

LA prueba de oficio en el Código Procesal Penal de 2004^(*)

The proof of office in the procedural penal code of 2004

SAUCEDO QUITO, Ivan^(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. La prueba de oficio en el proceso penal. III. Los principios procesales penales constitucionales. IV. Principios procesales penales constitucionales y prueba de oficio. V. Nuestra posición. VI. Conclusiones. VII. Lista de referencias.

Resumen: La exposición de motivos del Código Procesal Penal de 2004, señala que “[...] la estructura del nuevo proceso penal así como sus instituciones allí contenidas se edifican sobre la base del modelo acusatorio de proceso penal cuyas grandes líneas rectoras son: separación de funciones de investigación y de juzgamiento; el Juez no procede de oficio; (...) el proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad [...]”, de lo que se advierte que el Código Procesal Penal mantiene un modelo acusatorio adversarial. Siendo así, la prueba de oficio regulada en el artículo 385° del referido Código Procesal, durante la etapa de juzgamiento, vulnera los principios

(*) Extracto de la Tesis titulada “La Prueba de Oficio y los Principios Procesales Penales Constitucionales”, sustentada para obtener el título profesional de abogado.

(**) Bachiller en Derecho por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca – Perú.

de contradicción, imparcialidad, presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, los cuales además de ser principios directrices del proceso penal, se encuentran reconocidos por nuestra Constitución Política y su vulneración implica un atentado contra el sistema normativo, pues al ser la Constitución Política, norma suprema y base de todo el ordenamiento jurídico sobre el cual se edifican las demás normas de inferior jerarquía, éstas no pueden aplicarse antes que aquella. Por ello, la norma que regula la prueba de oficio debe ser modificada, teniendo en cuenta que en un modelo procesal penal acusatorio adversarial, son las partes quienes tienen el deber y la obligación de ofrecer la prueba correspondiente, no debiendo el juez suplir las deficiencias en que incurra ya sea el fiscal o el abogado defensor del acusado.

Palabras claves: Modelo procesal, prueba, prueba de oficio, carga de la prueba, contradicción, imparcialidad, presunción de inocencia, *in dubio pro reo*.

Abstract: *The exposition of reasons of the Procedural Penal Code of 2004, it indicates that "...the structure of the new penal process as well as his institutions there contained build on the base of the accusatory model of penal process which big governing lines are: separation of functions of investigation and of adjudication; the Judge does not proceed ex officio; ...the process develops in conformity with the principles of contradiction and equality...", of what one warns that the Procedural Penal Code maintains an accusatory adversarial model. Thus, the ex officio test regulated in the article 385º of the said Procedural Code, during the trial stage, violates the principles of contradiction, impartiality, presumption of innocence and in dubio pro convict, which in addition to being guiding principles of the process Criminal law, are recognized by our Political Constitution and its violation implies an attempt against the normative system, since the being the Political Constitution, supreme norm and base of all the entire legal system on which are built the other standards of lower hierarchy, these can not be applied before that.*

For it, the norm that regulates the ex officio evidence must be modified, taking into account that in a procedural penal accusatory adversarial model, are the parts who have the duty and the obligation to offer the corresponding evidence, not having to the judge replace the deficiencies in which either the prosecutor or the defense attorney of the accused incurs.

Keywords: *Procedural model, evidence, ex officio evidence, burden of proof, contradiction, impartiality, presumption of innocence, in dubio pro convict.*

I. Introducción

El presente trabajo permite advertir que la prueba de oficio regulada en el artículo 385º del Código Procesal Penal de 2004 (en adelante CPP), vulnera principios procesales penales constitucionales; como, contribuir a que fiscales y abogados, indistintamente, cumplan su deber de la carga probatoria, evitando volver al sistema inquisitivo donde el Juez produce y actúa la prueba. Así, una vez identificados los principios procesales penales constitucionales vulnerados por la prueba de oficio, resulta trascendente, en tanto permite a la comunidad jurídica y en especial a los profesionales del derecho, advertir que la prueba de oficio resulta incompatible con un modelo procesal penal acusatorio adversarial.

Sin embargo, respecto a la prueba de oficio existen dos posiciones contrapuestas: una que la defiende y otra que la rechaza. Ante ello, nos planteamos la siguiente pregunta: ¿Qué principios procesales penales constitucionales vulnera la prueba de oficio regulada en el artículo 385º del Código Procesal Penal de 2004, al disponerse durante la etapa de Juzgamiento?

Al respecto, Alexander Cruz Vegas, intentó identificar las razones para desterrar del proceso penal la prueba de oficio, que en resumen (2011, págs. 167-181) son: atenta contra la imparcialidad del juez, vulnera el principio de división de roles, trastoca el principio de igualdad procesal, vulnera la autonomía del Ministerio Público, viola la presunción de inocencia, el peligro de la discrecionalidad del juzgador, la verdad no justifica las pruebas de oficio; proponiendo (2011, págs. 183-185) que, los fiscales cumplan cabalmente con sus funciones en el proceso penal, se aplique el artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004 y se regule una fórmula legal que prohíba la prueba de oficio.

Por nuestra parte, el objetivo de este trabajo fue, identificar los principios procesales penales constitucionales que vulnera la prueba de oficio regulada en el artículo 385º del Código Procesal Penal de 2004, durante la etapa de juzgamiento, teniendo en cuenta el actual modelo procesal penal acusatorio adversarial.

En ese sentido, nos planteamos la hipótesis, los principios procesales penales constitucionales que vulnera la prueba de oficio regulada en

el artículo 385º del Código Procesal Penal de 2004, al disponerse durante la etapa de Juzgamiento, son: la contradicción, la imparcialidad, la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*.

II. La prueba de oficio en el proceso penal

2.1. Prueba: concepto, importancia, finalidad y objeto

Palacio (2000, pág. 12), define a la prueba penal como el conjunto de actos procesales, cumplidos con el auxilio de los medios previstos o implícitamente autorizados por la ley, y encaminados a generar la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia, la veracidad o la falsedad, de los hechos sobre los cuales versa la imputación.

La prueba constituye una de las más altas garantías contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales (Neyra Flores, 2010, pág. 544). La prueba en un sistema acusatorio tiende a la reconstrucción conceptual del hecho de un modo comprobable y demostrable, luego cobra relevancia sustancial pues es la única forma legalmente autorizada para destruir la presunción de inocencia, no se admite otro modo de acreditar la culpabilidad (2010, pág. 545).

Así, no siempre la justicia procesal está acorde con la realidad de los hechos y con los derechos y responsabilidades penales o de otra clase que realmente la ley consagra (Devis Echandía, 1984, pág. 26). Ello es así, en tanto, la finalidad de la prueba es, siempre, el logro de la convicción judicial sobre la exactitud de las afirmaciones realizadas por las partes en el proceso (San Martín Castro, 2014, pág. 687).

En este sentido, siguiendo a Enrique Palacio (2000, pág. 13), la finalidad de la prueba es, producir en el ánimo del juzgador la convicción, no lógica o matemática, sino psicológica, sobre la existencia o inexistencia, la verdad o la falsedad, de los hechos de que se trata. Siendo tales hechos, el objeto de prueba, pues como refiere Peña Cabrera Freyre (2006, pág. 426), el objeto de prueba son los hechos alegados por las partes. En palabras de San Martín Castro (2014, pág. 703), se entiende por objeto de la prueba los hechos que constituyen el contenido mismo de la imputación.

2.2. La prueba de oficio

El concepto de pruebas de oficio alude específicamente a las pruebas que, dentro del juicio oral, son actuadas por iniciativa y disposición del juez individual o del colegiado, luego del periodo probatorio regular, cuando se requirieran mayores esclarecimientos (Angulo Arana, 2014, pág. 1430).

En palabras de Miranda Estrampes (2013, pág. 66), la prueba de oficio es, aquella prueba que en su momento no fue aportada u ofrecida por las partes del proceso y cuya práctica es acordada de oficio por el juez o Tribunal durante las sesiones del juicio oral para un mejor esclarecimiento de los hechos.

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

Los argumentos a favor y en contra de la prueba de oficio en el proceso penal, los abordaremos más adelante, cuando desarrollemos el acápite “principios procesales penales constitucionales y prueba de oficio”.

III. Principios procesales penales constitucionales

Los principios son máximas que configuran las características esenciales de un proceso. Además son proposiciones jurídicas de carácter general y abstracto que dan sentido o inspiran a las normas concretas y a falta de estas normas los principios pueden resolver directamente los conflictos. Por su carácter general y abstracto, los principios son considerados de orden constitucional, además, pueden ser reconocidos por nuestra Carta Fundamental. (...) Pues el Proceso Penal debe ser síntesis de las garantías fundamentales de la persona y el derecho de castigar que ostenta el Estado, y que tiende a alcanzar un adecuado equilibrio entre eficacia y garantía en virtud del cual se efectúa un Proceso Penal de modo menos gravoso tanto para las partes como para el Estado. (Neyra Flores, 2010, pág. 121)

Los “principios procesales” son aquellas máximas que configuran las características esenciales de un proceso, pudiendo coincidir o no con un “derecho fundamental procesal”. Por ejemplo el principio de imparcialidad de los jueces, o el de igualdad procesal. (Burgos Mariños, 2005, pág. 47)

Siendo así, los principios procesales penales constitucionales, son las garantías procesales penales constitucionales que, siguiendo a Burgos Mariños (2005, pág. 46) y Caro Coria (2006, pág. 1027), comprende los conceptos de derechos fundamentales (libertad, dignidad, igualdad, etc.), derechos fundamentales procesales (principio de igualdad procesal, de contradicción, a la defensa, presunción de inocencia, etc.), derechos humanos (libertad, etc.), principios procesales (imparcialidad judicial, igualdad procesal), libertades públicas (libertad), garantías institucionales (irrenunciabilidad a la defensa, defensa de oficio), entre otros.

IV. Principios procesales penales constitucionales y prueba de oficio

La exposición de motivos del vigente CPP, expresamente señala, “[...] la estructura del nuevo proceso penal así como sus instituciones allí contenidas se edifican sobre la base del modelo acusatorio de proceso penal cuyas grandes líneas rectoras son: separación de funciones de investigación y de juzgamiento; el Juez no procede de oficio; (...) el proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad. (...) El Juzgamiento, etapa estelar del proceso, se caracteriza por desarrollarse bajo los principios de oralidad, publicidad, inmediación y la contradicción en la actuación probatoria”. Esto, nos llevaría a concluir primigeniamente que el actual modelo procesal penal es acusatorio; sin embargo, al señalar que la contradicción es uno de los principios conforme al cual se desarrolla el proceso y el juzgamiento, implica que el modelo procesal es acusatorio adversarial, pues por dicho principio cada parte procesal asume un rol específico, convirtiéndose el fiscal acusador en adversario del acusado y de su abogado defensor.

Ello se condice, con lo sostenido por Peña Cabrera Freyre (2006, pág. 417) y Arbulú Martínez (2015a, pág. 30); puesto que, con la entrada en vigencia del CPP se dio inicio a un modelo procesal penal acusa-

torio adversarial, el cual implica una mayor participación de las partes (acusador público, defensa y actor civil) en la actividad probatoria.

El art. 385º -incs. 1) y 2)- del CPP, regula la prueba de oficio en dos supuestos. En el primer supuesto, el ordenar de oficio la realización de una diligencia no realizada en la investigación preparatoria o cuando la realizada en dicha etapa resulta insuficiente, implica convertir al Juez Penal en juez investigador, función que es única y exclusivamente del Juez de la Investigación Preparatoria; y, en el segundo supuesto, el disponer de oficio la actuación de nuevos medios probatorios para esclarecer la verdad, implica clara y notoriamente que existe duda respecto de algún hecho y su esclarecimiento solo se puede lograr actuando prueba de oficio.

Si bien el mismo CPP, en su artículo 155º inc. 3) señala que: “*La Ley establecerá, por excepción, los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio*”; sin embargo, como lo ha referido Nakazaki Servigón (2009, pág. 143), “en ninguno de sus apartados menciona esos casos, ni tampoco existe norma legal alguna que se haya ocupado de ese tema”; y a lo sumo, de lo sostenido por César San Martín Castro (2015, pág. 63): “(...) colaborar activamente en la búsqueda de la verdad (...)” y Pablo Talavera Elguera (2009, pág. 53): “(...) establecer la credibilidad o no de un órgano de prueba (testigo) o del contenido de un medio de prueba (testimonio)”, integrantes de la Comisión Especial de Alto Nivel encargada proponer el vigente Código Procesal Penal de 2004, la razón de la regulación de la prueba de oficio es alcanzar la verdad real de los hechos; sin embargo, ello no se condice con la finalidad de la prueba que, como señala el mismo San Martín Castro (2014, pág. 687), “es, siempre, el logro de la convicción judicial sobre la exactitud de las afirmaciones realizadas por las partes en el proceso”; ni con la finalidad del proceso penal que, parafraseando a Alberto Binder (1999, pág. 177), es “reconstruir una verdad eminentemente formalizada, que se ha denominado también ‘verdad forense’ o ‘verdad formal’”.

4.1. Contradicción y prueba de oficio

En el actual proceso penal de modelo acusatorio adversarial, el fiscal luego de investigar los hechos deberá demostrar la responsabilidad del acusado, con los medios probatorios por él aportados, pudiendo ha-

cerlo incluso con los aportados por su adversario; en tanto el abogado defensor, por el principio de contradicción puede refutar las alegaciones expuestas por su adversario –fiscal– tratando de demostrar la inocencia de su patrocinado. Pues, como sostiene Nakazaki Servigón (2009, pág. 18), “ambas partes deben entender que son adversarios, contrincantes, rivales en el proceso penal y que deben desplegar su mayor esfuerzo en aras de sus intereses procesales”. Por ello, son las partes, en tanto adversarios, quienes deben aportar los medios de prueba que le ayuden a sustentar su teoría del caso, no debiendo el juzgador disponer prueba de oficio, en tanto no es parte sino un tercero supra partes.

Por la contradicción, principio fundamental del modelo acusatorio adversarial, cada parte procesal asume la posición de adversario frente al otro, y cuando una de ellas ofrece o examina un medio probatorio, la otra tiene la posibilidad de contradecirla o refutarla, de tal forma que la prueba introducida al proceso sea de calidad; ello implica que la contradicción se presenta tanto en la admisión como en la actuación probatoria. En la admisión, para verificar el cumplimiento de los requisitos de conducencia, pertinencia y utilidad [art. 352º (5).“b”⁽⁷⁶⁾ CPP], exigidos para la admisión de un medio probatorio. En la actuación, durante el juzgamiento, para efectivizar el examen y contraexamen, ya que luego de que el medio probatorio es examinado por su oferente [arts. 378º (2) (5-*in fine*)⁽⁷⁷⁾ CPP], la parte contraria o adversario puede contraexaminar al mismo, de tal manera que la información que ingrese al proceso sea la de mejor calidad, pues es en base a ésta que el juzgador va a emitir sentencia.

Tanto el fiscal como el abogado defensor, en un modelo procesal acusatorio adversarial, ofrecerán sus medios probatorios y será el juez, quien luego de un debate contradictorio respecto de su pertinencia,

⁽⁷⁶⁾ Artículo 352º del CPP.- Decisiones adoptadas en la audiencia preliminar:

5. La admisión de los medios de prueba ofrecidos requiere:
- b) Que el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil. (...)

⁽⁷⁷⁾ Artículo 378º del CPP.- Examen de testigos y peritos:

2. El examen de los testigos (...). Corresponde, en primer lugar, el interrogatorio de la parte que ha ofrecido la prueba y luego las restantes. (...)
5. El examen de los peritos (...), y serán interrogados por las partes en el orden que establezca el juez, comenzando por quien propuso la prueba y luego los restantes.

conducencia y utilidad, resuelva si los admite o no. Lo significa que, cuando el Fiscal ofrece un medio probatorio consecuentemente el abogado defensor o se opone o simplemente expresa su conformidad respecto del mismo, lo que sucedería también cuando sea el abogado defensor quien ofrece sus medios de prueba; de tal forma que, el medio probatorio ingresado al proceso penal sea pertinente, conducente y útil, caso contrario deberá ser rechazado.

En ese sentido, la prueba de oficio vulnera el principio de contradicción, porque siendo el juez quien -de oficio- dispone la actuación de un nuevo medio probatorio, ¿quién va contradecir o refutar al mismo?, si es el mismo juez quien finalmente ha de resolver respecto de la concurrencia de los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad; ¿cómo se efectivizaría el principio de contradicción?, si de cualquier forma el juzgador igual va admitir y actuar ese medio de prueba, sin importar que incluso ambas partes se opongan a ella, en tanto lo que busca es descubrir la verdad real a como dé lugar. Esto en tanto, siguiendo a Nakazaki Servigón (2009, pág. 144), el juzgador cree que su intervención es relevante y conducente, salvo que por el principio de buena fe, declare fundada la oposición planteada, sea por el abogado defensor o por el Fiscal, en contra de la admisión y/o actuación de la prueba de oficio.

Distinto sería si el juez al disponer la prueba de oficio, ambas partes expresan conformidad con ello, pero esto no ocurriría, en tanto la prueba de oficio dispuesta por el juzgador va a perjudicar necesariamente a cualquiera de las partes y es ésta quien se opondría a la misma. Se podría llegar al extremo de que una de las partes pretenda hacer suyo el medio probatorio dispuesto de oficio, pero ello tampoco sería posible, porque de ser así la misma se convertiría en prueba de cargo o de descargo, dependiendo de quien pretenda hacerla suya, y por la carga de la prueba, la prueba de cargo le corresponde únicamente al fiscal y la prueba de descargo a la defensa.

Por otro lado, de conformidad con el art. 378º incs. 2 y 5-*in fine* del CPP, los medios probatorios son examinados en primer lugar por el oferente, pero siendo el juez quien dispone la actuación de pruebas de oficio, ¿quién va a examinar primero?, ¿podrá ser el juez?, si conforme

al art. 375º inc. 4-*in fine*⁽⁷⁸⁾ del CPP, el Juez solo puede intervenir, excepcionalmente, para interrogar a los órganos de prueba cuando hubiera quedado algún vacío, lo que implica, que dicha intervención la realizará luego de que las partes lo hicieran.

No debe el juez disponer pruebas de oficio, en tanto, son las partes procesales –fiscal y defensor–, en el modelo procesal acusatorio adversarial, quienes en ejercicio de la contradicción adviertan, observen o cuestionen, los medios probatorios por ellos mismos propuestos, respecto a su pertinencia, conducencia y utilidad, siendo el juez el único que finalmente decida sobre su admisibilidad o inadmisibilidad. Así, Cafferata Nores (2000, pág. 148) sostiene que, “la exigencia del contradictorio (...) requiere reconocer al acusador (fiscal o víctima querellante) y al imputado y a su defensor la igual atribución de producir⁽⁷⁹⁾ pruebas de cargo y de descargo, respectivamente y establece la prohibición de que el tribunal de juicio las produzca ‘de oficio’”.

Siendo las partes procesales, no el juez, quienes protagónicamente deberán presentar su teoría del caso, ofreciendo y aportando las evidencias que les permita acreditar sus versiones o posiciones contrapuestas, implica que ambos deben conocer su caso con el fin de demostrar su esfuerzo desplegado, que será evidenciado en la decisión final que tome el juzgador, en la sentencia. De lo contrario, como sostiene el investigador Juan Enrique Iglesias, citado por Mavila León (2005, pág. 27), “el sistema adversarial es tremendamente cruel con la falta de preparación y con la improvisación, que se paga con perder el caso y hacer el ridículo”.

Por todo ello, la prueba de oficio evidentemente vulnera el principio procesal penal constitucional de contradicción, lo que se evitaría si el nuevo medio probatorio es propuesto por cualquiera de las partes, pero en ningún caso por el juez.

⁽⁷⁸⁾ Artículo 375º del CPP.- Orden y modalidad del debate probatorio:

4. El Juez durante el desarrollo de la actividad probatoria ejerce sus poderes para conducirla regularmente. Puede intervenir cuando lo considere necesario a fin de que el Fiscal o los abogados de las partes hagan los esclarecimientos que se les requiera o, excepcionalmente, para interrogar a los órganos de prueba sólo cuando hubiera quedado algún vacío.

⁽⁷⁹⁾ Producir la prueba significa que los distintos canales vuelcan su información específica, en presencia de todos los intervinientes en el debate (Binder 1999, 264).

4.2. Imparcialidad y prueba de oficio

En un modelo acusatorio adversarial, es el fiscal el encargado de investigar, recopilar evidencias, ofrecer la prueba y probar la existencia del delito, vinculando al acusado como el responsable del mismo, mientras que el juzgador tiene la enorme responsabilidad de juzgar y decidir con imparcialidad; pues, como sostiene Devis Echandía (1984, pág. 23) “no se puede ser juez y parte a un mismo tiempo”.

No le corresponde al juez averiguar la verdad de un hecho, son las partes, en un modelo acusatorio adversarial por medio de la actividad probatoria, quienes deben lograr que el juez se acerque a la verdad, ya que éste resolverá en base a la verdad de los hechos que las partes mostraron a lo largo del debate probatorio, no debiendo ser el juzgador quien busque la verdad de un hecho a como dé lugar; pues, como refiere Arbulú Martínez (2015b, pág. 327), “La prueba de oficio o no llegará a esclarecer nada o simplemente inclinará la balanza a favor de algún sujeto procesal, puesto que el descubrimiento de la verdad no es una actividad académica sino que tiene efectos en el juicio”.

No asumimos la posición de que la prueba de oficio sirva para condenar o para absolver; sin embargo, siempre va atentar contra la imparcialidad del juzgador, pues de cualquier manera va a favorecer y/o perjudicar a alguna de las partes. En ese sentido, Arbulú Martínez (2015b, pág. 326) refiere que, “la actuación de prueba de oficio es como una suerte de disparo al aire, le va a caer a cualquiera a favor o en contra”. Continúa el mismo autor (2015b, pág. 327), cuando el juez actúa una prueba de oficio, sienta las bases para quebrar la imparcialidad judicial, y entonces retornamos aunque sea marginalmente al juez inquisidor, al averiguador de la verdad.

Si la prueba de oficio, sirve para condenar al acusado, el juzgador habrá coadyuvado en la demostración de la tesis acusatoria del fiscal, en tanto los medios probatorios aportados por fiscalía no fueron suficientes para destruir la presunción de inocencia del acusado, convirtiéndose el juzgador en coadyuvante de la fiscalía. Por el contrario, si la prueba dispuesta por el juzgador, sirviera para absolver, implica que el juez cumpliría la función de defensor, en tanto coadyuvaría a la tesis propuesta por la defensa para demostrar la inocencia del acusado.

“La imparcialidad impone la rigurosa aplicación del principio de la identidad: el juez es juez, nada más que juez. Y entre el juez y las partes resulta aplicable el principio del tercio excluido: o bien es parte, o bien es juez; no hay posibilidad intermedia” (Caro Coria, 2006, pág. 1035). Por ello, el juez no debe inmiscuirse en la proposición de la prueba, que es función exclusiva de las partes procesales. En ese sentido, Alberto Bovino, citado por San Martín Castro (2014, pág. 714), rechaza la prueba de oficio, porque lesiona el principio acusatorio y vulnera la función imparcial del juez, a quien sólo incumbe decidir y no impulsar el procedimiento.

Entonces, la prueba de oficio vulnera la imparcialidad, no solo en los casos que sirva para condenar sino también cuando sirva para absolver; debiendo el juzgador mantener su posición de tercero imparcial, dejando que las partes cumplan su función y en base a sus argumentos y medios de prueba aportados logren la convicción judicial; más aún, si el actual proceso penal mantiene un modelo acusatorio adversarial. Así, Vázquez Rossi (1997, pág. 420) sostiene, “la iniciativa probatoria de oficio a cargo de los órganos jurisdiccionales define al sistema como fundamentalmente inquisitivo, desdibujando de hecho la importancia del juicio tantas veces proclamada”.

La prueba de oficio vulnera el principio de imparcialidad, por cuanto, en un modelo acusatorio adversarial, el juzgador se constituye en un tercero imparcial frente a dos partes adversas –fiscal y abogado defensor–, donde no cabe una función investigadora por parte del juez, quien luego de haber escuchado las posiciones y argumentos expuestos por aquellos, debe emitir una decisión sobre la cual no exista parcialidad respecto de alguna de las partes. Pues, como sostiene Checkley Soria (2009), “el juez tiene la importante función y profunda responsabilidad de ser ‘imparcial’”.

Si bien, por mandato constitucional⁽⁸⁰⁾ los jueces administran justicia en nombre del Estado, sin embargo su actuación debe garantizar

⁽⁸⁰⁾ Artículo 138° de la Constitución Política de 1993:
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.
En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

su imparcialidad con arreglo a la Constitución, puesto que la prueba de oficio implica adherirse a la postura de alguna de las partes, en tanto la misma se verá reflejada evidentemente en su decisión, esto es en la sentencia. Por lo que, en opinión de Cafferata Norez (2000, pág. 141), “una excelente salvaguarda de la imparcialidad será establecer en las leyes procesales, como regla general, que el acusador, incluso si fuere público, sea el responsable de la iniciativa probatoria tendiente a descubrir la verdad sobre los extremos de la imputación delictiva”.

Consecuentemente, la prueba de oficio evidentemente vulnera el principio procesal penal constitucional de imparcialidad, lo que implica una transgresión a la Constitución Política y los tratados internacionales aprobados y ratificados por el Perú.

4.3. Presunción de inocencia y prueba de oficio

La norma procesal penal establece que la prueba de oficio se dispone una vez culminada la actuación probatoria, lo que implica que se han actuado todos los medios probatorios propuestos tanto por el fiscal como por el abogado defensor, y al ser el juzgador quien de oficio disponga la actuación de un nuevo medio de prueba, quiebra el deber de la carga de la prueba de cargo que le corresponde única y exclusivamente al fiscal, no debiendo ser el juzgador quien supla las deficiencias de aquel, so pretexto de la existencia de un hecho que necesita ser esclarecido, esto es de un hecho dudoso.

Este principio alcanza mayor plenitud en un modelo procesal acusatorio adversarial, como el nuestro, donde por la delimitación de roles procesales, el juez de juzgamiento se encuentra en la posición de garante de la legalidad de la prueba, siendo ajena a su función el proponer medio de prueba alguno, como la prueba de oficio, en tanto es la fiscalía quien por la carga de la prueba debe destruir la presunción de inocencia del acusado. Y como anota Cafferata Norez (2000, pág. 141), “Permitir (o imponer) a los jueces la co-responsabilidad de probar los hechos afirmados por el acusador importa confundir su papel con el de éste, haciéndolos casi co-acusadores, situación que no puede seriamente considerarse exenta de graves –aunque no muy reconocidos– peligros

para su imparcialidad, que consiste precisamente, en ser tercero, en no ser parte, ni estar comprometido con los intereses de ninguna de ellas”.

En el modelo procesal acusatorio adversarial, la iniciativa probatoria le corresponde al Ministerio Público, quien conforme al art. IV-inc. 1)⁽⁸¹⁾- del TP del CPP, tiene el deber de la carga de la prueba, lo que implica que es al fiscal a quien le corresponde ofrecer la prueba de cargo respectiva, para desvirtuar la presunción de inocencia, que es una condición de favorabilidad del acusado; porque, siguiendo a Cafferata Nores (2000, pág. 140), siendo él –fiscal– quien niega la inocencia establecida por el orden jurídico, será él quien asuma la responsabilidad de suministrar la prueba de la culpabilidad; culpabilidad que, como sostiene Mavila León (2005, pág. 32), solo se podrá declarar cuando se hubiere actuado suficiente actividad probatoria de cargo.

Si bien, el art. 385º del CPP, establece la excepcionalidad de la prueba de oficio, de modo que, culminada la recepción de pruebas de las partes, se actúen nuevos medios probatorios, cuando en el curso del debate resultasen indispensables o útiles para esclarecer la verdad de un hecho; sin embargo, dicha excepcionalidad da cabida a que la fiscalía descuide su deber de la carga de la prueba, confiando en que ante alguna deficiencia probatoria será el juez quien intervenga de oficio para suplirla.

Por la carga probatoria es el fiscal, no el juez, quien con sus medios de prueba de cargo aportados al proceso debe destruir la presunción de inocencia que le asiste constitucionalmente al acusado, demostrando que éste es efectivamente responsable de los hechos configuradores de un delito. No es el juez quien, disponiendo prueba de oficio, acredite la existencia de un hecho o hechos, ni el acusado debe demostrar su culpabilidad, puesto que éste incluso sabiendo que es culpable puede mentir alegando ser inocente.

Es la actividad probatoria de cargo de la parte acusadora, efectuada bajo el principio de contradicción, la que debe generar certeza en el juzgador, respecto de la existencia de un hecho o hechos, los mismos

⁽⁸¹⁾ Art. IV inc. 1) T.P. del CPP 2004. “El Ministerio Público es el titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. (...)”

que al no lograr ser acreditados o probados corresponde efectivizar la garantía constitucional de la presunción de inocencia, no debiendo el juzgador suplir las insuficiencias probatorias del fiscal. Pues, como señala Frisancho Aparicio (2012, pág. 64), “la prueba es adquirida y aportada únicamente por las partes, despojándose al *iudex*, de la actuación de pruebas de oficio”.

De no lograrse, la convicción o convencimiento del juzgador respecto de la existencia de los hechos imputados, con suficiente actividad probatoria de cargo, queda la absolución del acusado, en tanto la presunción de inocencia no puede ser desvirtuada cuando exista deficiencia probatoria, no debiendo ser el juez quien invocando la prueba de oficio, supla tal deficiencia, puesto que su función es valorarla objetivamente y emitir sentencia en base a lo alegado o argumentado por las partes. Más cuando, dichas atribuciones se encuentran expresamente señaladas y delimitadas en el ordenamiento procesal penal, y es el Estado por medio del Ministerio Público quien tiene el deber de acreditar la veracidad de un hecho o hechos.

En ese sentido, es la prueba de cargo de la fiscalía, la que debe destruir la presunción de inocencia del acusado y lograr convicción en el juzgador respecto de su culpabilidad; pues, como sostiene Burgos Mariños (2005, pág. 66), “el principio de inocencia es destruido por una declaración de culpabilidad, cuando el juez dicta la sentencia de condena sobre el convencimiento que le producen las pruebas que han sido contradichas por las partes, y queda firme. Ya no es admisible seguir pensando en la búsqueda de la verdad, pues es un paradigma ya superado históricamente, y que fenece conjuntamente con los modelos inquisitivos”.

Además, como sostiene Cafferata Nores (1998, pág. 36), “admitir que el juez sea co-responsable (o principal responsable) de la ‘destrucción’ del estado de inocencia, probando la culpabilidad, es hacerlo casi un co-fiscal, colocando al acusado-inocente en la situación graficada por el refrán popular: ‘Quien tiene al juez como fiscal, precisa a Dios como defensor’, lo cual no parece, por cierto, un paradigma de igualdad”.

Por lo expuesto, la prueba de oficio vulnera el principio procesal penal constitucional de presunción de inocencia, debido a que la carga

de la prueba de cargo, en el actual modelo procesal acusatorio adversarial, le corresponde a la parte acusadora, no al juzgador.

4.4. In dubio pro reo y prueba de oficio

Parafraseando a Enrique Palacio (2000, pág. 16), el *in dubio pro reo* está referido únicamente a la duda en la imputación fáctica, es decir, respecto a los hechos. De forma que si el juez luego de culminada la actuación probatoria, se encuentra frente a un hecho no corroborado o esclarecido, debe optar por absolver al acusado, en aplicación de dicho principio.

Ello tiene sentido en tanto, el juez durante la actuación probatoria, va valorando cada uno de los medios de prueba que están siendo actuados; es decir, parafraseando a Claría Olmedo (1998c, pág. 113), “va obteniendo convicción sobre los hechos y adecuándolos a las normas jurídicas mientras percibe los actos del debate e interviene en ellos”. Esto implica que, conforme se desarrolla la actividad probatoria, el juzgador, va dando por acreditado o por no acreditado uno o varios hechos, y una vez culminada la actuación probatoria es consciente de la existencia de un hecho no probado o no esclarecido, situación dudosa ante la cual por mandato constitucional debe aplicar el *in dubio pro reo* y absolver al acusado; no siendo correcto aplicar la prueba de oficio, so pretexto de lograr la tan anhelada verdad real.

Siendo así, si luego de culminada la actuación probatoria existen dudas respecto de la corroboración de un hecho o hechos, por el deber de la carga de la prueba, no puede el juzgador disponer de oficio la actuación de nuevos medios probatorios, sino simplemente absolver al acusado de la acusación. Así lo ha referido Devis Echandía (1993, pág. 425), al sostener que “consecuencia de la carga de la prueba es la absolución del sindicado cuando falta la prueba de su culpabilidad y también el axioma *in dubio pro reo*, conforme al cual éste se favorece con la deficiencia de la prueba”.

La carga de la prueba de cargo es deber del acusador, siendo éste quien tiene la responsabilidad de ofrecer los medios probatorios que le ayuden a sustentar su teoría acusatoria, para que una vez actuados todos ellos no quede duda alguna respecto de la acreditación de los hechos;

ya que, como sostiene Rodríguez Villafañe (2003, pág. 315), “cuando la prueba es incompleta o insuficiente, opera la duda a favor del reo, porque es preferible tener varios culpables sueltos que un solo inocente en prisión”. Debiendo el juez, aplicar el *in dubio pro reo* y absolver al acusado, más no disponer prueba de oficio.

Asimismo, siendo el fiscal el titular de la acción penal y quien tiene el deber de la carga de la prueba de cargo [art. IV(2)⁽⁸²⁾ CPP], no debe el juez disponer la actuación de prueba de oficio, ya que ello implicaría asumir una posición acusatoria según la cual se encontraría obligado a suplir las deficiencias probatorias del fiscal en la demostración de su acusación; cuando en un modelo acusatorio adversarial, son las partes quienes tienen el deber de la carga de la prueba y el juez el deber de impartir justicia imparcialmente, y si culminada la actuación probatoria, realizada bajo el principio de contradicción, las partes no logran la convicción en el juzgador respecto de su teoría, ya sea acusatoria o defensiva, dejando por el contrario duda respecto de algún hecho o hechos, el juez debe absolver al acusado en base al *in dubio pro reo*.

Al respecto resulta fundamental lo sostenido por la Corte Suprema, en el R.N. N° 3351-2004-Puno del 04-02-2005, donde ha establecido:

“Son supuestos para la edición de una sentencia absolutoria, la insuficiencia probatoria que es incapaz de desvirtuar la presunción de inocencia o la invocación del principio del *in dubio pro reo* cuando existe duda razonable respecto a la responsabilidad penal del procesado; que, el primer supuesto está referido al derecho fundamental previsto en el artículo segundo, inciso veinticuatro, parágrafo “e” de la Constitución Política del Estado, que crea a favor de los ciudadanos el derecho de ser considerados inocentes mientras no se presente prueba suficiente para destruir dicha presunción; que el segundo supuesto se dirige al juzgador como una norma de interpretación para establecer que en aquellos casos en

⁽⁸²⁾ Artículo IV.- Titular de la acción penal:

1. El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio, decidida y proactivamente en defensa de la sociedad.

los que se ha desarrollado una actividad probatoria normal, si las pruebas dejaren duda en el ánimo del juzgador, se deberá por humanidad y por justicia absolver a los encausados.”

Conforme al artículo 385º del CPP, la prueba de oficio se dispone cuando existen hechos que necesitan ser esclarecidos, lo que implica que existen hechos dudosos en la esfera cognitiva del juzgador y es por eso que éste dispone actuar de oficio un nuevo medio probatorio; sin embargo, ante tal circunstancia opera el principio constitucional *in dubio pro reo*, según el cual, si existe duda respecto al esclarecimiento de un hecho debe absolverse al acusado. Siendo así, si la prueba de oficio sirve para condenar, evidentemente vulnera el principio *in dubio pro reo*; por el contrario, si la misma sirve para absolver, entonces habrá sido innecesaria.

En ese sentido, como ya lo referimos *ut supra*, no es el juez quien disponiendo prueba de oficio busque la verdad de los hechos contenidos en la imputación fáctica, en tanto la convicción de veracidad de los mismos, en un modelo procesal acusatorio adversarial, por la carga probatoria, se obtiene de la actuación probatoria efectuada a los medios probatorios aportados por la parte acusadora. Pues, como sostiene Burgos Mariños (2005, pág. 66), “se deja de lado la búsqueda de la verdad por parte del Juez, generando necesariamente que la actuación probatoria se oriente ahora a proporcionar los elementos probatorios suficientes para formar la convicción del Juez, y esa convicción se puede generar sobre criterios de verosimilitud y suficiencia probatoria”.

Por lo expuesto, apoyamos la opinión de Taboada Pilco (s/f.a, pág. 4), en el sentido que, la duda conlleva a la absolución del acusado, no debiendo el juzgador en un sistema acusatorio adversarial actuar pruebas de oficio para salir de la duda, por ser innecesaria en aplicación del principio *in dubio pro reo*. Lo que se complementa, con lo afirmado por Cafferata Norres (1998, pág. 14), “si no se consiguiera llegar a la certeza corresponderá la *absolución*, no sólo frente a la duda en sentido estricto, sino también cuando haya *probabilidad* sobre la responsabilidad penal del imputado”.

En consecuencia, la prueba de oficio vulnera el principio procesal penal constitucional *in dubio pro reo*, máxime si el actual proceso penal

acusatorio adversarial, se encuentra amparado por la Constitución y por las normas de alcance internacional.

4.5. Refutación de argumentos a favor de la prueba de oficio

No compartimos lo sostenido por San Martín Castro (2015, pág. 63), para quien, el juez, al proponer prueba de oficio intenta esclarecer un hecho sin saber cuál va a ser el resultado. Si bien existe la posibilidad de que el juzgador efectivamente desconozca si la prueba de oficio va a servir para condenar o para absolver, sin embargo, el solo hecho de que sea el juez, quien en su momento decidirá sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, el que disponga la actuación de la prueba de oficio, quiebra su imparcialidad; pues como refiere Frisancho Aparicio (2012, pág. 63), “la admisión de la prueba de oficio lo único que hace es desdibujar el rol imparcial del Juez penal y lo inmiscuye en una actividad ajena a la tarea específica de juzgar”.

Si lo que se intenta es esclarecer un hecho, implica que existe duda respecto del mismo, y ante tal situación opera el *in dubio pro reo*, en tanto por el deber de la carga de la prueba -de cargo- es el fiscal quien debe lograr que todos los extremos de la imputación sean debidamente esclarecidos con sus medios probatorios aportados al proceso, pues es en base a ello que el juez deberá resolver la controversia, no siendo coherente que en un modelo acusatorio adversarial, ante la existencia de un hecho no esclarecido, sea el juez quien por medio de la prueba de oficio supla las deficiencias del acusador, debiendo únicamente aplicar el principio *in dubio pro reo* y absolver al acusado, en tanto la certeza de culpabilidad no ha sido demostrada por el acusador. Así, Alberto Binder (1999, pág. 127), sostiene que, “Construir con certeza la culpabilidad significa destruir sin lugar a dudas la situación básica de libertad de la persona imputada. Si no existe ese grado de certeza, no se puede arribar a la decisión de culpabilidad. Ése es el principio de *favor rei*, comúnmente mencionado como *in dubio pro reo*. Según él, la situación básica de libertad debe ser destruida mediante una certeza; caso contrario, permanece el *status* básico de libertad”.

En ese sentido, Díaz Cabiale citado por Cruz Vegas (2014, pág. 36) sostiene: “[...] el funcionamiento de la presunción de inocencia respon-

de a cualquiera de las dudas que al órgano jurisdiccional se le pueda plantear acerca de la existencia de algún hecho: si la culpabilidad o la circunstancia agravante no está suficientemente probada el juez no tiene que suplir actividad probatoria alguna, sino aplicar la regla anunciada y declarar la inocencia o la inexistencia de la circunstancia agravante (...). En la misma línea, Cruz Vegas (2014, pág. 42) citando a Taboada Pilco sostiene que, “allí donde haya duda en el juzgador la salida es simplemente la aplicación del *in dubio pro reo*, y la absolución del acusado, no siendo necesaria la prueba de oficio por tal motivo”.

Tampoco, compartimos lo sostenido por San Martín Castro (2015, pág. 63), en el sentido que la actividad probatoria de las partes puede intentar alejarse tácticamente de la auténtica realidad de los hechos más que en ningún otro caso, en defensa de los intereses de cada parte. En un modelo acusatorio adversarial, tanto el acusador como el defensor formulan su propia teoría del caso, defendiéndola de la mejor manera posible, proponiendo para ello los medios de prueba necesarios que sirvan para sustentar sus pretensiones, pues en ello se basará el juzgador para emitir su decisión final, siendo lógico que cada parte procesal tácticamente busque las debilidades de su adversario para fortalecer su propia posición, en tanto lo que anhela es una decisión que le sea favorable. Sostiene Peña Cabrera Freyre (2011, pág. 400), “la capacidad de defenderse que tiene el imputado, importa a su vez, la posibilidad de desvirtuar, refutar y/o desbaratar la tesis propuesta por su contrincante (teoría del caso); de modo tal, que la contradicción supone en esencia, reconocer normativamente a las partes, de medios de ataque y de contraataque a fin de viabilizar sus argumentaciones sobre la de la otra parte”.

La imparcialidad no debe ser confundida con la pasividad o neutralidad del juzgador, sostienen San Martín Castro (2015, pág. 97) y Talavera Elguera (2009, pág. 52); sin embargo, un juez sería pasivo si solamente se sienta, escucha y resuelve, lo que no sucede en nuestro caso, donde el rol del juez va mucho más allá, en tanto es él quien ha conducir el debate, es él quien ha de resolver los incidentes y es él quien ha de imponer orden (disciplina) y respeto en la sala de audiencias, facultades que no tienen ni el fiscal ni el abogado defensor; por lo que, el juzgador debe mostrarse pasivo en la proposición de la prueba, no debiendo en

un modelo acusatorio adversarial ejercer facultades probatorias, en tanto ésta le corresponde única y exclusivamente a las partes procesales, y al aplicar prueba de oficio quebraría la imparcialidad que le caracteriza.

En todo caso, si se quiere hablar de pasividad, a decir de Cruz Vegas (2014, pág. 36), citando a Alvarado Velloso, “es indispensable preservar la pasividad del juzgador en relación con la proposición de la prueba para impedir, de esa manera, la pérdida de su imparcialidad. Es incongruente que se presente al juez como director del proceso y, simultáneamente, se le conceda injerencia en un aspecto que, aun con bien intencionado propósito, puede comprometer su neutralidad”.

El principio de oficialidad no justifica la actuación de pruebas de oficio, como refiere San Martín Castro (2015, pág. 63); ya que, tal principio está referido a la persecución penal de oficio por el Estado, a través del Ministerio Público, en los delitos de persecución pública [art. 1º inc. 1)⁽⁸³⁾ del CPP], no alcanzando la etapa probatoria a nivel del juzgamiento. Pues, como sostiene Claus Roxin (2003, pág. 83), “El Estado no tiene únicamente la pretensión penal material, sino también el derecho y la obligación de perseguir penalmente. Él realiza su pretensión penal por sí mismo, es decir, sin consideración a la voluntad del ofendido; interviene de oficio en todos los hechos punibles. (...) La razón de esta regulación es el interés público en que los hechos punibles no queden sin persecución.” Entiéndase por persecución penal, “la actividad de la fiscalía hasta la formulación de la acusación” (Roxin, 2003, pág. 82); esto es, la intervención de oficio del Estado, en la investigación de hechos presuntamente delictuosos, desde el momento que toma conocimiento de los mismos, a fin de recabar los elementos de convicción suficientes para formular acusación o en su defecto disponer el sobreseimiento [art. 343º inc. 3)⁽⁸⁴⁾ del CPP].

(83) Artículo 1º del CPP.- Acción penal. La acción penal es pública.

1. Su ejercicio en los delitos de persecución pública, corresponde al Ministerio Público. La ejercerá de oficio, a instancia del agraviado por el delito o por cualquier persona, natural o jurídica, mediante acción popular.

(84) Artículo 343º del CPP.- Control del Plazo:

3. Si el Juez ordena la conclusión de la Investigación Preparatoria, el Fiscal en el plazo de diez días debe pronunciarse solicitando el sobreseimiento o formulando acusación, según corresponda. Su incumplimiento acarrea responsabilidad disciplinaria en el Fiscal.

No compartimos lo referido por Talavera Elguera (2009, pág. 53), para quien la prueba de oficio es prueba complementaria o prueba sobre la prueba, que buscaría únicamente acreditar la credibilidad de un medio probatorio ya actuado en juicio. Tal argumento resulta contradictorio con la regulación de la prueba de oficio, pues conforme al art. 385º del CPP, el juez la dispone para esclarecer la verdad, que se entiende la verdad de un hecho, no la credibilidad de un medio de prueba, ya que de existir un medio de prueba respecto del cual se advierte que carece de credibilidad o veracidad, por el principio de contradicción cualquiera de las partes deberá hacerlo notar y será el oferente del medio de prueba cuestionado, quien demuestre su veracidad, en tanto el juzgador decide respecto de tal circunstancia, y en su caso ordene la remisión de copias al Ministerio Público a fin de que proceda conforme a Ley, tal como lo establece el art. 365º⁽⁸⁵⁾ del CPP, mientras que el proceso penal sigue su curso normal, en el cual si la decisión final del juzgador resulta condenatoria, en base a aquel medio de prueba sobre el cual se pretendió actuar prueba de oficio, aun se puede impugnar la sentencia.

Lograr el esclarecimiento de los hechos no justifica la prueba de oficio, como refieren San Martín Castro (2015, pág. 63) y Devis Echandía (1985, pág. 340); dado que, en un modelo acusatorio adversarial el juez debe resolver en base a los hechos aportados por las partes, máxime si en palabras del mismo San Martín Castro (2015, pág. 62), “la aportación de los hechos, como regla básica del principio acusatorio, es tarea u obligación de las partes acusadoras y un derecho de las partes acusadas”; pero si los hechos son aportados por las partes, entonces son éstas quienes deben aportar los medios de prueba necesarios para demostrar que tales hechos son tal y como lo plantean; no debiendo el juzgador disponer prueba de oficio, convirtiéndose en juez investigador, con lo que, aparte de quebrar su imparcialidad, supliría las deficiencias del fiscal. Así, resulta fundamental lo anotado por el magistrado Checkley Soria

⁽⁸⁵⁾ Artículo 365º del CPP.- Delito en el juicio:

Si durante el juicio se cometiera un delito perseguible de oficio, el Juez Penal ordenará levantar un acta con las indicaciones que correspondan y ordenará la detención del presunto culpable, a quien inmediatamente lo pondrá a disposición del Fiscal que corresponda, remitiéndosele copia de los antecedentes necesarios, a fin de que proceda conforme a Ley.

(2009), quien textualmente sostiene: “[...] no quiero ser juez pesquisador, quiero ser un juez ‘imparcial’. Y si eso no está instalado en el chip mental de nuestros jueces, habría que sacarlo de inmediato, ya que es nocivo, letal y peligroso para los ciudadanos”. Máxime, si como lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *El principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla*⁽⁸⁶⁾ (Hernández Miranda 2012, 13).

Tampoco compartimos los argumentos de Sánchez Velarde (2016, pág. 16) y Frisancho Aparicio (2012, pág. 69), para quienes el nuevo proceso no es de partes ni acusatorio adversarial puro. El vigente Código Procesal Penal de 2004, acoge el modelo procesal acusatorio adversarial, y si bien el proceso se encuentra bajo la dirección del juzgador, son las partes los protagonistas de este nuevo modelo; no debiendo el juzgador aplicar prueba de oficio bajo tal argumento. Pues, como refiere Peña Cabrera Freyre (2006, pág. 417), “el sistema procesal que recoge el nuevo *corpus* adjetivo, es de naturaleza acusatorio–adversarial, lo cual implica una mayor participación de las partes (acusador público, defensa y actor civil) en la actividad probatoria”; ello es así, en tanto, tomando a Arbulú Martínez (2015a, pág. 30), con la entrada en vigencia del CPP se dio inicio a la aplicación de un modelo procesal penal de orientación acusatorio–adversarial.

Asimismo, refutamos lo referido por Angulo Arana (2014, pág. 1445), Frisancho Aparicio (2012, pág. 69) y Benavente Chorres (2014, pág. 28), para quienes con la prueba de oficio se buscaría el mayor acercamiento a la verdad; pues, si bien la finalidad del proceso penal es alcanzar la verdad, no es la real o absoluta, sino que en un modelo acusatorio adversarial, la finalidad del proceso penal se constituye en alcanzar una verdad formal, la cual se obtiene de lo afirmado y acreditado por las partes, conforme a su teoría del caso, no debiendo el juzgador

⁽⁸⁶⁾ CIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cantoral Benavides, sentencia del 18 de agosto del 2000, fundamento 120.

disponer prueba de oficio, porque alcanzar la verdad real no se condice con la finalidad del proceso penal y con la prueba de oficio se pretende llegar a ella. En ese sentido, compartimos el argumento de Burgos Mariños (2005, pág. 65), pues, “no pesa sobre el Juez, la obligación de la búsqueda de la verdad, sino que ahora, las partes buscan acreditar su relato, y dependerá de su habilidad en la presentación de su caso y en la ejecución de su estrategia probatoria, si logran convencer al juez quien tiene la versión más sólida y creíble, y si es así, así lo declarará el Juez en su sentencia”. Máxime si, como sostiene Roxin (2003, pág. 191), “la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado”. Además, sostiene Neyra Flores (2010, pág. 547), “conocer la verdad de manera absoluta resulta utópico, ya que la verdad absoluta se encuentra en el pasado”.

Lograr la justicia, no justifica la prueba de oficio, como refieren Picó I Junoy (Cruz Vegas, 2014, pág. 35), Angulo Arana (2014, pág. 1445), Frisancho Aparicio (2012, pág. 69) y Benavente Chorres (2014, pág. 28). La justicia, sostiene Hans Kelsen (1982, pág. 62), “es la virtud que atribuye a cada uno lo suyo”; o conforme al diccionario de la lengua española, es un principio moral que lleva a dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece, tratarle según mérito, sin atender otro motivo, especialmente cuando hay competencia y disputa; de ello, podemos advertir que la justicia, en el proceso penal, implica otorgar a cada parte lo que le corresponde, esto es una decisión basada en su desempeño realizado durante la actividad probatoria, en tanto son ellos quienes tienen el deber de ofrecer los medios probatorios necesarios para sustentar su teoría del caso y acreditar sus pretensiones, con el fin de lograr la convicción en el juzgador y obtener una sentencia favorable; máxime si, como lo ha sostenido Kelsen (1982, pág. 80), “no hay una justicia absoluta, sino relativa”, y continúa el autor (1982, pág. 261) “como distintos legisladores pueden orientarse por muy diferentes ideales de justicia, el valor de justicia que consigue realizar sólo puede ser relativo; y por ende, no menos relativa será la justicia de la norma general que orienta al órgano llamado a decidir el caso concreto”.

V. Nuestra posición

Los defensores de la prueba de oficio coinciden en que es necesario alcanzar la verdad real de los hechos y la justicia; sin embargo, como lo dijimos *ut supra*, ello no se condice con la finalidad de la prueba, que en palabras de San Martín Castro (2014, pág. 687), “es, siempre, el logro de la convicción judicial sobre la exactitud de las afirmaciones realizadas por las partes”; tampoco con la finalidad del proceso penal, que parafraseando a Alberto Binder (1999, pág. 177), es “reconstruir una verdad formalizada, llamada también verdad forense o verdad formal”. En ese sentido, como sostienen diversos autores, la verdad que se busca en el proceso penal es la verdad que las partes mostraron a lo largo del debate probatorio en juicio.

Por otro lado, alcanzar la justicia, en un modelo procesal acusatorio adversarial, no implica la vulneración de principios de alcance constitucional, como lo son la contradicción (derecho de defensa), imparcialidad (debido proceso) y presunción de inocencia que abarca el *in dubio pro reo*; máxime si, parafraseando a Kelsen (1982, pág. 80), “la justicia no es absoluta, sino relativa”; y por ende, “no menos relativa será la justicia de la norma general que orienta al órgano llamado a decidir el caso concreto” (Kelsen, 1982, pág. 261).

Asimismo, los defensores de la prueba de oficio refieren que, bajo el argumento de que la prueba de oficio vulneraría principios constitucionales, habrían casos en los que se absuelva a un culpable; sin embargo, al existir principios expresamente reconocidos que no deben ser vulnerados, “es preferible dejar libre a un culpable que condenar a un inocente”. Al respecto es preciso resaltar lo sostenido por la Sala Penal de Apelaciones de Cajamarca, en la sentencia de vista (considerando 16), emitida en la causa penal referidas *ut supra*, en el sentido de que, si bien el no disponer prueba de oficio puede causar impunidad, ésta no es atribuible al juzgador, sino a la parte que incumplió su deber de aportar los medios de prueba necesarios para acreditar debidamente sus pretensiones y lograr la convicción judicial; máxime si, existe la posibili-

dad de ofrecer nuevos medios de prueba incluso hasta antes de iniciada la actuación probatoria (art. 373º ⁽⁸⁷⁾ del CPP).

En un modelo procesal penal acusatorio adversarial, como el nuestro, las partes deben entender que cada una tiene roles definidos, contrapuestos pero complementarios, los cuales deben ser ejercidos con plena responsabilidad, en tanto existen garantías constitucionales a favor del acusado de un delito; pues de lo contrario, como refiere el magistrado Checkley Soria (2009), “hoy, más que nunca, la improvisación se paga, y es obvio que muy caro”; esto es, sostiene el investigador Juan Enrique Iglesias, citado por Mavila León (2005, pág. 27), “con perder el caso y hacer el ridículo”.

Así, la prueba de oficio en la legislación procesal penal comparada, ha sido regula de manera diferenciada, en Bolivia⁽⁸⁸⁾ y Colombia⁽⁸⁹⁾,

⁽⁸⁷⁾ Artículo 373º del CPP.- Solicitud de nueva prueba:

1. Culminado el trámite anterior, si se dispone la continuación del juicio, las partes pueden ofrecer nuevos medios de prueba. Sólo se admitirán aquellos que las partes han tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia de control de la acusación.
2. Excepcionalmente, las partes podrán reiterar el ofrecimiento de medios de prueba inadmitidos en la audiencia de control, para lo cual se requiere especial argumentación de las partes. El Juez decidirá en ese mismo acto, previo traslado del pedido a las demás partes.
3. La resolución no es recurrible.

⁽⁸⁸⁾ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE BOLIVIA (1999)

Artículo 342º.- Base del juicio:

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

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 recurrente.

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

⁽⁸⁹⁾ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE COLOMBIA (2004)

Artículo 361º.- Prohibición de pruebas de oficio:

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

se encuentra expresamente prohibida; a diferencia de Argentina⁽⁹⁰⁾ y Chile⁽⁹¹⁾, donde se ordena únicamente a petición de parte o cuando de la recepción de una prueba surja alguna controversia relacionada con su veracidad, autenticidad o integridad; regulación algo parecida al caso de República Dominicana⁽⁹²⁾, donde se ordena excepcionalmente y a petición de parte.

De lo que se advierte, que la prueba de oficio en la legislación procesal penal peruana, dista mucho de la comparada, no pudiéndose catalogar como prueba sobre la prueba o prueba complementaria, cuando el texto procesal penal no lo prescribe en ese sentido, como si lo hacen los códigos de Argentina y Chile, pues únicamente se limita a señalar que su actuación cabe en los casos que resulten indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad, que se entiende de un hecho no la veracidad, autenticidad o integridad de un medio de prueba actuado.

⁽⁹⁰⁾ CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA (2014)

Artículo 267º.- Prueba no solicitada oportunamente:

A petición de alguna de las partes, los jueces podrán ordenar la recepción de pruebas que ellas no hubieren ofrecido oportunamente, si no hubieren sido conocidas al momento del ofrecimiento de la prueba.

Si con ocasión de la recepción de una prueba surgiera una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá autorizar, a petición de parte, la producción de otras pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad.

⁽⁹¹⁾ CÓDIGO PROCESAL PENAL DE CHILE (2000)

Artículo 336º.- Prueba no solicitada oportunamente.

A petición de alguna de las partes, el tribunal podrá ordenar la recepción de pruebas que ella no hubiere ofrecido oportunamente, cuando justificare no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento.

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

⁽⁹²⁾ CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA (2002)

Artículo 330º.- Nuevas pruebas:

El tribunal puede ordenar, excepcionalmente y a petición de parte, la recepción de cualquier prueba si en el curso de la audiencia surgen circunstancias nuevas que requieren esclarecimiento.

Sin embargo, nos resulta de suma importancia la regulación de la prueba de oficio en la legislación procesal penal de República Dominicana, donde se ordena únicamente a petición de parte y de manera excepcional; algo parecido, a lo que sucede también en los códigos de Argentina y Chile, donde si bien no exigen la excepcionalidad sí expresan que debe ordenarse a petición de parte.

Así, nos resulta ilustrativo y referencial, los códigos procesales penales de Argentina, Chile y República Dominicana, a fin de adecuar la regulación de la prueba de oficio en el Código Procesal Penal peruano, en el sentido de que deberá disponerse únicamente a petición de parte y de manera excepcional.

En ese sentido, si durante el desarrollo de la actuación probatoria, una o ambas partes procesales advierte una incertidumbre en el esclarecimiento de algún hecho, deberá hacerlo notar al juzgador una vez culminada la actuación probatoria y solicitar se actúe excepcionalmente un nuevo medio probatorio a efectos de esclarecer aquel extremo dudoso, debiendo el juzgador solicitar la respectiva fundamentación y luego de correr traslado a la otra parte, verifique si concurren los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad, para que el mismo sea admitido.

Ello en tanto, “el Juicio Oral se convierte en el escenario donde ingresan la parte acusadora y la parte acusada, es entre ambos que se entiende el conflicto penal, y no con el juez, quien es tercero imparcial. Solo así se garantiza un proceso penal compatible con la Constitución y los Tratados sobre Derechos Humanos” (Burgos Mariños, 2005, pág. 54). Lo que no se lograría, si se mantiene la prueba de oficio, regulada de la forma como lo es actualmente.

Por lo que, nuestra posición consiste en que, para evitar que la prueba de oficio vulnere principios procesales penales constitucionales, la misma sea ordenada únicamente a iniciativa de parte, como sucede en Argentina, Chile y República Dominicana, manteniendo la excepcionalidad prevista en el actual Código Procesal Penal de 2004; con lo que, se cumpliría lo sostenido por Cafferata Nores (2000, pág. 94), en el sentido de, “excluir a los jueces de la tarea de procurar por sí (*ex officio*)

las pruebas que les proporcionen conocimiento sobre los hechos de la acusación sobre la que deberán luego decidir”.

Es preciso que la norma procesal penal, de por sí, brinde las garantías necesarias para que los principios procesales penales constitucionales de contradicción, imparcialidad, presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, no sean resquebrajados por mantener una institución jurídica que atenta contra los mismos; esto, con el fin de mantener la vigencia del modelo acusatorio adversarial en el juzgamiento penal, sistematizar el juzgamiento penal conforme a la Constitución y adecuar el juzgamiento penal a los estándares mínimos establecidos en el Sistema Internacional de Derechos Humanos; debiendo, modificarse los incisos 1) y 2) del artículo 385° del Código Procesal Penal de 2004, que regulan la prueba de oficio.

VI. Conclusiones

- La prueba de oficio regulada en el artículo 385° del Código Procesal Penal de 2004, vulnera los principios procesales penales constitucionales de contradicción, imparcialidad, presunción de inocencia e *in dubio pro reo*.
- Vulnera la contradicción, porque aportar la prueba al proceso es responsabilidad de las partes procesales, de modo que el no oferente en aplicación del principio de contradicción pueda oponerse al ofrecimiento o simplemente expresar conformidad.
- Vulnera la imparcialidad, porque la prueba de oficio necesariamente va a favorecer y/o perjudicar a alguna de las partes, no debiendo ser el juez quien coadyuve ante la deficiencia probatoria de alguna de las partes.
- Vulnera la presunción de inocencia, porque es la prueba de cargo del fiscal la que debe destruir la misma, no debiendo el juzgador convertirse en acusador coadyuvante del fiscal.
- Vulnera el *in dubio pro reo*, porque el juez ante la duda respecto de algún hecho, debe efectivizar tal principio y absolver al acusado, no siendo necesaria la actuación de prueba de oficio.

VII. Lista de referencias

- ANGULO ARANA, P. (2014). Las Pruebas de Oficio en el Nuevo Código Procesal Penal. En A. Claros Granados, & G. Castañeda Quiroz (Coordinadores), *Nuevo Código Procesal Penal Comentado*. Lima: Ediciones Legales EIRL.
- ARBULÚ MARTÍNEZ, V. J.
 (2015a). *Derecho Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
 (2015b). *Derecho Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- BENAVENTE CHORRES, H. (Abril de 2014). La Prueba Oficiosa. Ensayo sobre su justificación en un modelo que busca el esclarecimiento de los hechos y no la mera persuasión. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Nº 58, 14-29.
- BINDER, A. M. (1999). *Introducción al Derecho Procesal Penal* (2da ed.). Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L.
- BURGOS MARIÑOS, V. (2005). Principios Rectores del Nuevo Código Procesal Penal Peruano. En V. Cubas Villanueva, Y. Doig Díaz, & F. S. Quispe Farfán (Coordinadores), *El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales*. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- CAFFERATA NORES, J. I.
 (1998). *La Prueba en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Depalma.
 (2000). *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- CARO CORIA, D. C. (2006). Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal. En Programa Estado de Derecho para Sudamérica, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo: Mastergraf.
- CHECKLEY SORIA, J. C. (30 de Junio de 2009). *Inconveniencia de la Prueba de Oficio en el Nuevo Código Procesal Penal*. Recuperado el 22 de Abril de 2016, de Alerta Informativa: <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=contenido&com=contenido&id=1872>

CLARÍA OLMEDO, J. A.

- (1998c). *Derecho Procesal Penal* (Tomo III). (J. Raúl Montero, Ed.) Santa Fe, Argentina: Rubinzal - Culzoni Editores.
- (Febrero de 2011). ¿Para mejor resolver? Crítica a la prueba de oficio. (Gaceta Penal & Procesal Penal, Ed.) *Juicio Oral: Problemas de aplicación del Código Procesal Penal de 2004*, 163-185.
- (Abril de 2014). La Prueba de Oficio en el Proceso Penal: Los Riesgos de su Aplicación en el Perú. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Nº 58, 30-52.

DEVIS ECHANDÍA, H.

- (1984). *Teoría General del Proceso* (T I). Buenos Aires: Editorial Universidad.
- (1985). *Teoría General del Proceso* (T II). Buenos Aires: Editorial Universidad.

ENRIQUE PALACIO, L. (2000). *La Prueba en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

FRISANCHO APARICIO, M. (2012). *Comentario Exegético al Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Ediciones Legales S.A.

KELSEN, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho*. (R. J. Vernengo, Trad.) México: Universidad Nacional Autónoma de México.

MAVILA LEÓN, R. (2005). *El Nuevo Sistema Procesal Penal*. Lima: Jurista Editores.

MIRANDA ESTRAMPES, M. (2013). Iniciativa Probatoria Ex Officio del Juez en los Procesos Penales Acusatorios (Prueba de oficio, imparcialidad judicial y principio acusatorio: ¿una mezcla imposible?). En A. Loza Avalos Abogados, *Anuario Alerta Informativa 2013* (págs. 65-101). Lima: Grafic Aracelli Loza Avalos.

NAKAZAKI SERVICIÓN, C. (2009). *Juicio Oral: Lo nuevo del Código Procesal Penal de 2004 sobre la Etapa del Juicio Oral*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

NEYRA FLORES, J. A. (2010). *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*. Lima, Perú: Editorial Moreno S.A.

PEÑA CABRERA FREYRE, A. R.

(2006). *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Editorial Rodhas SAC.

(2011). *Derecho Procesal Penal: Sistema Acusatorio - Teoría del Caso - Técnicas de Litigación Oral*. Lima: Editorial Rodhas.

RODRÍGUEZ VILLAFANE, M. J. (2003). Derecho de la Información y el Respeto a las Garantías del Debido Proceso. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 303-319.

ROSALES ECHEGARAY, J. A. (10 de Abril de 2012). *La Prueba de Oficio*. Recuperado el 9 de Julio de 2016, de Alerta Informativa Loza Avalos Abogados: <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=documento&com=documento&id=2786>

ROXIN, C. (2003). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L.

SAN MARTÍN CASTRO, C.

(2014). *Derecho Procesal Penal*. Lima: Editora Grijley E.I.R.L.

(2015). *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Lima: INPECCP-CENALES.

SÁNCHEZ VELARDE, P. (7 de Diciembre de 2016). *La Fase de Juzgamiento*. Recuperado el 19 de Marzo de 2017, de Instituto de Ciencia Procesal Penal: <http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/fase-dejuzgamiento.pdf>

TABOADA PILCO, G. (s/f.a). *Los Grados del Conocimiento en el Proceso Penal*. Recuperado el 22 de Abril de 2016, de Instituto de Ciencia Procesal Penal: <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/gradosdeconocimiento.pdf>

TALAVERA ELGUERA, P. (2009). *La Prueba en el nuevo Proceso Penal* (1ra ed.). Lima, Perú: Academia de la Magistratura - AMAG: Cooperación Alemana al Desarrollo.

VÁZQUEZ ROSSI, J. E. (1997). *Derecho Procesal Penal: El Proceso Penal* (Tomo II). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

Fundamentación del carácter suspendido de la pena privativa de libertad para el delito de tenencia ilegal de arma de fuego

Foundation of the character suspended custodial penalty of freedom for the crime of illegal possession of firearm

ABANTO QUEVEDO, Mario Lohonel(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Principio de legalidad de la pena. III. Determinación judicial de la pena. IV. Evolución del juicio de anti-juridicidad del delito de tenencia ilegal de arma de fuego. V. Excepciones regladas al ejercicio del ius puniendi. VI. Fundamentación del carácter suspendido de la pena en casos concretos de tenencia ilegal de arma de fuego. VII. Conclusiones. VIII. Lista de referencias.

Resumen: Si bien el principio de legalidad impone la obligación de sancionar determinada conducta ilícita con la clase –pero no cantidad– de pena prevista por la ley, es posible que, excepcionalmente, la motivación judicial determine un resultado diferente en orden a efectivizar intereses fundacionales de mayor entidad, con límite en el

(*) Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Juez del Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca.