

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Procesal

“Validez de los medios impugnatorios en la prueba de oficio penal peruano”

**Trabajo Académico para optar el Título de Segunda Especialidad en Derecho
Procesal**

Autor

Roberto Felix MORI YACHAS

Asesor

Vladimir Katherniak PADILLA ALEGRE

Lima, 2021

RESUMEN

Es sabido que, en nuestro ordenamiento procesal penal, el legislador ha establecido de manera taxativa la inimpugnabilidad en casos de aplicación de la prueba de oficio. En ese contexto, se analizará en el desarrollo del presente artículo, si es válido la interposición de algún medio impugnatorio que nos permita que la decisión jurisdiccional que admite la prueba de oficio sea revisada por un tribunal y cuál es el medio impugnatorio idóneo para nuestros fines. Otro tópico se centra en establecer cuáles son los supuestos o bajo qué criterios los sujetos procesales, pueden cuestionar la actividad oficiosa del juzgador en la aportación unilateral de la prueba en el proceso, en esa búsqueda de obtener la verdad, ello teniendo en cuenta la trascendencia que significa la aplicación de tal figura, la cual muchas veces puede ser decisiva el desarrollo final de la causa sometida al fuero jurisdiccional.

Para tratar de dar una respuesta a nuestro problema planteado, se analizará la jurisprudencia de reciente data emitida por la Corte Suprema de la República, que aborda de cierta manera el estado de la cuestión, para concluir después del análisis respectivo, que resulta válido la interposición de medios impugnatorios para cuestionar la prueba de oficio, mediante el recurso por excelencia apelación y queja, todo ello con el único fin de realizar algún aporte en la praxis a los sujetos procesales, en un tema tantas veces cuestionado como la prueba de oficio.

PALABRAS CLAVE: MEDIO IMPUGNATORIO, RECURSO, PRUEBA DE OFICIO, INIMPUGNABILIDAD.

ABSTRACT

It is known that, in our criminal procedural order, the legislator has exhaustively established the non-challenge in cases of application of the ex officio test. In this context, it will be analyzed in the development of this article, if it is valid the filing of some impugnative means that allows us that the jurisdictional decision that admits the ex officio test is reviewed by a court and what is the ideal impugnative means for our purposes. Another topic focuses on establishing what the assumptions are or under what criteria the procedural subjects can question the informal activity of the judge in the unilateral provision of evidence in the process, in that search to obtain the truth, taking into account the significance which means the application of such a figure, which many times can be decisive in the final development of the case submitted to the jurisdiction.

To try to give an answer to our problem, the recent jurisprudence issued by the Supreme Court of the Republic will be analyzed, which addresses in a certain way the state of the matter, to conclude after the respective analysis that the filing is valid. of challenging means to question the ex officio evidence, by means of the appeal par excellence and complaint, all with the sole purpose of making some contribution in the praxis to the procedural subjects, on a subject so many times questioned as the ex officio evidence.

KEY WORDS: CHALLENGING MEANS, APPEAL, PROOF OF OFFICE, UNIMPUGNABILITY.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	1
II. LA PLURALIDAD DE INSTANCIA, DEBIDO PROCESO Y MOTIVACIÓN EN LA PRUEBA DE OFICIO PENAL	
2.1. ¿Se viola la garantía de la pluralidad de instancia cuando se regula la no impugnación de la prueba de oficio?.....	3
2.2. El acceso a los medios impugnatorios en la prueba de oficio y su vinculación con el derecho al debido proceso.....	6
2.3. La motivación en la prueba de oficio penal.....	7
III. LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS FRENTE A LA INIMPUGNABILIDAD DE LA PRUEBA DE OFICIO PENAL	
3.1. La impugnación frente a la fabilidad judicial.....	9
3.2. ¿Recurso? para cuestionar la aplicación de la prueba de oficio.....	10
3.3. ¿En qué supuestos o bajo qué criterios se debe cuestionar la inimpugnabilidad de la prueba de oficio en el proceso penal?.....	11
3.4. Sobre resoluciones no recurribles en el proceso penal	12
IV. ¿SOLUCIÓN O PROBLEMA? JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA SOBRE EL ESTADO DE LA CUESTIÓN	
4.1. Análisis de la Casación N° 1129-2019/San Martín del 12 de mayo del 2021.....	13
4.2. Posición particular	14
4.3. Consecuencias de la no inimpugnabilidad de la prueba de oficio.....	17
V. CONCLUSIONES.....	19
VI. RECOMENDACIONES.....	20
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	21

I. INTRODUCCIÓN

Sin duda, que muchos estábamos expectantes con la dación de un nuevo modelo procesal penal de corte acusatorio, donde la característica más resaltante tiene como eje la separación de funciones de los sujetos procesales, quienes se encargan de dar vida al proceso penal, por un lado un órgano persecutor del delito en su siempre rol acusador, un juez imparcial que garantiza el derecho de las partes y una defensa en su tarea ya conocida; sin embargo a pesar de todos los esfuerzos realizados todavía no podemos alejarnos del vetusto modelo inquisitivo, a decir de ello la jurista española Armenta Deu (2012) nos dice que “el sistema inquisitivo por su parte, permite aunar la función acusadora y enjuiciadora en un solo sujeto, eliminando la necesidad de que exista un acusador para poder juzgar, quedando tal función asumida por el órgano enjuiciador” (p. 22), en tal escenario la prueba de oficio sería su mejor representante, pero no me detendré en esta oportunidad en dar mi postura, respecto si dicha figura procesal quebranta la imparcialidad del juez o si por el contrario me inclino al grupo que defiende su regulación, teniendo como base la búsqueda de la verdad en el proceso penal. Lo que se propone, en esta oportunidad se plantea a modo de las siguientes interrogantes ¿es válido la interposición de medios impugnatorios en la prueba de oficio? ¿cómo enfrentar la aplicación de la prueba de oficio, dada su inimpugnabilidad regulado en el estatuto procesal?

Pare ello partamos en señalar que es una obviedad, que existen resoluciones judiciales que no son impugnables, en nuestro ordenamiento jurídico en las diferentes ramas del derecho (civil, penal, laboral, etc.) ello sin duda responde a una voluntad del legislador, pero más que voluntad no es acaso una discrecionalidad con fines políticos criminales – alcanzar justicia en un plazo razonable. Por ello es necesario que cuando el legislador opte por no regular la impugnación de ciertas resoluciones judiciales cuente con un respaldo que debiera estar al menos materializado en la Exposición de Motivos de la norma, para conocimiento general, con la finalidad de evitar atropellos en dicha facultad, dado que nos encontramos ante la limitación del ejercicio de un derecho (interposición de medios impugnatorios).

Para tratar de dar una respuesta a las interrogantes, es gravitante desarrollar en primer orden, si el derecho a recurrir una resolución que no ponga fin al proceso, como la prueba de oficio, forma parte de algún derecho fundamental, porque a partir de ello construiremos los pilares para desarrollar el quid abordado.

En esa línea, analizaremos si la siempre cuestionada prueba de oficio, puede ser sometida a una revisión por un tribunal superior a través de los medios de impugnación, los cuales tiene como finalidad la revisión de las resoluciones judiciales, adversas a una de las partes en el proceso penal.

Si buscamos entonces, que la decisión del aquo sea revisada, en la articulación de nuestro derecho a recurrir, debemos saber en qué supuestos o qué criterios mínimos se debe tener en cuenta para poder cuestionar la prueba de oficio, no perdamos de vista que estamos frente a un supuesto de inimpugnabilidad y un juez boca de la ley se apoyará seguramente en dicha regulación, sin detenerse en hacer ningún tipo de análisis del caso ni ver los derechos que están en disputa.

No olvidemos que la articulación de un medio impugnatorio, si bien forma parte de un derecho como tal, este no puede ser promovido al libre albedrío de la parte disconforme con la decisión jurisdiccional, sino este debe contar necesariamente con señalar cuál es el agravio que causa la resolución emitida, ello formará parte de la fundamentación del medio impugnatorio empleado. En suma, debemos tener un fundamento para ejercitar tal derecho, ahí cobra lugar las limitaciones que el legislador establece, en razón que en la otra cara de la moneda una parte busca tutela jurisdiccional efectiva, en su garantía derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Dicho esto, nos surge otra interrogante ¿cuál es el medio impugnatorio idóneo? para nuestros fines, en busca de una respuesta analizaremos los recursos que nuestra legislación alberga, apoyándonos en la novísima jurisprudencia de la Corte Suprema de la República, que recoge de cierta manera el estado de la cuestión, pero que sin duda también no genera vacíos dejándonos en incertidumbre.

Por lo demás, el presente trabajo académico no tiene el propósito de realizar una simple descripción de la única jurisprudencia sobre el tema, sino por el contrario

tratar de realizar algún aporte a las partes del proceso, que de alguna manera les pueda ser útil en el litigio penal, con el rigor que esto merece, en un tema tan controversial como la aplicación de la prueba de oficio, donde sin duda una parte se verá beneficiada con dicha decisión, debiendo otorgarle desde mi punto de vista a la contraparte el ejercicio de su derecho a recurrir y no por el contrario limitarla.

II. LA PLURALIDAD DE INSTANCIA, DEBIDO PROCESO Y MOTIVACIÓN EN LA PRUEBA DE OFICIO PENAL

2.1.¿Se viola la garantía de la pluralidad de instancia cuando se regula la no impugnación de la prueba de oficio?

La pluralidad de instancias, aunque mal ubicada en nuestra carta magna (art. 139° inciso 6 – función jurisdiccional), sin duda forma parte de los derechos fundamentales de las personas, pero también su regulación nos da un alcance bastante claro del enfoque de este derecho constitucional, en cuanto a la inexistencia de proceso alguno a instancia única; ello obliga al legislador a regular como mínimo dos instancias en todo proceso, lo que implica que la decisión cuestionada por una de las partes sea sometida a una revisión por un tribunal.

Por instancia entendemos citando a la profesora Eugenia Ariano (2015) lo siguiente: “Por tanto por primera instancia debemos entender el íntegro desarrollo del proceso ante el primer juez: desde el inicio (con la demanda) hasta la sentencia, pasando por todas las actuaciones que se requieren para obtener un pronunciamiento sobre lo demandado” (p.63); entonces podríamos señalar que la primera instancia en el proceso penal, se agota con la sentencia, frente a ese resultado a favor o en contra de nuestra pretensión, nuestro sistema legal nos permite la posibilidad de recurrir a una segunda instancia, con la finalidad que la decisión del juzgador sea revisada por un tribunal, haciéndose efectivo entonces el derecho a la pluralidad de instancias normada en nuestra constitución.

Veamos, por ejemplo, cuando se impugna una sentencia penal, el sustento legal nace de normas supranacionales como lo regulado en la Convención Americana de Derechos Humanos literal h) artículo 8° “(...) durante el proceso toda persona tiene derecho en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior”. Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14° numeral 5) estipula “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”; dichas normas han sido recogidas por nuestra legislación a propósito de la redacción del artículo 139° numeral 6 referente a la Pluralidad de Instancia, derecho fundamental cuya finalidad no es otra que la revisión de la decisión judicial por una instancia superior.

Es decir, tanto las normas supranacionales e internas, reconocen como derecho fundamental de la persona condenada por un delito, el derecho a recurrir la sentencia dictada en su contra, claro está si decide articularlo a través del recurso que la ley determine, dicha afirmación resulta válida porque mediante la emisión de una sentencia se pone fin a la instancia, o dicho de otra manera se da término al proceso penal de no mediar medio impugnatorio alguno.

Ahora bien, dicho razonamiento no encaja cuando se cuestiona un auto como la prueba de oficio, expresando algo que resulta notorio, pero que es oportuno precisar. Si pretendemos cuestionar la actuación oficiosa de medios de prueba realizada por el juez, en el plenario mediante el uso de los recursos establecidos en el ordenamiento procesal, no hacemos otra cosa que cuestionar un auto que no pone fin a la instancia o dicho de otra manera cuestionamos una resolución donde no existe pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, sino estrictamente podríamos hablar del cuestionamiento de un incidente dentro del juzgamiento, pero que es trascendental al momento de emitir la sentencia.

Cuando, nos encontramos frente al cuestionamiento de resoluciones que no ponen fin a la instancia la profesora Eugenia Ariano (2015) nos dice:

“en casos así, no se puede con propiedad decir que su impugnabilidad se deriva del inc. 6 del art. 139 Const., pues cuando ese auto se impugna, el juez de la impugnación solo tiene el poder de pronunciarse sobre la cuestión incidental decidida en el auto impugnado y no la controversia (el fondo, o sea las pretensiones planteadas por las partes)”. (p.75)

En esa línea Cavani (2018) refiere:

“(…) el derecho a la pluralidad de instancias no se confunde con el derecho subjetivo de recurrir. El primero como acabamos de ver, es un derecho fundamental que garantiza al ciudadano que el legislador estructurara procesos (ante el Estado, si se trata de un proceso jurisdiccional) permitiendo que la resolución que pone fin a la primera instancia sea susceptible de ser recurrida y pueda darse un pronunciamiento de segunda instancia”. (p.72)

En, ese sentido, podemos afirmar que los medios de impugnación que atacan resoluciones que no ponen fin al proceso, no están amparados a la luz del inc. 6 del art. 139° de la Constitución, en virtud que en dichos casos no existe un pronunciamiento de fondo sobre la controversia sometida a análisis, sino solo se resuelve el incidente cuestionado, es decir el tribunal u órgano jurisdiccional solo tiene competencia para resolver la cuestión impugnada, quedando limitada al pronunciamiento sobre ello.

En suma, entonces la inimpugnabilidad de la prueba de oficio, no quebrantaría el derecho fundamental a la pluralidad de instancia, si se afirma ello, surge por propio peso la siguiente pregunta ¿Qué derecho fundamental transgrede la inimpugnabilidad de la prueba de oficio?, en el siguiente apartado trataré de dar una respuesta sobre el particular.

2.2.El acceso a los medios impugnatorios en la prueba de oficio y su vinculación con el derecho al debido proceso.

Sobre este punto, el Tribunal Constitucional nos ha mostrado una tendencia, respecto a la incorporación del derecho de acceso a los medios impugnatorios como parte del derecho al debido proceso para ello basta revisar algunas de sus sentencias emitidas: STC N° 5194-2005-PA/TC fundamentos jurídicos 3 y 4, STC N° 0314-2014-PHC/TC fundamento jurídico 3.3.

El quid de sostener dicha postura, proviene de los fundamentos que desarrolla el máximo órgano de interpretación de la constitución los cuales no terminan de convencer del todo; ello ha sido puesto en evidencia por el profesor Luis Alfaro (2015) cuando aborda el tema de la justificación dogmática de su incorporación al debido proceso nos dice “que debemos tener en cuenta dos aspectos: i) La función o rol del proceso en el derecho contemporáneo y ii) la función o rol de la prueba en el proceso” (p.403).

En ese contexto refiere también:

“Como vemos, desde el punto de vista la función del proceso no se satisface o colma simplemente con cualquier decisión judicial sino que requiere y exige necesariamente que la declaración sobre los hechos hayan sido debidamente probados”; esto es en buena cuenta significa: racionalidad en sus decisiones. En ese sentido, la dogmática contemporánea entiende que la función del proceso es la obtención de decisiones justas; en virtud del cual la decisión no debe estar basada sobre la reconstrucción injusta de los hechos, lo cual toma como condición necesaria -aunque no suficiente- la verdad o realidad de los hechos. (pp. 403-404)

Si la justificación que propone dicho autor, tiene como pilares el rol del proceso en el derecho contemporáneo y la prueba, para alcanzar una decisión judicial más justa, la misma que se obtendría si se analiza objetivamente cada caso en concreto, en base a la prueba aportada por las partes en el proceso ello sin duda

sería lo ideal; en este punto la prueba de oficio rema en sentido contrario, pues bien como saber si esa decisión judicial, ha sido emitida respetando los parámetros de un debido proceso sino existe un órgano que la controle, por tanto, es través del uso de los medios impugnatorios, que el derecho al debido proceso se garantiza a plenitud claro está si la parte decide articularlo.

Teniendo en cuenta dichos argumentos, si en el normal desarrollo de un proceso, el juez emite un fallo a partir de la prueba aportada por las partes, las cuales ante su inconformidad pueden cuestionarla, acaso la prueba de oficio, recogida en el estatuto procesal penal (art. 385) no debería estar sometida a una revisión, si justamente mediante su actuación en el proceso, se varía el rumbo del mismo, inclinándolo de alguna otra manera la balanza hacia la pretensión de una las partes, aunque esto no se quiera decir; si la finalidad del proceso es obtener un proceso justo, este acaso no podría ser alcanzado posibilitando a las partes a recurrir la prueba de oficio, particularmente opino que sí; sustentar que le legislador regule su no inimpugnabilidad por cuestiones de economía procesal o bajo el manto de alcanzar tutela jurisdiccional efectiva, al menos en el proceso penal ello no se puede sostener, no olvidemos que está en la palestra la libertad de una persona, situación que es distinta en las demás ramas del derecho.

En esa línea, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la postura mayoritaria, que considera que el derecho de acceso a los recursos está inmersa al derecho al debido proceso y conforme los argumentos ante citados, me atrevo a señalar que la prohibición de recurrir la prueba de oficio quebranta dicho derecho fundamental consagrado en nuestra constitución, al no existir una justificación razonable para limitar dicho derecho.

2.3.La motivación en la prueba de oficio penal

La parte in fine del artículo 385° del estatuto procesal establece que: *La resolución que se emite en ambos casos es inimpugnable*; pegados a la letra de la norma, afirmaríamos que para la emisión de este tipo de resoluciones no se requiere motivación alguna, lo que sin duda va en contra de normas nacionales

y supranacionales que reconocen el derecho a la debida motivación de resoluciones, excepto en aquellas de mero trámite como los decretos.

Sobre la motivación de las resoluciones judiciales existe vasta jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en esta oportunidad se citará la emblemática STC N° 0728-2008-PHC/TC (caso Giuliana Llamuja) fundamento jurídico 7:

“El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso (...)”

Resulta lógico para el legislador, no exigir motivación en casos de aplicación de la prueba de oficio, al no haber regulado impugnación, pero ello resulta irrelevante veamos por ejemplo en la aplicación de la prueba de oficio en proceso civil (art. 194 CPC) se establece: *La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución inimpugnable (...)*”; es decir existe motivación o no resulta banal para el legislador, manteniéndose la inimpugnabilidad.

Pero el tema, vas más allá de los términos empleados en la redacción de la regulación sobre prueba de oficio, pues en la praxis notamos que los jueces penales no motivan sus resoluciones guareciéndose en el texto de la norma, acaso no se puede desarrollar tópicos como utilidad, pertinencia y conducencia de la prueba, requisitos de que se quiere incorporar o basta repetir la frase “búsqueda de la verdad”, es acaso nuestro sistema judicial lo suficientemente confiable para no dudar que el juez puede cometer una arbitrariedad o siendo más benévolo no puede acaso cometer un error judicial en esa toma de decisión.

Entonces, el legislador no solo yerra en prohibir el derecho de acceso a los recursos, sino también en no exigir motivación en la aplicación de la prueba de oficio.

III. LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS FRENTE A LA INIMPUGNABILIDAD DE LA PRUEBA DE OFICIO PENAL

3.1. La impugnación frente a la fabilidad judicial

Las personas como seres humanos somos pasibles de cometer errores en nuestras decisiones a lo largo de nuestra existencia, los cuales sin duda pueden ser enmendados y quizás dejarnos marcados en ciertos aspectos, eso pasa en la vida común; pero que ocurre si el juez se equivoca al momento de tomar una decisión en el proceso penal, no olvidemos que debajo de su alta investidura se encuentra un ser humano falible susceptible de errar. Es por ello que nuestro sistema jurídico pone al alcance de los justiciables los medios de impugnación; pero ello no solo funciona para corregir los errores judiciales sino también frente a la arbitrariedad de nuestro propio sistema judicial.

En ese sentido, siendo osado trataré de dar una definición básica y general, de los medios impugnatorios definiéndolos como aquellos mecanismos procesales puestos a disposición de las partes legitimadas, para cuestionar una decisión judicial que les genere agravio y por supuesto sea contrario a sus pretensiones, logrando con ello que sea revisada por un tribunal superior, ya sea para enmendar un error judicial o combatir una arbitrariedad.

Para nuestros fines el profesor Cesar San Martín (2020) citando a Gimeno Sendra nos dice:

“(…) el fundamento de la impugnación se encuentra i) en el reconocimiento de la fabilidad humana-posibilidad de errores en la aplicación de las normas jurídicas y en los juicios de hecho que el juzgador debe realizar; y ii) en la necesidad que la certeza alcance su plenitud cuando la parte gravada por una resolución judicial la estime no adecuada a derecho- insatisfacción subjetiva de la parte perjudicada por la resolución judicial-, cuyo ejercicio incrementa en nivel de acierto en aquella”. (p. 940)

Si seguimos, inquiriendo, seguro que encontraremos otros fundamentos de la existencia de los medios impugnatorios, pero sin duda todos coinciden y parten de la premisa del error judicial en el análisis de casos, es en ese momento donde

los medios impugnatorios cobran esplendor y responden a una finalidad principal, al respecto el maestro italiano Carnelutti dice “que frente a ello el ordenamiento del proceso no puede permanecer indiferente a ese peligro” (p.260); es decir, se reconoce que la decisión que pone fin al proceso pueda contener errores humanos, fabilidad de órgano jurisdiccional, como en efecto la realidad nos ha mostrado en diferentes procesos, razón por la cual el ordenamiento legal establece el uso de los medios impugnatorios en el ejercicio de nuestro derecho a la impugnación. No dejando de lado, que puedan existir casos aislados de arbitrariedad en la resolución de un caso o donde exista parcialidad del juzgador, en agravio de una las partes.

3.2.¿Recurso? para cuestionar la aplicación de la prueba de oficio

Hablar sobre medios impugnatorios, trae consigo de por sí la palabra recurso, expresión que no es otra cosa que el medio o herramienta a utilizar para el cuestionamiento de la resolución judicial adversa a nuestros intereses.

La norma procesal penal establece cuatro tipos de recursos: reposición, apelación, casación y queja, todas atacan determinadas resoluciones, la reposición por ejemplo procede contra los decretos y las resoluciones interlocutorias dictadas en audiencia (art. 415 CPP); la apelación contra sentencias, autos interlocutorios etc. (art. 416 CPP); la casación contra sentencias dictadas en segunda instancia con inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal y material entre otros supuestos (art. 427,429 CPP); y por último la queja contra resoluciones que declaran inadmisibles el recurso de apelación y casación (art. 437 CPP).

Ahora bien, para cuestionar la resolución que emite el juzgador en la aplicación de la prueba de oficio, nos sirve para nuestros fines, interponer el recurso de apelación, medio impugnatorio por excelencia, claro está en casos donde las partes procesales cuestionen la resolución expedida por el juez de juzgamiento. Por lo que en ese escenario un juez imparcial, respetuoso del derecho al debido proceso, admitiría sin flaquear el recurso interpuesto, para que su decisión sea sometida a un reexamen; sin embargo, preparados para el peor escenario frente

a jueces boca de la ley que rechacen la apelación deducida, quedaría habilitada la interposición el recurso de queja ante el Tribunal Superior, para obtener que el recurso interpuesto primigeniamente sea admitido, consiguiendo con ello el sometimiento de la decisión cuestionada a una nueva evaluación, garantizando con ello un justo debido proceso.

En síntesis, son dos los medios impugnatorios que sirven a nuestros intereses, recursos que tiene por finalidad enmendar o remediar los errores jurisdiccionales que puedan acarrear la aplicación de la prueba de oficio la interrogante que surge es ¿en qué supuestos se debe cuestionar la prueba de oficio frente a la prohibición expresa en la norma? punto que será abordado en el siguiente capítulo.

3.3.¿En qué supuestos o bajo qué criterios se debe cuestionar la inimpugnabilidad de la prueba de oficio en el proceso penal?

En este apartado, trataré de ser lo más claro posible, dado que es el punto de partida para la interposición de los recursos antes vistos, pautas o lineamientos que deben guiar la acción de la parte procesal que pretende cuestionar la actividad oficiosa del juzgador, sin más preámbulo considero que se debe tener en cuenta lo siguiente:

- **Primero:** Cuestionar la decisión judicial interponiendo el recurso de apelación a pesar de su prohibición legal, teniendo como base la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que considera al derecho de acceso al recurso como parte del derecho al debido proceso. Olvidarse de los prototipos de cuestionar algo que quizás para el juez pueda estar claro conforme a la legislación.
- **Segundo:** Fundamentar los agravios que la resolución causa al disponerse la actuación de nuevos medios de prueba, entendida esta como acto unilateral del juzgador, que sin duda perjudica a una de las partes del proceso.

- **Tercero:** Atacar la indispensabilidad de la prueba y su utilidad o si se ha incumplido el marco legal ligado con las especialidades procedimentales dependiendo del tipo penal investigado en el caso en concreto, este punto lo detallare un poco más adelante.
- **Cuarto:** Advertir la falta de motivación de la resolución cuestionada. Recordemos que no es suficiente sostener una decisión en la “búsqueda de la verdad”, sino se debe realizarse una debida motivación.

Entonces si pese a realizar los lineamientos antes detallados y nuestro recurso de apelación interpuesto ante el juez de juzgamiento no prospera, al enfrentarnos con un juez legalista, boca de la ley, se tendrá que reiterar dichas pautas al plantear el medio impugnatorio de queja, ante el superior jerárquico, para lograr la admisión nuestro recurso interpuesto.

3.4. Sobre resoluciones no recurribles en el proceso penal

El artículo 404° numeral 1 del CPP establece: “Las resoluciones judiciales son impugnables sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la Ley”.

Tal articulado responde a lo siguiente: el derecho a la impugnación es un derecho de configuración legal tal como lo sostiene diversas sentencias del Tribunal Constitucional (STC N° 4235-2010-PH/TC - FJ. 11, STC N° 5194-2005-PA - FJ. 5; STC N° 2596-2010-PA - FJ.5) ello implica que el legislador decida qué resoluciones pueden ser materia de impugnación.

Estoy de acuerdo con ello, que determinadas resoluciones no sean materia de impugnación, porque en efecto es justificada tal decisión por ejemplo al auto de enjuiciamiento (art. 353.1), con la emisión de tal resolución se da paso a la fase de juzgamiento, es decir se cierra una etapa para entrar a otra, la impugnación no tendría ninguna utilidad práctica. En las convenciones probatorias (art. 352.6) también se regula la prohibición de recurrir, el cual resulta lógico, en virtud del acuerdo existente entre las partes, no habría

disconformidad; sin embargo, en la prueba de oficio, no podemos afirmar lo mismo, la repercusión de la actividad oficiosa del juez, es trascendental para la toma de decisiones y por ende merece un control.

Cabe precisar, que no se pretende incentivar a los litigantes a cuestionar mediante el uso de los medios impugnatorios, las restricciones a la impugnación que el legislador a previsto en la norma procesal, el desarrollo del presente artículo se enfoca en cuestionar con argumentos sólidos la decisión judicial en aplicación de la prueba de oficio, figura jurídica que de por sí es cuestionable por la comunidad jurídica.

IV. ¿SOLUCIÓN O PROBLEMA? JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA SOBRE EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

4.1. Análisis de la Casación N° 1129-2019/San Martín de fecha 12 de mayo del 2021.

La Corte Suprema, de nuestro país aborda de cierta manera el estado de la cuestión que presentamos al desarrollar el presente artículo, para entender ello es pertinente indicar el derrotero del caso: una persona es llevada a juicio por la comisión del delito contra la Libertad Sexual – Violación Sexual de menor de edad, es en ese escenario que el abogado de la parte acusada ofrece como prueba de oficio la declaración de la víctima y de su abuela, pese que la agraviada había declarado en Cámara Gesell y la segunda se había incorporado como como prueba anticipada; sin embargo la prueba fue admitida por el juzgado penal colegiado. Ante tal situación el Ministerio Público en el ejercicio de sus facultades y en defensa de la sociedad, planteó la nulidad a dicha resolución, la cual fue rechazada en aplicación del artículo 385. 3 del código procesal penal que estipula la inimpugnabilidad de la prueba de oficio. El fiscal no conforme con ello interpone recurso de apelación, la cual también es rechazada bajo el mismo argumento, situación que lo lleva a deducir el recurso de queja ante la Sala de Apelaciones por denegatoria del recurso de apelación. La Sala Penal de Apelaciones, anuló la resolución de admisión de prueba de oficio emitida por el juzgado colegiado, al haber admitido el recurso de queja interpuesto por el fiscal por denegatoria del recurso de apelación.

Ahora bien, el argumento principal de dicha casación la ubicamos en el fundamento jurídico tercero de los fundamentos de derecho, el cual nos dice: que la prueba adicional, por su propia naturaleza, es excepcional y su actuación está condicionada a la nota esencial de que sea manifiestamente indispensable y útil, así como a determinados preceptos que introducen especialidades procedimentales.

En este punto me detendré un momento, si revisamos la norma procesal solo encontraremos que el juez puede ordenar prueba de oficio en tanto y en cuanto sea útil para el esclarecimiento de la verdad, es recién que a nivel jurisprudencial sea exige un estándar que va más allá de la búsqueda de la verdad; es decir se exige, por tanto un cierto nivel de motivación, sin embargo, no se entiende tal exigencia si la regla es continuar en el sentido de la inimpugnabilidad de la prueba de oficio, eso al menos se desprende de la jurisprudencia de la alta corte, posición de la cual soy antagónico.

Pues bien, en el caso analizado por la corte, al no haberse cumplido con determinados presupuestos que se tocara en el acápite siguiente (preceptos que introducen especialidades procedimentales) la Sala admite el recurso de queja, concediendo la apelación del Ministerio Público, decidiendo, por tanto, declarar la nulidad de la prueba adicional ordenada con el rótulo de la prueba de oficio; **NÓTESE**, lo que se quiere poner en evidencia más allá de los fundamentos es la permisón de la apelación al artículo 385.3, a pesar de su prohibición, resaltando que nos encontramos frente al primer caso donde se configura tal situación, por eso merece nuestra atención.

4.2.Posición particular

Si bien la Corte Suprema, ha establecido un requisito a tener en cuenta para juez al momento de ordenar prueba de oficio, me refiero a los preceptos que introducen especialidades procedimentales, que no es otra cosa que mandatos establecidos en otros textos legales con relevancia en el proceso penal por ejemplo la regulación del artículo 28° de la Ley N° 30364, en cuanto al tratamiento de las declaraciones de las niñas, niños, adolescentes o mujer, la

cuales deben practicarse utilizando la técnica de la entrevista única y su tramitación debe darse como prueba anticipada, además de normas de carácter interno y supranacional que garanticen la protección de los niños sometidos a violencia sexual (Código de Niños y Adolescentes, Convención sobre los derechos del niño, por citar algunas).

Pareciera que los denominados preceptos que introducen especialidades procedimentales, solo encajarían en los casos de delitos de violación sexual y por tanto, solo en esos casos se podría cuestionar la aplicación de la prueba de oficio, lo que pretendo es ampliar en su integridad ese margen, permitiendo la impugnación en casos donde se aplique no solo prueba adicional sino también la actuación oficiosa del juez, y en cualquier tipo de delito sometido a juicio; el fundamento para sostener ello, tiene como cimiento que la prohibición de recurrir la prueba de oficio, constituye una vulneración del derecho de acceso a los recursos, derecho que se encuentra internamente ligada al derecho a un debido proceso, como ya se ha desarrollado.

Ahora bien, la crítica se centra es que a pesar de ser evidente la infracción en el caso en concreto de los procedimientos especiales, cuando se ordena la admisión de prueba adicional, bajo el rotulado de prueba de oficio, la Corte Suprema continúa en la línea de propulsar la inimpugnabilidad de la prueba de oficio, llegando incluso a sostener que en caso de una errada aplicación de la prueba de oficio se debe esperar a la emisión de la sentencia, para recién en la apelación alegar vulneración a la legalidad procesal, apoyado del principio de concentración y de interdicción de dilaciones indebidas (fundamento de derecho primero); sin embargo respalda la posición de la Sala de Apelaciones en cuanto a la permisión de los medios impugnatorios, es decir, pareciera que solo en algunos casos se permitiría cuestionar la prueba de oficio, manteniendo la regla de no impugnación.

Sobre esto último conviene formular la siguiente interrogante ¿La interposición del recurso de apelación frente a la aplicación de la prueba oficio, puede ser considerado como una dilación indebida que retarda el juzgamiento?

A mi juicio, ello no es así, dado que la utilización de recursos o medios impugnatorios forma parte de los derechos articulados en la tramitación de un proceso justo, más aún cuando estamos frente a la aplicación de la prueba de oficio, figura procesal tantas veces cuestionada, que puede cambiar el horizonte en el resultado final del proceso.

Siendo ello así, el ejercicio del derecho a la impugnación, garantizaría a plenitud un debido proceso para los sujetos procesales, por tanto, el reexamen de la resolución judicial que concede la aplicación de la prueba de oficio, realizado por un tribunal superior, avalaría si la decisión del juez del aquo no vulnera ningún derecho fundamental o su propia imparcialidad en su función oficiosa.

Para apoyar esta postura, es pertinente traer a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 3509-2009-PHC/TC – Caso Chacón Málaga:

En lo que respecta a la valoración de la actividad procesal del inculpado, a efectos de determinar la razonabilidad del plazo, es preciso distinguir el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras ambas del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado Constitucional permite), de la denominada “defensa obstruccionista” (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional). **En consecuencia, “(...) la demora sólo puede ser imputable al acusado si éste ha abusado de su derecho a utilizar los resortes procesales disponibles, con la intención de atrasar el procedimiento”** (Informe N° 64/99, Caso 11.778, Ruth Del Rosario Garcés Valladares. Ecuador, 13 de abril de 1999. Asimismo, Caso Wemhoff, TEDH, párrafo 2; y Caso Neumeister, TEDH, párrafo 2). (fundamento jurídico 22).

Dicho esto, la utilización de recursos, en la aplicación de la prueba de oficio, no puede ser considerado de ninguna manera como aquel ejercicio de una

defensa obstruccionista, que busca retrasar el proceso penal, habida cuenta que no está regulado en el ordenamiento procesal, sino por el contrario es el ejercicio de un derecho que forma parte del derecho al debido proceso.

En cuanto al Principio de Concentración, el cual tiene que ver con la realización de mayores actos procesales en un solo acto – unidad, que dará como resultado una más rápida culminación del juicio, tengo que decir: que concretar ello en un nuestro sistema penal sería quizás un ideal para alcanzar una justicia eficiente y eficaz; sin embargo, la realidad como siempre nos magulla, ello debido que presentamos juicios con una excesiva duración del juzgamiento (Exp. N° 263-2013 tramitado en el Tercer Juzgado Unipersonal Especializado en delitos de corrupción de funcionarios públicos de la Corte Superior de Justicia de Lima – Caso seguido a López Meneses y otros, con más de 3 años de juicio oral).

En suma, dichos principios no son argumentos sólidos para prohibir a los ciudadanos sometidos a un proceso penal, al Ministerio Público como parte acusadora e incluso al tercero civil, el acceso al derecho al recurso, en el juzgamiento, cuando estamos frente a casos donde el juez aplique la prueba de oficio; por tanto, se puede establecer que no existen criterios razonables para regular la inimpugnabilidad de la prueba de oficio.

Por último, a que me refiero cuando señalo que la jurisprudencia de la Corte Suprema nos trajo consigo un problema o solución, sobre el estado de la cuestión, porque a pesar de ser evidente el problema de la actividad oficiosa del juzgador, exigirle un estándar de motivación, avalar la permisión de medios impugnatorios y por ende declarar infundado el recurso de casación, se mantiene en la línea de su inimpugnabilidad, lo cual resulta ser un contrasentido.

4.3. Consecuencias de la no inimpugnabilidad de la prueba de oficio

Sin duda recaería en la parte perjudicada, con la aplicación de la prueba de oficio, concretizándose la vulneración a derechos fundamentales, en el caso antes aludido ¿qué hubiera ocurrido si la Sala Penal de Apelaciones, no hubiera admitido el recurso queja y revisado la apelación deducida por el Ministerio Público? la respuesta es indiscutible una grave e irreparable vulneración a los derechos de la víctima, sometiéndola a una doble victimización, afectando su dignidad como persona humana. Sumado a ello, la vulneración del derecho de acceso a los recursos, derecho como se ha dicho forma del debido proceso.

Siendo otra consecuencia latente, la vulneración del derecho a la defensa, respecto a este derecho el profesor Cesar San Martín (2020) nos dice:

La defensa, sin embargo, se manifiesta como un derecho individual de una parte procesal y como garantía objetiva. Tiene, por tanto, un doble carácter o función: a la vez que un derecho individual-ámbito subjetivo es un elemento del ordenamiento jurídico y funciona como garantía del derecho objetivo. (p. 158)

Esa línea Maier citado por Cesar San Martín señala:

La defensa es una garantía procesal que comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y la de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúa. (p. 158)

En ese sentido se puede afirmar que el derecho a la defensa desde el punto subjetivo como derecho individual engloba en su misma una gama de derechos como el de intervenir en igualdad de condiciones, utilizar los medios de prueba pertinentes, etc. y como garantía procesal debe ser tutelado por los órganos de administración de justicia, sin el cual estaríamos ante un proceso inválido.

Pues bien, si el juez decide en el ejercicio de sus facultades actuar de oficio medios de prueba, en esa búsqueda de la verdad, como se ha dicho una parte se verá perjudicada con su admisión, llegando incluso con esa actuación probatoria sostener una futura condena, ergo, no permitir un reexamen por un tribunal de mayor jerarquía, vulnera también el derecho de defensa.

V. CONCLUSIONES

1. La finalidad del proceso es obtener un proceso justo, en esa línea la justicia que las partes esperan alcanzar, se maximizaría si se posibilita a las partes, recurrir la prueba de oficio, otorgándole la posibilidad de cuestionar aquella decisión tomada de manera oficiosa por el juez, más aún si el derecho de acceso a los recursos, se encuentra inmerso dentro del derecho al debido proceso, por tanto, la prohibición establecida por el legislador, quebranta dicho derecho fundamental consagrado en nuestra constitución. Por tanto, resulta válida la interposición de los medios impugnatorios, bajo los supuestos desarrollados en el presente trabajo.
2. Es el recurso de apelación, el medio impugnatorio a utilizar para cuestionar la prueba de oficio, la cual queda sujeta a la libre disposición de las partes en el ejercicio libre de su derecho, ante la disconformidad con la resolución emitida, recurso por el cual se busca su admisión por un juez imparcial, respetuoso del derecho al debido proceso; sin embargo en el peor escenario queda habilitado el segundo medio impugnatorio a deducir, el recurso de queja ante el Tribunal Superior, en busca de obtener que el recurso interpuesto primigeniamente sea admitido, consiguiendo con ello el sometimiento de la decisión cuestionada a una nueva evaluación, garantizando con ello un justo debido proceso.
3. La parte procesal, debe tener en cuenta los lineamientos o criterios desarrollados en el punto 3.3 de los presentes, frente a la inimpugnabilidad de la prueba de oficio que regula el proceso penal.
4. La Corte Suprema de la República, ha establecido jurisprudencialmente un requisito a tener en cuenta para juez al momento de ordenar prueba de oficio, denominándolos “preceptos que introducen especialidades procedimentales”,

los cuales no son otra cosa que mandatos establecidos en textos legales con relevancia en el proceso penal. Lo que en efecto es exigir un estándar de motivación ya no solo sobre la base de la búsqueda de la verdad; sin embargo, se mantiene rígido en la posición de establecer como regla la inimpugnabilidad de la prueba de oficio, siendo un contrasentido, establecer una mayor motivación, cuando esta no será sujeta a un reexamen o evaluación.

VI. RECOMENDACIONES

1. Los sujetos procesales en casos de disconformidad en la aplicación de la prueba de oficio deberán enfocarse si en el caso en concreto se cumplieron con los requisitos de indispensabilidad, utilidad de la prueba, además de los preceptos que introducen especialidades procedimentales dependiendo del tipo penal investigado.
2. No se ensaya con el presente trabajo incentivar a los litigantes a cuestionar mediante el uso de los medios impugnatorios, las restricciones a la impugnación que el legislador a previsto en la norma procesal, sino lo que se pretende es el cuestionamiento a la prueba de oficio, dada su trascendencia que puede conllevar a dar un giro distinto al momento de resolver la causa.
3. Impulsar un cambio legislativo, del artículo 385° inciso c) del Código Procesal Penal, respecto a la regla de no impugnación, donde se establezca de manera taxativa que frente a la decisión judicial que admite la prueba de oficio cabe la interposición del recurso de apelación, en virtud que no existen criterios mínimos razonables para limitar el derecho de acceso a los recursos.

VII.BIBLIOGRAFIA

ALFARO VALVERDE, Luis G.

2015 *El derecho a la impugnación desde las altas cortes de justicia. En Proceso y Constitución. El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación.* Lima: Palestra (pp. 391 - 409).

ARMENTA DEU, Teresa

2012 *Sistemas Procesales. La justicia penal en Europa y América.* Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

ARIANO DEHO, Eugenia

2015 *Impugnaciones Procesales.* Lima: Instituto Pacífico S.A.C

CARNELUTTI, Francesco

2004 *Derecho procesal civil y penal Tomo I,* traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos aires: Ediciones Jurídicas Europea – América.

CAVANI, Renzo

2018 *Teoría impugnatoria: recurso y revisión de la cosa juzgada en el proceso civil.* Lima: Gaceta Jurídica.

SAN MARTIN, César

2020 *Derecho Procesal Penal Lecciones. Segunda Edición.* Lima: CENALES e INPECCP.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

2005 *Expediente N° 5194-2005-PA/TC.*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

2008 *Expediente N° 0728-2008-PHC/TC.*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

2009 *Expediente N° 3509-2009-PHC/TC.*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

2014 *Expediente N° 0314-2014-PHC/TC.*