implica no haber tenido antes una actuación funcional con aquellos alcances, ni ejercer sus facultades de esa manera.

D.- ANA CALDERÓN SUMARRIVA:

La Dra. Ana Calderón Sumarriva, al desarrollar los principios rectores de la prueba; expone el principio de aportación, principio mediante el cual a las partes les corresponde no sólo la introducción de los hechos, sino también la

proporción y ejecución de los medios de prueba; siendo que al juez penal no le corresponde la labor de construir su propia convicción, de modo directo o indirecto pues determina el quiebre o ruptura de la imparcialidad judicial; así, sostiene lo siguiente: (CALDERÓN SUMARRIVA, págs. 278 - 279)

Sustenta que ya existe una desigualdad institucional insuperable por cuanto el persecutor del delito es un órgano del Estado, y a esta desigualdad no puede sumarse el juez; por lo que si el fiscal no realiza debidamente su labor y no supera la situación de duda razonable, no puede el órgano jurisdiccional suplir esta deficiencia, y sólo le corresponde absolver.

Afirma además que la pretensión de vincular la facultad oficiosa del juez en materia probatoria con la búsqueda de la verdad no le corresponde a un juez en un Estado Constitucional de Derecho porque es precisamente en este punto en donde se ve enfrentada la eficacia con las garantías de un debido proceso.

Así también en un artículo publicado en su blog denominado “Abriendo las puertas al modelo inquisitivo”, en noviembre del 2008 enfatiza lo siguiente: (CALDERÓN SUMARRIVA, 2008)

Quando el Tribunal sale a probar, no ignora a quien va beneficiar: de hecho que no va ser al imputado, puesto que éste no tiene nada que probar por su estado de inocencia. Lo que hace la prueba oficiosa es generar el material probatorio necesario para la condena.

Sostiene que si el juez dispone excepcionalmente en el debate la actuación oficiosa de pruebas, es que tiene dudas, lo que irremediablemente lo debería llevar a la absolución; pero preocupado por qué la pretensión punitiva no se ha dado o no va a poder ser acogida, ayudando al Ministerio Público, lo que impide afirmar que esté actuando con imparcialidad; e introduciendo normas como el artículo 385 parágrafo 2 se garantiza “la verdad” y la eficiencia; más no se privilegia la garantía de la imparcialidad y la presunción de inocencia y si bien es cierto nos encontramos frente a normas formalmente válidas estas son incongruentes con el sistema que se desea implementar y principalmente con el modelo constitucional de proceso.

2.- A FAVOR:

A.- MICHELE TARUFFO:

El jurista italiano Michele Taruffo; podría decirse el más resaltante en esta posición pues manifiesta que el ejercicio de los poderes de oficio del juez, son útiles para complementar la iniciativa de las partes cuando no es suficiente el aporte de pruebas; entrando un juego un “criterio de plenitud del material probatorio”, de acuerdo con el cual todas las pruebas relevantes deben ser adquiridas, ya sea a iniciativa de partes o si es necesario a iniciativa del juez; ya que si el juez no tiene poderes de instrucción autónomos y la aportación de pruebas es obra exclusivamente de las partes

se corre el riesgo de que las pruebas presentadas por las partes no sean todas aquellas que serían útiles para la determinación de la verdad de los hechos.

Así, este autor afirma lo siguiente: (TARUFFO, 2008, págs. 35-36,291-293)

(...). Si se piensa en un "buen" juez, capaz de ejercer correctamente y racionalmente sus poderes, no hay razón de temer que él se vuelva parcial, e incapaz de valorar las pruebas, por el sólo hecho de haber dispuesto o sugerido su adquisición. Sólo si se piensa en un juez incapaz y psíquicamente débil, se puede temer que él pierda su propia imparcialidad en el momento en que decide sobre la oportunidad que una prueba ulterior sea adquirida, o que no sea capaz de valorar una prueba de modo equilibrado porque ha sido por él dispuesta.

Para el Dr. Taruffo un juez “tabula rasa” y absolutamente pasivo no existe y no puede existir en el curso del proceso; por lo que un juez “normal” está en la capacidad de establecer si un testimonio, por él considerado útil, es creíble o no, de la misma manera con la cual valora la credibilidad de un testimonio ofrecido por una parte; así mismo, acepta el riesgo de que el juez se incline a creer atendibles sus primeras impresiones sobre los hechos de la causa y a investigar en las pruebas las confirmaciones de su propio pre-

juicio; sin embargo, sostiene que el modo para enfrentar esta eventualidad no es excluirle de poderes de instrucción al juez pues esta eventualidad también puede verificarse cuando el juez no cuenta con estos poderes o en todo caso no los ejerce.

El Dr. Taruffo respecto a la obtención de pruebas de oficio realiza una clara diferenciación entre un juez activo y un juez autoritario; así expone: (TARUFFO, 2008, pág. 262)

La diferencia entre un juez “activo” y un juez “autoritario” se constata por el hecho de que la función “activa” del juez respecto a la adquisición de las pruebas se configura claramente como complementaria y supletoria respecto a la actividad probatoria de las partes, de modo que cuando éstas ejercen completamente su derecho a proponer todas las pruebas disponibles y, por tanto, proporcionan al juez elementos suficientes para la determinación de los hechos —como ocurre frecuentemente en la práctica— no hay ninguna necesidad de que el juez ejercite sus poderes. Sería completamente distinta una función inquisitoria y autoritaria de un juez que recabara las pruebas de oficio, por iniciativa propia y expropiando a las partes los derechos y las garantías que les corresponden en el ámbito del proceso.

B.- JOAN PICO I. JUNOY

Este profesor español también aboga por la actuación probatoria de oficio por parte del juez, así argumenta: (PICO I. JUNOY, El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia. Un debate mal planteado, 2003, págs. 51-56)

La atribución de cierta iniciativa probatoria al juez tampoco lo convierte en un juez autoritario o fascista, pues, bien delimitada dicha iniciativa se evita esa objeción. Así, entiendo que al juez se le puede atribuir iniciativa probatoria siempre que se limite a los hechos discutidos en el proceso por lo que se protege el principio dispositivo, a las fuentes probatorias que ya consten en la causa –impidiendo así una actuación inquisitoria, susceptible de vulnerar la debida imparcialidad judicial-, y se permita ejercer el derecho de defensa de los litigantes, ampliando sus pruebas inicialmente propuestas.

El Dr, Joan Pico está a favor de la iniciativa probatoria por parte del juez, pero sostiene que este poder de ordenar pruebas debe limitarse legalmente a las fuentes de probatorias que ya constan en los autos porque de lo contrario puede provocar que el juez actuando de forma inquisitiva ponga en peligro su debida imparcialidad judicial; así afirma:

(...) lo relevante no es si el juez debe tener iniciativa probatoria o no, o si debe velar por el respeto a la buena fe procesal de los intervinientes en el juicio, sino cuáles deben ser los límites de tales iniciativas.

Y agrega que la postura radical que niega todo tipo de iniciativa material del juez supone restar eficacia al proceso como instrumento del Estado para la justa tutela de los intereses litigiosos; pues no debe buscarse el garantismo sin tener en cuenta la función que cumple el proceso, ni tampoco la eficacia olvidándose las garantías constitucionales del proceso ya que un garantismo exacerbado puede originar la ineficacia del proceso.

El garantismo exacerbado puede originar la ineficacia del proceso, y la eficacia extrema puede propiciar la vulneración de las garantías básicas de la actividad del juez —con su deber de imparcialidad— y de las partes —con sus derechos a la defensa—.

Por ello afirma que el debate de garantismo-eficacia no debe plantearse en términos de prevalencia de uno sobre otro sino de compatibilidad buscando la máxima eficacia del proceso respetando las garantías procesales del juez y de las partes.

Además Picó I Junoy sostiene que la práctica de la prueba de oficio no implica un quiebre en la imparcialidad judicial pues es contradictorio tratar de

evitar por un lado que el órgano jurisdiccional pueda ordenar pruebas de oficio y por otro lado, otorgarle una amplia intervención en la práctica de los medios de prueba practicados por instancia de parte; y ante la eventual objeción de que el órgano jurisdiccional tienda a otorgar mayor valor a las diligencias probatorias practicadas de oficio cabe responder que tal desviación puede conjurarse mediante la interposición de los correspondientes recursos frente a la sentencia en error en la valoración de la prueba. (PICO I. JUNOY, 1999, pág. 416)

C.- PABLO TALAVERA ELGUERA:

Para el Dr. Pablo Talavera Elguera se instituye como regla el principio de aportación de parte, mediante el cual las pruebas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los sujetos procesales; se trata de un principio que reglamenta en exclusiva el modo que se desarrolla el proceso en relación con una parcela muy concreta del mismo: la introducción de los hechos y de las pruebas. A diferencia del principio dispositivo, que es un límite infranqueable para el legislador; sin embargo afirma que el principio de aportación puede ser sometido a ciertas correcciones con el fin de permitir determinadas actuaciones de oficio; teniendo como consecuencia de este principio que las partes asuman la responsabilidad de aportar al proceso las pruebas en virtud de las cuales consideran que serán atendidas sus pretensiones; sosteniendo que: (TALAVERA ELGUERA, 2009, págs. 51-53)

La actividad de oficio se considera una excepción justificada al principio de aportación de parte. Si se atiende a una de las finalidades primordiales del proceso penal, como es el descubrimiento de la verdad, se comprende que, en ocasiones, la persecución de dicha finalidad puede exigir que la actividad probatoria de parte sea completada por la práctica de ciertos medios de prueba ordenados de oficio.

Y más si de por medio se encuentra el interés público en la persecución penal, por lo que tomando en cuenta el principio de legalidad se justifica que el juez, en el caso de que no se haya podido aclarar suficientemente los hechos ordene la práctica de otras pruebas.

Respecto a las críticas recibidas en la que se afirma que la prueba de oficio vulneraría la imparcialidad judicial sostiene que ésta no se ve afectada por la incorporación de la prueba de oficio; ya que ésta no debe ser confundida con la pasividad o absoluta neutralidad del juzgador; debiéndose preservar sí que no exista una sustitución de las partes; afirmando:

(...). No se trata de una carga sino de una facultad de carácter complementario y que apunta a la realización de uno de los fines primordiales del proceso penal.

En efecto, sostiene que con arreglo al nuevo Código Procesal Penal, el juez no tiene la obligación ni constituye una carga para él ordenar de oficio la práctica de nuevos medios de prueba, sino que se trata de una facultad que debe ejercer prudentemente y bajo la observancia de determinados requisitos; de manera tal que no podrá anularse ni casarse una sentencia porque el juez no ejerció la facultad o iniciativa de practicar prueba de oficio.

Y al referirse a la prueba de oficio regulada en el actual Código Procesal Penal sustenta que en primer lugar debe tratarse de un medio de prueba que anteriormente no hubiera sido ofrecido por las partes para su actuación en el juicio, en segundo lugar esta facultad sólo puede ser ejercida una vez que las partes hubieran ofrecido y practicado sus medios de prueba aportado en la fase intermedia o al inicio del juicio y en tercer lugar debe tratarse de nuevos medios de prueba manifiestamente útiles para esclarecer la verdad.

D.- RAMIRO SALINAS SICCHA:

El Dr. Ramiro Salinas Siccha, en un artículo escrito para una revista jurídica; sostuvo que: (SALINAS SICCHA, La verdad de los hechos, 2014, págs. 4-5)

En el modelo acusatorio adoptado por el Código Procesal Penal de 2004 impera la idea del "proceso entre partes, donde el juez penal en el juicio oral ostenta una posición de moderador imparcial, activo y dinámico del debate, buscando siempre la verdad material del caso, sin abdicar a administrar justicia con arreglo a la ley y la Constitución".

Entonces lo que el Dr. Salinas Siccha manifiesta, es que el juez no puede ser un simple árbitro de juicio oral, que sólo se limite a hacer cumplir las reglas del juicio; por el contrario éste debe mantener un rol activo y dinámico, por lo que incluso puede invocar excepcionalmente prueba de oficio cuando el caso así lo exija con la finalidad de emitir un fallo de acuerdo con el principio de justicia; pues cree firmemente que uno de los fines esenciales del proceso penal adoptado por el legislador es el descubrimiento de la verdad, que debe ser entendida como aquella correspondencia entre los datos fácticos que brindan los sujetos procesales al interior del proceso y lo ocurrido en la realidad concreta (verdad material de los hechos); más no aquella concepción que considera que es verdad lo que el juez declara al interior del proceso, con independencia de lo que ocurra en la realidad (verdad procesal), pues según esta última el juez debe contentarse con la información que le den

las partes del proceso y de allí construir la verdad procesal del caso y dictar sentencia.

En consecuencia, cuando el juez actúa prueba excepcional o complementaria (de oficio) solo se limita a desarrollar una tarea específica encaminada a hacer posible que la decisión final que se adopte en el caso concreto se base en todas las pruebas disponibles y, por lo tanto, se aproxime lo más posible a la verdad de los hechos.

Es por ello que el Dr. Salinas sostiene que la búsqueda de la verdad material, como el fin inmediato del proceso penal, debe desarrollarse tendiendo a la reconstrucción conceptual del acontecimiento histórico sobre el cual aquel versa y la prueba es el único medio seguro de lograr esa reconstrucción de modo comparable y demostrable; y además, conforme al sistema jurídico acusatorio con mínimos rasgos adversariales, en las resoluciones judiciales solo se puede admitir como ocurridos los hechos o circunstancias que hayan sido acreditados mediante pruebas objetivas.

Así mismo respecto al principio de imparcialidad y la prueba de oficio, el autor en comento sostiene que: (SALINAS SICCHA)

No es cierto que la prueba de oficio haga perder imparcialidad al juez y que no hay fundamento alguno para sustentar el temor que el juez ejerciendo un papel activo, se vuelve parcial e incapaz de valorar correctamente el material probatorio por él propuesto y actuado. Por el contrario la búsqueda de la verdad material de los hechos objeto de imputación es elemento esencial de la imparcialidad del juez.

Más bien con esos temores infundados se mansilla la imagen del juez; ya que si se piensa en un buen juez, capaz de ejercer correcta y racionalmente sus poderes discrecionales, no hay razón para temer que él se vuelva parcial, e incapaz de valorar las pruebas. Considera que un juez normal y capaz, está en capacidad de establecer si un testimonio, por él propuesto, es creíble o no, de la misma manera de cómo valora la credibilidad de un testimonio ofrecido por una de las partes y por ello como juez conocedor de derecho en ejercicio se opone a que algunos teóricos los ofendan con sus temores infundados.

E.- PABLO SÁNCHEZ VELARDE:

El Dr. Sánchez Velarde también se ha pronunciado respecto a la prueba de oficio y si bien en uno de sus libros publicado el 2009 sostenía que: (SÁNCHEZ VELARDE, 2009, pág. 229)

(...) en un modelo procesal penal de corte acusatorio no es de admitirse una actuación jurisdiccional de oficio, pues, se deja a las partes, la intervención, ofrecimiento y debate sobre la prueba.

En otro de sus libros publicado el 2013 sostiene que: (SÁNCHEZ VELARDE, 2013, pág. 194)

(...) el Juez puede ofrecer pruebas de oficio cuando sean indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad, pero advirtiendo el legislador que ello no signifique que el Juez por dicha vía reemplace la actuación de las partes, es decir, debe actuar neutralmente, con fines de esclarecimiento, cuidando que su intervención de oficio no se entienda como favorecimiento a alguna de las partes.

Y agrega que apoya la actuación de nuevos medios probatorios de manera excepcional si resulta indispensable o manifiestamente útil para esclarecer la verdad y le parece de suma importancia si se tiene en cuenta que el nuevo proceso no es uno de partes sino bajo la dirección e intervención del juzgador. (SÁNCHEZ VELARDE)

CUADRO N° 2: POSICIONES DOCTRINARIAS⁵

	REPRESENTANTE	POSICIÓN
E N C O N T R A	JUAN MONTERO AROCA	“El juez no tiene facultades investigadoras”
	ADOLFO ALVARADO VELLOSO	“Los jueces no deben actuar de oficio”
	JOSÉ IGNACIO CAFFERATA NORES	“No se admiten como funciones del juez las de investigar de oficio”
	ANA CALDERÓN SUMARRIVA	“Lo que hace la prueba oficiosa es generar el material probatorio necesario para la condena”
A F A V O R	MICHELE TARUFFO	“Si se piensa en un "buen" juez, no hay razón de temer que él se vuelva incapaz de valorar las pruebas, por el sólo hecho de haber dispuesto su adquisición”
	JUAN PICÓ I. JUNOY	“Al juez se le puede atribuir iniciativa probatoria siempre que se limite a los hechos discutidos en el proceso”
	PABLO TALAVERA ELGUERA	“La actividad de oficio se considera una excepción justificada al principio de aportación de parte”
	RAMIRO SALINAS SICCHA	“Cuando el juez actúa prueba excepcional o complementaria (de oficio) solo se limita a desarrollar una tarea encaminada a hacer posible que la decisión final que se adopte se base en todas las pruebas disponibles”
	PABLO SÁNCHEZ VELARDE	“El Juez puede ofrecer pruebas de oficio cuando sean indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad”

⁵ Elaboración propia

C O N L Í M I T E S	JUAN MONTERO AROCA	“Si es a fuentes de prueba que se deriva de la actividad probatoria realizada en el proceso”
	JOAN PICO I. JUNOY	“Siempre que se limite a fuentes probatorias que consten en autos”

SUBCAPÍTULO II

DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA

La última década se ha caracterizado por un proceso de reforma en la justicia procesal penal en casi todos los países latinoamericanos; siendo el Perú uno de los primeros en iniciar el movimiento y trasladarse al modelo acusatorio que se materializó con la puesta en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal del 2004 y que aún hasta nuestros días está en proceso de consolidación para la capital. De igual forma diferentes países latinoamericanos tomaron el desafío de la reforma en virtud a una serie de acontecimientos políticos y económicos; así junto a los avances tecnológicos y la globalización vinieron nuevas formas de delincuencia y con ello un cúmulo de conflictos sociales que exigían un proceso más dinámico y transparente por lo que se consideró necesario trasladarse del modelo

inquisitivo al acusatorio como una reacción frente la crisis del inquisitivo vigente desde el periodo colonial en casi la mayoría de los países latinoamericanos.

De acuerdo al Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) los países que ya cuentan con una regulación legal adversarial de sus procedimientos penales en la región son Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Paraguay, Venezuela, Chile, Bolivia, Ecuador, Honduras, Nicaragua, República Dominicana, Colombia, Panamá y México (CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS); razón por la cual realizaremos un breve análisis de la prueba de oficio en la legislación procesal penal de cada uno de ellos.

A.- PRESENTACIÓN:

1.- GUATEMALA:

1.1.- CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 1994 - DECRETO N° 51-92

LA PRUEBA DE OFICIO EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE GUATEMALA

Artículo 181 (Objetividad): *Salvo que la ley penal disponga lo contrario, el Ministerio Público y los tribunales tienen el deber de procurar, por sí, la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos y de cumplir estrictamente con los preceptos de este Código.*

Durante el juicio, los tribunales sólo podrán proceder de oficio a la incorporación de prueba no ofrecida por las partes, en las oportunidades y bajo las condiciones que fija la ley.

Artículo 348 (Anticipo de prueba): *El tribunal podrá ordenar, de oficio o a pedido de parte, una investigación suplementaria dentro de los ocho días señalados en el Artículo anterior, a fin de recibir declaración a los órganos de prueba que, por algún obstáculo difícil de superar, se presuma que no podrán concurrir al debate, adelantar las operaciones periciales necesarias para informar en él, o llevar a cabo los actos probatorios que fueran difícil de cumplir en la audiencia o que no admitieren dilación.*

A tal efecto, el tribunal designará quién presidirá la instrucción ordenada.

En este caso, la declaración testimonial que lo amerite y justifique se recibirá como anticipo de prueba mediante videoconferencia u otro medio electrónico en las condiciones que lo regulan los artículos 317 y 318 de este Código:

En este último caso se observará lo regulado en los artículos 218 BIS y 218 TER del presente Código.

2.- COSTA RICA:

2.1. CÓDIGO PROCESAL PENAL DE COSTA RICA – LEY N° 7594 DE 1996 (ENTRÓ EN VIGOR EL 01 DE ENERO DE 1998)

LA PRUEBA DE OFICIO EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE COSTA RICA

ARTÍCULO 242.- Prueba para la aplicación de medidas cautelares

El fiscal o, en su caso el Tribunal, podrán recibir prueba, de oficio a solicitud de parte, con el fin de sustentar la aplicación, revisión, sustitución, modificación o cancelación de una medida cautelar.

Dicha prueba se agregará a un legajo especial cuando no sea posible incorporarla al debate.

El tribunal valorará estos elementos de prueba conforme a las reglas generales establecidas en este Código y exclusivamente para fundar la decisión sobre la medida cautelar.

Si el tribunal lo estima necesario, antes de pronunciarse, podrá convocar a una audiencia oral para oír a las partes o para recibir directamente la prueba. De dicha audiencia se levantará un acta.

ARTÍCULO 320.- Admisión de prueba para el juicio

El tribunal del procedimiento intermedio admitirá la prueba pertinente para la correcta solución del caso, y ordenará de oficio la que resulte

esencial. Rechazará la que considere evidentemente abundante o innecesaria. De oficio podrá ordenar que se reciba prueba en el debate, sólo cuando sea manifiesta la negligencia de alguna de las partes y su fuente resida en las actuaciones ya realizadas.

Contra lo resuelto sólo procede recurso de revocatoria, sin perjuicio de reiterar la solicitud de recibo de prueba inadmitida, como prueba para mejor resolver, ante el tribunal de juicio.

3.- EL SALVADOR:

3.1.- CÓDIGO PROCESAL PENAL DE EL SALVADOR DE 1998– DECRETO N° 733 (ENTRÓ EN VIGOR EL 20 DE ABRIL DE 1998)

LA PRUEBA DE OFICIO EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE EL SALVADOR

Art. 362.-*Inmediatamente después de finalizar la audiencia, el juez resolverá todas las cuestiones planteadas y, en su caso:*

(...)

10) Admitirá o rechazará la prueba ofrecida para la vista pública, también podrá ordenar prueba de oficio cuando lo estime imprescindible.

Art. 390.-*El tribunal podrá ordenar, aún de oficio, la recepción de*

cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen nuevos hechos que requieran su esclarecimiento.

Art. 407.-

(...)

En la audiencia de selección, las partes podrán producir prueba para establecer alguno de los hechos que fundan la recusación, pero quedará a cargo de cada una de ellas su presentación. En casos excepcionales el juez podrá producir prueba de oficio y suspender por una sola vez la audiencia.

4.- PARAGUAY:

4.1. CÓDIGO PROCESAL PENAL DE PARAGUAY DE 1998-LEY N° 1286-98 (ENTRÓ EN VIGOR EL 01 DE MARZO DEL 2000)

LA PRUEBA DE OFICIO EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE PARAGUAY

Artículo 356. RESOLUCION.

Inmediatamente finalizada la audiencia, el juez resolverá todas las cuestiones planteadas y, en su caso:

(...)

10) admitirá o rechazará la prueba ofrecida para el juicio. Podrá ordenar prueba de oficio sólo cuando sea manifiesta la negligencia de alguna de las partes y su fuente resida en las actuaciones ya realizadas.

Artículo 484. PROCEDIMIENTO.

Para el trámite del recurso de revisión regirán las reglas establecidas para el de apelación, en cuanto sean aplicables.

La Sala Penal de la Corte Suprema podrá disponer todas las indagaciones y diligencias preparatorias que considere útiles y delegar su ejecución en alguno de sus miembros.

También podrá producir prueba de oficio en la audiencia.

5.- VENEZUELA:

5.1.- CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL DE 2012-DECRETO N° 9.042 (ENTRÓ EN VIGOR EL 01 DE ENERO DE 2013)

**LA PRUEBA DE OFICIO EN EL NUEVO CÓDIGO ORGÁNICO
PROCESAL PENAL DE VENEZUELA**

Nuevas Pruebas

Artículo 342.

Excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición

de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevos, que requieren su esclarecimiento. El tribunal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes.

6.- CHILE:

6.1.- CREACIÓN DE LOS JUZGADOS DE FAMILIA-LEY N° 19 968 (PUBLICADO EL 30 DE AGOSTO DE 2004)

LA PRUEBA DE OFICIO EN LA LEY QUE CREA LOS TRIBUNALES DE FAMILIA

Artículo 29.- Ofrecimiento de prueba.

Las partes podrán, en consecuencia, ofrecer todos los medios de prueba de que dispongan, pudiendo solicitar al juez de familia que ordene, además, la generación de otros de que tengan conocimiento y que no dependan de ellas, sino de un órgano o servicio público o de terceras personas, tales como pericias, documentos, certificaciones u otros medios aptos para producir fe sobre un hecho determinado.

Las partes tendrán plenas facultades para solicitar a los órganos, servicios públicos, o terceras personas, la respuesta a los oficios

solicitados en la audiencia preparatoria y que hayan sido admitidos por el tribunal, a fin de que puedan ser presentados como medios de prueba en la audiencia del juicio.

El juez, de oficio, podrá asimismo ordenar que se acompañen todos aquellos medios de prueba de que tome conocimiento o que, a su juicio, resulte necesario producir en atención al conflicto familiar de que se trate.

6.2.- TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DEL CÓDIGO DE TRABAJO-ACTUALIZADO AL 31 DE JULIO DE 2002

LA PRUEBA DE OFICIO EN EL TEXTO SISTEMATIZADO DEL CÓDIGO DE TRABAJO

Art. 429.

El tribunal, una vez reclamada su intervención en forma legal, actuará de oficio. Decretará las pruebas que estime necesarias, aun cuando no las hayan ofrecido las partes y rechazará mediante resolución fundada aquellas que considere inconducentes. De esta resolución se podrá deducir recurso de reposición en la misma audiencia. Adoptará, asimismo, las medidas tendientes a evitar la paralización del proceso o su prolongación indebida y, en consecuencia, no será aplicable el abandono del procedimiento.

888 El tribunal corregirá de oficio los errores que observe en la tramitación del juicio y adoptará las medidas que tiendan a evitar la nulidad del procedimiento. La nulidad procesal sólo podrá ser decretada si el vicio hubiese ocasionado perjuicio al litigante que la reclama y si no fuese susceptible de ser subsanado por otro medio. En el caso previsto en el artículo 427, el tribunal no podrá excusarse de decretar la nulidad. 889 No podrá solicitar la declaración de nulidad la parte que ha originado el vicio o concurrido a su materialización.

7.- BOLIVIA:

7.1.- TEXTO ORDENADO DEL CÓDIGO PENAL DEL 2010-DECRETO SUPREMO N° 0667 (EN VIGOR DESDE EL 10 DE NOVIEMBRE DE 2010)

CUADRO N° 10⁶

LA PRUEBA DE OFICIO EN EL TEXTO ORDENADO DEL CÓDIGO PENAL DE BOLIVIA

Artículo 342. (Base del juicio).

El juicio se podrá abrir sobre la base de la acusación del fiscal o la del querellante, indistintamente.

⁶ Elaboración propia

Cuando la acusación fiscal y la acusación particular sean contradictorias e irreconciliables, el tribunal precisará los hechos sobre los cuales se abre el juicio.

En ningún caso el juez o tribunal podrá incluir hechos no contemplados en alguna de las acusaciones, producir prueba de oficio ni podrá abrir el juicio si no existe, al menos, una acusación. El auto de apertura del juicio no será recurrible.

La acusación podrá retirarse en cualquier momento del juicio, hasta antes de la deliberación del tribunal.

Artículo 423. (Procedimiento).

El recurso de revisión se interpondrá por escrito, se acompañará la prueba correspondiente y contendrá, bajo pena de inadmisibilidad, la concreta referencia de los motivos en que se funda y las disposiciones legales aplicables. El tribunal podrá disponer todas las indagaciones y diligencias que considere útiles y delegar su ejecución en alguno de sus miembros. También podrá producir prueba de oficio en la audiencia.

Para el trámite del recurso de revisión regirán las reglas de la apelación restringida, en cuanto éstas sean aplicables.

8.- ECUADOR:

8.1.- CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL DE 2014-OFICIO N° SAN-2014-0138 (EN VIGOR DESDE EL 10 DE AGOSTO DE 2014)

LA PRUEBA DE OFICIO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL DE ECUADOR

Art. 604.- Audiencia preparatoria de juicio.-*Para la sustanciación de la audiencia preparatoria del juicio, se seguirán además de las reglas comunes a las audiencias establecidas en este Código, las siguientes:*

(...)

4. Concluida la intervención de los sujetos procesales, si no hay vicios de procedimiento que afecten la validez procesal, continuará la audiencia, para lo cual las partes deberán:

- a) Anunciar la totalidad de las pruebas, que serán presentadas en la audiencia de juicio, incluyendo las destinadas a fijar la reparación integral para lo cual se podrá escuchar a la víctima, formular solicitudes, objeciones y planteamientos que estimen relevantes referidos a la oferta de prueba realizada por los demás intervinientes.*
- b) En ningún caso la o el juzgador podrá decretar la práctica de pruebas de oficio.*
- c) Solicitar la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de*

prueba, que estén encaminadas a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieren prueba.

La o el juzgador rechazará o aceptará la objeción y en este último caso declarará qué evidencias son ineficaces hasta ese momento procesal; excluirá la práctica de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han obtenido o practicado con violación de los requisitos formales, las normas y garantías previstas en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, la Constitución y este Código.

d) Los acuerdos probatorios podrán realizarse por mutuo acuerdo entre las partes o a petición de una de ellas cuando sea innecesario probar el hecho, inclusive sobre la comparecencia de los peritos para que rindan testimonio sobre los informes presentados.

9.- HONDURAS:

9.1.- CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 1999-DECRETO N° 9-99-E (EN VIGOR DESDE EL 20 DE FEBRERO DEL 2002)

LA PRUEBA DE OFICIO EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

HONDUREÑO

ARTÍCULO 333.-

Diligencias para mejor Proveer. Durante el juicio, solamente podrán evacuarse los medios de prueba oportunamente propuestos por las partes. El Tribunal podrá, sin embargo, a petición de parte o de oficio, ordenar que se practiquen otras pruebas si durante el juicio se ha puesto de manifiesto la omisión de un elemento de prueba importante antes no conocido. Dichas pruebas podrán ser ordenadas también por el Juez en la audiencia inicial.

10.- NICARAGUA:

**10.1.- CÓDIGO PROCESAL PENAL DE NICARAGUA DE 2001-LEY N° 406
(ENTRÓ EN VIGENCIA EL 21 DE DICIEMBRE DE 2002)**

CÓDIGO PROCESAL PENAL NICARAGUENCE

Artículo 268.- Sustento de la acusación.

El Ministerio Público y el acusador particular, si lo hay, deberán presentar ante el juez elementos de pruebas que establezcan indicios racionales suficientes para llevar a Juicio al acusado.

Si en criterio del juez, los elementos de prueba aportados por la parte acusadora son insuficientes para llevar a Juicio al acusado, así lo declarará y suspenderá la audiencia por un plazo máximo de cinco días para que sean aportados nuevos elementos probatorios. Si en esta nueva vista, los elementos de prueba aportados continúan siendo insuficientes, el juez archivará la causa por falta de mérito y ordenará la libertad.

El auto mediante el cual se ordena el archivo de la causa por falta de mérito no pasa en autoridad de cosa juzgada ni suspende el cómputo del plazo para la prescripción de la acción penal. No obstante, si transcurre un año, contado a partir de la fecha en que se dictó dicho auto, sin que la parte acusadora aporte nuevos elementos de prueba que permitan establecer los indicios racionales a que hace referencia

el primer párrafo de este artículo, el juez, de oficio o a petición de parte, dictará sobreseimiento.

11.- REPÚBLICA DOMINICANA:

11.1.- CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA DEL 2002-LEY N° 76-02 (ENTRÓ EN VIGENCIA EL 27 DE SEPTIEMBRE DEL 2002)

CÓDIGO PROCESAL PENAL DOMINICANO

ARTICULO 167.-Exclusión Probatoria.

No puede ser apreciada para fundar una decisión judicial, ni utilizada como presupuesto de ella, la prueba recogida con inobservancia de las formas y condiciones que impliquen violación de derechos y garantías del imputado, previstos en la Constitución de la República, los tratados internacionales y este código. Tampoco pueden ser apreciadas aquellas pruebas que sean la consecuencia directa de ellas, salvo si se ha podido obtener otra información lícita que arroje el mismo resultado.

Asimismo, no pueden ser valorados los actos cumplidos con inobservancia de las formas que impidan el ejercicio del derecho

a la tutela judicial de la víctima o impidan el ejercicio de los deberes del ministerio público, salvo que el defecto haya sido convalidado.

**11.2.- REGLAMENTO PARA EL MANEJO DE LOS MEDIOS DE PRUEBA
EN EL PROCESO PENAL DE REPÚBLICA DOMINICANA-RS. N° 3869-
2006**

**VALORACIÓN DE LA OFERTA DE PRUEBA EN LA
AUDIENCIA PRELIMINAR**

Artículo 7.-

A los fines de determinar la admisión de la prueba ofrecida por las partes en esta fase, corresponde al juez evaluar su legalidad, utilidad, pertinencia y relevancia a la luz de las circunstancias alegadas y conforme a los criterios de valoración de la prueba previstos en el Código Procesal Penal.

El juez está obligado a equilibrar la oferta y eventual presentación de la prueba necesaria para valorar la suficiencia de la acusación. A esos efectos vela porque no se filtren planteamientos dilatorios, no pertinentes o irrelevantes a la cuestión particular que se pretende presentar. En el ejercicio de su poder de dirección de la audiencia, evita el abuso en el manejo de la prueba.

12.- COLOMBIA:

12.1. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL - LEY 906 DE 2004 (ENTRÓ EN VIGOR EL 01 DE ENERO DE 2005)

LA PRUEBA DE OFICIO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO

Artículo 361: Prohibición de pruebas de oficio.

En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio.

COSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

PREÁMBULO:

En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente.

ARTICULO 2. *Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad*

de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

ARTICULO 4. *La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.*

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

ARTICULO 228. *La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.*

ARTICULO 229. *Se garantiza el derecho de toda persona para*

acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.

13.- PANAMÁ:

13.1.- CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2008 – LEY N° 63 (ENTRÓ EN VIGOR EL 02 DE SEPTIEMBRE DEL 2011).-

LA PRUEBA DE OFICIO EN EL CÓDIGO PROCESAL DE PANAMÁ

Artículo 348. Prohibición de prueba de oficio.

El Juez de Garantías y el Tribunal de Juicio no podrán decretar, en ningún caso, pruebas de oficio.

14.- MÉXICO:

**14.1.- CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 2014 –
PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 05 DE
MARZO DE 2014**

CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE MÉXICO

Artículo 390. Medios de prueba nueva y de refutación

El Tribunal de enjuiciamiento podrá ordenar la recepción de medios de prueba nueva, ya sea sobre hechos supervenientes o de los que no fueron ofrecidos oportunamente por alguna de las partes, siempre que se justifique no haber conocido previamente de su existencia.

Si con ocasión de la rendición de un medio de prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el Tribunal de enjuiciamiento podrá admitir y desahogar nuevos medios de prueba, aunque ellos no hubieren sido ofrecidos oportunamente, siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad.

El medio de prueba debe ser ofrecido antes de que se cierre el debate, para lo que el Tribunal de enjuiciamiento deberá salvaguardar la oportunidad de la contraparte del oferente de los medios de prueba supervenientes o de refutación, para preparar los contrainterrogatorios de testigos o peritos, según sea el caso, y para ofrecer la práctica de diversos medios de prueba, encaminados a controvertirlos.

B.- ANÁLISIS Y DISCUSIÓN:

Como podemos observar en las distintas legislaciones latinoamericanas que se han desplazado hacia el sistema procesal penal acusatorio – adversarial, la posición respecto a la prueba de oficio es distinta y posee características en cada país que son importantes de denotar.

GUATEMALA, NICARAGUA Y REPÚBLICA DOMINICANA se caracterizan por ser los únicos países latinoamericanos con un sistema acusatorio garantista - adversarial que no regulan ni consideran en su legislación la figura de la prueba de oficio; así tenemos:

El Código Guatemalteco, además de los artículos presentados, en su artículo 351 admitía expresamente la prueba de oficio; así, prescribía que: “En la decisión, el tribunal podrá ordenar la recepción de la prueba pertinente y útil que considere conveniente, siempre que su fuente resida en las actuaciones ya practicadas”; sin embargo, este artículo conjuntamente con otros fue derogado mediante Decreto N° 18 -2010 el 25 de mayo del 2010; es así, con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal en julio de 1994 no sólo se dejó atrás el denominado sistema inquisitivo y se adoptó el sistema acusatorio, sino que surgió la figura de los tribunales de sentencia

(integrados con tres jueces de la misma sede judicial)⁷, siendo los únicos a los cuales se les otorgaba potestades oficiosas sobre todo en el artículo 351 actualmente derogado.

Independientemente de las razones por las cuales sólo se confirió facultades oficiosas al tribunal de sentencia y las posiciones a favor o en contra de la regulación y aplicación de la prueba de oficio en el nuevo proceso penal guatemalteco, es con la creación de estos tribunales de sentencia que se genera contradicción en su aplicación ya que a sus despachos sólo llegaba el auto de apertura a juicio, la acusación y la evidencia material por lo que los jueces de sentencia desconocían el proceso y por lo tanto la prueba de oficio se convertía en un as bajo la manga del tribunal cuestionándose así su imparcialidad.

Al parecer esta es la razón principal por la cual se optó por derogar de su código procesal penal el artículo que específicamente regulaba la actuación de pruebas de oficio por parte del tribunal de sentencia, dejando prácticamente al aire el artículo 181 que en su segundo párrafo sigue dejando abierta la posibilidad a los tribunales proceder de oficio a la incorporación de prueba no ofrecida por las partes; a su vez el artículo 348 fue adicionado en sus dos últimos párrafos mediante Decreto N° 17 – 2009,

⁷ En Guatemala tienen competencia en materia penal los jueces de paz, los jueces de primera instancia, los jueces unipersonales de sentencia, los tribunales de sentencia, los jueces de primera instancia por procesos de mayor riesgo, los tribunales de sentencia por procesos de mayor riesgo, las salas de la corte suprema de justicia y los jueces de ejecución (Artículo 43 del Código Procesal Penal Guatemalteco)

en el cual, podría decir que alberga un rezago de actuación oficiosa por parte de los tribunales al aceptar que éstos puedan ordenar una “investigación suplementaria” con el fin de recibir la declaración de los órganos de prueba que por algún obstáculo difícil de superar no puedan concurrir al debate.

Por ello en Guatemala podemos ver que el debate respecto a la prueba de oficio continúa y continuara pues aún habiéndose derogado el artículo que la contenía expresamente, esta figura no ha sido suprimida del todo en el proceso penal guatemalteco.

Con la aprobación el 13 de noviembre del 2001 del nuevo Código Procesal Penal en Nicaragua se inició una trascendental reforma de su sistema de justicia penal inspirado en los principios procesales establecidos en su Constitución Política de 1987 y se dejó atrás el Código de Instrucción Criminal. Así se transformó significativamente las funciones del Ministerio Público y se le otorgó la titularidad de la acción penal enmarcándose en el principio acusatorio, se estableció el principio de oralidad y se eliminó la función de averiguación y persecución de los hechos delictivos por parte del juez; y la Policía Nacional en coordinación con el Ministerio Público investiga desde la noticia criminis. (Polanco, 2004)

En la legislación nicaragüense actual no existe la figura de la prueba de oficio; que si bien no ha sido prohibida en su regulación se ha optado por no

tenerla en cuenta de modo que a tenor del artículo 268 si los elementos de prueba aportados por la parte acusadora son insuficientes a criterio del juez no le queda otra que archivar la causa; lo cual a nuestro criterio podría ser muchas veces injusto para la víctima porque en base a las pruebas aportadas por las partes si éstas fueran “débiles” el juez mediante esta facultad oficiosa podría ya sea fortalecerlas o debilitarlas aún más; generándose un panorama más completo y en su caso archivar o proseguir con la causa.

Así mismo, el Código Procesal Penal Dominicano derogó el antiguo Código de Procedimiento Criminal, causando un gran impacto en la práctica jurídica penal en la República Dominicana, toda vez que el mismo constituyó, desde el inicio de su puesta en vigor, un verdadero y profundo cambio del sistema de justicia penal, tanto para la parte acusadora, la parte investigadora, la defensa técnica y, por último, para la parte juzgadora. (PERELLANO & HERRERA ABOGADOS). Así en República Dominicana a partir de septiembre del 2002, el juicio penal es oral, público y contradictorio, fortaleciéndose además las funciones del Ministerio Público. Respecto a los elementos de prueba se estableció que sólo pueden ser valorados si han sido obtenidos por un medio lícito y conforme a las disposiciones de este Código de tal forma que su inobservancia implica la violación de los derechos y garantías del imputado; y tampoco pueden ser apreciadas aquellas que puedan ser la consecuencia directa de ellas (art. 167).

Sin embargo, El 21 de diciembre del 2006 la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana emitió la Resolución N° 3869-2006, que establece un Reglamento para el manejo de los medios de prueba en el proceso penal; instaurándose de forma taxativa la procedencia, orden y manejo de éstas.

Este reglamento cuenta con VI capítulos y 25 artículos que se encargan de determinar por ejemplo el alcance de presentación de las pruebas, su organización en el juicio, su dinámica de presentación, entre otros. Y en el artículo 7 se establece como obligación del juez equilibrar la oferta y eventual presentación de la prueba necesaria para valorar la suficiencia de la acusación y así velar porque no se filtren planteamientos dilatorios, no pertinentes o irrelevantes a la cuestión particular que se pretende ejerciendo su poder de dirección en la audiencia y evitar el abuso en el manejo de las pruebas.

Entonces a partir de los documentos procesales penales dominicanos señalados hemos podido comprobar que la prueba de oficio tampoco al igual que en Nicaragua está contemplada en su legislación; y que el juez es visto como un mero conductor del proceso, para el cual respecto a los medios de prueba se le ha establecido lineamientos muy estrictos tanto como para su presentación y su dinámica, no siendo posible que utilice un criterio distinto para la recolección de éstas.

ECUADOR Y PANAMÁ guardan relación porque prohíben taxativamente en sus respectivas legislaciones la figura de la prueba de oficio; así tenemos:

Con la reforma al sistema procesal penal en Ecuador tiene su punto de inicio en la Constitución de 1998, porque fue a partir de allí que se publica en enero del año 2000 y cobra vigencia a partir de julio del 2001 un nuevo Código de Procedimiento Penal que establece la oralidad en el procedimiento penal. (CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS, 2003, pág. 50)

Esta Constitución de 1998 fue derogada y reemplazada el 20 de octubre del 2008 estableciendo en su artículo 168 que la administración de justicia en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones deberá aplicar el sistema oral de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo; conservando así los lineamientos de la oralidad en el procedimiento penal que había establecido la Constitución anterior.

Pero no sólo se renovó la Constitución Política Ecuatoriana sino también el Código de Procedimiento Penal del 2000 sufrió múltiples modificaciones que se fueron acumulando aisladamente; por lo que el gobierno de Rafael Correa Delgado consideró necesario modernizar y actualizar la legislación penal y publicó en febrero del 2014 este Código Orgánico Integral Penal que entró en vigencia seis meses después, destacándose como un código moderno pero sobre todo acorde con su Constitución y con el clamor ciudadano.

El Código de Procedimiento Penal del 2000 en su artículo 361 facultaba al Presidente del Tribunal que de oficio pueda producir pruebas; siendo para muchos de los doctrinarios ecuatorianos un rezago del Código de Procedimiento Penal de 1983 que establecía un sistema inquisitivo, por lo que este artículo era considerado contraproducente más aún con la nueva Constitución dada por lo que en marzo del 2009 fue derogado (Revista del Colegio de Abogados de Manabí, 2008). Por ello creemos que aún no habiendo sido prohibida la prueba de oficio en el Código del 2000 en el actual se optó por regularla pero de manera negativa y se veda su uso al juzgador en aras del sistema acusatorio puro que se pretende adoptar en Ecuador; atendiendo a esta corriente imperativa de justicia y certidumbre jurídica que propugna el actual gobierno.

Y con la promulgación del Nuevo Código Procesal Penal panameño en agosto del 2008 se adelantaba que el proceso penal cambiaría radicalmente, pues se dejaría atrás el viejo Código Judicial de 1995 que tenía un modelo inquisitivo a uno acusatorio de corte garantista; esta implementación se dio en un marco progresivo, es así que comenzó a operar recién en septiembre del 2011 y tal y como dispone el artículo 555 de la Ley No.63 inició con el Segundo Distrito Judicial, para pasar posteriormente, en el lapso de un año entre uno y otro, al Tercer y Cuarto Distrito Judicial, finalizando con el Primer Distrito Judicial en septiembre del 2016 al cual pertenecen las provincias de Panamá, Darién, Colón y Guna Yala.

La práctica de pruebas de oficio era una facultad ampliamente prevista en el Código Judicial de 1995 tanto para los procesos civiles como para los penales porque era considerado como una herramienta auxiliar del juzgador para practicar aquellas diligencias que considere necesarias por motivaciones de orden público o para el mejor esclarecimiento de los hechos, antes de resolver un asunto sometido a su conocimiento. En ese sentido, servía la prueba oficiosa como un mecanismo procesal sumamente útil al Tribunal de cada causa, sobre todo las contenciosas; pero esta facultad no debía sobrepasar los parámetros que la Ley enmarcaba o excederse y provocar una afectación de los derechos fundamentales por lo que podía contrarrestarse por la vía del amparo de garantías constitucionales. (AROSEMENA)

Como mencionábamos líneas arriba con el cambio a un Código Procesal Penal basado en un modelo de corte acusatorio garantista se pretendió dejar atrás todas aquellas figuras que pudieran conjeturar un sistema inquisitivo y se pretendió sobre todo otorgarle al juez un matiz diferente en este nuevo sistema procesal penal considerándosele como un sujeto procesal con una posición jerárquica superior a la de otros sujetos procesales porque ejerce la función jurisdiccional del Estado y declara el derecho administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley. Como observamos la función del juez es pública y se brinda a nombre del Estado como una proyección de la soberanía de éste, concretándose en los poderes de

decisión y coerción, suprimiéndose debido al nuevo sistema adoptado el poder de documentación mediante el cual el juez podía ordenar pruebas de oficio en búsqueda de la verdad real para dejar la carga de la prueba en su totalidad al Ministerio Público. (MAHMAD DAUD, 2015)

Entonces, siguiendo este patrón de un sistema acusatorio que propugna una división clara de los roles entre los sujetos procesales es que en la nueva legislación procesal penal se prohíbe tanto al Juez de Garantías como al Tribunal de Juicio decretar pruebas de oficio; lo cual algunos procesalistas han celebrado en pro de un sistema acusatorio puro y otros rechazan pues sostienen que se está afectando un mejor esclarecimiento de los hechos; debate que aún continúa y está en efervescencia en la doctrina panameña, debido a la implementación progresiva reciente del Nuevo Código.

COSTA RICA, PARAGUAY, VENEZUELA, HONDURAS Y MÉXICO; son el grupo más completo respecto a la regulación de la figura en estudio porque además de admitirla, han regulado límites a su actuación; así tenemos:

Que el actual Código Procesal Penal costarricense derogó el Código de Procedimientos Penales de 1973 que fundamentalmente establecía un proceso dividido en dos etapas: la de instrucción, a cargo de un juez de instrucción, de corte inquisitivo, y la de juicio, oral y público, a cargo del Juzgado Penal y el Tribunal Superior Penal (que se determinaba según el monto de la pena) vislumbrándose desde entonces signos de un sistema de

corte acusatorio. De esta manera, el país cuenta con una larga experiencia en algunas de las prácticas básicas de un sistema acusatorio, en especial, la oralidad de los juicios (CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS, 2002, pág. 35). Pero es con la entrada en vigencia de este nuevo Código que se incidió en reestructurar administrativamente el Poder Judicial y el Ministerio Público, así en este nuevo sistema de corte acusatorio se crearon figuras como los Jueces de Garantía en la investigación que también intervenían en la preparación del juicio oral, el Tribunal Superior pasó a ser Tribunal de Juicio y se delimitó el juzgamiento de los delitos de acuerdo a la pena; de tal forma que las causas con pena menor a 5 años son conocidas unipersonalmente por el Tribunal de Juicio y el conocimiento de los delitos cuya pena excede los cinco años le corresponde al colegiado (conformado por tres jueces) del Tribunal de Juicio.

Como mencionamos líneas arriba con este nuevo Código se priorizó la reestructuración administrativa judicial y aun habiendo sido uno de los primeros Códigos en albergar aspectos del sistema acusatorio no adoptó un denominado “sistema acusatorio puro”; claro ejemplo de ello es que concedió a su Tribunal de Juicio facultades discrecionales para ordenar de oficio pruebas para la aplicación de medidas cautelares como observamos en el artículo 242 y le autoriza también expresamente ordenar de oficio las pruebas que resulten esenciales para la correcta solución del caso estableciendo como límite una manifiesta negligencia de las partes y que la

fuerza de éstas pruebas reside en las actuaciones ya realizadas (artículo 320).

Con la entrada en vigor del nuevo código en Paraguay se inició la reforma procesal penal consagrándose la publicidad, oralidad de los juicios, la celeridad procesal, los derechos de los imputados, la defensa de los intereses de la víctima y el papel del Ministerio Público (CENTRO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS JUDICIALES, 2010).

Este nuevo código a pesar de marcar el comienzo de una era acusatoria tampoco fue ajeno a la figura de la prueba de oficio regulándola de manera célebre para su época pues no sólo limita la discrecionalidad oficiosa otorgada al juez encasillándola a fuentes de prueba de actuaciones ya realizadas sino además puede ordenarse sólo cuando exista negligencia manifiesta por una de las partes.

Así mismo el código procesal penal paraguayo ha considerado otorgar esta facultad en el procedimiento del recurso de revisión a la Sala penal de la Corte Suprema facultando poder realizar además de “averiguaciones” e “indagaciones” producir prueba de oficio; pero de igual forma limita la figura ya que esta sólo puede producirse durante la audiencia.

Continuando con este grupo; la reforma en Venezuela comenzó con el Código Orgánico Procesal Penal de 1998 que entró en vigencia en julio de 1999, con el cual se estableció nuevas funciones judiciales y se comenzó a

conocer las causas criminales a través de diferentes tribunales desde un juez unipersonal a un tribunal mixto (CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS, 2003, págs. 60-61). En este Código ya se regulaba en el artículo 359 la prueba de oficio; de tal manera que el nuevo Código Orgánico Procesal Penal ha optado por conservar de forma íntegra esta figura.

La legislación venezolana le otorga a la prueba de oficio un carácter excepcional y la circunscribe a hechos nuevos que requieran esclarecimiento. Como podemos observar esta legislación establece un límite controversial a la facultades oficiosas del juez, ya que ante el surgimiento de hechos nuevos éste puede ordenar la actuación de pruebas de oficio; proponiéndole cuidarse de no reemplazar la actuación propia de las partes; por lo que considero respecto a éste última anotación debe fijarse un límite más cerrado para evitar que exista una posible intervención investigadora por parte del juez y su imparcialidad pueda verse afectada.

El vigente Código Procesal Penal de Honduras fue emitido por su poder legislativo en diciembre de 1999 y publicado en mayo del 2000; entrando en vigencia el 20 de febrero del 2002; derogando así su Código Procesal Penal de 1985, el cual no contribuyó en mejorar la justicia penal ya que no hizo más que refundir en un solo texto las disposiciones comunes del

procedimiento civil con las disposiciones propias del procedimiento penal.

(SUAZO LAGOS, VALLADARES LANZA, & PALACIOS, pág. 11)

Con este nuevo código en el proceso penal hondureño tiene plena vigencia el principio de aportación (mediante el cual las partes aportan los hechos en los escritos formalizando la acusación) que es considerado consustancial al sistema acusatorio y le permite a las partes determinar el objeto del proceso; pero este principio para la Corte Suprema de Justicia de Honduras de acuerdo al manual de Derecho Procesal Penal publicado en la página web de la misma, iría más allá con la regulación de las diligencias para mejor prever contenida en el artículo 333; ya que con la regulación de este artículo el Tribunal, de oficio puede ordenar que se practiquen otras pruebas, aclarando y he allí el límite impuesto que sólo deberá hacer uso de este poder siempre motivadamente cuando la inactividad de ambas partes procesales pueda hacer sospechar connivencia fraudulenta entre ellas o cuando quepa predecir que la práctica de esa prueba puede refundar en beneficio de la persona acusada. (LÓPEZ ZÚÑIGA & FERRERA TURCIOS, pág. 9)

Entonces para el proceso penal hondureño la práctica de las pruebas de oficio por parte de sus Tribunales no significa la pérdida de objetividad, o retroceder a un sistema inquisitivo ya que como mencionábamos líneas arriba para ellos el órgano juzgador en aras de la búsqueda de la verdad

puede disponer la práctica de pruebas por propia iniciativa; imponiéndole como límite objetivo la omisión manifiesta de un elemento de prueba importante antes no conocido; a efectos de que prácticamente se convierta su actuación a una actividad probatoria complementaria.

La legislación procesal penal mexicana inició una nueva etapa con la promulgación de un Código Nacional único y válido para todo el territorio, que sustituyó los 33 códigos federales existentes; cuya implementación se estableció en un plazo de 8 años que culminará a más tardar el 18 de junio de 2016.

Este proceso de reforma penal tuvo como hito fundamental la reforma a la Constitución Nacional Mexicana en el año 2008 en la cual se estableció que se iniciaría una reforma en el sistema de justicia penal sentando así las bases para el tránsito de un modelo inquisitivo a uno acusatorio de justicia penal democrático en concordancia con los estándares de derechos humanos constitucionalmente reconocidos y se estableció como bases fundamentales de este sistema los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación; con esta reforma México se suma como el último país hasta la actualidad que cuenta con una regulación legal adversarial en América Latina.

Este nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales mexicano, no contempla taxativamente la figura de la prueba de oficio, pero sí le otorga al

tribunal de enjuiciamiento⁸ la facultad de poder ordenar medios de prueba nueva por hechos supervinientes o que no fueron ofrecidos oportunamente por las partes siempre y cuando no haya conocido la existencia de este medio de prueba; por lo que si comparamos en nuestra legislación esto se contempla como la figura de prueba nueva en el artículo 373 del Código Procesal Penal pero le otorga esta facultad sólo a las partes para ofrecer nuevos medios de prueba si se dispone la continuación del juicio y sólo respecto de aquellos que han tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia de control de la acusación.

Entonces lo que en el fondo observamos es una facultad oficiosa oculta para solicitar pruebas, otorgada a los jueces del Tribunal de Enjuiciamiento en esta nueva legislación procesal penal mexicana de corte acusatorio adversarial, cuya implementación aún no ha culminado y estoy segura habrá un debate posterior al término de su implementación respecto a esta facultad otorgada considerada como rezago del sistema inquisitivo.

Finalmente, tenemos un último grupo conformado por **BOLIVIA, CHILE, EL SALVADOR y COLOMBIA:**

⁸ En la nueva legislación procesal penal mexicana los que tienen la competencia jurisdiccional son el Juez de Control; que interviene desde el principio del procedimiento hasta el dictado del auto de apertura de juicio, el Juez del Tribunal de Enjuiciamiento; que intervendrá después del auto de apertura a juicio oral hasta el dictado y explicación de la sentencia y el Magistrado de Alzada; quien resolverá en caso de que se recurra a su jurisdicción la apelación de la sentencia emitida por el tribunal de enjuiciamiento.

BOLIVIA; sin duda es hasta ahora el país más problemático y confuso en cuanto a su regulación respecto de la prueba de oficio, ya que mediante la aprobación a través del referéndum de una nueva Constitución Política en el 2009, se incorporó un amplio catálogo de derechos y garantías personales como; el debido proceso, la presunción de inocencia, la defensa pública, el derecho a defenderse en libertad y se reconoció los principios de oralidad, participación ciudadana en igualdad de las partes ante un juez como guías del sistema de administración de justicia penal (FUNDACIÓN CONSTRUIR, 2012); ello sumado a que desde la vigencia del actual Código Penal de 1997 se fueron aprobando leyes que contienen modificaciones y derogaciones, siendo una de las principales la Ley N° 045 de octubre del 2010 - Ley contra el Racismo y toda forma de Discriminación que incorporó disposiciones que modifican nuevamente la estructura vigente del Código Penal, se consideró que era necesaria su agrupación en un solo cuerpo normativo; es en este contexto se autoriza en pro de una unificación legislativa la publicación de un texto ordenado del Código Penal con las modificatorias correspondientes.

La reforma del sistema procesal penal en Bolivia lleva más de una década y con la adopción de una nueva Constitución Política se pretendió dejar atrás el sistema inquisitivo que legitimaba una persecución penal por cualquier medio y vulneraba los derechos humanos; por lo que durante este tiempo el sistema penal fue objeto de innumerables modificaciones normativas y aún no se ha delimitado de forma clara un actual sistema procesal penal.

Lo que si se ha reconocido es que el nuevo modelo de gestión judicial responde al principio del pluralismo jurídico, estableciendo que la función judicial es única y que se ejerce mediante la jurisdicción ordinaria, agroambiental, constitucional e indígena originario campesina. Así también con la modificación constitucional se estableció una nueva estructura del sistema judicial, instituyéndose: a) Tribunal Supremo de Justicia: integrado por 9 magistrados titulares y 9 suplentes; b) Tribunales Departamentales de Justicia: integrados por vocales cuyo número se define en función al número de habitantes de cada departamento, c) Juzgados de Instrucción Penal, Juzgados de Sentencia y Tribunales de Sentencia en Materia Penal, d) Juzgados Públicos por Materia y Juzgados Mixtos, en los cuales se integrará como personal de apoyo jurisdiccional a los conciliadores. (FUNDACIÓN CONSTRUIR, 2012, págs. 40-41)

Como hemos podido observar actualmente en Bolivia aún no se ha establecido o determinado un sistema procesal penal aunque con la nueva Constitución se han preocupado por dejar atrás el sistema inquisitivo y garantizar los derechos fundamentales (lo que vislumbra rasgos de un sistema acusatorio) existiendo aún un desorden legislativo que ha tratado de ser mitigado con la emisión de este Texto Ordenado.

En el Código de Procedimientos Penales de 1999 encontramos el artículo 342 en el capítulo referido a la preparación del juicio, en el cual observamos

que aún cuando le faculta a su Tribunal precisar los hechos sobre los cuales se abre juicio cuando existan contradicciones irreconciliables entre la acusación fiscal y la acusación particular le prohíbe al juez o al tribunal poder “producir” pruebas de oficio; hasta allí al parecer en la legislación boliviana se ve a la figura de la prueba de oficio como un producto del juez y su prohibición sería consecuente con el pleno resguardo que se quiere dar a las garantías personales pero entonces cabe preguntarnos por qué en el artículo 423 del mismo cuerpo normativo para el recurso de revisión su Tribunal si puede disponer de todas las indagaciones y diligencias que considere útiles e incluso va más allá otorgando la facultad de delegar esta ejecución en alguno de sus miembros y va más allá cuando le faculta poder producir pruebas de oficio en la audiencia; con ello observamos que a la legislación penal boliviana aún le falta una legislación ordenada y concatenada; pero sobre todo definir su posición respecto a la prueba de oficio.

En **CHILE** el caso también es particular; ya que, con el nuevo Código Procesal Penal que entró en vigencia en octubre del 2000 se adoptó un sistema acusatorio efectivamente oral y contradictorio en donde las principales cuestiones son resueltas en audiencias orales y públicas por jueces descomprometidos en la investigación (CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS, 2003, pág. 64); razón por la cual probablemente decidieron no incorporar la prueba de oficio; sin embargo el 30 de agosto del 2004 se publicó la Ley N° 19 968 mediante la cual crearon

Tribunales de familia y le otorgaron facultades oficiosas al juez en su artículo 29.

Esta incorporación de la prueba de oficio en ley en comento ya ha traído consigo en la doctrina chilena diversas posiciones en contra y a favor; en contra sosteniendo que afecta la imparcialidad y la garantía al debido proceso; y a favor sustentando que si bien es cierto la imparcialidad es un elemento esencial, el otorgar facultades oficiosas no es contraria a dicho principio fundamental; pero si la mayoría coincide en que para que esta figura sea concebida se debe establecer límites en su actuación y así asegurar la imparcialidad judicial y los derechos de los justiciables.

Así mismo el 31 de julio del 2002 se decretó con fuerza de Ley un Texto Coordinado y Sistematizado del Código de Trabajo por razones de ordenamiento y utilidad práctica; y a la vez le otorga facultades a su Tribunal para decretar las pruebas que estime necesaria; sumándose a la corriente que faculta a sus jueces a proceder y ordenar pruebas de oficio y con ello tener detractores de posiciones más radicales pues sostienen que al otorgar estas facultades al juez se identifica con un proceso inquisitivo y autoritario; aunque también están aquellos que sostienen que la entrada de esta figura no es perjudicial mientras se le regule límites a su actuación.

EL SALVADOR se convierte en un país con un matiz propio pues si bien no prohíbe la prueba de oficio tampoco la limita en su actual código procesal

penal que ha sido objeto de múltiples reformas; estableciéndose finalmente un sistema procesal mixto de tendencia acusatoria por lo que se advierte una clara separación de poderes entre los intervinientes en el procesamiento⁹ penal; sin embargo aún conserva e incorpora supuestos en los que le otorga a sus jueces instructores facultades oficiosas.

Como en todas las legislaciones al existir posiciones divergentes la Escuela de Capacitación Fiscal de la Fiscalía General de la República de El Salvador elaboró un Tratado de Derecho Probatorio Penal Salvadoreño (CHECCHI AND COMPANY PROYECTO DE EL SALVADOR, 2011) en el cual sostiene que el inciso 10 del artículo 362 debe interpretarse como una admisión oficiosa de la prueba más no como la realización de algún tipo de actividad investigativa; en el mismo orden los artículos 390 y 393 deben entenderse que se refieren en base al surgimiento de hechos nuevos que requieran un esclarecimiento en aras de la búsqueda de la verdad real y siempre que tengan relación directa con la acusación a fin de evitar la vulneración del principio de congruencia entre los hechos de la acusación, los hechos probados y la sentencia. Y lo establecido en el artículo 407 relacionado a la audiencia de selección de jurado sostiene que la producción oficiosa está dada en atención a la necesidad de garantizar la imparcialidad de los ciudadanos/as que puedan integrar este tribunal.

⁹ En la comunidad jurídica salvadoreña al parecer equiparan el término proceso con procesamiento

Este tratado; enfatizo, elaborado por la Escuela de la Fiscalía General de la República de El Salvador, sostiene además que toda prueba de oficio debe ordenarse con conocimiento de las partes para salvaguardar sus derechos y que esta facultad conferida al juez no afecta el papel de la Fiscalía General de la República con su exclusivo monopolio respecto de la investigación criminal.

Como podemos observar la prueba de oficio en el proceso o procesamiento penal salvadoreño no implica ni significa una figura jurídica inquisitiva, pues en su propio código procesal penal se admite que tiene un sistema mixto de corte adversarial y tendencia acusatoria; asintiendo que un sistema totalmente “puro” sería casi imposible; al menos para su legislación y por el contrario para ellos la prueba de oficio en la actividad probatoria servirá para esclarecer los hechos en búsqueda de la verdad y garantizar la imparcialidad; la cual estaría doblemente resguardada regulando límites en su actuación.

COLOMBIA, es otro caso particular pero sobre todo interesante de analizar; porque al decretar el Congreso de la República Colombiana la ley 906 del 2004 que comenzó a regir primero para Bogotá y el Eje Cafetero a partir del 01 de enero del 2005 y posteriormente en forma gradual a todo su territorio nacional se adoptó un sistema de corte acusatorio; consagrando en su artículo 361 la prohibición de pruebas de oficio. Sin embargo, la Corte

Constitucional Colombiana a raíz del ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad de un grupo de ciudadanos que demandaron el artículo 361 de la Ley 906 de 2004 considerando que la norma vulnera el Preámbulo y los artículos 2, 4, 228 y 229 de la Constitución porque para los actores esta prohibición desconoce el valor de la justicia y los deberes de las autoridades públicas de propender por la defensa y eficacia de los derechos consagrados en la Constitución, ya que ninguna ley puede limitar la capacidad de raciocinio y análisis de los jueces, puesto que ello conduciría a un pragmatismo inaceptable de consecuencias impredecibles con grave perjuicio para el derecho de acceso a la administración de justicia; sostuvieron también que los jueces no pueden ser meros árbitros pasivos frente a la violación de los derechos fundamentales, por el contrario deben mantener una actitud activa y vigilante como garantes que son de los derechos fundamentales.

Por lo que la Sala declaró este artículo exequible¹⁰ mediante sentencia C-396-07 del 23 de mayo del 2007.

Así la decisión de la Corte se centro en los siguientes:

- i. **Si la búsqueda de la verdad y la justicia en el proceso penal tiene incidencia constitucional y, por consiguiente, si puede considerarse de obligatoria observancia para el juez:** Al respecto

¹⁰ De acuerdo al diccionario jurídico colombiano la exequibilidad es aquel fenómeno jurídico por el cual la Corte Constitucional declara a una norma o a un proyecto de ley de acuerdo a la Constitución.

la Corte señala que como aparece en el Preámbulo de la Constitución, el Estado Colombiano debe dirigirse hacia la búsqueda de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo; así mismo, el artículo 2 dispuso que un fin esencial del Estado es la vigencia de un orden justo; y, los artículos 229 y 230 de la Carta garantizan el derecho de todas las personas para acceder a la administración de justicia y obtener una sentencia de acuerdo con la ley y la Constitución. En esta última faceta de la justicia como derecho subjetivo, la Carta encomendó su materialización y la función de administrar justicia fundamentalmente a los jueces y, excepcionalmente, a ciertas autoridades públicas y a los particulares; así, la verdad es en el proceso penal un presupuesto de la justicia y, por consiguiente, no es un asunto neutro o indiferente en la Constitución, sino una premisa fundamental en el ordenamiento superior que realiza y legitima el Estado.

- ii. **Cómo debe actuar el juez imparcial e independiente en la búsqueda de la realización de los derechos e intereses en conflicto en el proceso penal:** La Sala sostiene que es evidente que la visión del proceso penal en la Constitución no se agota en la búsqueda de la verdad, pues el concepto de justicia en la averiguación o aproximación a la misma, está condicionada al respeto

de las garantías mínimas que deben ser protegidas por el juez y se exigen de todas las autoridades y en todas las situaciones; de esta forma puede concluirse que la búsqueda de la verdad en el proceso penal está subordinada al respeto por la dignidad humana, a la eficacia de los derechos fundamentales y al cumplimiento de un conjunto de principios rectores y reglas probatorias que racionalizan su consecución en el proceso.

- iii. En situaciones en las que se presenta tensión entre la búsqueda de la verdad y la defensa de los derechos fundamentales, cuál debe ser el rol del juez en el sistema penal acusatorio:** En este punto la Corte señala que el proceso acusatorio en la legislación colombiana no es típicamente adversarial, ni un sistema acusatorio puro, por lo que el juez no es un árbitro, sino el encargado de definir, de manera justa y garantista, la responsabilidad penal del implicado y la eficacia de los derechos de la víctima y de la sociedad frente al delito. Así las cosas, no es totalmente acertado concluir que la actividad probatoria del juez sea abiertamente incompatible con el proceso penal acusatorio o que la relativización de la prohibición de la práctica de pruebas de oficio genere un cambio estructural al sistema.
- iv. La Sala deberá, finalmente, concluir si el legislador tenía facultades para prohibir las pruebas de oficio en el proceso penal o si afectó el núcleo esencial de derechos e intereses**

fundamentales en el ordenamiento jurídico colombiano: Respecto a este punto la Sala señala que el legislador goza de amplio margen de libertad de configuración normativa para señalar el régimen probatorio de cada disciplina jurídica, por lo que si bien en esta oportunidad se considera razonable y válido constitucionalmente prohibir el decreto de pruebas de oficio en la audiencia preparatoria, bien podría resultar también conforme a la Carta que, a partir de valoraciones de política criminal, adopte una posición contraria y admita la actividad probatoria del juez en la audiencia preparatoria.

Finalmente en esta sentencia de más de 50 páginas se declara la exequibilidad de la norma y que la prohibición contenida no es absoluta, en tanto que los jueces de control de garantías sí pueden decretar y practicar pruebas de oficio en casos en los que sea indispensable para garantizar la eficacia de los derechos que son objeto de control judicial.

En efecto la Corte Constitucional sostiene que la pasividad probatoria del juez está limitada a la etapa del juicio; es decir, está prohibido en forma categórica solamente para el juez de conocimiento quien tiene a su cargo la dirección y manejo del debate probatorio entre las partes, pues en esta fase se ubica la contradicción entre las partes; y por ello es lógico, necesario y adecuado que el juez no decrete

pruebas de oficio porque rompe los principios de igualdad de armas y neutralidad; pero, no sucede lo mismo en aquella etapa en la que el juez tiene como única misión garantizar la eficacia de la investigación y la preservación de los derechos y libertades que pueden resultar afectados en el proceso penal. Determinándose como una garantía sustancial de eficacia el deber del Estado de aproximarse a la verdad de lo sucedido dentro de los parámetros señalados por las garantías y libertades individuales de orden Constitucional y legal.

Sin duda esta sentencia marcó un antes y un después para el proceso penal de corte acusatorio colombiano; que se desliga de otros países que han pretendido adoptar de forma pura este sistema y se enmarca en uno original y realista de acuerdo a su historia procesal penal.

CUADRO N° 3

PAÍSES LATINOAMERICANOS CON EL SISTEMA ACUSATORIO - ADVERSARIAL ¹¹	
NO REGULAN LA PRUEBA DE OFICIO	REGULAN LA PRUEBA DE OFICIO
Guatemala Nicaragua República Dominicana	Ecuador Panamá Costa Rica Paraguay Venezuela Honduras México Bolivia Chile El Salvador Colombia

¹¹ Elaboración propia

CUADRO N° 4

PAÍSES LATINOAMERICANOS CON EL SISTEMA ACUSATORIO – ADVERSARIAL QUE REGULAN LA PRUEBA DE OFICIO¹²	
CÓDIGO PROCESAL O DE PROCEDIMIENTOS PENALES	OTROS DOCUMENTOS LEGALES
Ecuador	
Panamá	
Costa Rica	
Paraguay	
Venezuela	
Honduras	Chile
México	
Bolivia	
El Salvador	
Colombia	

¹² Elaboración propia

CUADRO N° 5

PAÍSES LATINOAMERICANOS CON EL SISTEMA ACUSATORIO – ADVERSARIAL QUE REGULAN LA PRUEBA DE OFICIO EN SU PROCESO PENAL ¹³	
PROHIBIÉNDOLA	ADMITIÉNDOLA
Ecuador Panamá	Costa Rica Paraguay Venezuela Honduras México Bolivia Chile El Salvador Colombia

¹³ Elaboración propia

CUADRO N° 6

PAÍSES LATINOAMERICANOS CON EL SISTEMA ACUSATORIO ADVERSARIAL QUE REGULAN LA PRUEBA DE OFICIO EN SU PROCESO PENAL ADMITIÉNDOLA¹⁴	
SIN LÍMITES	CON LÍMITES
Chile Bolivia	Costa Rica Paraguay Venezuela Honduras México El Salvador Colombia

¹⁴

SUBCAPÍTULO III

CASUÍSTICA

Al proceder en la búsqueda de sentencias en primera y/o segunda instancia, en las cuales el juez halla hecho uso de esta facultad discrecional tan discutida, descubrimos que la casuística es escasa; encontrando únicamente dos casos a nivel nacional en los cuales podemos observar que su común denominador es el cuestionamiento a la actuación de una prueba de oficio por haber sido ésta pieza fundamental para decidir la culpabilidad de los acusados.

A.- PRESENTACIÓN:

1.- Sentencia casatoria por el delito de violación de la libertad sexual en agravio de menor de edad ante la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia – CASACIÓN N° 41 – 2012 – MOQUEGUA.

1.1. Sumilla: Recurso casatorio interpuesto por el defensor del procesado contra la sentencia del dos de diciembre del 2011 que codena al acusado por el delito de violación de la libertad sexual tipificado en el artículo 170 numeral 3 del Código Penal concordado con la agravante del último párrafo del mismo a veinticuatro años de pena privativa de la libertad.

1.2. Itinerario procesal:

- i. **Primera Instancia:** El procesado fue condenado por el delito de violación de la libertad sexual de menor de edad a veinte años de pena privativa de la libertad sosteniendo que:
 - Se acreditó que tiene vínculo de parentesco por afinidad con la agraviada
 - No se acreditó que el encausado ultrajó a la agraviada cuando ésta tenía 8 años ya que el testigo Monroy Yari, médico de la Posta de San Francisco quien la examinó cuando tenía 9 años refirió que no presentaba signos de desgarramiento himeneal.
 - Se acreditó con la declaración de la agraviada, la misma que no presentó ausencia de incredulidad subjetiva y cumplió con las garantías de certeza del Acuerdo Plenario N° 2 -2005/CJ-116; además fue corroborado con otros elementos de pruebas periféricas como el centro médico legal y declaraciones de peritos y testigos.
- ii. **Segunda instancia:** El procesado interpuso recurso de apelación invocando vulneración del derecho a la defensa y al debido proceso, por la actuación de una prueba de oficio y el escaso tiempo que utilizaron los magistrados para deliberar; así como el representante del Ministerio Público respecto de la pena privativa de libertad impuesta. La Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia apelada argumentando que:

- No se evidencia vulneración al debido proceso, ya que los magistrados utilizaron un tiempo prudencial y no 37 segundos como señala la defensa.
- Se evidencia que la declaración de la agraviada cumple con las garantías de certeza de ausencia de incredibilidad subjetiva.
- La actuación de la prueba de oficio tiene relación directa con el esclarecimiento de la verdad no habiéndose afectado su derecho a la defensa ya que el imputado tuvo la posibilidad de examinar y conainterrogar a la víctima no siendo la actuación de la misma sorpresiva.

Por estos considerandos la Sala Superior confirmó la sentencia apelada y revocó el extremo de la sentencia respecto a la pena y reformándola le impuso 24 años de pena privativa de la libertad.

- iii. **Recurso de casación:** El procesado amparándose en las causales del artículo 429 del Código Procesal Penal interpuso el recurso de casación contra la resolución emitida por la Sala Superior de la Corte Superior de Justicia de Moquegua invocando las causales de inobservancia del debido proceso, presunción de inocencia, falta de lógica en la motivación y apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema.

➤ **Posición del procesado respecto de la actuación de la prueba**

de oficio: El procesado sostiene que el Tribunal Juzgador inobservó la garantía constitucional del debido proceso contemplado en el artículo 139 de la Constitución Política del Perú; específicamente al derecho de juzgamiento imparcial y justo por haberse ordenado de oficio la declaración de la víctima ordenada después de que culminó la etapa de admisión y actuación de pruebas; vulnerándose así también su derecho a la presunción de inocencia pues la sentencia condenatoria se basó únicamente en la declaración de la agraviada que resulta ser incoherente y no se encuentra corroborada con pruebas periféricas.

➤ **Posición de la Corte Suprema respecto a la actuación de la**

prueba de oficio: Señala que la Sala se encuentra facultada para que en forma excepcional disponga de oficio la actuación de nuevos medios de prueba si estos resultan indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad en base a lo establecido en el artículo 385 numeral 2 del Nuevo Código Procesal Penal; por lo tanto no se evidencia una vulneración a su derecho a un Juez imparcial.

Además sostiene que la condena no sólo se sustentó en la prueba de oficio actuada sino también se sustentó en mérito al certificado médico legal, el mismo que fue ratificado por el perito y la

sindicación efectuada por la agraviada y otros elementos de periféricos como la declaración de los testigos y de parientes de la agraviada; por lo tanto, si se cumple con el requisito de suficiencia probatoria no comprobándose algún vacío probatorio.

Finalmente la Corte Suprema sostiene que el derecho constitucional invocado posibilita a las partes argumentar sus pretensiones y rebatir los fundamentos que la parte contraria formula por lo que el encausado tuvo oportunidad de defenderse contradiciendo las pruebas; razón por la cual no se evidencia una afectación de la garantía constitucional del derecho a la defensa.

2. Resolución que resuelve el recurso de nulidad por el delito contra la Administración Pública – Corrupción de Funcionarios – enriquecimiento ilícito ante la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia – RESOLUCIÓN N° 383-2011-LIMA.

2.1.Sumilla: Recurso de nulidad interpuesta por el procurador público y las defensas técnicas de los procesados Luis Manuel Delgado de la Paz, Genoveva Esperanza Medina Lewis de Delgado, Luis Manuel Delgado Medina y Jesús Manuel Delgado Medina contra la sentencia del veinte de diciembre del 2010 que condena al primero como autor del delito contra la Administración Pública – Corrupción de Funcionarios – Enriquecimiento Ilícito previsto en el artículo 401 del Código Penal a siete años de pena

privativa de la libertad, inhabilitación por el término de tres años y a una reparación civil de cinco millones de soles a favor del Estado que pagará solidariamente con los coprocesados; y los demás acusados fueron declarados cómplices secundarios, siendo condenados a 4 años de pena privativa de la libertad suspendida y el pago de la reparación civil anteriormente señalada.

2.2. Expresión de agravios respecto a prueba de oficio:

La defensa del procesado Luis Manuel Delgado de la Paz sostiene que el Colegio Superior incurrió en una indebida valoración de las pruebas y que actuó con abuso de autoridad al ordenar de oficio la ampliación de la pericia contable a cargo de economistas auditores de la Contraloría, distintos a los que conforman el REPEJ (Registro de Peritos Judiciales) y; por ello además se vulneró el principio del debido proceso porque la sentencia condenatoria se fundamentó en actos de investigación que no fueron sometidos al contradictorio.

Así mismo la defensa de Jesús Manuel Delgado Medina sostuvo que la Sala Superior violó el principio acusatorio al disponer la realización de una ampliación del peritaje y que la admisión de la prueba de oficio es excepcional y no debe constituir una regla del juicio oral que es eminentemente acusatorio.

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia advierte de autos que tanto el delito imputado como la responsabilidad penal del acusado Luis Manuel Delgado de la Paz están acreditados en el Peritaje en sede sumarial y la ampliación ordenada de oficio por el Colegiado Superior reafirma un desbalance patrimonial.

Por lo tanto la Sala sostiene que la ampliación en el Juicio Oral proporciona un dato concluyente que valorado en su conjunto con las circunstancias objetivas que fueron materia de imputación por el Ministerio Público generaron convicción y certeza sobre la materialidad del delito.

Finalmente precisa que la prueba de oficio no generó un estado de indefensión a los procesados pues éstos tuvieron la oportunidad de contradecir y formular sus observaciones e juicio oral; y el hecho de que una prueba sea ordenada de oficio no genera ineficacia probatoria máxime si se tiene en cuenta que concluyó en similares términos al peritaje realizado en el nivel de la instrucción, adquiriendo validez y elevándose a la categoría de medio probatorio válido e idóneo.

B.- ANÁLISIS Y DISCUSIÓN:

En el primer caso la defensa del acusado cuestionó hasta la última instancia la prueba de oficio que ordenó la Sala, consistente en la declaración de la agraviada; invocando que se había vulnerado su derecho al debido proceso

sosteniendo que el juzgamiento adolecía de imparcialidad por haberse ordenado la actuación de una prueba de oficio.

Aquí encontramos en debate con la actuación de una prueba de oficio el derecho al debido proceso, específicamente el derecho a un juez imparcial y la respuesta en concreto de la Sala en segunda instancia fue que la actuación de pruebas de oficio son válidas si son necesarias para el esclarecimiento de la verdad y en casación además de éste argumento se agregó que tiene sustento normativo en el Código Procesal Penal como es el artículo 385 numeral 2.

En el segundo caso también se invoca la vulneración del debido proceso, pero además la defensa de uno de los acusados alega que con la actuación de pruebas de oficio se está vulnerando el principio acusatorio; además, se alega que la actuación de una prueba de oficio debe ser de carácter excepcional y no una regla de juicio.

Entonces, en ambos casos se alega no haber sido juzgados por un juez imparcial vulnerándose su derecho al debido proceso; tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional el derecho a ser juzgado por jueces imparciales no se encuentra reconocido expresamente en nuestra Constitución ello no ha impedido que sea considerado como un derecho implícito del debido proceso reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de nuestra Constitución Política a tenor de la cuarta disposición final y

transitoria que ordena interpretar las disposiciones de acuerdo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y en su modalidad de derecho a un juez imparcial sostiene que no sólo implica no ser parte de la contienda sino también garantizar una actitud que esté al margen de las condiciones subjetivas del proceso para así asegurar y generar en el justiciable la convicción y la confianza de que el caso será resuelto conforme a derecho.

Cabe aquí preguntarnos entonces, si en los casos presentados con la actuación de una prueba de oficio el juez ha vislumbrado tener alguna actitud subjetiva al ordenarlas o introdujo hechos que afecten la posición de los acusados y como hemos podido analizar en ambos casos el juez no ha hecho uso de algún conocimiento o arte privado sino ha ordenado la declaración de la menor en aras del principio de inmediación que en múltiples ocasiones ha servido para traer abajo muchas falsas imputaciones o viceversa; y de igual manera con la ampliación ordenada de oficio de la pericia contable, que llegó a similar conclusión a la pericia contable ya ofrecida por los acusados. Siendo ello así, el órgano jurisdiccional sólo ordenó pruebas de oficio en base a fuentes de prueba ya ofrecidas por las partes no realizando ninguna actividad investigadora extraordinaria por lo que visto de ésta manera no existe vulneración al debido proceso al menos en la modalidad objetada del derecho a un juez imparcial.

Respecto al principio acusatorio previsto en el inciso 1 del artículo 356 del nuevo Código Procesal Penal, que consiste en la potestad que tiene el Ministerio Público como titular de la acción penal de formular la acusación ante el órgano jurisdiccional señalaremos que lo que propugna este principio es que el órgano jurisdiccional no puede iniciar de oficio el juzgamiento, requiriéndose siempre como base una acusación; por lo tanto la ampliación del peritaje no significaría la vulneración de éste.

También lo alegado por la defensa en el segundo caso respecto a que la prueba de oficio debe ser tomada como una excepción más no como una regla de juicio, podemos afirmar que éste no es un argumento válido ya que de acuerdo a nuestra investigación y teniendo en cuenta la reciente aplicación de un nuevo sistema procesal penal, los presentados son los únicos casos existentes hasta ahora en donde la actuación de una prueba de oficio conjuntamente con las demás pruebas admitidas ha servido para determinar la culpabilidad de los acusados; por lo tanto, en esta oportunidad y para el caso concreto se rechaza el argumento de que el Juez esté tomando esta figura como regla.

La respuesta de las respectivas Salas ha sido similar en ambos casos pues han apoyado la actuación de la prueba de oficio como una facultad que tiene el Juez; que se encuentra normada y sustentada por resultar útil e indispensable para esclarecer la verdad. La interpretación de la verdad es un

tema amplio y subjetivo que de acuerdo a la visión que le otorgue cada persona determinará la conceptualización a la cual concluya; por ahora puedo decir, que la verdad en el proceso penal debe estar siempre subordinada al respeto de los derechos fundamentales, de la dignidad humana y determinarse con la participación conjunta de las partes; en estos casos observamos que la actuación de las pruebas de oficio si han servido para esclarecer la verdad y no se ha comprobado la vulneración de algún derecho fundamental por lo tanto su actuación continúa siendo válida.

Finalmente; y las Salas correspondientes han coincidido en esta recomendación realizada a la defensa de los acusados invitándolos a siempre ejercer su derecho de contradicción en la oportunidad que resulte necesaria pues si no estaban de acuerdo con la actuación de una prueba de oficio por temor a que se pueda vulnerar algún derecho procesal pudieron hacerlo saber desde el momento en que se ordenó en virtud del derecho que les asiste.

SUBCAPÍTULO IV

RAZONES JURÍDICAS Y FÁCTICAS QUE JUSTIFICAN LA CONVENIENCIA DE LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO EN EL ARTÍCULO 385 NUMERAL 2 DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO

PRIMERA: PRIORIDAD EN LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD Y LA JUSTICIA

En la doctrina procesal ha surgido un movimiento que ha venido a denominarse “revisionista”, en la medida en que somete a revisión las aportaciones que ha supuesto la “publicización” del proceso y que centra su crítica en la posible iniciativa probatoria y en el control judicial de la buena fe procesal en la actuación de las partes. Para esta doctrina, tales iniciativas suponen una manifestación procesal propia de una ideología fascista o autoritaria, en la que se subordinan los derechos de las partes a los poderes del juez.

Así tenemos a Cipriani, autor que más se ha destacado por la crítica a la “publicización” del proceso sosteniendo que:

“(…) es tiempo de convencerse que cuando se eliminan derechos de las partes y se dan poderes discrecionales al juez, esto es, cuando se busca obtener la eficacia en perjuicio de las garantías, no se resuelve ningún problema y se hace sólo un autoritarismo inútil y contraproducente”.

De igual modo, Monteleone se muestra partidario de esta doctrina en la medida en que los poderes de dirección material del proceso del juez no son más que la concreta manifestación de una ideología fascista o totalitaria basada en la rechazable *“subordinación de las partes a los poderes del juez”*.

El Dr. Juan Montero Aroca, autor español cuya posición ya hemos sentado en el subcapítulo de posiciones doctrinarias es otro de los que más criticó el fenómeno de “publicización” del proceso afirmando que mantener dicha iniciativa supone apostar por un “modelo de juez que está implícito en algunas ideologías totalitarias, fascistas o comunistas”; de igual forma, el Dr. Alvarado Velloso asumiendo los postulados del “garantismo procesal” niega todo tipo de intervención activa del juez en la dirección material del proceso.

Entonces esta corriente publicista se caracteriza por la tendencia a procurar que los jueces sean cada vez más activos (de allí la denominación de activistas) mientras que ésta otra línea doctrinal denominada revisionista propugna la tendencia de un juez que se empeñe en respetar y hacer cumplir las garantías constitucionales (de allí también su denominación de garantistas)

Evidentemente el problema que surge aquí es, si debe dotarse o no al juez de iniciativa probatoria; pero, ¿no es deber del juez velar por los intereses discutidos en el proceso?, ¿no es el valor justicia el objetivo final de la

función jurisdiccional? y ¿no es la búsqueda de la verdad lo que esperamos todos?

Definitivamente embarcarnos en un debate filosófico de que es la justicia, la verdad o pretender hallar la finalidad última del proceso me conllevaría no sólo a realizar una investigación aparte y diferente; sino, sólo a aportar una idea o concepción más a este largo debate; pero si puedo decir que existe la posibilidad de actuar una prueba de oficio con la finalidad de averiguar la verdad; porque, pretender alcanzar la verdad en el proceso (muy aparte del debate en la distinción que se pueda realizar entre la verdad material y formal) significa que se va a tratar de obtener el mayor conocimiento de los hechos y crear mayor convicción en el juzgador que es justamente lo que se logra con la actuación de pruebas de oficio (mayor descubrimiento de la verdad) para poder así alcanzar la justicia que en la práctica es lo que responde a todos nuestros intereses.

Pero no estamos apoyando la idea de una búsqueda de la verdad a cualquier medio o precio; sino matizada con el respeto de la dignidad de la persona, de los derechos fundamentales y de la aplicación de los principios constitucionales y procesales; ya que la administración de justicia es una de las funciones del juez y como señala el maestro Joan Pico Junoy: *“La justicia, como valor superior del ordenamiento jurídico, representa un ideal de la comunidad, un objetivo a alcanzar por el ordenamiento jurídico, por lo que si existe un interés público en que el resultado del proceso sea “justo”, el*

Estado debe poner al servicio de los jueces todos los medios y poderes necesarios para que puedan alcanzar dicho fin.

SEGUNDA: UN ROL ACTIVO DEL JUEZ

Tenemos aquí dos caras de la moneda, un juez activo que se comprometa a constatar los hechos alegados por las partes en el proceso y un juez pasivo, que sólo se presenta como un espectador que finalmente emitirá una decisión a partir de lo alegado; pero éste último ¿no estará alejado de la realidad?, y a la vez ¿no nos estaremos alejando del ideal justicia con sentencias emitidas por jueces impersonales que sólo tengan un carácter de espectador?

Pues bien el juez no debe ser un mero observador, un ente estático; por el contrario en el sistema procesal en el que nos encontramos se propugna como el director del proceso; por lo tanto no debe ser reticente a la hora de cumplir su labor; no estoy hablando de un juez subsidiario de la labor fiscal o del abogado del acusado; sino de un juez que cumpla con su función de averiguar la verdad y si para ello tiene que ordenar de oficio nuevos medios probatorios que lo haga pero siempre respetando las garantías constitucionales; principalmente los derechos de contradicción y de defensa. He allí de la imperiosa necesidad de colocar límites para que esta facultad no se distorsione (necesidad de la cual hablare en líneas posteriores); por lo tanto estoy hablando de un poder y deber accesorio a la actividad probatoria

de las partes respetando siempre los derechos fundamentales y enmarcado en la plena protección de las garantías constitucionales.

TERCERA: INEXISTENCIA DE UN SISTEMA ACUSATORIO PURO QUE JUSTIFICA LA NO VULNERACIÓN AL PRINCIPIO ACUSATORIO

Juan Montero Aroca al referirse al principio acusatorio sostiene que éste supone únicamente que el proceso sólo podrá iniciarse si hay acusación, porque ello es garantía de la imparcialidad de quien ha de juzgar; es decir, el principio acusatorio únicamente puede alegarse como determinante del contenido de la acusación, y ésta sólo puede referirse a la persona imputada y al hecho criminal, con este contenido el principio acusatorio supone que el juzgador queda vinculado a la acusación no pudiendo condenar ni a persona distinta de la acusada ni por hechos distintos a los acusados. (MONTERO AROCA)

Así mismo se ha establecido que el principio acusatorio tiene tres manifestaciones: (CASTAÑEDA OTSU, 2014)

- Que el objeto del proceso lo fija el Ministerio Público y la función de acusación es privativa de este órgano constitucional
- Que debe existir correlación entre la disposición de formalización de la Investigación Preparatoria y el requerimiento de acusación conforme lo precisa el art. 349.2 del Nuevo Código Procesal Penal

- Que el juez de la investigación preparatoria no puede cuestionar los hechos y la tipicidad expuestos en la acusación fiscal.

En este intenso debate de si se debe otorgar o no al juez facultades discrecionales y a lo largo de toda la investigación realizada he podido observar que una de las razones principales en las cuales se basan los detractores de la prueba de oficio es que su actuación vulnera el principio acusatorio; sin embargo, el principio acusatorio está circunscrito a la acusación más no engloba a todo el sistema procesal penal acusatorio adversarial actual en su conjunto¹⁵; ya que éste no sólo propugna el principio acusatorio sino un conjunto de principios que desarrollamos en un capítulo anterior, por lo que considero se ha creado una confusión respecto a un principio característico de un sistema procesal con el contenido específico de éste.

Aclarado el tema, veamos entonces si la actuación de una prueba ordenada de oficio por el juez vulnera el sistema procesal penal actual adoptado por nuestro país cuya nota esencial es la división de roles entre el Ministerio Público y el órgano jurisdiccional; es decir, se caracteriza principalmente por

¹⁵ Tener en cuenta que el modelo acusatorio adoptado por nuestro legislador tiene marcadas diferencias con el sistema acusatorio practicado en los países del common law, en el cual impera la idea del "proceso de partes adversas, donde el juez ostenta la posición de árbitro o moderador del juicio". De ahí que la propia doctrina anglosajona, para referirse a su modelo procesal penal, en lugar de hablar de sistema o principio acusatorio, emplea las expresiones de "sistema adversarial" o "proceso adversarial"

establecer una división de roles y trasladar la función acusadora a un ente distinto al juez; como es el Ministerio Público.

En el capítulo del marco histórico hemos desarrollado el surgimiento de cada uno de los sistemas procesales penales y en el capítulo del marco teórico desarrollamos sus concepciones y características; pudiendo observar que cada modelo de sistema procesal ha respondido al espacio y al tiempo en el que se encontraba no existiendo un modelo de sistema totalmente puro pues en cada uno de ellos existe un rezago de su antecesor conservado por tradición o porque es considerado como un factor coadyuvante para el proceso y como claro ejemplo tenemos a la prueba de oficio.

Por lo tanto hablar de un sistema procesal acusatorio puro no existe, porque cada sistema ha estado en constante cambio; en ese sentido, es que sostengo que cada sistema penal debe responder a su realidad y a su propio Sistema de Administración de justicia, y si bien es cierto actualmente tenemos un sistema procesal penal acusatorio éste debe estar ajustado al Perú siendo un error pretender encuadrarnos en un sistema que ni aún en la época en que surgió era “puramente acusatorio” sin contar que era otra la época procesal.

CUARTA: LA FACULTAD DEL JUZGADOR DE ACTUAR MEDIOS PROBATORIOS DERIVADOS DE FUENTES DE PRUEBA YA ADMITIDAS EN EL PROCESO NO AFECTA SU IMPARCIALIDAD

El Tribunal Constitucional peruano ha reconocido que, el derecho al juez imparcial es un derecho fundamental implícito que se fundamenta a partir del principio de dignidad humana y del modelo de estado democrático de nuestro Estado. Al respecto el Tribunal también sostiene que si bien es cierto “el derecho a ser juzgado por jueces imparciales no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución. Ello, sin embargo, no ha impedido reconocer en él a un derecho implícito que forma parte de un derecho expreso como es el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución. Por tanto, señala que “El status del derecho al juez imparcial como uno que forma parte del debido proceso, se deriva de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que exige que las disposiciones constitucionales mediante las cuales se reconocen derechos fundamentales se interpreten y apliquen de acuerdo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias que hayan sido ratificadas por el Juez imparcial, no es sólo un derecho fundamental de las partes de un litigio, es también una garantía institucional de un Estado de Derecho establecida en beneficio de todos los ciudadanos y de la imagen de la Justicia, como pilar de la democracia. (BECERRA SUÁREZ, 2013)

En definitiva, en este punto se trata de determinar si por la práctica de pruebas de oficio se produce supuestos de parcialidad en el órgano jurisdiccional y es que la pasividad del juez dentro del proceso suele basarse como ya hemos visto en la necesidad de proteger esta imparcialidad de la cual debe estar siempre investido.

En definitiva llego al punto y eje central de mi investigación atendiendo a los límites que anteriormente se han indicado sobre la iniciativa probatoria del juez, y en concreto, la imposibilidad de ordenar medios de prueba sobre fuentes probatorias que no hayan sido admitidas en el proceso; es decir, la iniciativa probatoria del juez debe partir de hechos alegados por las partes generándose un vínculo entre estos hechos y las fuentes de prueba respondiendo así a un riguroso principio de congruencia; ya sea porque estos hechos no han sido demostrados adecuadamente según el razonamiento del juez generándole dudas que afecten sus criterios de certeza y convicción; de esta forma no se está afectando su imparcialidad pues el juzgador no está asumiendo un rol de investigador sólo estaría desvirtuando las dudas generadas por las partes en su aportación de pruebas.

Así evitamos que éste pueda actuar inquisitiva o si se quiere llamar arbitrariamente buscando pruebas más allá de las libremente introducidas por las partes. No obstante y como está regulado en nuestra legislación el

hecho de que esta facultad discrecional no sea recurrible no exime al juez de motivar adecuadamente su decisión.

Recordemos que Juan Montero Aroca sostiene que si al juez se le atribuye la facultad de utilizar las fuentes de prueba que se derivan de la actividad realizada en el proceso no cabe ya hablar de riesgo para la imparcialidad, *“Una cosa es convertir al juez en un inquisidor o si se prefiere en un investigador de hechos y otra muy distinta reconocerle la posibilidad de participar en la prueba de los hechos aducidos por las partes, utilizando para ello las fuentes de prueba que se derivan de la propia actividad procesal”* (MONTERO AROCA)

Finalmente debo recordar y recalcar que esta facultad jurisdiccional de ordenar pruebas de oficio es y debe seguir teniendo un carácter excepcional, es decir, no debe suplir la deficiencia probatoria de alguna de las partes, respetando siempre su ejercicio del derecho de defensa y contradicción; permitiéndoles la oportunidad de plantear medios probatorios que contradigan si fuera necesario a aquellos que el juzgador ha ordenado se actúen.

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

A.- HIPÓTESIS:

“EN LA MEDIDA QUE SE LIMITE LA ACTUACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO SÓLO A MEDIOS PROBATORIOS PERTENECIENTES A FUENTES DE PRUEBA ADMITIDAS EN EL PROCESO, ES CONVENIENTE SU REGULACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 385 INCISO 2 DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO”

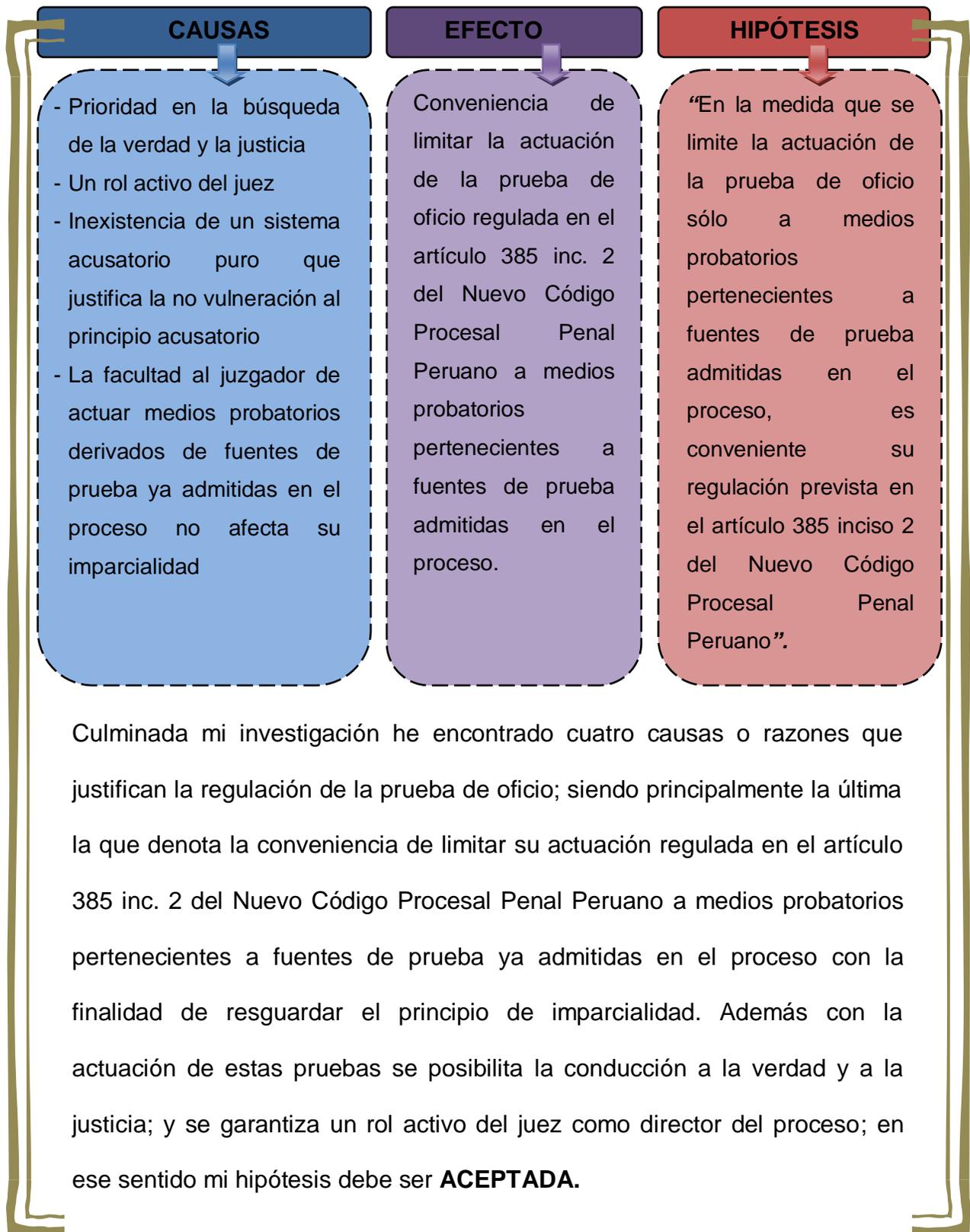
B.- DISEÑO:

En la presente investigación he utilizado el diseño **EX POST FACTO – RETROSPECTIVO** para contrastar mi hipótesis; ya que no se observa la manipulación de variables y es de tipo “causal. Así también, es de tipo “retrospectivo”, puesto que con esta investigación busco encontrar las causas que posibilitan la regulación de límites a la actuación de pruebas de oficio en el nuevo proceso penal peruano.

C.- ESQUEMA:



X = causas que determinan la conveniencia de la regulación de la prueba de oficio



CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

Y

RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

- ❖ **PRIMERA:** Los sistemas procesales penales que surgieron a través de la historia fueron y son el producto del espacio y el tiempo en el cual se desarrollaron, razón por la cual el diseño de cada uno no sólo tiene matices y características distintos, sino que además experimentaron cambios de acuerdo al contexto al que se han aplicado; siendo contraproducente sostener que el sistema acusatorio actual debe ser el mismo a aquel sistema acusatorio que surgió en la Edad media o aquel que se desarrolló en Estados Unidos; y la migración de un sistema a otro siempre será distinto para cada país por ello es imposible hablar de la adopción de un sistema puro atendiendo a la constante evolución del derecho procesal.

- ❖ **SEGUNDA:** Existen tres posiciones doctrinarias acerca de la regulación y aplicación de la prueba de oficio; una en contra, otra a favor y una posición mixta; la primera corriente doctrinaria entre sus representantes tiene como común denominador la oposición a otorgarle esta facultad discrecional al juez por temor a que se afecte su imparcialidad; la segunda posición se muestra a favor por considerar que este tipo de prueba contribuye con la búsqueda de la verdad, la justicia y la promoción de un juez activo en el proceso. De estas posiciones contrarias nace una tercera posición mixta, representada por el Dr. Montero Aroca principal doctrinario de la primera posición y por el Dr.

Pico I. Junoy representante de la segunda posición; quienes pese a tener criterios totalmente distintos coinciden en que debe estar limitada a fuentes probatorias que se deriven o consten en el proceso.

♦ **TERCERA:** El juez como director del proceso debe ser un ente activo y comprometido con el contraste de los hechos alegados, siendo su actuación en la orden de pruebas de oficio no subsidiaria a la labor fiscal o del abogado del acusado sino; un poder – deber de carácter excepcional y accesorio a la actividad probatoria de las partes que contribuya con la búsqueda de la verdad y la justicia en el proceso; y que responda a una estricta congruencia con las fuentes probatorias admitidas en el proceso para que se evite la posibilidad de que el juzgador investigue o vaya más allá de las libremente introducidas por las partes eliminando así cualquier riesgo de pérdida de imparcialidad.

❖ **CUARTA:** En el desarrollo de la presente investigación he observado que la casuística no es muy extensa, lo que me permite concluir que la aplicación de este tipo de prueba por parte de los operadores jurídicos es de naturaleza particular pues pese a que nuestro país se sumó a la corriente que está a favor de su regulación y aplicación, y la implantó en el artículo 385 inciso 2 del Nuevo Código Procesal Penal los jueces recurren a ella de manera excepcional; las razones por las cuales no es ordenada con mayor frecuencia puede deberse a otras razones que pueden ser materia de otro trabajo de investigación.

❖ **QUINTA:** Del conjunto de países latinoamericanos que se han desplazado hacia un sistema procesal penal acusatorio – adversarial existen cuatro grupos; el primero conformado por Guatemala, Nicaragua y República Dominicana quienes no regulan en su legislación procesal la prueba de oficio; el segundo, conformado por Ecuador y Panamá que prohíben taxativamente la actuación de pruebas de oficio; el tercero conformado por Costa Rica, Paraguay, Honduras, México y Venezuela que además de regular la prueba de oficio han establecido límites en su actuación y finalmente un cuarto grupo conformado por Chile, Colombia, Bolivia y El Salvador quienes regulan la prueba de oficio pero con connotaciones particulares en cada caso.

RECOMENDACIONES

PRIMERA: Al realizar la búsqueda de casuística para el presente trabajo de investigación he podido observar la falta de alimentación y actualización que existe en los servicios en el portal de la página web del Poder Judicial, por lo que es necesario mejorar la información que se brinda a todos los sujetos que intervienen en el proceso con una adecuada organización y un criterio de búsqueda avanzado que permita acceder a los usuarios a temas de interés específicos.

SEGUNDA: Pese a ir en aumento el debate doctrinario sobre la regulación y la aplicación de la prueba de oficio como facultad discrecional de los jueces en un sistema acusatorio adversarial y los múltiples temas trascendentes en torno a la prueba en el proceso penal la realización de eventos por parte de la unidad académica del Poder Judicial es mínima, por lo que se recomienda una mayor iniciativa de esta institución a fin de contribuir con una permanente actualización en la comunidad jurídica.

TERCERA: Así mismo, invoco a las universidades a través de sus facultades de derecho contribuir con la difusión de contenidos jurídicos actuales y efervescentes en su comunidad estudiantil a fin de incentivar la investigación de temas que si bien actualmente no se encuentran en su punto problemático más álgido en un periodo de tiempo no muy lejano entrará a debate promoviendo así una cultura jurídica de prevención.

CAPÍTULO VI

PROPUESTA

O

APORTE DE LA

INVESTIGACIÓN

1.- PROPUESTA NORMATIVA:

TEXTO ACTUAL:

CÓDIGO PROCESAL PENAL – DECRETO LEGISLATIVO N° 957

• **Artículo 385:**

1. Si para conocer los hechos, siempre que sea posible, que no se halla realizado dicha diligencia en la investigación preparatoria o ésta resultara manifiestamente insuficiente, el Juez Penal, de oficio o a pedido de parte, previo debate de los intervinientes, ordenará la realización de una inspección o de una reconstrucción, disponiendo las medidas necesarias para llevarlas a cabo.

2. El Juez Penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El Juez Penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes.

3. La resolución que se emita en ambos supuestos no es recurrible.

TEXTO ALTERNATIVO:

CÓDIGO PROCESAL PENAL – DECRETO LEGISLATIVO N° 957

- **Artículo 385:**

1. Si para conocer los hechos, siempre que sea posible, que no se halla 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 medios probatorios adicionales si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad, ***siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes y admitida por el juez en el proceso.*** El Juez Penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes.

3. La resolución que se emita en ambos supuestos no es recurrible.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MATERIALIZADAS:

LIBROS:

- ALVARADO VELLOSO, A. (2004). *Debido proceso versus pruebas de oficio*. Bogotá: Temis.
- ALVARADO VELLOSO, A. (2006). *La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ANGULO MORALES, M. (2012). *El Derecho Probatorio en el Nuevo Proceso Penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- ARANA MORALES, W. (2014). *Manual de Derecho Procesal penal*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- ASECIO MELLADO, J. M. (1991). *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso*. Madrid: Trivium.
- B.J. MAIER, J. (2003). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto.
- BEDOYA SIERRA, L. (2008). *La prueba en el proceso penal colombiano*. Bogotá: Diagonal.
- BINDER, A. (1999). *Introducción Al Derecho Procesal Penal* (Segunda Ed.). Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.

- BOVINO, A. (2005). *Principios Políticos Del Procedimiento Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- CABANELLAS, G. (1984). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Heliasta.
- CAFFERATA NORES, J. I. (2000). *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso argentino*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- CAFFERATA NORES, J. (2008). *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- CALDERÓN SUMARRIVA, A. *Colección de temas procesales conflictivos: El Nuevo sistema procesal penal: Análisis crítico*. Lima: EGACAL.
- CALDERÓN SUMARRIVA, A. (2011). *El Nuevo Sistema Procesal Penal: Análisis crítico*. Lima: Egacal.
- CARBAJAL RAMIREZ, D. M. (2009). Precisiones constitucionales sobre los poderes de instrucción que tiene el juez. *Diálogos de saberes*.

- CAROCCA PÉREZ, Á. (2005). *Manual: El Nuevo Sistema Penal* (Tercera Ed.). Santiago De Chile: Lexis Nexis.
- CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS. (2002). Informe Corporativo: Proyecto "Seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina". *Sistemas Judiciales: Una perspectiva integral sobre la administración de justicia* .
- CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS. (2003). Seguimiento de los procesos de Reforma en Judicial en América Latina. *Sistemas Judiciales: Una perspectiva integral sobre la administración de justicia*.
- CENTRO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS JUDICIALES. (2010). *Jornada Conmemorativa por el Décimo Aniversario de Vigencia del Código Procesal Penal*. Asunción: Dilp.
- CUBAS VILLANUEVA, V. (2009). *El Nuevo Proceso Penal Peruano*. Lima: Palestra.
- FÉLIX TASAYCO, G. (2006). *La Prueba Ilícita en la doctrina y en el Nuevo Código Procesal Penal. Libro Homenaje Al Profesor Raúl Peña Cabrera*. Lima: Palestra.
- FIERRO MÉNDEZ, H. (2002). *Manual de derecho procesal penal*. Bogotá: Editorial Leyer.

- FRISANCHO APARICIO, M. (2014). *El Nuevo Proceso Penal: Tería y Práctica*. Lima: Ediciones Legales E.I.R.L.
- GIMENO SENDRA, V. (1999). *Derecho Procesal Penal* (Tercera Ed.). Madrid: Colex.
- HUERTA GUERRERO, L. A. (2003). *El Debido Proceso En Las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Comisión Andina De Juristas.
- HURTADO POZO, J., & CASTRO, S. M. (2004). *La Reforma del Proceso Penal Peruano: Anuario de Derecho Penal 2004*. Lima: PUCP.
- HURTADO POZO, J., & DU PUIT, J. (2006). *Derecho Penal y diferencias culturales: Anuario de Derecho Penal 2006*. Lima: PUCP.
- IDROGO DELGADO, T. (1994). *Principios Fundamentales del Derecho Procesal Civil*. Trujillo: Editorial Marsol.
- JAÉN VALLEJO, M. (2002). *Tendencias Actuales de la Jurisprudencia Constitucional Penal: Las Garantías Del Proceso Penal*. Barcelona: Dykinson.

- MARTÍNEZ, J. J. (2006). *Los nuevos fundamentos de las pruebas penales: Una reflexión desde la estructura constitucional del proceso penal colombiano*. Bogotá: Covers Desing EU.
- MARTÍNEZ, M. (1995). *Estado de Derecho y Política Criminal*. Bogotá: Editorial Ibañez.
- MELGAREJO BARRETO, P. (2011). *Curso de Derecho Procesal Penal*. Lima: Jurista Editores.
- MIRANDA ESTAMPRES, M. (1997). *La mínima actividad en eproceso penal*. Barcelona: José María Bosch Editor.
- MIXÁN MASS, F. (1993). *Derecho Procesal Penal. Juicio Oral*. Trujillo: Ediciones Blg.
- MIXÁN MASS, F. (2003). *Juicio Oral*. Trujillo: Bgl.
- MONTERO AROCA, J. (1999). *Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano*. Lima: Editorial Estrella.
- MONTERO AROCA, J. (2000). *Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial.
- MORA, M. E. (2006). *Metodología de la Investigación: Derarrollo de la inteligencia*. México: THOMSON.

- NEYRA FLORES, J. A. (2010). *Manual del Nuevo Proceso Penal & De Litigio Oral*. Lima: Editorial Idemsa.
- NUÑEZ CHOCANO, P. (2008). *Derecho Probatorio y derechos Humanos*. Lima: Moreno S.A. - IDEMSA.
- ORÉ GUARDIA, A. (1993). *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Lima: Editorial Alternativas.
- ORÉ GUARDIA, A. (2011). *Manual Derecho Procesal Penal*. Lima: Editorial Reforma.
- PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. (2012). *Derecho Procesal Penal: Sistema acusatorio teoría del caso técnica de litigación oral*. Lima: Rodhas.
- PICO I JUNOY, J. (1998). *La Imparcialidad Judicial y sus Garantías: La Abstención y recusación*. Barcelona: J.M. Bosch.
- QUIROGA LEÓN, A. (1989). *Las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia*. Lima: Editorial Constitución Y Sociedad.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. (2006). *La Garantía del ne bis in idem en el Ordenamiento Jurídico Penal*. Lima: Jurista Editores.
- REYNA ALFARO, L. M. (2015). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Instituto Pacífico.

- ROJAS VARGAS, F. (2004). *Síntesis y estudio preliminar del código procesal peruano de 2004*. lima: grijley.
- ROSAS YATACO, J. (2009). *Manual De Derecho Procesal Penal con Aplicación al Nuevo Proceso Penal*. Lima: Jurista Editores Eirl.
- ROSAS YATACO, J. (2013). *Tratado de Derecho Procesal Penal: Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Instituto Pacífico.
- SAN MARTIN CASTRO, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Lima: Grijley.
- SAN MARTÍN CASTRO, C. (2003). *Derecho Procesal Penal (Segunda Ed., Vol. I)*. Lima: Grijley.
- SÁNCHEZ VELARDE, P. (2013). *Código Procesal Penal Comentado*. Lima: Idemsa.
- SÁNCHEZ VELARDE, P. (2009). *El Nuevo Proceso Penal*. Lima: Moreno.
- SCHMIDT, E. (2008). *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Lerner.
- TALAVERA ELGUERA, P. (2009). *La prueba en el nuevo proceso penal*. Lima: Academia de la Magistratura.

- TARUFFO, M. (2008). *La prueba, artículos y conferencias*. Santiago de Chile: Metropolitana.
- TOMÉ GARCÍA, J. (1995). *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Pacífico Editores.
- VELARDE, P. S. (2009). *El nuevo proceso penal*. Lima, Perú: Moreno.

REVISTAS:

- CARO CORIA, D. C. (s.f.). Las Garantías Constitucionales en el Proyecto del Código Procesal Penal de mayo de 2004. *El Peruano: Suplemento de análisis legal*.
- CASTAÑEDA OTSU, S. Y. (14 de enero de 2014). Acusación y tutela. *Jurídica: El Peruano*.
- CEVERINO, N. Z. (julio 2014). Problemática de la Prueba de Oficio en el Proceso Penal Peruano. *Diálogo con la Jurisprudencia - Gaceta Jurídica*.
- LANDA ARROYO, C. (2006). Bases Constitucionales Del Nuevo Código Procesal Penal Peruano. *Revista De La Academia De La Magistratura*.

- LEDESMA NARVAEZ, M. (agosto de 1999). La Prueba de oficio en el sistema dispositivo - Gaceta Jurídica. *Diálogo con la Jurisprudencia*.
- SALINAS SICCHA, R. (2014). La verdad de los hechos. *Revista jurídica N° 486*.
- TALAVERA ELGUERA, P. (2004). Juicio Oral y Actividad Probatoria en el Nuevo Código Procesal Penal De 2004. *Revista Del Colegio De Abogados De Lima* (7).

DESMATERIALIZADAS:

- AROSEMENA, D. M. (s.f.). *Derecho Procesal*. Recuperado el 25 de agosto de 2015, de <http://www.grupoevos.com/revistajuridicapanam/articulos201005/prueba-oficio.htm>
- BECERRA SUÁREZ, O. (31 de octubre de 2013). *Blog de Orlando Becerra Suárez*. Recuperado el 20 de octubre de 2015, de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/orlandobecerra/2013/10/31/el-derecho-al-juez-imparcial/>
- BRAMONT ARIAS, L. (s.f.). *El principio de legalidad de la represión y la nueva Constitución Política del Perú*. Obtenido de

https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_34.pdf

- CALDERÓN SUMARRIVA, A. (noviembre de 2008). *Abriendo las puertas al modelo inquisitivo*. Recuperado el 10 de agosto de 2015, de <http://anitacaderon.com/n.php?=69>
- CALDERÓN SUMARRIVA, A. (12 de noviembre de 2008). *Ana Calderón Sumarriva*. Recuperado el 21 de julio de 2015, de <http://anitalcalderon.com/n.php?p=69>
- CARO CORIA, D. C. (s.f.). *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. Obtenido De Caro & Asociados: <http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/caro/Garant%EDas-Constitucionales-Proc-Penal.pdf>
- CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS. (s.f.). *Boletín Informativo*. Recuperado el 18 de julio de 2015, de Boletín Informato <http://www.cejamericas.org/BoletinNexos/index.php/using-joomla/extensions/components/content-component/article-categories/108-mexico-un-codigo-unificado-para-32-estados>
- CHÁVEZ NUÑEZ, F. M. (s.f.). Recuperado el 12 de Agosto de 2015, de <http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/11/9.7.-Chavez-Nu%C3%B1ez.pdf>

- CHECCHI AND COMPANY PROYECTO DE EL SALVADOR. (2011). *Escuela de Capacitación Fiscal de la Fiscalía General de la República de El Salvador*. Recuperado el 31 de julio de 2015, de http://escuela.fgr.gob.sv/wp-content/uploads/Leyes/Leyes-2/Tratado_Derecho_Probatorio.pdf
- ESPAÑOL, E. L. (s.f.). *Método Científico*. Obtenido de http://enciclopedia.us.es/index.php/M%C3%A9todo_cient%C3%ADfico
- FUNDACIÓN CONSTRUIR. (septiembre de 2012). *Reforma Procesal Penal y Detención Preventiva en Bolivia*. Recuperado el 5 de agosto de 2015, de [http://bolivia.ohchr.org/docs/Publicacion%20Reforma%20Procesal%20B\[1\]%20Impresi%C3%B3n%20AR.pdf](http://bolivia.ohchr.org/docs/Publicacion%20Reforma%20Procesal%20B[1]%20Impresi%C3%B3n%20AR.pdf)
- LÓPEZ ZÚÑIGA, E. J., & FERRERA TURCIOS, D. (s.f.). *Corte Suprema de Justicia de Honduras*. Recuperado el 03 de agosto de 2015, de <http://www.aecid.hn/portal/sites/default/files/Derecho%20Procesal%20Penal%20.pdf>
- MAHMAD DAUD, M. P. (2015). *Sistema Penal Acusatorio*. Recuperado el 27 de agosto de 2015, de

<http://acusatoriouniversidadamericana.blogspot.pe/2013/07/el-juez-en-el-nuevo-sistema-penal.html>

- MONTERO AROCA, J. (s.f.). Recuperado el 09 de SEPTIEMBRE de 2015, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/836/28.pdf>
- MONTERO AROCA, J. (s.f.). *La garantía procesal penal y el principio acusatorio*. Recuperado el 21 de julio de 2015, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/836/28.pdf>
- PEÑA, S. F. (26 DE MAYO DE 2010). *Ojo Con El Búho (Blog De Cecilio Floronda)*. Recuperado el 23 de marzo de 2015, de <http://ojoconelbuho.blogspot.com/2010/05/la-prueba-de-oficio-y-el-nuevo-modelo.html>
- PERELLANO & HERRERA ABOGADOS. (s.f.). *www.phlaw.com*. Recuperado el 05 de AGOSTO de 2015, de <http://phlaw.com/imagen?file=articulos/259/codigo-procesal-penal-republica-dominicana>
- PÉREZ, J. D. (7 DE DICIEMBRE DE 2011). *Caperlegales - Consultores*. Recuperado el 21 de marzo de 2015, de <http://judiecaper.blogspot.com/2011/12/la-actuacion-de-la-prueba-de-oficio-en.html>

- PICO I. JUNOY, J. (Del 29 al 31 de octubre de 2003). *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia. Un debate mal planteado*. Recuperado el 29 de julio de 2015, de Ponencia presentada al Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrada en Lima: <https://www.google.com/search?q=Vid.%20PICO%20I%20JUNOY%20C%20Joan%20E%80%9CEI%20derecho%20procesal%20entre%20el%20garantismo%20y%20la%20eficacia>.
- PICO I. JUNOY, J. (05 de octubre de 1999). *El juez penal y su iniciativa probatoria: reconsideración de una errónea doctrina jurisprudencial*. Recuperado el 29 de julio de 2015, de En la ley N° 4898: https://www.google.com/search?q=CAVALLONE%20Y%20LA%20POTESTAD%20DISCRECIONAL&gws_rd=ssl#q=presuncion+de+inocencia+y+carga+de+la+prueba
- POLANCO, U. J. (30 DE MAYO DE 2004). *Dulce nostalgia*. Recuperado el 04 de agosto de 2015, de www.juarezpolanco.com: <http://www.juarezpolanco.com/2004/05/30/articulos/en-que-se-diferencia-el-cpp-del-in/>
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2001). *REAL ACADEMIA ESPAÑOLA*. Recuperado el 30 de julio de 2015, de <http://lema.rae.es/drae/?val=prueba>

- REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE MANABÍ. (2 de abril de 2008). *Revista del Colegio de Abogados de Manabí*. Recuperado el 02 de agosto de 2015, de <http://abogadosmanabi.blogspot.com/2008/04/oficiosidad-de-pruebas-frente-al.html>
- SALINAS SICCHA, R. (s.f.). *La etapa intermedia en el modelo procesal acusatorio del Código Procesal de 2004*. Recuperado el 21 de julio de 2015, de Escuela del Ministerio Público: http://www.mpfm.gob.pe/escuel/contenido/actividades/docs/3267_01el_juez_de_la_invest_prep_en_la_etapa_intermedia.pdf
- SÁNCHEZ VELARDE, P. (s.f.). *La fase de juzgamiento*. Recuperado el 22 de julio de 2015, de <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/fasedejuzgamiento.pdf>
- SIUCE MORENO, C. (2015). Recuperado el 23 de agosto de 2015, de <http://carlossiucemoreno.bligoo.es/prueba-de-oficio-ncpp#.VjptANlvfIV>
- SUAZO LAGOS, R., VALLADARES LANZA, L., & PALACIOS, J. M. (s.f.). *El proceso penal en Honduras*. Recuperado el 01 de agosto de 2015, de

<https://d3gqux9sl0z33u.cloudfront.net/AA/AT/gambillingonjustice-com/downloads/215133/unpan028759.pdf>

- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (1986). *Las normas rectoras del Proyecto del Código Penal Peruano De 1986*. Obtenido De Blog De La Universidad De Fribourg Del Dr. José Hurtado Pozo: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1988_02.pdf

ANEXO 01

GUÍA DE OBSERVACIÓN DE LAS POSICIONES DOCTRINARIAS

E N C O N T R A		
A F A V O R		“
C O N L Í M I T E S		

ANEXO 02

GUIA DE OBSERVACIÓN DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA

PAÍSES LATINOAMERICANOS CON EL SISTEMA ACUSATORIO - ADVERSARIAL	
NO REGULAN LA PRUEBA DE OFICIO	REGULAN LA PRUEBA DE OFICIO

PAÍSES LATINOAMERICANOS CON EL SISTEMA ACUSATORIO – ADVERSARIAL QUE REGULAN LA PRUEBA DE OFICIO	
CÓDIGO PROCESAL O DE PROCEDIMIENTOS PENALES	OTROS DOCUMENTOS LEGALES

PAÍSES LATINOAMERICANOS CON EL SISTEMA ACUSATORIO – ADVERSARIAL QUE REGULAN LA PRUEBA DE OFICIO EN SU PROCESO PENAL	
PROHIBIÉNDOLA	ADMITIÉNDOLA

PAÍSES LATINOAMERICANOS CON EL SISTEMA ACUSATORIO ADVERSARIAL QUE REGULAN LA PRUEBA DE OFICIO EN SU PROCESO PENAL ADMITIÉNDOLA	
SIN LÍMITES	CON LÍMITES

ANEXO 03

**RESOLUCIONES DE PRIMERA Y SEGUNDA
INSTANCIA**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 41-2012
MOQUEGUA

SENTENCIA CASATORIA

Lima, seis de junio de dos mil trece.-

VISTOS: en audiencia privada; el recurso de casación por las causales de inobservancia de la garantía constitucional de carácter material, concretamente la afectación de las garantías de presunción de inocencia y debido proceso, así como por la causal de falta de logicidad en la motivación y por apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, interpuesto por el acusado Rodolfo Rafael Tirado Rivera, contra la sentencia de vista de fojas trescientos setenta, del dos de diciembre de dos mil once, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas trescientos uno, del uno de septiembre de dos mil once, que lo condenó por el delito contra la libertad sexual – Violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales M.A.M.T. y revocó en el extremo de la pena impuesta, reformándola le impuso veinticuatro años de pena privativa de libertad; Interviene como ponente el señor Juez Supremo Villa Stein.

PRIMERO: FUNDAMENTOS DE HECHO:

I. INTINERARIO DEL PROCESO EN PRIMERA INSTANCIA:

1.1. El encausado Rodolfo Rafael Tirado Rivera fue investigado y procesado penalmente, con arreglo al Nuevo Código Procesal Penal, emitiendo el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, la sentencia de fecha uno de septiembre de dos mil once, obrante a fojas trescientos uno, que condenó al procesado Rodolfo Rafael Tirado Rivera, como autor del delito contra la Libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, conducta prevista y penada en el artículo ciento setenta y tres, numeral tres, del Código Penal, concordado con el último párrafo del artículo ciento setenta y tres del mismo cuerpo legal, en agravio de la entonces menor de iniciales M.A.M.T., a

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 41-2012
MOQUEGUA

veinte años de pena privativa de libertad con el carácter de efectiva, al sostener que:

A) Se encuentra acreditado que el procesado tiene un vínculo de parentesco por afinidad, lo que daba al acusado particular autoridad sobre la agraviada, configurándose la agravante.

B) Asimismo, precisa que no se ha acreditado que el encausado haya ultrajado a la agraviada, cuando tenía ocho años, ya que el testigo Monroy Yari, médico de la posta de San Francisco, que la examinó cuando tenía nueve años de edad, refirió que no presentaba signos de desgarramiento himeneal.

C) Respecto al hecho imputado ocurrido el veintiuno de diciembre de dos mil nueve, se encuentra acreditado con la declaración de la agraviada, la misma que cumple con las garantías de certeza, señaladas en el Acuerdo Plenario número dos guión dos mil cinco oblicua CJ guión ciento dieciséis, evidenciándose ausencia de incredulidad subjetiva, pues si bien la agraviada ha sostenido que sentía pena, tristeza, impotencia, rabia o cólera, por las agresiones que el acusado hacía a su hermano o por los insultos proferidos a su madre, dichos estados emocionales están asociados a conductas concretas del acusado, los que no guardan relación con la imputación materia de juzgamiento, exigiendo la agraviada únicamente justicia; asimismo, el relato de la agraviada es persistente en la incriminación y es verosímil, pues se encuentra corroborado con otros elementos de pruebas periféricos, tales como el certificado médico legal y las declaraciones de los peritos y testigos.

1.2. Estando a ello, el abogado defensor del procesado Rodolfo Rafael Tirado Rivera y el representante del Ministerio Público, interpusieron recurso de apelación contra la sentencia antes mencionada, habiéndoseles concedido el mismo mediante resoluciones de fecha veinte y veintiuno de septiembre de dos mil

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 41-2012
MOQUEGUA

once, tal como se aprecia a fojas trescientos veinticuatro y trescientos treinta y dos, respectivamente.

II. DEL TRÁMITE RECURSAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

2.1. El Superior Tribunal, culminada la fase de traslado de la impugnación, y realizada la audiencia de apelación, conforme aparece del acta de fojas trescientos sesenta y cinco, del veintitrés de noviembre de dos mil once, cumplió con emitir y leer en audiencia privada la sentencia de apelación de fojas trescientos setenta, del dos de diciembre de dos mil once.

2.2. La Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, mediante sentencia de vista del dos de diciembre de dos mil once, de fojas trescientos setenta, confirmó la sentencia apelada, por la que se condena a Rodolfo Rafael Tirado Rivera, como autor del delito contra la Libertad sexual, en la modalidad de Violación sexual de menor agravado, en perjuicio de M.A.M.T., previsto en el artículo ciento setenta y tres, numeral tres del Código Penal, en concordancia con la agravante prevista en el último párrafo de dicha norma, argumentando que:

A) No se evidencia la vulneración al debido proceso, toda vez que los magistrados utilizaron un tiempo prudencial, para deliberar la causa, y no treinta y siete segundos como señala la defensa del procesado.

B) Asimismo, se evidencia que la declaración de la agraviada, cumple con la garantía de certeza "ausencia de incredulidad subjetiva", por cuanto el Acto ha delimitado en forma clara y precisa, que si bien la agraviada se vio afectada por amargas experiencias que tuvo que soportar con el procesado, ellas sólo generaron estados emocionales transitorios, en relación

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 41-2012
MOQUEGUA

a específicas conductas, no en relación a la existencia misma de su padrastro.

C) Sobre la actuación de la prueba de oficio, ésta tiene relación directa con el esclarecimiento de la verdad, no habiéndose afectado su derecho de defensa, por cuanto el imputado tuvo la posibilidad de examinar y contrainterrogar a la víctima, su actuación no fue sorpresiva.

D) Además, considera que procede un incremento de la pena impuesta, pero más no así la solicitada por el representante del Ministerio Público.

E) Finalmente, señala que no ha sido objeto de recurso los hechos ilícitos que se habrían producido desde que la agraviada tenía ocho años de edad, siendo el único hecho que es materia de controversia, ocurrido el veintiuno de diciembre de dos mil nueve.

2.3. Estando a ello, la defensa técnica del encausado Tirado Rivera, interpuso recurso de casación, mediante escrito de fojas cuatrocientos cuatro, contra la resolución antes aludida, invocando como causales la inobservancia de la garantía constitucional de carácter material, concretamente la afectación de las garantías de presunción de inocencia y debido proceso, así como por la causal de falta de logicidad en la motivación y por apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, contenidas en el artículo cuatrocientos veintinueve incisos uno, cuatro y cinco del Código Procesal Penal.

III. DEL TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO:

3.1. El Tribunal Superior por resolución de fecha veintidós de diciembre de dos mil once, de fojas cuatrocientos veintitrés, concedió el recurso de casación extraordinario, y dispuso elevar los autos al Tribunal Supremo, elevándose la causa con fecha veinticuatro de enero de dos mil doce.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 41-2012
MOQUEGUA**

3.2. Cumplido el trámite de traslado a las partes procesales, este Tribunal Supremo mediante Ejecutoria de fecha cuatro de mayo de dos mil doce, de fojas veintiuno -del cuadernillo de casación-, en uso de sus facultades, declaró bien concedido el recurso de casación por las causales contenidas en el artículo cuatrocientos veintinueve, incisos uno, cuatro y cinco del Código Procesal Penal.

3.3. Deliberada la causa en secreto y votada el día seis de junio de dos mil trece, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia privada -con las partes que asisten- se realizará por la Secretaria de Sala el día diecinueve de junio de dos mil trece.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

4.1. Del ámbito de la casación: Conforme se ha señalado líneas arriba, mediante Ejecutoria Suprema del cuatro de mayo de dos mil doce -véase fojas veintiuno del cuadernillo de casación-, admitió a trámite en recurso de casación las causales de de inobservancia de la garantía constitucional de carácter material, concretamente la afectación de las garantías de presunción de inocencia y debido proceso, así como por la causal de falta de logicidad en la motivación y por apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, contenidas en el artículo cuatrocientos veintinueve, incisos uno, cuatro y cinco del Código Procesal Penal.

4.2. Los agravios que invoca son: Que, el procesado Tirado Rivera, a fojas cuatrocientos cuatro, fundamentó su recurso de casación, amparándose en las causales establecidas en los incisos uno, cuatro y cinco del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, sosteniendo que: **1)** El Tribunal Juzgador inobservó la garantía constitucional al debido proceso, contemplado en el inciso tercero, del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, específicamente el derecho al juzgamiento imparcial y justo, por la actuación de una prueba de oficio, esta es la declaración de la víctima, ordenada después de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 41-2012
MOQUEGUA

que culminó la etapa de admisión y actuación de pruebas; también se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia, pues la sentencia condenatoria se ha basado únicamente en la declaración de la agraviada; de igual modo, sostiene que se inobservó su derecho de defensa, pues se le recortó el tiempo para formular los alegatos de cierre y el Colegiado deliberó en pocos segundos la presente causa; **II)** asimismo, sostiene que la sentencia de vista incurre en ilogicidad en su motivación, por cuanto se aprecia un error en la apreciación de la prueba; y, **III)** además, se aprecia un apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema de Justicia, puesto que ha inaplicado el Acuerdo Plenario número dos guión dos mil cinco oblicua C/ guión ciento dieciséis, al haber inobservado que las relaciones entre la agraviada y el procesado no deben estar basados en el odio, resentimiento, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición; además, la declaración de la menor agraviada es incoherente y no se encuentra corroborada con pruebas periféricas de carácter objetivo que doten de actitud probatoria a la deposición.

DEL PRIMER MOTIVO CASACIONAL: INOBSERVANCIA DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:

4.3. El recurrente denuncia que la sentencia condenatoria vulneró la regla de suficiencia probatoria, al estar basada sólo en la declaración de la agraviada, única prueba actuada de oficio, vulnerándose así su derecho a un tribunal imparcial, asimismo, sostiene que se vulneró su derecho de defensa, al limitársele el tiempo para formular los alegatos de cierre y además, la Sala deliberó la causa en pocos segundos.

4.4. Que, uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente –primer párrafo del artículo dos del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal–. Ello quiere decir, primero, que las pruebas –así consideradas

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 41-2012
MOQUEGUA

por la Ley y actuadas conforme a sus disposiciones– estén referidas a los hechos objeto de imputación –al aspecto objetivo de los hechos– y a la vinculación del imputado con los mismos; segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio; correspondiéndole a los Tribunales de Mérito –de primera instancia y de apelación– la valoración de la prueba, de suerte que únicamente está reservado a este Tribunal de Casación apreciar si de lo actuado en primera y segunda instancia, en atención a lo expuesto en el fallo de vista, se evidencia la existencia de un auténtico vacío probatorio; por lo tanto, si existen pruebas directas o indiciarias, la alegación centrada en ese motivo decae o se quiebra.

4.5. De la atenta lectura de las sentencias de primera y segunda instancia se advierte que la condena se sustentó en el mérito al certificado médico legal, el mismo que fue ratificado por el perito y la sindicación efectuada por la agraviada, así como con otros elementos de prueba periféricos, tales como las declaraciones de los testigos, parientes de la menor agraviada; cumpliendo así con el requisito de suficiencia probatoria, no comprobándose algún vacío probatorio.

4.6. Asimismo, cabe precisar que la Sala se encuentra facultada para que en forma excepcional disponga de oficio la actuación de nuevos medios de prueba, si resultan indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad, tal como lo dispone el artículo trescientos ochenta y cinco, numeral dos del Código Procesal Penal; lo cual ha sido indicado por la Sala Superior; por lo tanto, no se evidencia una vulneración a su derecho a un Juez imparcial.

4.7. De otro lado, respecto al tiempo utilizado en el acto de deliberación, este cuestionamiento fue absuelto en la resolución de apelación, en la que precisan que conforme al Informe del especialista legal, el acto de deliberación en cuestión en realidad duró aproximadamente veinte minutos y no unos segundos como alega la defensa del procesado, además que el artículo trescientos

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 41-2012
MOQUEGUA

noventa y dos, inciso dos del Código Procesal Penal si bien precisa un tiempo máximo para la deliberación, más no así, estipula un tiempo mínimo, no evidenciándose ninguna irregularidad en dicho extremo.

4.8. En relación al tiempo limitado para ejercer sus alegatos de cierre; cabe precisar que el derecho de defensa se encuentra consagrado en el artículo ciento treinta y nueve, inciso catorce de la Constitución Política del Estado, el cual constituye un derecho fundamental e imprescindible de un debido proceso. Derecho constitucional que posibilita a las partes argumentar sus pretensiones y rebatir los fundamentos que la parte contraria formula en apoyo de las suyas; se aprecia del desarrollo del proceso, que el encausado tuvo oportunidad de defenderse, contando en todo momento con un abogado defensor, pudiendo el inculpado contradecir las pruebas y ejercer el control de las mismas, e intervino con pleno conocimiento en todas las etapas del proceso, razón por la cual no se evidencia una afectación de la garantía constitucional del derecho de defensa como sostiene.

DEL SEGUNDO MOTIVO CASACIONAL: MANIFIESTA ILOGICIDAD EN LA MOTIVACIÓN:

4.9. Alega el recurrente que se ha incurrido en una manifiesta ilogicidad en la motivación; toda vez que, se aprecia un error en la apreciación de la prueba, pues afirma que la sentencia se sustentó en la declaración del perito Dante Sahuana Calvo; el cual no concurrió al juicio oral, cuestiona también la validez de la declaración testimonial brindada por el tío materno de la menor agraviada, por cuanto éste habría ultrajado a la víctima cuando tenía nueve años de edad, así como las declaraciones brindadas por los peritos, con las que se pretende acreditar la persistencia en la incriminación.

4.10. Uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 41-2012
MOQUEGUA

congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. Debiendo precisar, que el contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa. No requiriendo que, de manera pormenorizada, el Tribunal o Juzgador se pronuncie en forma expresa y detallada sobre todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al Juez Penal corresponde resolver -véase sentencia del Tribunal Constitucional número mil doscientos treinta guión dos mil dos guión HC oblicua TC, fundamento jurídico diez al quince-.

4.11. En el caso en concreto, se evidencia que la sentencia de vista ha respetado el principio de la motivación de resoluciones judiciales; toda vez que, existe suficiente justificación de la decisión adoptada, evidenciándose congruencia entre lo pedido y lo resuelto, advirtiéndose que en puridad, lo que el recurrente pretende es que se efectúe una nueva reevaluación de las pruebas actuadas - que no es posible hacer en virtud a los principios procedimentales de oralidad e inmediación que rigen la actividad probatoria-; pues en rigor, cuestiona la validez de los medios probatorios actuados en el proceso, sobre los cuales determinaron su responsabilidad penal, la cual no cabe realizar, por su cognición limitada, al órgano de casación; en consecuencia, no es amparable los motivos de su recurso en este extremo.

DEL TERCER MOTIVO CASACIONAL: APARTAMIENTO DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

4.12. También el recurrente invocó como causal el apartamiento de la doctrina jurisprudencial, al otorgarle valor probatorio a lo declarado por la menor agraviada, apartándose de la jurisprudencia establecida en el Acuerdo Plenario

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 41-2012
MOQUEGUA

número dos guión dos mil cinco oblicua CJ guión ciento dieciséis, pues en su opinión dicha incriminación no reúne los requisitos formales establecidos en el mismo para ser considerado prueba de cargo.

4.13. Al respecto, cabe acotar que dicho cuestionamiento no tiene asidero legal, toda vez que la sentencia de primera instancia y la de vista han fundamentando los motivos por los cuales consideran que la declaración de la víctima reúne los requisitos previstos en el Acuerdo Plenario antes mencionado, advirtiéndose conforme se ha señalado líneas arriba, que realmente lo que pretende el recurrente, es que se efectúe una nueva reevaluación de las pruebas actuadas, lo cual no es posible hacer en virtud a los principios procedimentales de oralidad e inmediación que rigen la actividad probatoria; ya que ello no cabe realizar por el órgano de casación, por su cognición limitada; no existiendo apartamiento alguno del instrumento jurídico antes mencionado; por lo tanto, tampoco es amparable los motivos de su recurso en este extremo.

DEL CUARTO MOTIVO CASACIONAL: CAUSAL DECLARADA DE OFICIO PARA DESARROLLO DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL:

4.14. Que, si bien en el recurso de casación interpuesto por el recurrente, solo ha extendido el ámbito causal de su medio impugnatorio a los supuestos precedentemente señalados; sin embargo, debe indicarse que este Supremo Tribunal se encuentra facultado para que de oficio se pronuncie sobre una causal no invocada por el recurrente, cuando tengan por finalidad salvaguardar el principio de legalidad, o corregir una errónea interpretación o una falta de aplicación de Ley penal, de conformidad con lo estipulado en el inciso primero del artículo cuatrocientos treinta y dos del Código Procesal Penal, que a la letra dice: "El recurso atribuye a la Sala Penal de la Corte Suprema el conocimiento del proceso sólo en cuanto a las causales de casación expresamente invocadas por

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 41-2012
MOQUEGUA

el recurrente, sin perjuicio de la cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso".

4.15. Siendo así, y estando fuera de discusión la culpabilidad y responsabilidad penal del encausado en el hecho punible que es materia de pronunciamiento, ocurrido el veintinueve de diciembre de dos mil nueve, por haber violado sexualmente a la menor ya referida, conforme se colige del certificado médico legal de fojas ciento trece –que concluyó: "**himen con signos de desfloración antigua, no signos de acto contranatura ni lesiones paragenitales**"–, el mismo que fue ratificado por el perito y la sindicación efectuada por la agraviada, así como con otros elementos de prueba periféricos, hecho ilícito que se consumó cuando la víctima tenía más de dieciséis años de edad -tal como se aprecia de su partida de nacimiento, obrante a fojas ciento treinta y ocho-, habiéndose encuadrado dicha conducta, tanto en la acusación fiscal y en las sentencias condenatorias, en el inciso tres del primer párrafo, del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, concordante con el último párrafo del artículo ciento setenta y tres del Código Sustantivo.

4.16. Estando a lo expuesto, se advierte que en el presente caso existe interés casacional para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, por la causal prevista en el inciso quinto, del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, en concordancia con el inciso cuarto, del artículo cuatrocientos veintisiete del mismo cuerpo legal, a efectos de establecer si la conducta ilícita de violación sexual de mayor de catorce años y menor de dieciocho de años de edad -realizados mediante violencia física o amenaza-, previsto en el inciso tres, del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, concordante con el último párrafo del mismo artículo, debe ser reconducida al inciso dos, del segundo párrafo del artículo ciento setenta del Código Penal (Ley Penal más favorable al reo), en concordancia con lo estipulado en los Acuerdos Plenarios números uno guión dos mil doce oblicua CJ guión ciento dieciséis, del veintiséis de marzo de dos mil doce

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 41-2012
MOQUEGUA

y cuatro guión dos mil ocho oblicua CJ guión ciento dieciséis, de dieciocho de julio de dos mil ocho, referidos a la exención de responsabilidad penal para toda relación sexual voluntaria con adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad, pues tienen capacidad de mantener relaciones sexuales voluntariamente al igual que una persona mayor de dieciocho años de edad; en tanto, no medie violencia, grave amenaza o engaño. A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional, recientemente emitió la sentencia del doce de diciembre del dos mil doce, recaída en el expediente número cero ocho guión dos mil doce guión PI oblicua TC, que declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad, por haberse acreditado la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad, entre catorce años y menos de dieciocho; y en consecuencia, inconstitucional el artículo ciento setenta y tres, inciso tres del Código Penal, modificado por la Ley número veintiocho mil setecientos cuatro, lo cual no implica la excarcelación en los casos de violencia, agresión o abuso sexual contra dichos menores (en lo que no se acredita su consentimiento), pudiendo ser susceptibles de adecuación del tipo penal, dependiendo de los hechos concretos.

4.17. Entonces en los delitos de agresión sexual, el bien jurídico tutelado es la indemnidad o intangibilidad sexual, cuando el sujeto pasivo carece de las condiciones para decidir sobre su libertad en tal ámbito, siendo así nuestro ordenamiento jurídico -bajo el criterio de interpretación sistemático- protege a las personas menores de catorce años. En ese caso el ejercicio de la sexualidad con dichas personas se prohíbe en la medida en que pueda afectar el desarrollo de su personalidad y producir alteraciones importantes que incidan en su vida o equilibrio psíquico de cara al futuro, por lo tanto, cualquier consentimiento del incapaz carece de validez, configurándose una presunción *iuris et de iure* de la ausencia del consentimiento válido; mientras que, cuando la edad supera los catorce años, el asunto se concreta a la protección de la libertad sexual, esto es,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 41-2012
MOQUEGUA

la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para autodeterminarse; toda vez que, es la expresión de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, vinculada de manera directa con el respeto de la dignidad de la persona humana; todo ello conforme se explicó y desarrolló en los Acuerdos Plenarios número cuatro guión dos mil ocho oblicua CJ guión ciento dieciséis y uno guión dos mil doce oblicua CJ guión ciento dieciséis.

4.18. En tal sentido, resulta necesario reconducir la tipificación de la conducta imputada al encausado ~~que no afectó la indemnidad sexual sino la libertad sexual de una adolescente-~~, prevista en el inciso tres, del artículo ciento setenta y tres ~~-primer párrafo-~~ del Código Penal, concordante con el último párrafo del mismo artículo, el regulado en el inciso dos, del segundo párrafo, del artículo ciento setenta del Código Penal, de conformidad con lo dispuesto en el inciso once, del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, lo cual no afecta el derecho de defensa del encausado ni sus derechos fundamentales, puesto que se mantiene la homogeneidad del bien jurídico protegido, la inmutabilidad de los hechos y las pruebas, coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación del tipo y esencialmente no se produce agravio al encausado, tal como lo puntualiza la sentencia del seis de febrero del dos mil nueve, expediente número doscientos ochenta y seis guión dos mil ocho guión PHC oblicua TC, Ayacucho.

4.19. Como segundo nivel de análisis, compete referirse al quantum de pena impuesta, a tenor de lo expuesto precedentemente cabe señalar que al haberse recalificado la conducta al segundo párrafo, del artículo ciento setenta del Código Penal, los márgenes punitivos han variado, por lo que la sanción legalmente correspondiente es de doce a dieciocho años de pena privativa de libertad; en ese sentido, teniendo en cuenta la forma en que sucedieron los hechos y al no existir circunstancia de atenuación, debe imponerse la sanción

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 41-2012
MOQUEGUA**

más alta correspondiente al nivel de afectación del bien jurídico señalado, esto es, de dieciocho años de privación de libertad.

**V. DE LOS PRONUNCIAMIENTOS EMITIDOS POR ESTA SUPREMA SALA PENAL
RESPECTO A LA RECONDUCCIÓN DEL TIPO PENAL DE VIOLACIÓN SEXUAL:**

Finalmente, cabe resaltar que éste Supremo Colegiado, ha emitido diversos pronunciamientos respecto a la materia en cuanto a la reconducción del tipo penal previsto en el inciso tres, del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, al artículo ciento setenta del Código Sustantivo (subsunción técnica jurídicamente correcta), en atención a la doctrina jurisprudencial establecida en los Acuerdos Plenarios números cuatro guión dos mil ocho oblicua CJ guión ciento dieciséis y uno guión dos mil doce oblicua CJ guión ciento dieciséis, así como las Ejecutorias Supremas recaídas en los Recursos de Nulidad números novecientos ochenta y ocho guión dos mil once Huánuco, del doce de abril de dos mil doce, mil setecientos setenta guión dos mil once Cusco, del veintiuno de junio de dos mil doce, ochocientos cincuenta y cuatro guión Ancash, del tres de abril de dos mil once y mil trescientos veintinueve guión dos mil diez Arequipa, del nueve de noviembre de dos mil diez.

VI. DECISIÓN:

Por ello, administrando justicia a nombre de la Nación, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, acordamos:

I. DECLARAR INFUNDADO el recurso de casación por la causal de inobservancia de la garantía constitucional de carácter material, concretamente la afectación de las garantías de presunción de inocencia y debido proceso,

II. DECLARAR INFUNDADO el recurso de casación por la causal de falta de lógica en la motivación

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 41-2012
MOQUEGUA

III. DECLARAR INFUNDADO el recurso de casación por apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema

IV. DECLARAR DE OFICIO FUNDADO el recurso de casación -de conformidad con el inciso primero, del artículo cuatrocientos treinta y dos del Código Procesal Penal-, para desarrollo de doctrina jurisprudencial; en consecuencia **CASARON** el extremo de la sentencia de vista de fojas trescientos setenta, del dos de diciembre de dos mil once, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas trescientos uno, del uno de septiembre de dos mil once, que condenó a Rodolfo Rafael Tirado Rivera, por el delito contra la libertad sexual – Violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales M.A.M.T. y revocó el extremo de la pena impuesta, reformándola le impuso veinticuatro años de pena privativa de libertad, ilícito penal previsto en el artículo ciento setenta y tres, inciso tercero del Código Penal, concordado con el último párrafo del artículo ciento setenta y tres del mismo cuerpo legal;

V. Actuando en sede de instancia, **REVOCARON** el extremo de la sentencia de vista de fojas trescientos setenta, del dos de diciembre de dos mil once, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas trescientos uno, del uno de septiembre de dos mil once, que condenó a Rodolfo Rafael Tirado Rivera, por el delito contra la libertad sexual – Violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales M.A.M.T., y revocó el extremo de la pena impuesta, reformándola le impuso veinticuatro años de pena privativa de libertad, ilícito penal previsto en el artículo ciento setenta y tres, inciso tercero del Código Penal, concordado con el último párrafo del artículo ciento setenta y tres del mismo cuerpo legal; y,

VI. REFORMÁNDOLA condenaron al encausado Rodolfo Rafael Tirado Rivera, como autor del delito contra la Libertad sexual, previsto en el inciso segundo, del segundo párrafo, del artículo ciento setenta del aludido Código Penal, y como tal le impusieron dieciocho años de pena privativa de libertad, que con el descuento

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN Nº 41-2012
MOQUEGUA**

de carcelería que viene sufriendo desde el primero de septiembre de dos mil once, vencerá el treinta y uno de agosto de dos mil veintinueve.

VII. ESTABLECER COMO DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE lo señalado en el punto cuarto de la parte considerativa de la presente Ejecutoria Suprema -de conformidad con el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal-, respecto a la reconducción del tipo penal en los atentados a la libertad sexual, en agravio de los adolescentes de catorce y menores de dieciocho años de edad, al tipo penal previsto en el artículo ciento setenta del Código Penal.

VIII. DISPUSIERON se dé lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia privada y se publique en el diario oficial "El Peruano".

IX. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema; Hágase saber.-

S.S.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

ROZAS ESCALANTE

VS/mcay

18 FEB 2014

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA R. N. N.º 383-2011 LIMA

J

Lima, veinte de noviembre de dos mil trece

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por el PROCURADOR PÚBLICO y por las defensas técnicas de los procesados LUIS MANUEL DELGADO DE LA PAZ, GENOVENA ESPERANZA MEDINA LEWIS DE DELGADO, LUIS MANUEL DELGADO MEDINA y JESÚS MANUEL DELGADO MEDINA, contra la sentencia de fojas veintiún mil doscientos treinta y dos, del veinte de diciembre de dos mil diez, que: i) Condenó al procesado Luis Manuel Delgado de la Paz como autor del delito contra la Administración Pública-corrupción de funcionarios-enriquecimiento ilícito, en agravio del Estado, a siete años de pena privativa de la libertad, inhabilitación por el término de tres años, y fijó en la suma de cinco millones de nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar solidariamente con sus coprocesados a favor del Estado. ii) Condenó a los acusados Genoveva Esperanza Medina Lewis de Delgado, Luis Manuel Delgado Medina y Jesús Manuel Delgado Medina, como cómplices secundarios del delito contra la Administración Pública-corrupción de funcionarios-enriquecimiento ilícito, en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, bajo reglas de conducta, e inhabilitación por el término de tres años; así como el pago de cinco millones de nuevos soles por concepto de reparación civil, que deberán pagar solidariamente con el procesado Manuel Delgado de la Paz, a favor del Estado. De conformidad, en parte, con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal.

[Handwritten scribbles]

Interviene como ponente el señor PRÍNCIPE TRUJILLO.

[Handwritten signature]

483



CONSIDERANDO:

Expresión de agravios y problema jurídico

Primero. La defensa técnica del procesado Manuel Delgado de la Paz, en su recurso formalizado de fojas veintiún mil setecientos sesenta y nueve, alega lo siguiente: **i)** Que se efectuó una indebida valoración de las pruebas, y que el Colegiado Superior actuó con abuso de autoridad al ordenar la ampliación de la pericia contable de oficio, a cargo de economistas auditores de la Contraloría, distintos a los que forman parte del REPEJ, aunado a que se vulneró el principio del debido proceso porque la sentencia condenatoria se fundamentó en actos de investigación que no fueron sometidos al contradictorio. **ii)** Que se infringió el principio de legalidad, por cuanto el delito de enriquecimiento ilícito, en su versión original, tenía como elementos típicos de justificación, a la presunción de enriquecimiento ilícito, en función a un desbalance patrimonial sobre la base de la declaración de bienes y rentas, y al requerimiento. Asimismo, sostiene que la Sala Superior aplicó retroactivamente la modificación de junio de dos mil uno, cuando en el caso de su patrocinado los hechos que se le atribuyen tiene un marco temporal entre los años mil novecientos noventa y dos al dos mil, por lo que únicamente le resulta aplicable la redacción original. **iii)** Que se efectuó una indebida fundamentación en la sentencia recurrida, pues el Tribunal de Juzgamiento consideró como gastos realizados, a todo el movimiento de las cuentas bancarias, sin diferenciar los abonos de cargo, las ganancias ni los intereses. **iv)** Que la sentencia consagró una presunción de culpabilidad, y vulneró la presunción de inocencia que se ampara en la Constitución Política, así como en los instrumentos jurídicos internacionales. Agregó que la necesidad de justificar razonablemente

J



el incremento patrimonial de su patrocinado implica una vulneración a su libertad de declarar y a su derecho a la no autoincriminación. v) Que el delito de enriquecimiento ilícito posee naturaleza subsidiaria, pues esta figura surgió para evitar que los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios o servidores públicos queden en la impunidad por problemas de probanza, por lo que dicha naturaleza subsidiaria implica que cuando surja la imputación, previamente se ha tenido que descartar la imputación por otros delitos contra la Administración Pública, lo que no ocurre en el caso de autos. Sostiene, además, que en el presente caso no se ha probado la ilicitud del patrimonio, el cual se determina en función a la vinculación causal que se presenta por razón del cargo del empleo público. vi) Que es necesaria una relación de causalidad entre el enriquecimiento y la posición funcional del funcionario público; además, sostiene que el Ministerio Público debe probar que el funcionario público se ha enriquecido ilícitamente en el periodo que ejerció dicho cargo. vii) Que únicamente se haya tomado como referencia el valor patrimonial establecido en la declaración jurada del Impuesto a la Renta de persona natural, como el patrimonio inicial de su patrocinado; sin considerar el ahorro acumulado por la sociedad conyugal, teniendo en cuenta que en el periodo del año mil novecientos sesenta y seis a mil novecientos ochenta y siete, tuvo ingresos demostrados superiores a los ciento noventa y nueve mil dólares americanos. Añade que en autos obra el oficio de la Dirección General de la Oficina de Economía del Ejército, en el cual se reconoce que dentro de los ingresos de los oficiales superiores de esta institución se encuentran los viáticos; señaló, además, que no existía norma que ordene la devolución del saldo del dinero no utilizado por concepto de viáticos en los viajes por comisión de servicios, por lo que

[Handwritten scribbles]

[Handwritten signature]

J



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA R. N. N.º 383-2011 LIMA

debió considerarse como ingresos a favor de su defendido, al igual que los ingresos por combustible. viii) Que la Sala Superior vulneró el principio de legalidad, al aplicar retroactivamente la modificación del artículo cuatrocientos uno del Código Penal, introducido mediante Ley número veintisiete mil cuatrocientos ochenta y dos, publicado en el mes de junio del año dos mil uno, pues los hechos imputados ocurrieron hasta diciembre de dos mil. Finalmente, concluyó que en autos no se ha probado el desbalance patrimonial y en el supuesto negado de que este exista, sostiene que no se ha probado la vinculación causal del acrecentamiento patrimonial con el prevalimiento del cargo.

Segundo. La defensa técnica de la procesada Genoveva Esperanza Medina Lewis de Delgado, en su recurso formalizado de fojas veintiún mil setecientos diecinueve, alegó lo siguiente: i) Que la Sala Superior no demostró la existencia de un acuerdo de voluntades entre su patrocinada y el procesado Luis Manuel Delgado de la Paz, a fin de que aquella, junto con sus hijos Jesús Manuel Delgado Medina y Luis Manuel Delgado Medina –también procesados–, crearon empresas con fondos ilícitos. Al respecto, sostiene que su defendida estuvo económicamente activa durante el periodo de mil novecientos noventa al dos mil, pues aportaba a la sociedad conyugal Delgado-Medina. Asimismo, sostiene que está acreditado que su patrocinada laboró en el Hospital Militar Central, desde el año mil novecientos sesenta y seis. Asimismo, alega que no se pueden sustentar sus gastos a través de documentos, pues en su calidad de miembro familiar no llevaba libros contables para registrarlos; sin embargo, obran en la pericia de parte presentada, la que fue desechada por la Sala Superior; sin embargo, no se valoró el hecho de que en la pericia

Handwritten scribbles and a large circular mark on the left side of the page.

Handwritten signature or mark at the bottom right of the page.

491



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.º 383-2011
LIMA**

5

únicamente se tuvo acceso a documentación hasta el año mil novecientos ochenta y dos, por lo que no se pudieron realizar cuantificaciones de gastos y ahorros de años anteriores. **ii)** Que los procesados sí tuvieron capacidad de ahorro, pues el acusado Delgado de la Paz, en su condición de oficial del Ejército peruano, gozaba de ciertos privilegios que le permitían tener capacidad de ahorro en la sociedad yugal. Agregó que durante el periodo de investigación –esto es, entre mil novecientos noventa y dos al dos mil–, la sociedad conyugal no adquirió bien alguno y solo tuvo participación en dos personas jurídicas: la Langostinera Borsalino S. R. L. –la adquirió conjuntamente con su hijo Jesús Manuel Delgado Medina–, e Inversiones Adrial S. A. C. –con su hijo Luis Manuel Delgado Medina–. **iii)** Que el Colegiado Superior consideró la resolución del Tribunal Fiscal para sustentar el incremento patrimonial de su patrocinada; sin embargo, no tuvo en cuenta lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el Expediente número cuatro mil novecientos ochenta y cinco-dos mil siete-AA, donde concluyó que la autoridad tributaria está imposibilitada de determinar el desbalance patrimonial de una persona y menos su ilicitud. Asimismo, refiere que las cuentas mancomunadas abiertas por la procesada Medina Lewis de Delgado, junto a su hijo, en el año mil novecientos noventa y cuatro, no fueron por montos exagerados. Agregó que el Tribunal de Juzgamiento no consideró los ingresos de la sociedad conyugal y le negó validez a los incrementos patrimoniales y a los ahorros provenientes por concepto de chofer, mayordomo, combustible y viáticos. Finalmente, concluyó que los préstamos de dinero otorgados a sus hijos se justifican con los ahorros obtenidos por la sociedad conyugal.

J



Tercero. La defensa técnica del encausado Jesús Manuel Delgado Medina, en su recurso de nulidad de fojas veintiún mil seiscientos noventa y dos, sostuvo lo siguiente: i) Que se incurrió en causal de nulidad por haber seguido un proceso con graves violaciones a principios y garantías constitucionales, al haberse instaurado una causa de manera abusiva y arbitraria, sobre la base de una noticia periodística que ameritó una investigación de solamente dos meses para formular denuncia penal, y con posterioridad a dicha denuncia, se realizó una denuncia ampliatoria por un Fiscal de Primera Instancia y no por la Fiscalía de la Nación, tal como lo establece el artículo cuarenta y uno de la Constitución Política del Estado. ii) Que la Sala Superior violó el principio acusatorio al disponer la realización de una ampliación del peritaje. Asimismo, consideró que se vulneró su derecho a la defensa debido a que el Tribunal de Juzgamiento acopió diversa documentación sin otorgarle la oportunidad de revisarla y defenderse. Sostiene que la admisión de la prueba de oficio es excepcional y no debe constituir una regla del juicio oral que es eminentemente acusatorio. iii) Que se vulneró su derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, pues considera que las situaciones fácticas surgidas en el proceso son las mismas que generaron la sentencia del Tribunal Constitucional número tres mil quinientos nueve-dos mil nueve, referida a dicho aspecto. iv) Que no se probó el acuerdo de voluntades entre el procesado Jesús Manuel Delgado Medina y su padre Luis Manuel Delgado de la Paz, pues considera que la Sala Superior estableció sin lógica alguna que su defendido creó empresas, negocios y cuentas bancarias con el fin de recibir los fondos públicos de parte de su coprocesado Delgado de la Paz. En caso contrario, considera que dichas acciones sucedieron en una etapa posterior a la consumación del delito de enriquecimiento

Handwritten signature and scribbles on the left side of the page.

Handwritten signature at the bottom right of the page.



J

ilícito, pues sostiene que se trata de un delito de consumación instantánea, que se produce cuando el agente dispone del patrimonio estatal e incrementa sus ingresos indebidamente. v) Finalmente, agregó que su patrocinado sustentó el origen legítimo de sus ingresos.

Cuarto. La defensa técnica del procesado Luis Manuel Delgado Medina, en su recurso de nulidad de fojas veintiún mil setecientos cuarenta y cuatro, alega lo siguiente: i) Que la Sala Superior no consideró que trabajó en el Banco Interbank, entre enero de mil novecientos noventa y el cinco de marzo de mil novecientos noventa y siete, y los ingresos que obtuvo de la actividad pesquera informal, generaron una utilidad de doce mil seiscientos tres dólares americanos; así como tampoco se consideraron los ingresos que obtuvo a través de las empresas en las cuales participó ni los ingresos que obtuvo por las clases particulares que brindaba a sus compañeros de la universidad, señalando que sus conclusiones se basan en apreciaciones subjetivas, sin que descansen en pruebas que desvirtúen sus argumentos de defensa. ii) Que el Colegiado Superior falta a la verdad al señalar que su patrocinado no contaba con patrimonio para adquirir acciones de Interbank, porque en el año mil novecientos noventa y cinco trabajaba en dicha entidad bancaria; sin embargo, no valoró que en autos existen documentos que acreditan que en enero de mil novecientos noventa y cinco empezó a laborar en dicho banco. También señaló que el Tribunal de Juzgamiento no valoró la entrega de diez mil dólares americanos efectuado a favor de su patrocinado por parte de María Jesús Medina Aranguren, pese a que en autos obra su testimonial, dinero que habría servido para la adquisición de acciones de Talleres Moyopampa y EDEGEL "B". iii) La

Handwritten scribbles and a large '2' on the left margin.

Handwritten signature or mark at the bottom right.

494



REPÚBLICA DEL PERÚ
**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.º 383-2011
LIMA**

8

Sala Superior no consideró la actividad de exportación de percebes, por sostener que dicha empresa pertenecía a su coprocesado Delgado de la Paz; sin embargo, no valoró que dicha empresa laboró aún durante los años dos mil uno y dos mil dos, periodo en el que este procesado estuvo recluido en el Penal, lo que acreditaría que dicha empresa era dirigida por el procesado Luis Manuel Delgado Medina.

Quinto. Por su parte, el Procurador Público, en su recurso formalizado de fojas veintiún mil ochocientos cuarenta y siete, impugna el monto de la reparación civil. Al respecto, sostiene que la reparación debió fijarse en consideración al principio del daño causado y debe guardar proporción con el menoscabo irrogado al Estado, como consecuencia del enriquecimiento indebido realizado por el funcionario público durante el ejercicio de su cargo. En ese sentido, considera que el monto del desbalance patrimonial es superior al monto fijado por concepto de reparación civil, por lo que solicita el incremento del monto fijado en la sentencia recurrida.

Imputaciones contenidas en la acusación. Delimitación de cargos

Sexto. Que según la acusación fiscal, de fojas dos mil quinientos cuarenta y tres: **i)** Se atribuye al procesado Luis Manuel Delgado de la Paz haber incrementado ilícitamente su patrimonio, durante el ejercicio de su función como oficial del Ejército peruano. Fue designado como Jefe de Inteligencia del Ejército durante el año mil novecientos noventa y cuatro; Comandante General de la Primera División de Infantería en Tumbes durante los años mil novecientos noventa y cinco a mil novecientos noventa y siete; y Comandante General de la Primera Región Militar y Comandante General del Comando Logístico del Ejército (COLOGE). Se llegó a establecer la

495



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA R. N. N.º 383-2011 LIMA

J

existencia de desbalance patrimonial en la sociedad conyugal conformada por el procesado Delgado de la Paz y su esposa Genoveva Medina Lewis de Delgado, por las sumas de novecientos cincuenta y cinco mil setecientos ochenta y ocho dólares americanos con cincuenta y cinco centavos, y un millón cuarenta y un mil doscientos treinta y seis dólares con veintiséis centavos, cantidades que no se encuentran justificadas con sus ingresos remunerativos como funcionario público. **ii)** Se atribuye a la encausada Genoveva Esperanza Medina Lewis de Delgado –esposa del acusado Luis Manuel Delgado de la Paz–, y a los procesados Luis Manuel Delgado Medina y Jesús Manuel Delgado Medina –hijos de los acusados Genoveva Medina Lewis de Delgado y Luis Manuel Delgado de la Paz–, haber actuado en calidad de cómplices en el delito de Enriquecimiento Ilícito, pues prestaron su colaboración para ocultar el patrimonio ilícitamente acopiado por el acusado Luis Manuel Delgado de la Paz, a través de la adquisición de bienes, empresas e inversiones en langostineras, hoteles y restaurantes, además de depósitos bancarios. **iii)** Por lo tanto, respecto al acusado Luis Manuel Delgado Medina, se le atribuye que sin tener capacidad económica, registró a su nombre bienes inmuebles y vehículos, así como tuvo participación en la fundación de diversas empresas, lo que evidenció haber utilizado el dinero producto de los ingresos no justificados de su padre, y se determinó un desbalance patrimonial y financiero ascendente a la suma de ochocientos cuarenta y siete mil setecientos cincuenta y ocho dólares americanos con diecinueve centavos, más trescientos cincuenta y seis mil doscientos nueve nuevos soles con cincuenta y ocho céntimos.

[Handwritten scribbles and lines on the left side of the page]

[Handwritten signature or mark at the bottom right]



J

Base legal

Séptimo. Los hechos objeto de acusación fiscal fueron calificados por el representante del Ministerio Público como delito contra la Administración Pública-corrupción de funcionarios-enriquecimiento ilícito, previsto y penado en el artículo cuatrocientos uno del Código Penal, que expresa que: "El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco ni mayor de diez años"¹.

Análisis de los agravios

Octavo. Que toda sentencia constituye la decisión definitiva de una cuestión criminal, acto complejo que contiene un juicio de reproche o ausencia del mismo, sobre la base de hechos que han de ser determinados jurídicamente. Es así que deben fundarse en una actividad probatoria suficiente que permita al juzgador el descubrimiento de lo acontecido y establecer los distintos niveles de imputación, para enervar –en su caso– la presunción de inocencia que ampara a todo procesado previsto en el literal "e", del numeral vigésimo cuarto, del artículo dos, de la Constitución Política.

3

Noveno. Que los ámbitos materia de pronunciamiento se delimitan: **i)** Respecto a la responsabilidad penal del acusado Luis Manuel Delgado de la Paz como autor del delito de enriquecimiento ilícito. **ii)** Respecto de la responsabilidad penal que les alcanza a los procesados Genoveva Esperanza Medina Lewis de Delgado –esposa del acusado Luis Manuel Delgado de la Paz–, y a los procesados Luis Manuel Delgado

Handwritten signature and scribbles

¹ Texto original del artículo 401, primer párrafo, del Código Penal, vigente al momento de los hechos.

Handwritten signature

497



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.º 383-2011
LIMA

Medina y Jesús Manuel Delgado Medina -hijos-, como cómplices primarios del delito de enriquecimiento ilícito.

Décimo. Que en lo referente al primer ámbito, de la revisión y análisis de autos se advierte que tanto el delito imputado -enriquecimiento ilícito- cuanto la responsabilidad penal del acusado Luis Manuel Delgado de la Paz están acreditados con el Peritaje Oficial realizado por peritos de la Contraloría General de la República, por orden del Juez Penal en sede sumarial, que concluyó lo siguiente: **"i)** El general en retiro Luis Manuel Delgado de la Paz, durante el periodo comprendido entre los años mil novecientos noventa y dos, y dos mil, evidencia un desbalance patrimonial y financiero entre sus ingresos y gastos de doscientos sesenta y ocho mil ochocientos un dólares americanos con cuarenta y cuatro centavos. **ii)** El general Delgado de la Paz y su esposa Genoveva Medina Lewis de Delgado, durante el periodo materia de evaluación, evidencian haber percibido, como ingresos remunerativos, la suma de cuatrocientos setenta y ocho mil setecientos nueve nuevos soles con setenta céntimos. **iii)** Que ambos evidencian depósitos bancarios personales por orden de ciento cincuenta y seis mil trescientos ochenta y cuatro dólares americanos con sesenta y dos centavos, y por doscientos cincuenta y dos mil trescientos noventa y dos nuevos soles con cuarenta céntimos. Préstamos a sus hijos por ciento veintiún mil seiscientos sesenta y seis dólares americanos con sesenta y ocho centavos, más veinticinco mil nuevos soles. Viajes al exterior por treinta y tres mil sesenta dólares americanos. **iv)** Que el acusado Delgado de la Paz, en el manejo de las cuentas bancarias del FOSPOME, evidencia haber efectuado depósitos mayores a las supuestamente transferidas por el Ejército peruano, hasta por la suma de cuarenta y dos mil quinientos tres

J

3



nuevos soles con cuarenta y un céntimos, cuya procedencia sería de su patrimonio personal. v) Existe ausencia de documentos que permitan conocer la fecha, origen y procedencia del dinero utilizado en las siguientes adquisiciones: inmuebles, terrenos, automóviles e inversiones, que de no justificarse incrementarían significativamente el desbalance patrimonial del acusado Delgado de la Paz y de su esposa Genoveva Medina Lewis de Delgado (véase a fojas dos mil ciento diecisiete, Tomo IV).

Décimo primero. Asimismo, aporta como prueba de cargo contra el acusado Delgado de la Paz, la ampliación del Informe Pericial ordenado por el Colegiado Superior, en sede plenarial, que concluyó lo siguiente: "Estando a las conclusiones expuestas en el Informe Pericial de oficio, en el extremo que concierne a los procesados Luis Manuel Delgado de la Paz y su esposa Genoveva Medina Lewis de Delgado, se aprecia que estos no han logrado justificar el desbalance patrimonial con documentos, y solo existen sus descargos realizados ante la Sala de Audiencias; se tiene que sus declaraciones tampoco ayudan a esclarecer adecuadamente el origen y procedencia del dinero, más allá de sus ingresos realmente percibidos. Por lo que esta Comisión de Peritaje estima reafirmar el desbalance patrimonial de los mencionados esposos, que asciende a doscientos sesenta y ocho mil ochocientos un dólares americanos con cuarenta y cuatro centavos" (véase a fojas cinco mil ochocientos tres).

Décimo segundo. Que, por tanto, la pericia contable realizada en sede sumarial, que fue ampliada en el juicio oral, proporciona un dato concluyente, que valorado en su conjunto con las circunstancias objetivas que fueron materia de imputación por el representante del

J

Handwritten signature and scribbles on the left side of the page.

Handwritten signature at the bottom right of the page.



Ministerio Público, generan convicción y certeza sobre la materialidad del delito y la responsabilidad penal del acusado Delgado de la Paz, al establecer la existencia indubitable de un desbalance patrimonial ocurrido entre los años mil novecientos noventa y dos al dos mil, cuyo monto ha sido determinado en ambos peritajes y que corresponde a la suma de doscientos sesenta y ocho mil ochocientos un dólares americanos con cuarenta y cuatro centavos. Que el periodo cuestionado es históricamente coherente con las fechas en que se realizaron los depósitos bancarios en las siete cuentas bancarias que abrieron -cinco de las cuales fueron en moneda extranjera, en dólar, y las otras dos en moneda nacional-, hasta por la suma de ciento cincuenta y seis mil trescientos ochenta y cuatro dólares americanos con sesenta y dos centavos, y doscientos cincuenta y dos mil trescientos noventa y dos nuevos soles con cuarenta céntimos; así como también en el periodo comprendido entre mil novecientos noventa y dos al dos mil, la sociedad conyugal Delgado-Medina percibió la suma de cuatrocientos setenta y ocho mil setecientos nueve nuevos soles con setenta céntimos, los préstamos que realizó a sus hijos -también procesados- hasta por la suma de ciento treinta y un mil seiscientos sesenta y seis dólares americanos con sesenta y ocho centavos, que si bien los esposos alegan que el dinero entregado fue producto de sus ahorros, tal afirmación no está debidamente acreditada ni sustentada con medio probatorio alguno; aunado a la adquisición de inmuebles hasta por la suma de veintiún mil quinientos dólares americanos, así como de vehículos que carecen de sustento. Por estas razones, se puede concluir que se tratan de sumas dinerarias obtenidas ilícitamente, pues no han podido justificarse, máxime si se tiene en cuenta que -en lo que respecta a la carga de la prueba- el *thema probandum* no es un problema de inversión de la prueba, pues el

J

Handwritten scribbles and lines on the left margin.

Handwritten signature or initials at the bottom right.



inculpado –en este caso, el procesado Delgado de la Paz– tiene el deber del sujeto público de rendir cuentas y poner en evidencia la pulcritud y la lícita procedencia de sus activos, pues no se trata de que se presuma su enriquecimiento ilícito, sino más bien de que se le pruebe que presenta un desbalance patrimonial relevante por parte del titular de la acción penal, y en ese escenario esta carga de la prueba no se invierte sino que se complementa con la ya existente, en la medida de que el delito de enriquecimiento ilícito está condicionado a que exista un incremento significativo y contrastante del patrimonio personal –como ocurrió en el caso sub iúdice–, en la medida de que no es producto de actividades ilícitas realizadas en el contexto del desarrollo temporal del cargo o empleo público, siendo el nexo causal imputable al enriquecimiento, el periodo de ejercicio funcional (en el caso de autos, el enriquecimiento ilícito se realizó en el periodo comprendido entre los años mil novecientos noventa y dos mil, tal como concluyeron las dos pericias oficiales realizadas en el curso del proceso).

Décimo tercero. Que si bien frente a dicha conclusión de culpabilidad, existe la negativa del procesado Delgado de la Paz –véase a fojas ciento cinco, trescientos noventa y uno, ochocientos ochenta y cinco–, el hecho fáctico y real es que durante el curso del proceso no probó el origen legítimo de los bienes que posee, por lo que las pruebas plenas existentes, como los bienes patrimoniales, inmuebles, cuentas bancarias en moneda nacional y extranjera, vehículos y las sumas dinerarias aportadas a la sociedad conyugal en el periodo que ostentaba altos cargos dentro del Ejército peruano, no hacen más que revertir su presunción de inocencia; por lo que los argumentos invocados –en extenso–, en su recurso impugnatorio, carecen de sustento y no resultan atendibles.

501



J

Décimo cuarto. Que ahora bien, en lo que respecta al extremo de la sentencia recurrida que condenó a los acusados Genoveva Esperanza Medina Lewis de Delgado, Luis Manuel Delgado Medina y Jesús Manuel Delgado Medina, como cómplices secundarios del delito de enriquecimiento ilícito, este Supremo Tribunal considera que no obstante ser particulares y el ilícito objeto de incriminación es un delito especial propio, pueden ser reprochables penalmente por el tipo penal en calidad de cómplices, en virtud de la teoría de la unidad del título de la imputación o unidad de calificación jurídica, como doctrina fundamental para definir la autoría y participación en los delitos especiales propios². En ese mismo sentido, Fidel Rojas Vargas precisa que "aceptar que los actos de complicidad de los particulares –en esos delitos especiales– asumen una tipicidad propia distinta a la de los actos de autoría del sujeto público –tesis de la autonomía de la imputación–, implicaría hacer una doble tipificación sobre la base de un solo supuesto de hecho ilícito y, por lo tanto, doble aplicación de leyes de naturaleza penal, lo cual supone plantear un concurso de tipos penales –especial y común–, que satisfaga la tesis de la complicidad como hecho principal paralelo a la autoría del sujeto cualificado; situación que, de aceptarse, dejaría en la impunidad muchos actos de participación"³.

Décimo quinto. Que, por tanto, aun siendo el delito de enriquecimiento ilícito un delito especial –propio–, en este caso, es absolutamente posible el concurso de terceros para su efectiva consumación, sin que tal condición implique la ruptura del título de

² Véase: Abanto Vásquez, Manuel (2001). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra Editores, p. 50. ³ Rojas Vargas, Fidel (2002). *Delitos contra la Administración Pública*. Tercera Edición. Lima: Grijley, p. 76.

Handwritten scribbles and lines on the left margin.

Handwritten signature or mark at the bottom right.



J

imputación; que la intervención de terceros en delitos especiales, más allá incluso de la entidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo puede ser a título de partícipes, en tanto no son funcionarios o servidores públicos, que es lo que el tipo exige para la autoría -pues el autor es quien infringe un deber específico o especial que el tipo penal asume-; accesoriedad que, en todo caso, no puede negar la consideración general que los partícipes -como todas las personas- tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico que protege la norma jurídico penal en cuestión. Es claro, entonces, que el cómplice no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es un autor sino un simple partícipe.

Décimo sexto. Que de autos se observa que el encausado Delgado de la Paz, durante el periodo comprendido entre mil novecientos noventa y dos a dos mil; esto es, durante el ejercicio de su función como Oficial del Ejército peruano, realizó -conjuntamente con su esposa y coprocesada Genoveva Medina Lewis de Delgado- depósitos bancarios personales por las sumas de ciento cincuenta y seis mil trescientos ochenta y cuatro dólares americanos con sesenta y dos centavos, y doscientos cincuenta y dos mil trescientos noventa y dos nuevos soles con cuarenta céntimos. De igual manera, está acreditado que realizó préstamos a sus hijos por los montos de ciento veintiún mil seiscientos sesenta y seis dólares americanos con sesenta y ocho centavos, y veinticinco mil nuevos soles; así como también está probado que realizó viajes al exterior hasta por la suma de treinta y tres mil sesenta dólares americanos, y que no logró sustentar documentalmente de dónde obtuvo el dinero para adquirir inmuebles, terrenos y automóviles; por lo que se concluyó que durante el periodo materia

Handwritten signature and scribbles on the left margin.

Handwritten signature at the bottom right.

503

J



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.º 383-2011
LIMA

de investigación, el acusado Delgado de la Paz, quien tenía la calidad de funcionario público y responde a título de autor del delito de enriquecimiento ilícito, presentó un desbalance patrimonial, entre sus ingresos y gastos, de doscientos sesenta y ocho mil ochocientos un dólares americanos con cuarenta y cuatro centavos.

Décimo séptimo. Por lo tanto, al determinarse la responsabilidad penal del acusado Delgado de la Paz, como autor del delito de enriquecimiento ilícito en agravio del Estado, en la cuestión de los *extraneus* se debe dilucidar, con carácter previo, dos cuestiones dogmáticas: el momento de intervención del partícipe y el momento de consumación del delito de enriquecimiento ilícito; que constituye doctrina unánime que el partícipe puede intervenir en la preparación del hecho o en su ejecución –el cómplice primario solo puede hacerlo en el momento de preparación, mientras que el cómplice secundario puede intervenir en el delito tanto en la etapa de preparación como en la de ejecución–. En consecuencia, en cuanto a lo cronológico del acto del cómplice, su contribución al hecho delictuoso ha de ser anterior o simultánea, en tanto sea útil para la ejecución del plan del autor, pero nunca posterior⁴. Así las cosas, se aprecia que en lo atinente a la consumación del delito de enriquecimiento ilícito, el artículo cuatrocientos uno del Código Penal exige que el funcionario o servidor público, por razón de su cargo, se enriquezca ilícitamente; por tanto, el delito se consumará cuando el sujeto activo se enriquece ilícitamente; esto es, cuando logra un incremento real, significativo de su patrimonio económico –como ocurrió en el caso de autos–, a través de fuentes delictivas no funcionales, de infracciones diversas –incluso disciplinarias– o

Handwritten scribbles and a large circle on the left margin.

⁴ Véase: Ejecutoria Suprema recaído en el Expediente N.º 1934-99, de fecha 7 de julio de 1999.

Handwritten signature or scribble at the bottom right.

504



J

de otras vías, no conformes con el ordenamiento jurídico, de ahí la nota de ilicitud del enriquecimiento. A los efectos de la concreción del enriquecimiento cabe entender que el agente debe tener el control o dominio sobre los bienes que incrementan su patrimonio; por tanto, aplicando las reglas generales de participación delictiva, la complicidad será posible durante los actos de preparación o durante los actos de ejecución propiamente dicha, esto es, siempre que el delito no esté consumado, pues aún no se ha alcanzado el resultado de enriquecimiento ilícito, de modo que habrá complicidad cuando los *extranei* intervienen para lograr el enriquecimiento ilícito del agente, lo que incluye conductas tendentes a ocultar o disimular el enriquecimiento propiamente dicho del *extraneus*⁵.

Décimo octavo. Que en el presente caso, si bien se puede advertir que en consideración a la estrecha relación de parentesco que existe entre los procesados Delgado de la Paz *-intranei-* con sus coprocesados Genoveva Esperanza Medina Lewis de Delgado, Luis Manuel Delgado Medina y Jesús Manuel Delgado Medina *-extraneus-*, y si estos pudieron tener conocimiento de la procedencia ilícita del dinero objeto de enriquecimiento ilícito, corresponde definir si su conducta fue previa o coetánea al enriquecimiento ilícito del acusado Delgado de la Paz. Que, en efecto, de la prueba actuada en el curso del proceso se determina que los encausados intervinieron en el evento delictivo; así, la encausada Genoveva Medina Lewis Delgado, debido a su relación conyugal con el procesado Delgado de la Paz, tuvo conocimiento de las operaciones bancarias que realizaba, además de tener la mancomunidad de dos cuentas bancarias *-una en dólares y otra en nuevos*

Handwritten annotations including a large arrow pointing to the text and a signature.

⁵ Este criterio ya fue asumido por esta Suprema Instancia, en la Ejecutoria Suprema recaído en el Expediente signado como Recurso de Nulidad N.º 2976-2004, de fecha 30 de diciembre de 2004.

Handwritten signature

505



J

soles-, donde se depositó la suma ascendente de ciento cincuenta y seis mil trescientos ochenta y cuatro dólares americanos con sesenta y dos centavos, y doscientos cincuenta y dos mil trescientos noventa y dos nuevos soles con cuarenta céntimos; así también, realizó préstamos a sus hijos por la suma de ciento veintiún mil seiscientos sesenta y seis dólares americanos con sesenta y ocho centavos, más veinticinco mil nuevos soles y realizó viajes al exterior por treinta y tres mil sesenta dólares americanos. Finalmente, se determinó que no presentó los documentos que sustentan la procedencia del dinero utilizado en la adquisición de terrenos, inmuebles y automóviles comprados conjuntamente con su coprocesado y esposo Luis Delgado de la Paz, máxime si ambos durante el periodo comprendido entre mil novecientos noventa y dos al dos mil –esto es, en el mismo periodo materia de investigación, en el que el acusado Luis Delgado de la Paz ejerció su función como miembro del Ejército peruano– percibieron como ingresos remunerativos la suma de cuatrocientos setenta y ocho mil setecientos nueve nuevos soles con setenta céntimos, por lo que se encontró un desbalance patrimonial, de ambos esposos, ascendente a doscientos sesenta y ocho mil ochocientos un dólares americanos con cuarenta y cuatro centavos –véase el Peritaje Oficial de fojas dos mil ciento diecisiete–; conclusiones que fueron ratificadas en la Ampliación del Informe Pericial realizada en sede plenarial, en la que además se precisó que –en lo que respecta a los acusados Luis Manuel Delgado de la Paz y Genoveva Medina Lewis–, considerando que estos no acreditaron mayores ingresos y gastos que los ya previstos en el Informe Pericial antes citado, y solo existen sus declaraciones de descargo prestadas en acto oral, estas tampoco ayudan a esclarecer adecuadamente el origen y procedencia del dinero ilícitamente obtenido, más allá de sus ingresos realmente percibidos, por lo que los peritos suscribientes reafirmaron

Z

Handwritten scribbles and a large circle on the left margin.

Handwritten signature or mark at the bottom right.



que el desbalance patrimonial de los esposos asciende a doscientos sesenta y ocho mil ochocientos un dólares americanos con cuarenta y cuatro centavos (véase a fojas cinco mil ochocientos tres).

Décimo noveno. Que, asimismo, con el Informe de Peritaje Oficial se concluyó que el acusado Luis Manuel Delgado Medina, durante el periodo comprendido entre el año mil novecientos noventa y dos al dos mil, no demostró haber tenido ingresos económicos suficientes que sustenten sus adquisiciones, inversiones y depósitos bancarios –entre otros–, lo que evidencia ingresos remunerativos por la suma de diecisiete mil novecientos trece nuevos soles con ochenta y nueve céntimos –específicamente entre los años mil novecientos noventa y seis a marzo de mil novecientos noventa y siete–; así como obtuvo ingresos por utilidades por la suma de ciento veintisiete mil setecientos trece nuevos soles con veinte céntimos –en el año dos mil–. Desde el mes de junio de mil novecientos noventa y cuatro al mes de febrero del dos mil uno, efectuó depósitos bancarios por la suma de seiscientos noventa y seis mil novecientos ochenta y cinco dólares americanos con diecinueve centavos, y por el monto de cuatrocientos sesenta mil treinta y seis nuevos soles con sesenta y siete céntimos. Asimismo, evidencia haber realizado inversiones en la Empresa Adrial S. A. por la suma de quince mil nuevos soles y en Inversiones Gardel la suma de diez nuevos soles. También realizó adquisiciones de bienes por ochenta y ocho mil dólares americanos, así como compró vehículos por la suma de cuarenta y siete mil setecientos setenta y tres dólares americanos; y realizó viajes al exterior por la suma de quince mil dólares americanos. Por otro lado, se determinó que conjuntamente con su coprocesada Genoveva Medina Lewis de Delgado –quien es su progenitora– manejaron cuentas bancarias en forma mancomunada hasta por la suma de

507



J

cuatrocientos treinta y un mil quinientos noventa y cinco dólares americanos con treinta y cuatro centavos, más trescientos cuarenta y un mil doscientos setenta y tres nuevos soles, cuyo origen y procedencia se desconoce, pues no logró acreditar tener ingresos significativos que sustenten tales depósitos; así como también omitió informar respecto a los montos dinerarios invertidos en la Empresa Doral, en la compra de cuatro vehículos y el costo de construcción de dos inmuebles; por todo lo antes expuesto, los peritos de la Contraloría General de la República concluyeron que durante el periodo materia de investigación al acusado Luis Manuel Delgado de la Paz –en su condición de funcionario público–, su hijo y coprocesado Luis Manuel Delgado Medina presentó un desbalance patrimonial –entre sus ingresos y gastos– de ochocientos cuarenta y siete mil setecientos cincuenta y ocho dólares americanos con diecinueve centavos, más trescientos cincuenta y seis mil doscientos nueve nuevos soles con cincuenta y ocho céntimos –véase a fojas dos mil ciento cuarenta y nueve del Peritaje Oficial–. Asimismo, en la ampliación del Peritaje realizado en sede plenarial, se concluyó que el procesado Luis Manuel Delgado Medina, durante el periodo mil novecientos noventa y dos al dos mil, presentó un desbalance patrimonial de ochocientos veintiocho mil trescientos veintiséis dólares americanos con noventa y un centavos como persona natural, y en el desarrollo de sus actividades empresariales se acreditaron depósitos por las suma de ciento ochenta y dos mil cuarenta y seis nuevos soles con setenta y cinco céntimos, más cuarenta mil cuarenta y seis dólares americanos con setenta y cinco centavos (véase a fojas cinco mil ochocientos tres).

Handwritten signature and scribbles on the left margin.

Vigésimo. Que, finalmente, respecto al acusado Jesús Manuel Delgado Medina, se determinó que durante el periodo comprendido

Handwritten signature at the bottom right.



J

entre los años mil novecientos noventa y dos a dos mil presentó un desbalance patrimonial de novecientos cincuenta y cinco mil setecientos ochenta y ocho dólares americanos con cincuenta y cinco centavos, más un millón cuarenta y un mil doscientos treinta y seis nuevos soles con veintiséis céntimos; montos que no incluyen gastos de manutención familiar por no haberse sustentado. Asimismo, durante el periodo de evaluación, no demostró haber tenido ingresos económicos suficientes que sustenten sus adquisiciones, inversiones y depósitos bancarios, entre otros, evidenciándose ingresos por desarrollo de actividades empresariales, desde el mes de enero de mil novecientos noventa y siete al mes de diciembre de dos mil, por la suma de tres millones seiscientos ochenta y tres mil seiscientos veintidós nuevos soles; ingresos por derecho de devolución de impuestos por ciento cuarenta y cuatro mil ciento cuarenta y ocho nuevos soles con cuarenta y cuatro céntimos. Desde agosto de mil novecientos noventa y cinco al mes de febrero de dos mil uno, efectuó depósitos bancarios por la suma de un millón ciento cincuenta y cinco mil trescientos setenta y nueve nuevos soles con setenta céntimos, y un millón setecientos siete mil seiscientos cinco dólares americanos con ochenta centavos. Por otro lado, también evidencia inversiones en la Empresa Langostinera Borsalino S. R. L. por la suma de treinta mil nuevos soles, y en Santa Mónica por el monto de ciento veintidós mil dólares americanos; en el Restaurante Hotel Chilimasa por la suma de trescientos veinticinco mil cuatrocientos dieciséis dólares americanos con treinta y cinco centavos. Se realizaron viajes al exterior por la suma de tres mil cuatrocientos setenta dólares americanos y realizó préstamos a su hermana Cecilia Delgado Medina por la suma de quince mil dólares. Asimismo, el acusado Jesús Manuel Delgado Medina, en el manejo económico de la Empresa Langostinera

102



J

Borsalino S. R. L., evidenció ingresos, producto de las ventas, por la suma de un millón doscientos diecisiete mil setecientos tres dólares americanos con sesenta centavos, equivalentes a tres millones seiscientos ochenta y tres mil seiscientos veinte nuevos soles con noventa y dos céntimos –véase el Peritaje Oficial de fojas dos mil ciento sesenta y siete–; desbalance patrimonial que incrementó al llevarse a cabo la ampliación del Informe Pericial que determinó un monto de un millón ochocientos cincuenta y siete mil trescientos sesenta y dos dólares americanos que no pudo justificar documentalmente (véase a fojas cinco mil ochocientos tres).

Vigésimo primero. Que, en consecuencia, todas estas circunstancias valoradas en función a la sólida relación familiar que los vincula y al hecho objetivo que –según las pericias contables– sus patrimonios obtenidos fueron asumidos por el acusado Delgado de la Paz, permiten formar convicción y certeza a este Supremo Colegiado de que las actuaciones de los procesados Genoveva Medina Lewis de Delgado, Luis Manuel Delgado Medina y Jesús Manuel Delgado Medina contribuyeron a que se consume el hecho delictuoso –pues intervinieron en la ejecución del delito–, lo que se acredita con el hecho de que los citados acusados lograron un incremento real y significativo de su patrimonio económico en el mismo periodo en el cual el acusado Luis Manuel Delgado de la Paz –autor del delito imputado– se desempeñaba y ejercía funciones como oficial del Ejército Peruano, esto es, durante el periodo comprendido entre los años mil novecientos noventa y dos al dos mil, con lo que se acredita la ilicitud del enriquecimiento, pues resulta relevante y determinante que la fecha de consumación del delito y las fechas de intervención de los encausados Genoveva Medina Lewis de Delgado, Luis Manuel

Handwritten annotations and a large scribble on the left side of the page.

Handwritten signature or mark at the bottom right of the page.



J

Delgado Medina y Jesús Manuel Delgado Medina coincidan, hayan sido realizadas en el mismo periodo y de manera inmediata. Por lo tanto, se colige que tales conductas cumplen los requisitos que exige la complicidad secundaria, por lo que la condena impuesta a los acusados se encuentra arreglada a Ley.

Vigésimo segundo. Que en lo referente a los alegado por la defensa técnica del procesado Jesús Manuel Delgado, en su escrito de fojas veintiún mil seiscientos noventa y dos, respecto a que al tratarse del delito de enriquecimiento ilícito, la denuncia debió ser interpuesta por el Fiscal de la Nación; este Supremo Tribunal aprecia que si bien es cierto, el segundo párrafo del artículo cuarenta y uno de la Constitución Política establece que cuando se presuma enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formulará cargos ante el Poder Judicial. Al respecto, se advierte que el "formular cargos" no implica necesariamente que el propio Fiscal de la Nación tenga que ser quien presente la demanda ante el Juez Penal competente, pues se cumplirá con tal formulación cuando se determine, en forma clara y precisa, el contenido de los cargos, sin necesidad de que los mismos sean presentados ante el Poder Judicial, pues no sería pertinente que se avoque al conocimiento de los hechos, un Fiscal Provincial, luego de que la formalización de la denuncia lo hiciese el Fiscal de la Nación, pues de cierto modo la actuación del Fiscal Provincial estaría condicionada por la decisión del Fiscal de la Nación, lo que podría restar imparcialidad y objetividad a su acusación. Por tanto, si bien en el caso de autos, el Fiscal de la Nación no cumplió con formular los cargos, tal omisión fue regularizada por la Fiscalía de la Nación a través de la resolución número ochocientos dieciséis-dos mil dos-MP-

[Handwritten signature and scribbles]

[Handwritten signature]

511

J



FN, del veinte de mayo de dos mil dos; es decir, hace más de once años, máxime si al inicio del juicio oral, el acusado Delgado de la Paz presentó una cuestión previa sobre la base de los mismos argumentos, el Tribunal de Juzgamiento resolvió declararla improcedente al amparo de las resoluciones de la Fiscalía de la Nación números cero veinte-dos mil-MP-FN, cero cincuenta y tres-dos mil-MP-FN, y ochocientos dieciséis-dos mil-MP-FN, que facultaron a la Fiscalía Provincial Penal a formular denuncia por el delito de enriquecimiento ilícito; con lo cual se dio por convalidado tal regularización y, por tanto, este argumento debe desestimarse.

Vigésimo tercero. Que en cuanto al cuestionamiento de la pericia, se debe precisar que si bien esta fue ampliada en sede plenarial por orden del Colegiado Superior, no generó estado de indefensión a los procesados, pues estos tuvieron la oportunidad de contradecir y formular sus observaciones en juicio oral, y si bien fue ordenada de oficio, ello no genera ineficacia probatoria; máxime si se tiene en cuenta que concluyó en similares términos a la que fue ordenada a nivel de instrucción por el Juez Penal, por lo que adquiere validez y se eleva a la categoría de medio probatorio válido e idóneo.

Vigésimo cuarto. Que, finalmente, para los efectos de la determinación de la pena, se debe precisar que respecto al procesado Luis Manuel Delgado de la Paz, si bien el Colegiado Superior lo condenó como autor del delito de enriquecimiento ilícito a siete años de pena privativa de la libertad, en consideración a que estuvo detenido desde el veinte de enero de dos mil uno al veintitrés de diciembre de dos mil cuatro -esto es, tres años y once meses-, señaló que no procedía su internamiento, porque estuvo detenido por un

Handwritten scribbles and lines on the left side of the page.

Handwritten signature or mark at the bottom right.



J

tiempo mayor al de la mitad de la pena impuesta. Al respecto, este Supremo Tribunal aprecia que para poder determinar el quantum de la pena debe tenerse en cuenta que, conforme se aprecia de autos, las investigaciones por el presente caso se iniciaron en el mes de enero de dos mil uno, ante la Fiscalía Provincial Penal Especializada –véase a fojas uno–. A continuación, se inició el proceso penal contra el acusado Delgado de la Paz, el día diecinueve de enero de dos mil uno –véase a fojas once–. Luego de concluida la instrucción y elevados los autos a la Sala Penal Superior, se recibió el dictamen acusatorio emitido por el representante del Ministerio Público –conforme obra a fojas dos mil quinientos cuarenta y tres– el día doce de enero de dos mil cuatro. Posteriormente, se emitió el auto de enjuiciamiento de fecha diecisiete de agosto de dos mil cuatro –véase a fojas dos mil seiscientos treinta y ocho–. Así se instaló la audiencia pública el día ocho de septiembre de dos mil cuatro y culminó el juicio oral con la emisión de la sentencia de fecha veinte de diciembre de dos mil diez, por lo que se evidencia claramente que se vulneró el derecho al “plazo razonable de juzgamiento” que le asiste al referido encausado, sin que este hubiera influido con una conducta procesal inadecuada y dilatoria.

2

Vigésimo quinto. Que, efectivamente, conforme lo estableció el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente número tres mil quinientos nueve-dos mil nueve-PHC/TC, del diecinueve de octubre de dos mil nueve –en el hábeas corpus interpuesto por Walter Gaspar Chacón Málaga–, el punto de partida para la evaluación del “plazo razonable” debe computarse desde el momento en que la persona conoce de la atribución o señalamiento que le afecta concretamente, que en el presente caso, se verificó desde la fecha de inicio de las averiguaciones a cargo del Ministerio Público, por lo



que el proceso lleva más de doce años sin que se cuente con un pronunciamiento final al respecto, lo que lo convierte en excesivo, máxime si tal duración excesiva no es atribuible al procesado Delgado de la Paz en modo alguno.

Vigésimo sexto. Que en consideración a los dos fundamentos jurídicos precedentemente expuestos, el indebido trascurrir del tiempo para resolver la situación jurídica del acusado Delgado de la Paz no se encuentra arreglado a derecho, máxime si se tiene en consideración que estuvo privado de su libertad por tres años, once meses y tres días –es decir, más de la mitad del tiempo por el cual se le condenó en la sentencia recurrida–, por lo que se debe tener en consideración lo expuesto por el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Caso Chacón Málaga, cuando sostiene que: “Es por ello que la violación del derecho al plazo razonable, que como ya se ha dejado dicho, es un derecho público subjetivo de los ciudadanos, limitador del poder penal estatal, provoca el nacimiento de una prohibición para el Estado de continuar con la persecución penal fundada en la pérdida de la legitimidad punitiva derivada del quebrantamiento de un derecho individual de naturaleza fundamental. Sostener lo contrario supondría, además, la violación del principio del Estado Constitucional de Derecho, en virtud del cual los órganos del Estado solo pueden actuar en la consecución de sus fines dentro de los límites y autorizaciones legales, y con el respeto absoluto de los derechos básicos de la persona⁶. Por estas razones, este Supremo Tribunal considera que en atención a que, efectivamente, la detención del acusado Delgado de la Paz se prolongó hasta más de la mitad de la

⁶ Véase fundamento jurídico número trigésimo noveno de la Sentencia recaída en el Expediente número tres mil quinientos nueve-dos mil nueve-PHC/TC, del diecinueve de octubre de dos mil nueve.



J pena impuesta, por lo que han transcurrido hasta la fecha doce años, sin haber existido un pronunciamiento final al respecto, y de acuerdo con los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la pena, debe confirmarse la condena impuesta al procesado Delgado de la Paz y ser compurgada por los tres años y once meses que estuvo privado de su libertad, pues se encontró recluso en un Establecimiento Penitenciario.

Vigésimo séptimo. Que, finalmente, en lo que respecta a la pena impuesta a los acusados Genoveva Medina Lewis de Delgado, Luis Manuel Delgado Medina y Jesús Manuel Delgado Medina, se aprecia que la pena impuesta respeta la magnitud de su culpabilidad por el injusto cometido, y la función preventiva especial de la pena –circunstancias comunes y genéricas para individualizar la pena, previstas en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del acotado Código, respectivamente–; que, además, esta observa correspondencia con los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídica de las sanciones, contempladas en el artículo octavo del Título Preliminar del indicado Código; que se debe complementar que esta clase de condena suspendida obedece a que, por las circunstancias especiales del injusto penal y la personalidad de los agentes, no es de estimar que perpetrarán otro delito, tanto más si el Colegiado Superior motivó debidamente en la sentencia recurrida cuáles son los criterios que lo llevaron a imponer una pena suspendida a los acusados, quienes no registran antecedentes penales (conforme con los criterios normativos contenidos en el artículo cincuenta y siete del citado Código).

Vigésimo octavo. Que en cuanto a la impugnación del monto de la reparación civil, este Supremo Tribunal advierte que en la sentencia

514



recurrída se fijó el monto de cinco millones de nuevos soles, lo cual satisface los presupuestos señalados por el artículo noventa y tres –pues esta se rige en magnitud al daño causado, así como al perjuicio producido, protegiendo el bien jurídico en su totalidad– del Código Penal, así como los principios dispositivo y de congruencia que caracterizan esta institución, por lo que este extremo se encuentra arreglado a Ley.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos:

I) Declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas veintiún mil doscientos treinta y dos, del veinte de diciembre de dos mil diez, en el extremo que condenó al procesado Luis Manuel Delgado de la Paz como autor del delito contra la Administración Pública-corrupción de funcionarios-enriquecimiento ilícito, en agravio del Estado, a siete años de pena privativa de la libertad; reformándola: le impusieron tres años y diez meses de pena privativa de la libertad, que con el descuento de carcelería que sufrió desde el veinte de enero de dos mil uno al veintitrés de diciembre de dos mil cuatro, se da por compurgada.

II) Declararon **NO HABER NULIDAD** en la misma sentencia, en el extremo que condenó a los acusados Genoveva Esperanza Medina Lewis de Delgado, Luis Manuel Delgado Medina y Jesús Manuel Delgado Medina, como cómplices secundarios del delito contra la Administración Pública-corrupción de funcionarios-enriquecimiento ilícito, en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, bajo reglas de conducta, e inhabilitación por el término de tres



566

años; así como el pago de cinco millones de nuevos soles por concepto de reparación civil, que deberán pagar solidariamente con el procesado Manuel Delgado de la Paz a favor del Estado.

III) Declararon **NO HABER NULIDAD** en la propia sentencia, en el extremo que fijó la suma de cinco millones de nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán pagar los acusados Luis Manuel Delgado de la Paz, Genoveva Esperanza Medina Lewis de Delgado, Luis Manuel Delgado Medina y Jesús Manuel Delgado Medina, de manera solidaria, a favor del Estado. Con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso. Interviene el señor juez supremo Morales Parraguez, por impedimento del señor juez supremo Prado Saldarriaga. Y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

RODRÍGUEZ TINEO

SALAS ARENAS

PRÍNCIPE TRUJILLO

MORALES PARRAGUEZ

PT/mist.

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Diny Yuranieva Chávez Vefamendi
Secretaria (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

05 MAR 2014