



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

---

**CARRERA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

“LA PRUEBA DE OFICIO COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO  
A LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA EN EL PROCESO PENAL”

Tesis para optar el título profesional de:  
**Abogado**

**Autor:**  
César Antonio Loayza Vega

**Asesor:**  
Abg. César Augusto Alva Florián

Trujillo – Perú

2015

## APROBACIÓN DE LA TESIS

El asesor y los miembros del jurado evaluador asignados, **APRUEBAN** la tesis desarrollada por el Bachiller **César Antonio Loayza Vega**, denominada:

### “LA PRUEBA DE OFICIO COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA EN EL PROCESO PENAL”

Abog. César Augusto Alva Florián

**ASESOR**

Mg. Ricardo Luperdi Gamboa

**JURADO  
PRESIDENTE**

Mg. Donny Pedreros Vega

**JURADO**

Mg. Carlos Héctor Uriarte Medina

**JURADO**

## DEDICATORIA

A mi madre, a quien escribiera:  
*“El sentido del texto está abierto a  
cualquiera que pueda leer”*  
(Paul Ricoeur)

## AGRADECIMIENTO

A Dios, a mi madre y a todos aquellos que compartieron, desde las aulas hasta las caminatas nocturnas, su saber y sus fantasmas.

También, a lo incomprensible que se abrió por dos sueños que se comprenden.

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

<b>CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	1
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	2
1.3. JUSTIFICACIÓN.....	2
1.4. LIMITACIONES.....	3
1.5. OBJETIVOS.....	4
1.5.1. OBJETIVO GENERAL.....	4
1.5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	4
<b>CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO.....</b>	<b>5</b>
2.1. ANTECEDENTES.....	5
2.2. BASES TEÓRICAS.....	5

### CAPÍTULO I

#### "LOS PRESUPUESTOS DE LA PRUEBA DE OFICIO EN LA DOCTRINA"

I. LOS PRESUPUESTOS DE LA PRUEBA DE OFICIO.....	8
1.1. EXCURSO HISTÓRICO.....	8
1.2. LA PRUEBA DE OFICIO.....	10
1.3. LA FUNDAMENTACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO.....	11
1.4. LOS PRESUPUESTOS DE LA PRUEBA DE OFICIO.....	13
1.4.1. LA INDETERMINACIÓN DE LOS HECHOS APORTADOS.....	13
1.4.1.1. LA INSUFICIENCIA PROBATORIA.....	15
1.4.2. LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD.....	16
1.4.2.1. LA VERDAD EN EL PROCESO.....	17
1.4.2.1.1. LA CONCEPCIÓN COGNOSCITIVISTA-EPISTÉMICA DE VERDAD.....	18
1.4.2.1.2. LA CONCEPCIÓN HERMENÉUTICA DE VERDAD.....	20
1.4.2.1.2.1. EL CONCEPTO DE COMPRESIÓN EN LA HERMENÉUTICA.....	21
1.4.2.1.2.2. EL CONCEPTO DE LENGUAJE EN LA HERMENÉUTICA.....	24
1.4.2.1.2.3. EL CONCEPTO DE MUNDO EN LA HERMENÉUTICA.....	25
1.4.2.1.2.4. ALGUNAS ACOTACIONES HERMENÉUTICAS DE LO DESARROLLADO ANTES DE PROCEDER.....	27
1.4.2.1.2.5. A MANERA DE EJEMPLO.....	29
1.4.2.1.2.6. UNA CRÍTICA A LA CONCEPCIÓN EPISTÉMICA DE VERDAD DE TARUFFO DESDE LA HERMENÉUTICA.....	35
1.4.2.1.2.7. DOS ÚLTIMOS CONCEPTOS DE LA HERMENÉUTICA: TRADICIÓN, HORIZONTE Y CONCIENCIA DE LA HISTORIA EFECTUAL.....	37

1.4.2.2. ALGUNAS CONCLUSIONES DEL CONCEPTO HERMENÉUTICO DE VERDAD DESARROLLADO. ....	40
1.4.2.3. LA DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS APORTADOS INDETERMINADOS.....	44
1.4.2.4. LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL. ....	42
1.4.2.4.1. ¿PARA GARANTIZAR LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL ES SUFICIENTE UNA CONCEPCIÓN COGNOSCITIVA-EPISTÉMICA DE VERDAD? .....	43
1.4.2.5. LA PROHIBICIÓN DEL "NON LIQUET". ....	44
1.5. CONCLUSIONES. ....	45

## CAPÍTULO II

### "EL DERECHO A LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA"

I. EL DERECHO AL A TUTELA PROCESAL EFECTIVA.....	48
1.1. EL DERECHO A LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA.....	48
1.1.1. PROCEDIMIENTO Y PROCESO.....	49
1.1.2. LA REDIMENSIONALIZACIÓN DEL CONCEPTO DE PROCEDIMIENTO POR EL PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL.....	50
1.1.3. EL DERECHO A LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	51
1.2. EL CONCEPTO DE DERECHO FUNDAMENTAL.....	53
1.2.1. EL CONCEPTO DE FUNDAMENTALIDAD DE LA NORMA FUNDAMENTAL EN KELSEN.....	53
1.2.2. EL CONCEPTO DE FUNDAMENTALIDAD DE DERECHO FUNDAMENTAL DE ALEXY.....	54
1.2.3. EL CONCEPTO DE FUNDAMENTALIDAD DE DERECHO FUNDAMENTAL EN HÄBERLE.....	55
1.2.3.1. EL DOBLE CARÁCTER DE LAS NORMAS DE DERECHO FUNDAMENTAL.....	55
1.2.4. EL CARÁCTER DE PRINCIPIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	56
1.2.4.1. EL CONCEPTO DE PRINCIPIO EN ALEXY.....	56
1.2.4.2. EL CONCEPTO DE PRINCIPIO DE ZAGREBELSKY.....	57
1.2.4.3. SOBRE EN QUÉ MEDIDA APORTA LA DISCUSIÓN DEL CONCEPTO DE CARÁCTER DE PRINCIPIO A LA FUNDAMENTALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	58
1.2.5. EL DENOMINADO CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	61
1.2.5.1. EL CONCEPTO DE RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	61
1.2.5.2. LA COMPRESIÓN DEL PROBLEMA DE LA RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DESDE LA HERMENÉUTICA.....	63
1.2.5.3. SOBRE LA COMPRESIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DESDE LA HERMENÉUTICA.....	68

1.2.5.3.1. LA COMPRESIÓN DE LOS HECHOS DE UN "CASO" QUE PUEDE SER DENOMINADO "PUERIL".....	71
1.2.6. LA ESTRUCTURA ANALÍTICA DE LAS POSICIONES JURÍDICAS DE DERECHO FUNDAMENTAL.....	80
1.2.6.1. LA ESTRUCTURA DEL "DERECHO A ALGO".....	80
1.2.6.2. LA ESTRUCTURA DE LAS LIBERTADES. ....	81
1.2.6.3. LA ESTRUCTURA DE LAS COMPETENCIAS. ....	81
1.2.6.4. LA ESTRUCTURA ANALÍTICA Y TRIÁDICA DE LAS POSICIONES JURÍDICAS DE DERECHO FUNDAMENTAL REPRESENTAN UN TODO DINÁMICO. ....	82
1.2.6.5. LA COMPRESIÓN HERMENÉUTICA DEL HAZ DE POSICIONES JURÍDICAS DE DERECHO FUNDAMENTAL DE ALEXY.....	82
1.2.7. LA CLASIFICACIÓN FUNCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL DERECHO A LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA.....	83
1.2.8. EL DERECHO A LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA COMO DERECHO DE PROTECCIÓN.....	84
1.2.8.1. DERECHO A UNA TÉCNICA PROCESAL ADECUADA. ....	85
1.2.8.2. DERECHO A PARTICIPAR DE UN PROCEDIMIENTO ADECUADO.....	86
1.2.8.3. DERECHO A UNA RESPUESTA JURISDICCIONAL.....	87
1.2.9. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA.....	88
1.2.9.1. DERECHO DE ACCESO AL ÓRGANO JURISDICCIONAL.....	88
1.2.9.2. DERECHO A PROBAR.....	89
1.2.9.3. DERECHO DE DEFENSA. ....	91
1.2.9.4. DERECHO A LA DEBIDA MOTIVACIÓN.....	92
1.2.9.5. DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....	93
1.2.9.6. DERECHO A QUE SEA RESPETADO EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL PENAL.....	95
1.3. CONCLUSIONES.....	95

### **CAPÍTULO III**

#### **"LA PRUEBA DE OFICIO EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO"**

I. LA PRUEBA DE OFICIO EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO.....	98
1.1. LA PRUEBA DE OFICIO COMO ACTO PROCESAL.....	98
1.1.1. PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA PRUEBA DE OFICIO.....	98
1.1.1.1. CÓMO COMPRENDER HERMENÉUTICAMENTE EL PRESUPUESTO PROCESAL DE LA OPORTUNIDAD DE LA PROPOSICIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO.....	98
1.1.2. PRESUPUESTOS SUSTANCIALES DE LA PRUEBA DE OFICIO.....	100
1.1.2.1. CÓMO COMPRENDER HERMENÉUTICAMENTE EL PRESUPUESTO SUSTANCIAL DEL "ESCLARECIMIENTO DE LOS HECHOS".....	100
1.1.2.1.1. ¿Y QUÉ NOS DICE SU "EXCEPCIONALIDAD"?.....	101

1.1.2.1.2. ¿QUÉ NOS DICE SOBRE LA EVENTUAL VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE "IMPARCIALIDAD JUDICIAL"?	102
1.2. CONCLUSIONES.	103
<b>CAPÍTULO 3. HIPÓTESIS.</b>	<b>106</b>
3.1. FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS.	106
3.2. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES.	106
<b>CAPÍTULO 4. MATERIALES Y MÉTODOS.</b>	<b>111</b>
4.1. TIPO DE DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.	111
4.2. MATERIAL DE ESTUDIO.	111
4.2.1. UNIDAD DE ESTUDIO.	111
4.2.2. POBLACIÓN.	111
4.2.3. MUESTRA.	111
4.3. TÉCNICAS, PROCEDIMIENTOS E INSTRUMENTOS.	112
4.3.1. PARA RECOLECTAR DATOS.	112
4.3.2. PARA ANALIZAR INFORMACIÓN.	112
<b>CAPÍTULO 5. RESULTADOS.</b>	<b>114</b>
<b>CAPÍTULO 6. DISCUSIÓN.</b>	<b>133</b>
<b>CAPÍTULO 7. CONCLUSIONES.</b>	<b>146</b>
<b>CAPÍTULO 8. RECOMENDACIONES.</b>	<b>147</b>
<b>CAPÍTULO 9. REFERENCIAS.</b>	<b>148</b>



## RESUMEN

En este estudio, se ha examinado, aunque más sincero sería decir que se ha intentado examinar, la incidencia que tienen los presupuestos de la prueba de oficio, y su configuración legal en el Código Procesal Penal del año 2004, como un modo de protección del contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva en el proceso penal.

En ese contexto, para la concreción del mencionado objeto, en el primer capítulo, fueron desarrollados los presupuestos de la prueba de oficio de acuerdo a la doctrina procesal, lográndose identificar que estos venían constituidos por lo que, en el trabajo, se ha denominado “*indeterminación de los hechos aportados*” y “*averiguación de la verdad*”, los cuales articulan la razón de su institución dentro de la historia del Derecho Procesal.

En el segundo capítulo, se abordó el desarrollo de la fundamentalidad del derecho a la tutela procesal efectiva, su estructura como derecho fundamental de protección, su contenido esencial y el replanteamiento de la mencionada fundamentalidad desde una perspectiva hermenéutica, indicando que la fundamentalidad del referido derecho está determinada por el “*horizonte histórico*” al que pertenece la Constitución y no por la creación de “*standards*” de fundamentación derivados por la argumentación jurídica o argumentación *ius-fundamental*, como sostiene Alexy.

En el tercer capítulo, se abordó el estudio de la disposición normativa que prevé a la prueba de oficio, es decir, el enunciado previsto en el inciso 2 del artículo 385 del Código Procesal Penal; su sistemática de acuerdo a la técnica procesal adoptada por el legislador, la determinación de sus presupuestos (diferenciándose los procesales de los sustantivos), y la comprensión de aquellos presupuestos desde el aporte de la hermenéutica, basado en la fusión de horizonte del ordenamiento procesal penal con aquel que la Constitución supone como límite interpretativo.

Los tres capítulos fueron confrontados con la experiencia jurisdiccional de los jueces penales de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, pudiéndose contrastar de manera considerable lo que comprendió el estudio dogmático de la prueba de oficio y del derecho a la tutela procesal efectiva con los criterios de los profesores Michelle Taruffo y Arsenio Oré Guardia. Asimismo, fue confrontado con el estudio de sentencias donde se aprecia la valoración de pruebas de oficio decretadas, a fin de poder determinar la incidencia entre el uso de esta y la calidad de tutela –aunque esto sea, también, dicho sea de paso una *contradictio in adjectum*- expresada en la sentencia.

Tras todo este íter transcurrido, se pudo arribar a la conclusión de que la prueba de oficio, a través de sus presupuestos, sean procesales o sustantivos, incide en el contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva en el proceso penal. En el primer caso, la incidencia era positiva sobre el principio de legalidad procesal penal, que puede ser reformulado como un derecho a que se respete el procedimiento determinado por ley; y en el segundo caso, lo que se estudió como “*averiguación de la verdad*” incidía en la fundabilidad de la sentencia en Derecho, puesto que garantizaba una respuesta jurisdiccional más acorde a las necesidades de tutela.

## ABSTRACT

In this study, it has been examined, although, it would be more accurate to say that it has been tried to examine, the incidence that the groundings of evidence ex officio, and its legal configuration in the Criminal Procedure Law of 2004, as a mode of protection of the core content of the right to due process of law in the criminal procedure.

In that context, in order to fulfill that object, reasons of requiring evidence ex officio are developed, following the procedural doctrine and normative, identifying that they were constituted by the “*indetermination of the facts introduced to the process*” and the “*ascertainment of truth*”, which articulates the reason of its institutionalization in the history of Procedural Law.

In the second chapter, it was addressed the development of the condition of fundamental right of due process of law, its fundamental right structure of right of protection, its core content and the rethinking of it from a hermeneutic perspective, indicating that it is determined by the “historic horizon” constituted by the Constitution, not by the creation of fundamentation “standards” or “*iusfundamental argumentation*”, as Alexy sustains.

In the third chapter, it was addressed the study of the normative disposition that regulates the ex officio evidence, that is, the normative standpoint of the point 2 from the article numbered 385 from the Code of Criminal Procedure; its systematic according to the procedural technique adopted by the legislator, the determination of its foundations (differentiating the procedurals from the substantives), addressing them by the contribution of the hermeneutic, based on the fusion of horizons between the procedural law and the Constitution.

The three chapters were confronted with the jurisdictional experience of the criminal judges from the Superior Court of Justice of La Libertad, contrasting what was addressed in the dogmatic study of the ex officio evidence and the due process of law with the criteria of the professors Michelle Taruffo and Arsenio Oré Guardia. The same with the study of the judgments derived from the judicial sentences where it was used the ex officio evidence, so it was able to determine the incidence within its use and the protection of rights.

After all this way, it could be concluded that the ex officio evidence, through its foundations, being either procedural or substantives, impacts on the core content of the due process of law in the criminal procedure. In the first case, the incidence it is positive on the principle of procedural criminal legality, that can be reformulated as the right directed to petition that the structure of legal proceedings must be respected; on the second case, what was studied as the ascertainment of truth impacts on the justification of the court ruling, because it guarantees the jurisdictional response be more adapted to the protection of rights.

## CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN.

### 1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.

El nuevo proceso penal regulado por el Código Procesal Penal de 2004 (en adelante, el Código) se ha estructurado, en buena cuenta, en base al principio acusatorio, teniendo ello como condición necesaria, dada la impropia tradición de oponer principio acusatorio y principio inquisitivo (Nieva Fenoll, La duda en el proceso penal, 2013, pp. 140-141), la asunción del principio de aportación de parte como correlato del primero, el mismo que en el ámbito de desarrollo de la actividad probatoria durante la etapa de juzgamiento cobra su mayor vigencia, pues es en razón a la premisa de este principio que son las partes quienes *prima facie* tendrían la función o el imperativo de probar los hechos que sustentan su teoría del caso (Talavera Elguera, 2009, pp. 24,51) (San Martín Castro, 2012, p. 17), con la atingencia de la vigencia del principio de presunción de inocencia del imputado.

Por otra parte, y sin perjuicio de lo anterior, el citado ordenamiento procesal prevé, en su artículo 385°, inciso 2, la posibilidad de que, culminada la actuación probatoria dentro del proceso, de manera excepcional, pueda disponerse de oficio o a pedido de parte la incorporación y actuación de nuevos medios probatorios, posibilidad que sólo podría tener lugar si es que, atendiendo a la insuficiencia de lo actuado durante el debate probatorio, resultaren indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad de los hechos. Asimismo, con la finalidad de no perder coherencia con el modelo procesal acusatorio, en la última oración del citado artículo se precisa que el Juez Penal se prevenga de no reemplazar la actuación propia de las partes, disposición que ha sido entendida tiene como finalidad la salvaguarda de la garantía de un Juez imparcial.

Es el contexto referido el que en la mayoría de procesos penales ha generado la formulación de incidentes en aplicación de la disposición normativa citada, y, en virtud de ello, las partes procesales han venido peticionado la incorporación *ex officio iudicis* de los mismos, atendiendo, indistintamente, según la tesis de la defensa técnica, del acusado o del actor civil, que recién toma conocimiento de lo que es objeto del proceso al momento del juicio, su imperativa necesidad debido al desarrollo de una actividad de aportación probatoria insuficiente por parte de una defensa técnica precedente o bien sustentando directamente el pedido en el derecho a probar, la efectividad del derecho de defensa de todo sujeto de tutela jurisdiccional efectiva y la prevalencia de una verdad material, histórica o, en el decir de Julio B. Maier, una “*verdad correspondencia*” (Maier, 2008); teniendo por contraargumentos la preclusión de la oportunidad en que las pruebas deban ser ofrecidas al órgano jurisdiccional, así como que, encontrándonos dentro de un sistema procesal cuyo corte es acusatorio-adversarial, la sola incorporación de medios probatorios posterior a la etapa de control de acusación sin que el material probatorio tenga el carácter de extemporáneo, implique un retorno al modelo inquisitivo, cuya característica fundamental fuera, justamente, la oficialidad de las actuaciones probatorias, solicitándose, por ello, la desestimación de ese tipo de incidentes, pues estimarlos implicaría, a su vez, la incursión dentro de la prohibición de subrogación de la actividad judicial en la de parte, esto es, la vulneración al citado principio de imparcialidad. *Mutatis mutandis*, en el caso de los elementos de prueba de cargo ofrecidos por el Fiscal. De ahí justamente que, durante el período comprendido por los años 2012, 2013 y 2014 (hasta

el mes de agosto), haya sido instrumentada la prueba de oficio, a nivel del área de Juzgamiento de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, en sólo 3 oportunidades.

Así las cosas, lo expuesto anteriormente no solo evidencia que el carácter excepcional del mandato de la disposición normativa del artículo 385° no ha sido comprendido adecuadamente, dada las profusas las interpretaciones que han venido realizando los operadores del Derecho, sino que, sobre todo, su ámbito de aplicación ha venido siendo desconocido, siendo precisamente en ese contexto que la presente investigación pretende, desde una perspectiva hermenéutica, partiendo de la teoría de los derechos fundamentales, esclarecer el ámbito de aplicación de la disposición normativa cuya interpretación genera conflicto, así como de los presupuestos de su instrumentación, y su ubicación o posible incidencia en el desarrollo del derecho de tutela procesal efectiva.

## 1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

¿De qué manera los presupuestos que fundamentan la prueba de oficio inciden sobre el contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva en el proceso penal?

## 1.3. JUSTIFICACIÓN.

Como se ha descrito al momento de abordar la realidad problemática, desde la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal, la disposición normativa del artículo 385, inciso 2), que prevé la incorporación excepcional de oficio de medios probatorios (según el literal del artículo estos tendrían que ser “nuevos medios probatorios”), ha quedado relegada al desuso por su falta de aplicación, puesto que se la ha cuestionado de atentar fundamentalmente contra el principio acusatorio, que incardinó al principio de aportación de parte, a fin de salvaguardar el derecho a un juez imparcial, en tanto potestad instructiva del Juez (Taruffo, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, 2010, p. 196); y la regla de la oportunidad de los actos procesales o, dicho de otro modo, de la preclusión de los actos de aportación incorporada en la última oración del artículo IX que enlista al derecho de defensa dentro del Título Preliminar, en la medida en que refiere: *“El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala”*.

En ese contexto, la excepcional prueba de oficio no sólo constituye una disposición normativa (enunciado o texto) cuya norma –se entiende por norma, a diferencia de disposición normativa, a su sentido o contenido interpretativo- cuya interpretación de su sentido ha quedado obcecada por distintas interpretaciones, sino que, fundamentalmente, ha quedado relegada su función o incidencia sobre el derecho a la tutela procesal efectiva, como garantía del cumplimiento de los derechos fundamentales.

Como consecuencia de lo anterior, la presente investigación se justifica teóricamente en tanto pretende abordar a la posibilidad de la prueba de oficio desde la teoría de los derechos fundamentales para mostrar la incidencia que tiene la misma dentro del contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva.

En segundo lugar, y como consecuencia de la primera justificación, el presente trabajo adquiere también una justificación práctica, pues el desarrollo del instituto procesal materia de estudio, en la praxis forense –sobre todo en la actividad judicial-, determinaría el marco de desenvolvimiento del contenido esencial del deber prestacional de tutela procesal estatal coherente con la protección de los derechos fundamentales, sobre todo si es que se tiene al proceso penal como un proceso donde se discute la legitimidad del poder persecutor y punitivo del Estado frente a la inocencia del imputado.

Siendo ello así, la trascendencia del presente trabajo (justificación valorativa) es doble: primero determina en base al desarrollo doctrinario y lógico de la posibilidad de incorporar medios probatorios de oficio y su incidencia en el derecho a la tutela procesal efectiva; y, con ello, ofrece un sentido de interpretación del proceso penal para su aplicación –razonable- dentro del proceso penal de acuerdo con el desarrollo de la teoría de los derechos fundamentales.

Ciertamente, en la medida que la presente investigación también pretende analizar las determinadas posturas y lecturas que se ha realizado de lo que es materia de estudio, y poner en relieve las profundas perspectivas (aunque, en el fondo, binarias) que se han pronunciado sobre el mismo, existe la necesidad de centrar el debate y ponerlo en cuestión de acuerdo al concepto de tutela procesal efectiva que se expondrá.

Por otra parte, el presente trabajo también cuenta con una justificación académica, en la medida en que tiene como finalidad aportar la necesidad de comprender hermenéuticamente cada institución jurídico-procesal a fin de cumplimentar los fines de tutela de cada una de ellas.

#### **1.4. LIMITACIONES.**

Las limitaciones encontradas son de dos órdenes: 1) en primer orden, en cuanto a la brevedad de la información –argumentación jurisdiccional- obrante en los expedientes sobre la fundamentación de la utilización de la prueba de oficio; 2) en segundo orden, la muestra que constituye el presente trabajo está limitada a un horizonte temporal de los dos últimos años y se restringe al ámbito territorial y funcional de competencia de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, que incidirá sobre el grado de generalización de los resultados del presente trabajo de investigación.

No obstante, ambas limitaciones no restringen el desarrollo del objeto de investigación y grado de generalización de los resultados por cuanto, en el primer de los casos, la información obrante en los expedientes, esto es, en las sentencias que constituyen una de las unidades de análisis del presente trabajo, será ampliada con la información a ser recabada mediante la segunda unidad de análisis consistente en la recepción e incorporación en soporte material de los criterios de aplicación de la prueba de oficio de los jueces competentes para su instrumentación (jueces penales) a través de entrevistas, sumada a aquellas de dos especialistas sobre la materia. Respecto de la segunda limitación, esta tampoco restringirá de manera significativa el grado de generalización, puesto que la unidad de análisis consiste sobre todo en un problema de investigación de tipo teórico, que, de acuerdo al criterio que se adopte al respecto, necesariamente incide sobre su praxis.

## **1.5. OBJETIVOS.**

### **1.5.1. OBJETIVO GENERAL.**

- Determinar de qué manera los presupuestos de la prueba de oficio inciden sobre el contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva en el proceso penal.

### **1.5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.**

- Identificar los presupuestos de la prueba de oficio de acuerdo a la doctrina, criterio jurisdiccional y la normativa procesal nacional.
- Determinar el ámbito de aplicación de la prueba de oficio dentro del proceso penal peruano.
- Determinar el contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva.
- Determinar la incidencia de la prueba de oficio en el desarrollo del contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva.

## CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO.

### 2.1. ANTECEDENTES.

Como sea que no existe antecedente preciso de la forma en que se abordará el presente trabajo, se pueden enumerar los siguientes antecedentes de trabajos cuyo objeto fue el mismo que el que se desarrollará en lo sucesivo:

- 2.1.1.** Tesis de Gisel Vanesa Andía Torres para optar el grado académico de magíster en Derecho Procesal en la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú: *“Deficiencias en la labor fiscal y judicial en las distintas etapas del actual proceso penal. estudio de las sentencias absolutorias emitidas en los juzgados penales de la ciudad de cusco durante el año 2011”*.

#### **2.1.1.1. FUNDAMENTACIÓN DE LA ENTIDAD DE ANTECEDENTE DE LA MENCIONADA TESIS.**

La referida tesis manifiesta su vigencia respecto al trabajo de investigación a abordarse, pues, fundamentalmente, desarrolla el problema de la deficiente labor del representante del Ministerio Público y del órgano jurisdiccional, encargado de prestar una tutela procesal efectiva, incidiendo en que el problema de este último reside en la inutilización de la prueba de oficio, en tanto habilitación que le ha reconocido el ordenamiento procesal penal, conforme a su novena conclusión.

- 2.1.2.** Tesis de Víctor Roberto Obando Blanco para optar el grado académico de magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial de la Escuela de Posgrado de la Universidad Mayor de San Marcos: *“Proceso civil y tutela jurisdiccional efectiva”*.

#### **2.1.2.1. FUNDAMENTACIÓN DE LA ENTIDAD DE ANTECEDENTE DE LA MENCIONADA TESIS.**

La referida tesis comparte, en cuanto a sus conclusiones, el modo en que abordará el presente trabajo de investigación su propósito. En tal sentido, el desarrollo de la constitucionalidad de la iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil, abordando la teoría de los derechos fundamentales y su estructura normativa y axiológica, destacando el problema del contenido esencial de los mismos, articula, en buena cuenta, salvo con las precisiones que se desarrollarán, el sentido en que la presente investigación estará orientada.

### 2.2. BASES TEÓRICAS.

Las bases teóricas del presente trabajo están estructuradas en base a tres capítulos: **a)** La prueba de oficio, que incluye el excurso histórico sobre la misma, su génesis, fundamentación y presupuestos de procedencia; **b)** el derecho a la tutela procesal efectiva, en el que se abordará su definición, su estructura como derecho subjetivo desde la teoría de los derechos fundamentales y, por último, su contenido esencial;



y **c)**, la prueba de oficio en el Código Procesal Peruano, en el que se abordarán la comprensión de los presupuestos procesales que nuestro ordenamiento jurídico-procesal penal prevé para la prueba de oficio.



**CAPÍTULO I:  
“LOS PRESUPUESTOS DE LA PRUEBA DE OFICIO EN LA DOCTRINA”.**

**I. LOS PRESUPUESTOS DE LA PRUEBA DE OFICIO.**

**SUMARIO: 1.1. EXCURSO HISTÓRICO. – 1.2. LA PRUEBA DE OFICIO. – 1.3. LA FUNDAMENTACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO. – 1.4. LOS PRESUPUESTOS DE LA PRUEBA DE OFICIO. – 1.4.1. LA INDETERMINACIÓN DE LOS HECHOS APORTADOS. 1.4.1.1. LA INSUFICIENCIA PROBATORIA. – 1.4.2. LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD. – 1.4.2.1. LA VERDAD EN EL PROCESO. – 1.4.2.1.1. LA CONCEPCIÓN COGNOSCITIVISTA-EPISTÉMICA DE VERDAD. – 1.4.2.1.2. LA CONCEPCIÓN HERMENÉUTICA DE VERDAD. – 1.4.2.1.2.1. EL CONCEPTO DE COMPRENSIÓN EN LA HERMENÉUTICA. – 1.4.2.1.2.2. EL CONCEPTO DE LENGUAJE EN LA HERMENÉUTICA. 1.4.2.1.2.3. EL CONCEPTO DE MUNDO EN LA HERMENÉUTICA. – 1.4.2.1.2.4. ALGUNAS ACOTACIONES HERMENÉUTICAS DE LO DESARROLLADO ANTES DE PROCEDER. – 1.4.2.1.2.5. A MANERA DE EJEMPLO. – 1.4.2.1.2.6. UNA CRÍTICA A LA CONCEPCIÓN EPISTÉMICA DE VERDAD DE TARUFFO DESDE LA HERMENÉUTICA. – 1.4.2.1.2.7. DOS ÚLTIMOS CONCEPTOS DE LA HERMENÉUTICA: TRADICIÓN, HORIZONTE Y CONCIENCIA DE LA HISTORIA EFECTUAL. – 1.4.2.2. ALGUNAS CONCLUSIONES DEL CONCEPTO HERMENÉUTICO DE VERDAD DESARROLLADO. – 1.4.2.3. LA DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS APORTADOS INDETERMINADOS. – 1.4.2.4. LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL. – 1.4.2.4.1. PARA GARANTIZAR LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL NO ES SUFICIENTE UNA CONCEPCIÓN COGNOSCITIVA-EPISTÉMICA DE VERDAD? – 1.4.2.5. LA PROHIBICIÓN DEL “NON LIQUET”. – 1.5. CONCLUSIONES.**

## 1.1. EXCURSO HISTÓRICO.

De acuerdo a determinado sector de la doctrina y a la forma en que ha sido comprendida la institución jurídica de la prueba de oficio, esta se remontaría, antes que a su concepción como medio de prueba, a las “*técnicas de producción de verdad*” (Foucault, 2010, pág. 82) que se desarrollaron en los procesos judiciales durante la Alta Edad Media, momento en el que el proceso empezó a adoptar un matiz público (Ambos, 2010, pág. 165). En base a esa característica es que el mencionado tipo de proceso habría sido denominado “*inquisitivo*”, puesto que, en el mismo, el único sujeto procesal actuante era el juez, quien tenía amplias facultades sobre la dirección y desenvolvimiento del proceso. En ese sentido, Ambos ha afirmado que: “*el inquisidor [el Juez] (...) [quien ejercía el] monopolio de la acción, dirige y desarrolla como única parte todo el proceso penal, mientras el acusado constituye un mero objeto del proceso, sigue siendo objeto de una valoración negativa por parte de la literatura científica que estudia el proceso penal*” (Ambos, 2010, pág. 179).

Como se puede anticipar, el sistema inquisitivo tiene un nacimiento posterior en la historia de los sistemas procesales, pues tiene lugar con la publicización del proceso. A la forma de entender al proceso que precedía, se le ha denominado, actualmente, acusatorio, por el protagonismo absoluto -en un inicio, conforme ha escrito Armenta Deu, refiriéndose a la existencia de la “*compositio*” como sustituto de la pena o casi absoluto de las partes dentro del mismo hasta la aparición del *Fiskalat*, quien anticipa la apropiación del derecho de penar [*ius puniendi*] por parte del Estado-, y la intervención del juez como mero decisor sobre lo que pretendían las mismas, como ha afirmado Ambos: “*El proceso [acusatorio] adversarial o contradictorio, en el cual las partes obtienen por sí mismas los elementos de prueba y son ellas también las encargadas de presentar las pruebas relativas a la cuestión de culpabilidad en el juicio oral*” (Ambos, 2010, pág. 181).

Puede servir como ejemplo de esto el relato bíblico que se encuentra en el libro de Hechos del Nuevo Testamento, en el que el sumo sacerdote Ananías acusó a

Pablo de Tarso de sedición –por proclamar la resurrección de Jesús- ante Claudio Lisias, quien por no encontrar pruebas suficientes contra él, lo remitió a Felix, y este último, quien luego de que Pablo apelara al César, lo remitiera a César Augusto. Durante todo ese trayecto, lo que hubiera merecido la condena de Pablo a muerte, hubieran sido las pruebas de sus acusadores; sin embargo, como aquellas no existían, no había razón de condena.

En el mismo sentido, puede leerse en Armenta Deu: *“El sistema acusatorio enfoca sustancialmente las exigencias relativas a la acusación, a la imparcialidad que garantiza y al hecho de que el acusador no puede sin más acusar, debiendo ofrecer evidencias suficientes de culpabilidad para apreciar la existencia de una ‘causa probable’”* (Armenta Deu, 2012, p. 43). En virtud a esta última regla es que el principio de aportación de parte pareciera desprenderse o desasimilarse, puesto que el mismo no hace referencia sino a que los hechos deberán ser aportados por las partes, y, por ende, también que su probanza compete a las mismas. Tal como afirma Picó i Junoy: *“El principio de aportación de parte hace referencia a la introducción en el proceso del material fáctico, y aparecen como manifestaciones de este principio el que los litigantes tienen que alegar los datos o elementos fácticos de la realidad discutida en el proceso, así como proponer la prueba de tales datos o elementos”* (principio que habría sido derivado del brocardo *“iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium”*) (Picó i Junoy, 2007, p. 102). Desde luego, esto en modo alguno elide – o, hablando propiamente, deberá elidir - la función de esclarecimiento de los hechos que orienta al proceso penal.

No obstante lo anterior, resulta pertinente la precisión que realiza Nieva Fenoll respecto a la dualidad inquisitivo/acusatorio que ha distinguido al estudio doctrinario de los sistemas procesales, y cuyas consecuencias también tienen un lugar en cuanto al planteamiento de la incorporación o habilitación de la prueba de oficio dentro de un sistema procesal.

De acuerdo a lo que nos expone el citado profesor, el término *“inquisitivo”* etimológicamente no ha estado vinculado con la competencia del juez respecto del objeto del proceso, salvo su competencia para instruir y probar los hechos por parte del juez. No obstante, históricamente, lo *“inquisitivo”* (es decir, lo que ha venido siendo considerado como tal, pese a no concordar etimológicamente con dicho término) ha hecho alusión a la potestad de impulso procesal del juez, y que proviene de las palabras *“tribus modis possit procedi, per accusationem videlicet, denunciationem & inquisitionem eorum”*<sup>1</sup> del Concilio Lateranense IV del año 1215 (Nieva Fenoll, La duda en el proceso penal, 2013, p. 142), procederes que estaban referidos a los modos de iniciación del proceso, pero que, metonímicamente<sup>2</sup>, terminaron comprendiendo la iniciativa probatoria oficial. Por ello es que, etimológicamente, el principio que habría sido realmente la pareja del principio acusatorio

---

<sup>1</sup> Cuya traducción sería cercana a que el juez puede proceder de tres maneras: por la acusación, por la denuncia y por su investigación.

<sup>2</sup> Tomo prestado la palabra metonímicamente en tanto adverbio derivado de la palabra metonimia, la cual hace alusión al conocido recurso estilístico en el que la parte es tomada por el todo y los distintos tipos de relación que pueden existir entre dos palabras; sin embargo, el sentido que esta tiene en el párrafo puede resultar más cercano al que Lacan destaca en su *Seminario 5* cuando afirma a la vinculación de una palabra con dos contextos diferentes. En: Lacan, Jacques. *Seminario 5. Las formaciones del inconsciente*. Editorial Paidós, Buenos Aires, 1999, pág. 64.

no podría haber sido el principio “*inquisitivo*” (que sólo comprendía una significación en términos de probanza) sino el “*principio de oficialidad*” (*Offizialprinzip*), porque este suponía estrictamente el señorío por parte del juez de lo que era objeto del proceso, es decir, que su competencia también estaba referida a la promoción de la acción penal. Igualmente, la pareja del principio inquisitivo debió siempre haber sido el principio de aportación de parte y no el acusatorio, porque entre ellos etimológicamente no podría establecerse un *tertius comparationis*.

Por su parte, el principio acusatorio únicamente habría estado referido a la proscripción de que el juez sea el autorizado para promover el proceso penal, como solía pasar con los ordenamientos jurídico-penales en que este emitía un auto de instrucción; así como a la configuración legal de que el juez sea acusador y juzgador a la vez (Nieva Fenoll, Fundamentos de Derecho Procesal Penal, 2012, p. 231). Sin embargo, este principio, en función a su pretendida oposición con el principio inquisitivo, habría extendido su proscripción a que el juez sea el aportador de prueba alguna, pese a que esto no afecte su imparcialidad (Montero Aroca, 1994, p. 543).

Sin embargo, es a partir de dicha iniciativa de oficio del Juez que se entiende que la actividad instructiva y de aportación de prueba estaba comprendida dentro de la iniciativa probatoria oficial, por lo que históricamente, y metonímicamente, no resulta incorrecto afirmar que lo “*inquisitivo*” del proceso penal que se desarrolló en la Edad Media no sólo estaba referido a la actividad de dirección y de impulso del proceso, sino también a la actividad probatoria.

## 1.2. LA PRUEBA DE OFICIO.

La terminología de la prueba de oficio, actualmente, no es unívoca, si es que se la mira en relación a su significado primigenio de estar referida a aquella producida por el Juez, sin que a esto se le añada ni más ni menos.

Esto, en parte, puede ser comprendido porque, de acuerdo a su introducción dentro de cada ordenamiento jurídico, la misma fue tornándose polisémica al ir signando bajo su nombre no solamente a los medios de prueba derivados de los actos de iniciativa probatoria o poderes de instrucción de los que el juez otrora podía jactarse, sino que, junto a ello, también ha ido nombrándose a todo medio de prueba cuya admisión le estuviera reservada al juez una vez precluido el momento en que, de acuerdo a la estructura del proceso, regularmente las partes del mismo debieron de aportarlos. Es el caso, por ejemplo, de nuestro ordenamiento jurídico procesal penal, donde encontramos una disposición normativa que traduce una competencia jurisdiccional para admitir *ex officio iudicis* medios probatorios solicitados por las partes, posteriormente a la actuación de la prueba que fue introducida dentro del proceso en el momento en que esta debió de ser “aportada por las partes”, esto es, durante el control de la acusación fiscal. Sin embargo, esto será materia de abordaje en el último capítulo del presente trabajo.

Por ahora, convengamos, provisionalmente, en que con prueba de oficio nos referimos latamente a aquella prueba que es instruida y producida por el Juez independientemente de que este o las partes hayan instruido la actividad orientada a la búsqueda de la fuente de prueba o a la obtención del medio de prueba que le sirve de soporte. Si bien esta definición provisional podría pecar de muy amplia

para lo que es objeto del presente trabajo, tendrá la virtud de ofrecernos un amplio horizonte para la comprensión de la prueba de oficio en los aspectos que, considero, son fundamentales para su entendimiento dentro del derecho procesal, la fundamentación que legitimó su lugar dentro del proceso mismo y los presupuestos que la doctrina y la técnica procesal han podido reconocerle a dicha institución.

### 1.3. FUNDAMENTACIÓN DE LA INCORPORACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO.

La fundamentación de la instauración de la incorporación de medios probatorios de oficio, se ha afirmado, obedece *prima facie* al denominado principio de “*búsqueda de la verdad*” o “*esclarecimiento de los hechos*” (*Aufklärungsprinzip*) (Ambos, 2010, pág. 180), el cual tendría como finalidad la dotación de un “*sentido material*” a la justicia, pues tal como afirma Peláez Bardales: “(…) *la finalidad del proceso penal consiste en la averiguación de la verdad; es decir, reconstruir o descubrir la verdad histórica*” (Peláez Bardales, 2014, p. 73). Ahora bien, si bien esto que precede, podríamos afirmar, puede resumir el lugar que la prueba de oficio ha adquirido dentro del derecho procesal la prueba de oficio –y, hasta cierto punto, podemos afirmar que es una perogrullada-, no expone sobre sí la problemática que –desde siempre- ha estado vinculada a la misma.

Por ello, considero podemos dirigirnos brevemente al estudio que hace Picó i Junoy de la recepción del brocardo “*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*” (que rezaría, quiero atreverme a traducir, como “*el juez debe juzgar de acuerdo a lo alegado y probado por las partes*”), que se habría formulado a partir del comentario del D.1.18,6,1 (*De officio praesidis*) del Digesto, el cual recitaba lo siguiente: “*Veritas rerum erroribus non vitatur; et ideo praeses provinciae id sequatur quod convenit eum ex fide eorum quae probabuntur*”, cuya traducción el citado maestro español citaría como “*la verdad no debe desvirtuarse por los erróneos abusos de la práctica, y, por consiguiente, aténgase el gobernador a lo que resulte de la fe de las pruebas*” (Picó i Junoy, 2007, p. 36).

Como afirma el citado profesor dentro de su obra, este brocardo constituye una incorrecta formulación –que pasó inadvertida por toda una tradición de procesalistas italianos- del brocardo latino “*iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*”, el cual tenía como función definir que aquello que debía ser juzgado debía de serlo únicamente en base a lo conocido dentro del proceso; excluyéndose todo motivo de decisión basado en un conocimiento privado del juez. Pueden anticiparse ya en este espacio cuáles fueron las consecuencias que tuvo el acogimiento de la errónea formulación del comentario del Digesto justiniano, y el mismo profesor español nos lo explicita en su estudio: la formulación del denominado principio dispositivo, respecto del cual se formulara posteriormente el principio de aportación de parte (*Verhandlungmaxime*) (Picó i Junoy, 2007, p. 87).

No es objeto del presente trabajo pronunciarnos sobre ello, pero quizá a ello deba atribuirse el hecho de que la tutela procesal, en lo relativo a la probanza, haya sido pensada tanto tiempo como una técnica destinada a garantizar la participación de las partes dentro del proceso, constituyéndose dicha participación como tema de preocupación principal por parte de los procesalistas, antes de qué haya sido materia de contestación lo que, en realidad, se pretendía con dicha participación.

Sin embargo, provisionalmente, podemos afirmar, de acuerdo a lo brevemente expuesto, la conclusión a la que llegó el profesor español por medio de su estudio, quien ha afirmado que el fundamento de la prueba de oficio –como atenuación del principio de aportación de parte (*Verhandlungmaxime*)– es “(...) *el carácter Social del Estado de Derecho, consagrado en nuestra Constitución, así como el deber del Juez de velar por la efectividad en la tutela de los intereses discutidos en el proceso para lograr, de este modo, lo que el citado Texto Fundamental proclama como valor superior del ordenamiento jurídico: la “justicia”, que constituye, sin duda alguna, el objetivo final de la función jurisdiccional*” (Picó i Junoy, 2007, p. 119).

No ajena a la citada concepción, aunque desde una perspectiva funcional, podemos encontrar el trabajo del procesalista brasileño Câmara Freitas, quien ha señalado que la participación del juez en la instrucción de la causa a través de la prueba de oficio es una manifestación de la razón instrumental que envuelve a la ciencia procesal, por cuanto esta procura la eliminación de las diferencias de oportunidades en función de la situación económica de los sujetos, concluyendo, en tal sentido, que esta contribuye a la dotación de efectividad al proceso, posibilitando que “(...) *el instrumento estatal de solución de controversias sea un medio de acceso real a una resolución justa*” (Freitas Câmara, 2007, p. 36).

Habiendo llegado a este punto, quisiera introducir un reparo que considero va a permitir comprender mejor lo que posteriormente se desarrollará, y es que si bien es cierto que la eliminación de diferencias dentro del proceso es un medio a través del cual se puede promover que las partes “*acceder realmente a una resolución justa*”, esto de por sí no puede constituirse como un fin propio del proceso.

En efecto, considero que el significado que podría tener una frase como “*acceso real a una resolución justa*” o de “*efectividad de la tutela*”, si bien descubre un derecho de participación implícito dentro del proceso, este sólo puede ser comprendido si es que dicha participación es entendida como una actividad cuyo fin último es el esclarecimiento de los hechos cuyas consecuencias jurídicas son materia de las pretensiones que son materia de absolución en el mismo. Y con esto me refiero a que no sean otra cosa que los hechos en el proceso los que permitan que el proceso ocupe el lugar que debe ocupar dentro del derecho como *locus* de concreción de la norma, porque son los hechos en él desenvueltos los que configuran las pretensiones de tutela procesal y los que, al finalizar el proceso, van a comportar lo que el juez haga, diga u ordene: es decir, lo que el mismo Derecho haría, diría u ordenaría.

Esto lo podemos encontrar en el derecho romano. De hecho, si es que no hemos perdido el sentido de la narrativa que nos invita a comprender el mismo Digesto de Justiniano (Justiniano, 2012, pp. 27-29), creo pertinente recordar en este espacio unas partes del mismo que nos invitan a pensar la citada preocupación.

Por ejemplo, en el capítulo intitulado *De origine iuris et omnium magistratuum et sucessione prudentium*, el cual comienza con la cita de Pomponio referida a “*necessarium itaque nobis videtur ipsius iuris originem atque processum demonstrare*” (es decir, la necesidad que uno tiene de mostrar el origen del desenvolvimiento del derecho), podemos leer claramente la necesidad que tuvo la sociedad romana tanto del reconocimiento de determinadas situaciones de hecho que regían su vida



cotidiana y las consecuencias jurídicas que ellas llevaban consigo como de aquellas reglas necesarias para poder exigir la efectividad de dichas consecuencias jurídicas que el Derecho franqueaba (antes de ello, se afirmaba que se vivía “*sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit omniaque manu a regibus gubernabantur*”<sup>3</sup>).

Podemos leer en el citado capítulo cómo es que la insuficiencia regulativa del *ius civile Papirianum* trató de ser resuelta a través de las *Duodecim tabularum*, respecto de las cuales se ha afirmado que pretendían “(...) otorgar seguridad al ciudadano medio en el tráfico jurídico y en la justicia frente a la arbitrariedad de la nobleza patricia” y, por ello, sus normas eran “(...) de una concisión extrema, muy uniformes y sencillas en su estructura” (Kunkel, 1966, pp. 33-35). Y también podemos comprender el fundamento de las denominadas “*legis actiones*”, cuya característica de ser formas fijas y solemnes simbolizaba el deseo de seguridad en la tutela de quienes conformaban el *populus* romano y de su deseo de justicia.

Con ello, he pretendido hacer patente que lo que ha constituido el problema del derecho ha sido y son las situaciones fácticas de la experiencia humana, que extienden su llamado al derecho –en la persona del juez, que hace las veces de su personificación- para ser reconocidas como tales y con las consecuencias que, justas o no, se han reconocido para las mismas. Y es en la patencia de esa hiancia que significa ese deseo de tutela y la experiencia cotidiana de lo que se comprende como acorde a derecho, donde debemos encontrar al proceso. Esa hiancia no viene a ser ocupada sino por el problema de la “*verdad*”, como desarrollaremos en los siguientes acápite.

Por ello he considerado que los dos presupuestos de la prueba de oficio, teniendo en cuenta a la tradición jurídica que sobre la misma se ha elaborado, giran en torno a dos asuntos puntuales: **i)** la indeterminación de los hechos aportados y **ii)** la averiguación de la verdad; cuales expongo a continuación.

#### **1.4. PRESUPUESTOS.**

##### **1.4.1. INDETERMINACIÓN DE LOS HECHOS APORTADOS.**

Los presupuestos de la prueba de oficio pueden entenderse como las condiciones sin las cuales esta actividad no podría darse, y, en virtud de ello, debe entenderse, en principio, a la ausencia de la determinación de los hechos o de la *quaestio facti*, es decir, en el sentido, de no poder distinguirse los hechos o de no poder hacerse dejar ver tal cual ellos son.

En la doctrina, se ha solido referir como un presupuesto de la prueba de oficio a la “*insuficiencia probatoria*” (Rabello, 2004, pp. 1-25), dado que serían los insuficientes elementos de prueba actuados y su significado los que habilitarían los poderes de instruir del juez; sin embargo, no comparto aquello, porque la insuficiencia probatoria no es una cuestión inmediata al juez, sino mediata. Lo que impulsa al juez a utilizar la iniciativa probatoria

---

<sup>3</sup> Es decir: “*sin ley cierta, sin derecho cierto y todas las cosas eran gobernadas por la mano del rey*”.

de oficio es la “*indeterminación*<sup>4</sup> de los hechos” que se le hace patente –y, por tanto, le es inmediata- al juez pese a que todas las pruebas fueron actuadas, y ello anticipa la incompreensión de los mismos. Este espacio de indeterminación es, pues, el que habilita al juez a ordenar las pruebas de oficio. Si la indeterminación mencionada se deba a la insuficiencia probatoria, esto es cierto, pero a ello llega el juez, después de comprender lo primero: que lo que comprende, es poco. Es por esta razón que he colocado como presupuesto de la indeterminación de los hechos a la insuficiencia probatoria, para ser más riguroso en ello, y ello será analizado en el sub-acápite del presente.

Lo precedente permite explicitar por qué aparece como progresiva la determinación de los hechos durante todo el proceso. En efecto, en la medida que la determinación de los hechos implica un paso progresivo durante el proceso -aunque más preciso sería referirme a una suerte de espiral que gira sobre sí misma, porque uno vuelve a encontrarse con lo ya encontrado (las fuentes de prueba y lo que ellas nos hacen evidente)-, y esto en razón a que la probanza o la actividad probatoria, en un sentido genérico, tiene lugar desde los actos de investigación, mientras que la prueba en el sentido estrictamente procesal ocurre –se produce- sólo durante el juicio oral, donde culminada tal, se espera los hechos resulten claros y eviten todo “*non liquet*”. Por ello es que de la prueba se suele predicar en la doctrina, como señala Picó I Junoy, que “(...)debe ceñirse a los hechos objeto de discusión en el juicio oral” (Picó i Junoy, 2007, p. 156).

Si bien el profesor español en mención desgaja como otro de los presupuestos de la iniciativa probatoria de oficio al hecho de que se cuenten en juicio con las fuentes de prueba –entiéndase, como fuente de prueba al hecho que constituye el objeto de prueba y que se da a conocer a través de los medios probatorios, o, como señala el maestro Mixán Mass, “(...) es el conocimiento, el significado originario, que se obtiene sobre el objeto de prueba, a través del respectivo medio de prueba y durante el debate contradictorio, oral, público y continuado” (Mixan Mass, 2005, p. 219)- sobre las cuales tendrá lugar la actividad probatoria, nosotros creemos que tal se desprende del presupuesto consistente en la determinación de los hechos materia de discusión dentro del proceso, pues las fuentes de prueba no son sino un concepto técnico que funcionaliza la importancia de la determinación de los hechos cuya dilucidación será ventilada en el proceso. Uno se pregunta: ¿no está, acaso, la fuente en los hechos?

---

<sup>4</sup> Puede comprenderse adecuadamente el concepto de “*indeterminación*” aquí utilizado, si nos remitimos al uso que le da a este vocablo Hegel. Hegel afirma en su *Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas* que los fenómenos adquieren su determinación por medio de la forma [de los mismos], en tanto que esta es la exterioridad por medio de la cual subsiste el mismo (En: Véase en: Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas*. Alianza Editorial, Madrid, 1999, pág. 225). Igual sucede, pues, con los hechos que son objeto de prueba, que son el fenómeno cuya significatividad jurídica precisa de ser comprendida. En la medida que desde los primigenios actos de investigación anticipan su significado hasta que este sea suficientemente comprendido como para decidir sobre el mismo, también se puede afirmar de una “*determinación*” o “*indeterminación*” de los hechos materia del proceso.



Efectivamente, allí donde la fuente de prueba es descubierta, esta extiende su llamado a la comprensión por parte del órgano jurisdiccional de lo que ella misma muestra. Es fuente de prueba no por la etapa procesal en la que se desenvuelve, sino porque aparece como el lugar donde germina aquello que habrá de mostrarse. Literalmente, podemos convenir en que el significado de fuente de prueba, así como las demás categorías conceptuales que en la técnica probatoria encuentran su residencia, no nos dicen otra cosa que lo que Cicerón en la defensa de T. Anio Milón dijo: “(...) *los hechos, jueces, hablan por sí mismos*” (*res ipsa loquitur*) (Cicerón, 1994, p. 513).

En este sentido, si se afirma que son los hechos el objeto de la prueba, de suyo se ha de comprender que sólo sobre estos ha de entenderse a la iniciativa probatoria de oficio. Y quien ha de encargarse de comprender el “*hecho aportado*” —es decir, aquello que comunican las partes que sucedió, es el juez, pues es él y no otro sujeto el que deberá determinar (en el sentido que hemos señalado *ut supra* de hacer que los mismos permitan ser vistos en cuanto tales) los hechos para fundar su decisión.

#### 1.4.1.1. INSUFICIENCIA PROBATORIA.

Ahora bien, el presupuesto de indeterminación de los hechos tiene lugar, fundamentalmente, por la “*insuficiencia probatoria*”, pues los hechos adquieren, fenoméricamente hablando, indeterminación en la medida en que los medios probatorios propuestos por las partes convertidos, en el juicio oral, en prueba no des-ocultan el contexto del hecho o evento que pretende ser comunicado por las partes del proceso.

Sobre este respecto, debe entenderse que la insuficiencia probatoria remite necesariamente al orden temporal que tienen las partes dentro de la actividad probatoria, y sin la cual no podría comprenderse a la actividad probatoria de oficio de acuerdo a nuestro sistema procesal, conforme habremos de exponer más adelante.

Como señala Taruffo: “*Si, como a menudo ocurre, las partes ejercen cabalmente su derecho a la prueba y aportan todas las pruebas disponibles respecto a los hechos de la causa, el juez no tendrá ocasión de ejercer sus poderes [de instrucción] y, por consiguiente, se mantendrá legítimamente pasivo. Sólo en el caso de que descubra (a partir de los materiales del proceso, no por su “conocimiento privado”) que existe una prueba relevante que no ha sido presentada por las partes, entonces el juez puede (y probablemente debe) disponer de oficio la asunción de esa prueba, o requerir a las partes que la aporten*” (Taruffo, *Simplemente la verdad*. El juez y la construcción de los hechos, 2010, p. 199).

En este sentido, como afirma el maestro italiano, sólo puede hablarse propiamente de insuficiencia probatoria cuando, actuados los medios de prueba aportados por las partes del proceso en su debida oportunidad, subsiste ese hiato insalvable que al juez le

veda comprender el hecho en cuanto tal. Este problema de comprensión podrá ser mejor entendido cuando abordemos el siguiente presupuesto, a saber, el de la averiguación de la verdad.

#### 1.4.2. LA AVERIGUACIÓN DE LA VERDAD.

El presupuesto de “averiguación de la verdad” (*Aufklärungprinzip*) o “la búsqueda de la verdad” (Abel Luch, 2012, pág. 164) que instituye a la iniciativa probatoria de oficio es inescindible en referencia a la actividad de determinación de los hechos aportados, actividad que, *prima facie*, como hemos visto en el anterior apartado, constituye una carga –la cual debe entenderse, como afirma Goldschmidt, como un imperativo del “propio interés” (Goldschmidt, 1936, p. 203)- que grava la situación jurídica de las partes del proceso por el mismo lugar que ocupan en el mismo.

Puede entreverse que el problema de la aportación de parte de medios de prueba tiene una vinculación estrecha con el prejuicio que traduce el mismo concepto de “carga”. Véase tan sólo cómo se refiere Goldschmidt a dicho concepto: “*Las cargas procesales se hallan en una estrecha relación con las ‘posibilidades procesales’, puesto que toda ‘posibilidad’ impone a las partes la carga de evitar su pérdida. El que puede, debe; la ocasión obliga (es decir, grava), y la más grave culpa frente así mismo, es la de haber perdido la ocasión*” (Goldschmidt, 1936, p. 203). Esta concepción que podría descubrir el lugar o la posición de las partes dentro del proceso tiene el defecto de reducirla a una mera posición lúdica (en ese caso, el proceso termina transformándose en una suerte de partido) que hemos denunciado en el punto 1.3., antes de otorgarle el lugar de garantía que le sería propio porque lo que vincularía su actuación, hablando propiamente, no sería tanto el “propio interés”, sino aquello que debe ser y es, ese decir, aquello que nace desde la *causa* que sería *causa petita* porque la misma extendería su llamado al juez.

De ahí que quizá el peligro más grave que puede asumirse de seguir el prejuicio que tiene el concepto de carga y que estaría implícito en el principio de aportación de parte sería aquel expresado por la cita que de Carrera Llansas realiza Nieva Fenoll: “*El respeto al interés de los litigantes no puede llevarse tan lejos que se obligue al juez a fallar de un modo injusto por olvidos o deficiencias no imputables siquiera a las partes, sino a sus representantes o defensores*” (Nieva Fenoll, Fundamentos de Derecho Procesal Penal, 2012, p. 232).

Por ello es que considero que este presupuesto precisa de determinadas condiciones para su cumplimentación, cuales, valga la redundancia, son la determinación de los hechos aportados, la imparcialidad judicial y la tentativa de comprender la función que tiene este presupuesto a fin de garantizar la vigencia de la prohibición del *non liquet*. Estas condiciones son las que dotan de virtualidad al citado principio de averiguación de la verdad, por las razones que en breve expondremos.

Sin embargo, para poder comprender dichas condiciones, es menester comprender el significado que el término “*verdad*” tiene dentro de este contexto, que es el procesal, y que anticipamos no es un concepto privativo del derecho.

#### 1.4.2.1. LA VERDAD EN EL PROCESO.

Como afirma Taruffo, “(...) *el núcleo del problema no es, pues, preguntarse acerca de si el proceso debe o puede estar dirigido a la determinación de la verdad de los hechos, sino más bien establecer qué puede entenderse por verdad de los hechos en el ámbito del proceso y cuándo, en qué condiciones y mediante qué medios aquella puede alcanzarse*” (Taruffo, *La prueba de los hechos*, 2002, p. 168). En efecto, ¿por dónde habríamos de empezar si no fuera por preguntarnos qué verdad es la de la que hablamos en el proceso? Pregunta que, en realidad, puede formularse como: ¿qué es la verdad?

A fin de responder a esta pregunta, considero que podemos partir por determinadas concepciones que han constituido el horizonte de sentido sobre el cual se han construido diversas concepciones de verdad que han adquirido una posición hegemónica dentro del derecho procesal y, sobre todo, en el proceso penal, si es que, hasta la actualidad, subsisten algunas teorías sobre el proceso, que en su agónica vigencia, señalan que la búsqueda de la verdad no sería un cometido auténtico del mismo, sino sólo para el caso del proceso penal.

Así, podemos comenzar por una aserción de Miranda Estrampes. El profesor señala en su conocido tratado *Mínima actividad probatoria* que “(...) *la prueba procesal opera como instrumento de comprobación, de control de las afirmaciones fácticas formuladas por las partes*” (Miranda Estrampes, 2006). En tal sentido, preliminarmente, podemos afirmar, cuando seguimos a la doctrina procesal mayoritaria, que, cuando hablamos de un concepto de verdad en el proceso, hablamos de una actividad de contrastación desplegada a fin de comprobar cuánta correspondencia hay entre lo afirmado por las partes y los hechos que las mismas han aportado, que es lo que se constituiría como el objeto del proceso. Si bien esta posición, que ha venido manteniéndose en la doctrina procesal, puede afirmarse, no contraría a la lógica o al sentido común, está sujeta al paradigma epistemológico de la ciencia, y, por ello, considero que no es suficiente para comprender con justicia al concepto de verdad que le sería propio al derecho como a los demás lugares donde este concepto se constituye como su espina dorsal.

En ese contexto, en este espacio, dado que tampoco es el propósito del presente trabajo, desarrollaremos únicamente dos posturas sobre la verdad, pese a la diversidad de las mismas que han sido abordadas con suficiente vastedad en la doctrina procesal. A

la primera de ellas denominaré como postura cognoscitivista-epistémica o epistemológica de verdad; y, la segunda, aquella propia de la hermenéutica filosófica de la comprensión, dentro de la cual se ubica el presente trabajo.

No desarrollaré ninguna concepción que renuncie situar a la verdad como espina dorsal del proceso, porque sobre ellas se puede verter la crítica de Fiandacca, quien afirma que tales concepciones plantean al problema de la justicia únicamente como una “*técnica de resolución de conflictos*”, que suscribo porque “ (...) *parece constituir, desde el punto de vista teórico, el terreno más fértil para un proceso de molde “acusatorio”* [Véase tan solo las afirmaciones de Velloso, cuando afirma en todo su libro *Debido proceso y prueba de oficio*, que el proceso se tiende para solucionar conflictos intersubjetivos (Alvarado Velloso, 2004, p. 41)]. En efecto, tal como afirma el citado autor italiano: “*El órgano juzgador [de esas concepciones] no está supeditado, en primer lugar, a afirmar aquello que se piensa la solución “justa” desde el punto de vista del derecho sustancial o según lo que obliga el parámetro de la verdad real. La misma lógica del juzgar –por decirlo así– se procesaliza: la verdad procesal no es la conformidad a los hechos reales comprobables de oficio con método empírico-científico y con todo instrumento posible; esta, más bien, es una verdad de género “retórico-argumentativo”, que logra imponerse a través de la lógica dialéctica del contradictorio*” (Fiandacca, 2013, p. 97).

Por ahora anticipamos que la diferencia entre las dos concepciones de verdad que desarrollaré no podrá apreciarse tanto en las consecuencias prácticas que cada una de ellas llevan implícitas, como en los principios que alumbran cada una de ellas; pero sólo la segunda tendrá tal aptitud para responder a la aporía fundamental que lleva en su seno la primera.

#### **1.4.2.1.1. CONCEPCIÓN COGNOSCITIVISTA-EPISTÉMICA DE VERDAD.**

La profesora Gascón Abellán ha sostenido, de acuerdo a una concepción cognoscitivista (siguiendo en este extremo al cognoscitivismo procesal de Luigi Ferrajoli, que expone en su *Derecho y razón*), que, para sostener que un enunciado fáctico es verdadero, debe de acogerse un concepto semántico de verdad, esto es, de una correspondencia o adecuación entre el enunciado a afirmarse y los hechos a describirse, debiéndose excluir todo concepto de coherencia enunciativa o pragmático o de aceptabilidad de los enunciados (Gascón Abellán, 2012, p. 25).

La postura reseñada por la profesora española ilustra suficientemente una concepción científicista de la verdad, que si bien a primera vista –como suele decirse– puede resultar compatible con los fines de la actividad

probatoria, presenta una aporía fundamental por no situar el problema de la verdad donde debiera situarlo.

Afirmo esto porque la idea de una verdad-correspondencia es propia de la epistemología científica actual, la cual tiene el defecto de permanecer dentro del paradigma representacional objeto-sujeto cognoscente, en el que la verdad de los hechos depende de la conciencia del sujeto que coloca frente a sí a los mismos, como si la verdad de los mismos dependiera de dicha conciencia. A saber: que la verdad depende de cuánta información sea puesta a disposición del Juez.

Si bien esta postura podría tener los mismos efectos en cuanto a la tutela de los derechos fundamentales que es viabilizada dentro de un proceso, desde una perspectiva hermenéutica –que será la que se abordará en seguida-, esta peca de una aporía fundamental, pues si se trata de una verdad científica, no hay, en realidad, cierre que se cierna sobre el conocimiento de los hechos; lo que quiere decir que un proceso tendría que permanecer abierto *ad infinitum*.

En ese sentido, lo único que quedaría para ponerle coto a aquella apertura sería la elaboración de reglas externas o *ad latere* el derecho, como reconoce, en parte, la profesora española, quien afirma: *“Cuáles son estas reglas ya no es, por tanto, una cuestión interna al derecho, sino que se sitúa más allá del mismo, en la esfera de la racionalidad empírica. Por eso –y siempre desde esta racionalidad común a otros sectores de la experiencia –la actividad probatoria habría de regirse por principios como el de la “apertura del catálogo de medios de prueba, el carácter ilimitado del tempus en que han de ser probados los hechos, la posibilidad de revisar ilimitadamente las tesis fácticas si surgieran nuevas pruebas o informaciones, y en particular por el denominado “principio de inclusión”, en virtud del cual todo lo que tiene utilidad probatoria debe ser admitido como prueba”* (Gascón Abellán, 2012, p. 124). Esto mismo podemos encontrar en Ferrajoli, quien afirma que: *“O direito é uma construção humana e pode elaborar ele mesmo condições e critérios de justificação das decisões por ele admitidas como válidas. Precisamente, o direito é um universo lingüístico artificial que pode permitir, graças à estipulação e à observância de técnicas apropriadas de formulação e de aplicação das leis aos fatos julgados, a fundamentação dos juízos em decisões sobre a verdade, convalidáveis ou invali-*

*dáveis como tais, mediante controles lógicos e empíricos e, portanto, o mais possível subtraídas ao erro e ao arbítrio*<sup>5</sup> (Ferrajoli, 2002, p. 57).

En virtud a lo expuesto es que la concepción de verdad que, considero, habría de manejarse –que es la que se abordará a continuación- sería aquella propia de la hermenéutica a fin de evitar escindir a la verdad en dos mundos; como si el hecho y el derecho aconteciesen en dos realidades distintas.

#### 1.4.2.1.2. CONCEPCIÓN HERMENÉUTICA DE VERDAD.

Uno de los autores más autorizados que ha escrito sobre esta concepción de verdad es el brasileño Streck, quien ha referido que los conceptos de “*verdad formal*” –refiriéndose a ella como “*aquella*” verdad de la que disponen las partes sin intervención de otro sujeto, quien se mantiene neutral- y de “*verdad material*” – concepto que comprendería a toda tentativa de búsqueda de la esencia de las cosas mismas (esa “cosa en sí” kantiana), dentro del cual podríamos incorporar el citado concepto cognoscitivista de verdad-, son conceptos que tienen una filiación metafísica, y que, por ende, en este tiempo histórico no tendrían más un derecho de residencia.

El citado profesor brasileño nos recuerda que el defecto de tales conceptos consiste en el prejuicio de creer en la existencia de un mundo replegado sobre sí mismo que puede ser aprehendido o conocido a través de la razón, y que luego puede ser comunicado a los demás por medio del lenguaje como si el lenguaje fuera una “*tercera cosa*”. En el caso del Derecho, esta “*tercera cosa*” tendría el cuerpo de las sentencias (Streck, Tribunal do Júri. Símbolos & rituais, 2001, pp. 92-93).

En ese contexto, sostiene que la aportación de la hermenéutica es de vital importancia en el campo jurídico, pues esta verdad de la que se habla en el proceso es, antes bien, en tanto “*experiencia lingüística*”, una experiencia donde se destacan los aspectos retóricos y pragmáticos que la hermenéutica filosófica puso de relieve y que están intrínsecamente vinculados con el

---

<sup>5</sup> Trad. *El derecho es una construcción humana y puede elaborar él mismo condiciones o criterios de justificación de las decisiones por él admitidas como válidas. Precisamente, el derecho es un universo lingüístico artificial que puede permitir, gracias a la estipulación y la observancia de técnicas apropiadas de formulación y de aplicación de las leyes a los hechos juzgados, la fundamentación de los juicios en decisiones sobre la verdad, convalidables o invalidables como tales, mediante controles lógicos y empíricos y, por tanto, lo mejor posible de ser sustraídos del error o el arbitrio.*



concepto de verdad. ¿Cómo hemos de comprender esto?

Para ello, debemos de partir por el concepto de “*comprensión*” que ayudará, en este punto, a reconocer el sentido que ha tenido dicha palabra todas las veces en las que hasta este punto la he utilizado y en las que habré de utilizarla posteriormente; sin embargo, aquello que signifique la comprensión podrá ser, valga la redundancia, comprendido aún mejor con el concepto de lenguaje y los demás que en lo sucesivo abordaremos, desde la hermenéutica filosófica.

#### 1.4.2.1.2.1. EL CONCEPTO DE COMPRESIÓN EN LA HERMENÉUTICA.

El filósofo alemán Heidegger nos dice en su *Problemas fundamentales de la filosofía* que “(...) el comprender es una determinación fundamental del existir. La existencia auténtica, o sea, el existir del *Dasein* en el cual el *Dasein* es él mismo a partir de su posibilidad más propia, tal como él mismo la aprehende, la denominamos el estar resuelto [*Entschlossenheit*]” (Heidegger, *Problemas fundamentales de la filosofía*, 2000, p. 343). Explicitemos esto.

Si es que nos preguntamos a nosotros mismos qué podría significar una determinación fundamental, habríamos de preguntarnos por el fundamento, lo fundacional o lo fundante del existir. Es decir, aquello a partir de lo cual no podríamos retroceder, y sin lo cual no podría darse lo que sobreviniese. En ese sentido, lo fundamental radica en el cómo o el modo (*das Wie*) en que se da la existencia, es decir, la relación entre nuestra vida y el mundo. Por ello es que el mismo Heidegger afirma que el comprender consiste en un “*posible*” modo de conocimiento entre otros (Heidegger, *Ser y tiempo*, 1997, p. 167). En pocas palabras, el comprender que supone la comprensión heideggeriana nos remite a aquella actitud abierta que adoptamos frente al mundo y a partir del cual nosotros podemos tratar con nosotros mismos. La palabra *Dasein* (traducida como “ser-ahí”) da cuenta de ello, pues el *Da*

(“ahí”) del Dasein significa esa apertura que caracteriza fundamentalmente al, convengamos en llamarlo así, ser humano, es decir, respecto de quien podemos utilizar los pronombres personales.

Por mor de hacer más claro aún esto, pongamos un ejemplo, aunque daré un ejemplo en cada ocasión donde considere pertinente darlo para comprender los demás conceptos hermenéuticos.

Veamos al ciudadano que, desprovisto de conocimiento mitológico alguno, mira a una imagen pictórica de la Gorgona y que afirma que se trata de un monstruo cuyo rostro (es decir, “*lo que se hace ver*” de algo o alguien, y, en tal sentido, derivado del término griego *prosópon*) es horrible únicamente por su apariencia, desconociendo que, para los griegos, la Gorgona significaba más que ello, pues para ellos la Gorgona quería decir aquello que estaba vedado mirar o aquello imposible de mirar porque la mirada hacia ella significaba la muerte, residiendo en esto último el carácter de horrible de la misma. Tal era la consideración que los griegos nunca se refirieron a la Gorgona con el término *prosópon*, porque la consideraban una “antícará” de acuerdo al estudio de Frontisi-Ducroux (Agamben, *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo*, 2000, p. 54).

Con el citado ejemplo he querido destacar la mencionada fundamentalidad del comprender como modo de tratar con las cosas en el mundo, porque el ciudadano no hubiera comprendido incorrectamente la significatividad de la Gorgona si es que no hubiera adoptado determinada forma de tratar con su imagen. Pero precisamente porque adoptó dicha forma determinada de comportamiento respecto de la misma, haya sido este una forma de acceder a ella vulgar o estética, es decir, la comprendió de tal forma, es que pudo decir lo que dijo respecto de la misma.



Sin embargo, este desconocimiento que se puso de relieve, también trae sobre la superficie un asunto que va con su forma de expresarse, es decir, el de comprender las cosas como bonitas u horrendas; lo que place a la vista o lo que la disgusta. Y esta forma de comportarse respecto a la imagen de la Gorgona también nos dice mucho sobre la forma en que el ciudadano se comprendía, a quien sería errado juzgar de superfluo, porque fue su modo de acceder a dicha imagen el que, ciertamente, “*configuró*” su aserción.

Con esto, quiero destacar que la comprensión así como significa un modo posible de conocer, ello también significa que ese modo posible de conocer se realiza sobre una base que, posteriormente, habremos de conocer como “*tradicción*”. Pero también hago la atingencia de que el sentido último del término “*comprensión*” con el que habremos de tratar posteriormente atañe a la comprensión del sentido originario de algo, es decir, aquello que le es propio de acuerdo a su tradición (en Heidegger, de acuerdo a su “*haber previo*” (Heidegger, La idea de la filosofía y el problema de la concepción del mundo, 2005, p. 87)), de acuerdo al horizonte de sentido desde donde lo que se pretende comprender fue concebido (Heidegger, Interpretaciones fenomenológicas sobre Aristóteles, 2002, p. 87).

En este sentido, la comprensión es el comportarse fundamental del ser humano respecto a sí mismo y a las cosas que permite acceder a ellas. No obstante, debo de exponer también un punto esencial de lo que he venido abordando, y es que la comprensión de la que se habla aquí no se da sino por medio del lenguaje, que abordaré a continuación.

#### **1.4.2.1.2.2. EL CONCEPTO DEL LENGUAJE EN LA HERMENÉUTICA.**

Tal como afirma el filósofo italiano Vattimo, quien sigue a Gadamer en su hermenéu-

tica filosófica: *“El lenguaje obra como mediación total de la experiencia del mundo, sobre todo en cuanto lugar de realización concreto del ethos común de una determinada sociedad histórica”* (Vattimo, 1987, p. 117).

Como puede apreciarse, es la *“mediación total de la experiencia del mundo”* la que resalta los aspectos retórico-pragmáticos de la verdad en la hermenéutica, porque, una vez considerada como experiencia lingüística, no puede ser pensada más en el momento de verificación de las proposiciones que se realicen sobre determinada experiencia y de las leyes que las mismas articulan, sino en el momento del lugar de la comunicación, o, en palabras del mismo Vattimo, del *“informe a la conciencia común”* (Vattimo, 1987, p. 121). Como afirma Heidegger (Heidegger, *Arte y poesía*, 1958, pp. 112-113): *“(…) el lenguaje es el que lleva primero al ente como ente a lo manifiesto”*. Y más claro aún más adelante: *“Cuando el habla nombra por primera vez al ente, lo lleva a la palabra y a la manifestación”*.

Por ello es que si trasladamos dicho concepto de verdad hermenéutica al proceso, podemos resolver la aporía de la concepción cientificista relativa a en qué momento puede afirmarse su cierre, si es que la verificabilidad supone una apertura hacia el infinito.

La verdad, por ello, no tiene que ver con otra cosa que con la experiencia humana de comprenderse a sí misma dentro del mundo en la que está situada. Y ella no puede tener lugar si no por medio del lenguaje.

Incluso, si nos ponemos a pensar originalmente en lo que significaba la matemática – piedra angular de la ciencia en general- para los griegos, podemos encontrar que el *Ta mathémata* tiene que ver antes que con lo numérico, con lo que lo numérico mismo representaba, es decir, con aquello que estaba allí en el mundo y se

(im-)ponía para ser contado (Heidegger, La época de la imagen del mundo, 1958, p. 21).

Sin embargo, aquella comprensión de lo numérico sólo podía darse porque la matemática era, para los griegos, una forma de tratar con los entes o cosas; pero esto que era sólo para los griegos permite hacer una acotación que no ha dejado de extender su vigencia, y es que la forma o el trato que tenemos con las cosas y el mundo (justamente, ¡aquello que hemos llamado comprensión!) siempre es así porque se sitúa dentro de una tradición histórica determinada, y dado que toda tradición expresa no sólo la forma de tratar con las cosas en determinada época sino con la experiencia del mundo en general, esto nos invita a explicitar qué es lo que debemos de comprender, hermenéuticamente, como “*mundo*”.

#### 1.4.2.1.2.3. EL CONCEPTO DE MUNDO EN LA HERMENÉUTICA.

Para comprender este concepto hermenéutico, volvamos nuevamente a Heidegger, quien afirma: *“El mundo pertenece a la constitución de la existencia del Dasein. El mundo no es subsistente, sino que el mundo existe. Sólo en la medida en que el Dasein es, esto es, es existente, hay mundo. La comprensión del mundo es esencialmente comprensión de sí mismo, puesto que en ella se comprenden las relaciones ‘para’, de la funcionalidad y del ‘en vista de’, y la comprensión de sí mismo es comprensión del Dasein”*. Más adelante, anota: *“El mundo, dentro del cual se encuentra ese ente, dado que todo Dasein, en tanto existente, es, por sí, ser con otro, siempre es ya un mundo que cada uno comparte con otro. Sólo porque el dasein está constituido previamente como ser-en-el-mundo, puede un Dasein existencialmente comunicar fácticamente algo al otro (...)”* (Heidegger, Problemas fundamentales de la filosofía, 2000, p. 355).

En cristiano, lo que Heidegger quiere decirnos es que es a través del mundo que nosotros nos comprendemos a nosotros mismos, y por ello el mundo no es una entidad aparte, es decir, aquello que subsiste a nosotros o que se nos impone (las cosas), sino aquello que compartimos como seres existentes, es decir, nuestra experiencia. Pero, ello nos remite nuevamente al concepto de lenguaje, porque, como afirmamos anteriormente, es él el que media o –si se quiere, traduce– nuestra experiencia de aquello que nos es puesto al frente. Pero esa mediación supone ese “*haber previo*” que no es otra cosa que la tradición a la cual estamos sujetos.

Esto nos conduce nuevamente a pensar cuán importante es la significación que tiene el concepto de mundo y lenguaje en la hermenéutica, y la consecuencia de que nuestra propia comprensión, es decir, la comprensión de nuestra experiencia, esté vinculada a todo aquello que constituye las relaciones o tratos que tenemos con las cosas en el mundo, que no sólo abarcan a las entidades físicas, sino también a los modos en que nos relacionamos intersubjetivamente. Como afirma Gadamer, “*vamos conociendo al mundo, vamos conociendo a las personas y en definitiva a nosotros mismos a medida que aprendemos a hablar*” (Gadamer, *Verdad y método*, 2012, p. 585).

Y este hecho, a su vez, nos expone otro hecho más: que hablamos o nos expresamos dentro de una tradición histórica determinada. Así, pues, nuestra experiencia es hablada por el lenguaje de una determinada época.

Ahora bien, de la afirmación de que toda tradición lleve implícita consigo una determinada experiencia del mundo que constituye su lenguaje, ello significa también que ella imprime sus prejuicios sobre la experiencia que tuvieron quienes se sitúan históricamente dentro de dicha tradición.

Si nos preguntamos cuál es la consecuencia que se desprende de esto con respecto al concepto de verdad, esto es obvio: si es que la verdad, como experiencia lingüística, está referida a mostrar, hacer manifiesto o patente algo, y referimos que esta actividad se realiza por medio del lenguaje (y, en este sentido, el lenguaje no es “medio”, ni “vehículo”, sino que, literalmente, *media*, en el sentido de interceder, es decir, de “hablar a nuestro favor”), entonces lo que sea expuesto tras esta actividad está sujeta a la tradición lingüística de determinada época también.

#### **1.4.2.1.2.4. ALGUNAS ACOTACIONES HERMENÉUTICAS NECESARIAS DE LO DESARROLLADO ANTES DE PROCEDER.**

Conviene aquí arribar nuestras pretensiones respecto a lo desarrollado. Si partimos de que la comprensión del mundo, es decir, de todo a lo cual accedemos en virtud de lo que nos apertura el lenguaje, está sujeta a una tradición lingüística determinada, podemos afirmar también que nuestra comprensión de lo jurídico, en tanto que también es una forma en que tratamos con las cosas y con nosotros, está también sujeta a dicha tradición. Pero, la consecuencia que considero pertinente destacar de lo afirmado es que simplemente no hay un mundo de los hechos (o de la “realidad de los hechos”) y otro del derecho como si estos comportasen una misma realidad escindida en dos dimensiones.

A fin de explicitar que tal escisión simplemente es una de las consecuencias de adoptar una concepción de verdad sujeta al paradigma representacional sujeto-objeto, puede resultar pertinente aquí la afirmación de Agamben relativa a la función que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 desempeñó realmente en la historia de Francia, la cual, más allá de ser entendida como “(...) *proclamaciones de valores metajurídicos eternos orientados a vincular al legislador a su respeto (...)*”, representaba la

inscripción de la nuda vida natural –es decir, esa entidad biológica sin más como la que puede verse el ser humano- dentro del orden jurídico-político del vetusto Estado-nación (Agamben, Medios sin fin. Notas sobre la política, 2001, p. 25).

Puede verse este fenómeno también desde otra óptica, en el estudio del maestro García de Enterría, quien ha afirmado sobre la citada Declaración que “(...) cuando la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano proclama un determinado derecho, lo está extrayendo del mundo de las ideas para instalarlo como existente en el orden social; en el argot lingüístico no son enunciados denotativos, ni siquiera deónticos, sino performativos en su intención y efecto” (García de Enterría, La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa, 1994, p. 38). En esta misma línea, obsérvese la afirmación de Hesse: “A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, más também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (Sein) e dever ser (Sollen)” (Hesse, 1991, p. 24).

Similarmente a la citada Declaración, la cual constituye un hito en la historia de las constituciones, nuestra Constitución, desde el momento en que fue constituida, podemos afirmar, también (re-)inscribió<sup>6</sup> la misma experiencia humana del mundo – eso que el filósofo italiano denomina “nuda vida”, siguiendo a Foucault- dentro de su aparente virtualidad, comprometiéndola con los anuncios y promesas que la misma contiene.

Tras todo este desarrollo podemos volver a pensar el lugar que deberían tener los

---

<sup>6</sup> Añado el prefijo *re-* entre paréntesis con la finalidad de indicar que la experiencia de quienes existieron antes de la nueva Constitución estuvo inscrita también dentro del horizonte de sentido que significaba la Constitución de su tiempo.

hechos dentro de una teoría del proceso, si es que, como hemos referido, los mismos, al formar parte de nuestra experiencia, invitan también a ser comprendidos en el horizonte que nos es propio.

Hemos afirmado que en el proceso se discute lo alegado y lo probado, y sobre ello se decide. Esto, sin embargo, debe conducirnos a la primera significación que debe de tener el proceso, es decir, que es una experiencia lingüística como cualquier otra. En ese sentido, si el proceso, tal como la mayoría de actividades humanas, es una experiencia lingüística, este no puede ser ajeno a la mediación que debería de realizar como comprensión de lo jurídico de lo acontecido. En pocas palabras, lo que quiero anticipar aquí es que por medio del proceso es que puede hacerse patente *por antonomasia* lo jurídico de un hecho.

#### 1.4.2.1.2.5. A MANERA DE EJEMPLO.

Puede resultar esto más claro, con el siguiente ejemplo. Robinson Crusoe victimó a Viernes, habiéndole roto el cráneo con la piedra más filosa que encontró en la isla donde ambos eran los únicos habitantes. De pronto, aparece (*deus ex machina*) un Fiscal para investigar y perseguir penalmente a Robinson Crusoe. El Fiscal, afirmando contar con suficientes elementos de convicción, formula una acusación en contra de Robinson. Robinson, por medio de su defensor (también *deus ex machina*, porque la justicia de Dios ha de garantizar el derecho de defensa de todas las partes del proceso), absuelve el traslado de la acusación y solicita el sobreseimiento de Robinson porque el hecho que habría cometido habría sido bajo el influjo de psicotrópicos propios de la isla, es decir, nos encontraríamos ante un supuesto de inimputabilidad por grave alteración de la conciencia.

Podríamos considerar que en el ejemplo descrito tanto el persecutor penal como el



defensor solicitan la atención de pretensiones que les serían “*propias*”, es decir, “*de acuerdo a su interés*”. Sin embargo, de acuerdo a lo que he afirmado *ut supra*, tendríamos que decir que ello no es así, y explico por qué.

Las pretensiones procesales no extienden su llamado al Juez para que este comprenda el “*propio interés*” de quienes las formulan. Incluso si es que pensamos el lugar que tiene la pretensión dentro de la teoría del proceso, podemos afirmar sin duda que se trata de un concepto instrumental, propio de la técnica jurídica, que no subsiste sino por la denominada “*causa petendi*” o causa de pedir (Monroy Gálvez, 2009, pp. 501-502).

Creo que esto nos permite pensar a la *causa petendi* dentro de la teoría general del derecho, y ver qué proximidad tiene la misma con la denominada *quaestio facti*.

El concepto de *quaestio facti*, debemos recordar, no es un hecho, sino la consideración del mismo, es decir, de su comprensión. Un hecho importa una *quaestio facti* sólo cuando permite ser comprendido como signifiante de un sistema normativo, porque, como afirma Kelsen, respecto de la *quaestio facti* es que termina afirmándose o, siendo más precisos, imputándose la *quaestio juris*.

Con esto pretendo mostrar que el significado que tiene la *quaestio juris* dentro de la tradición jurídica no es el de una entidad abstracta, sino el de una forma de tratar con un hecho que –se considera– permite una comprensión del mismo en cuanto a lo que le es jurídico, es decir, en cuanto atinente al derecho en un determinado momento, por no decir, respecto de un sistema normativo determinado.

Sólo de esta forma, considero, puede ser comprendida originariamente, en el ejemplo brindado, aquella alocución vulgar que pudiera producirse extra-muros una Corte de Justicia donde se estuviera procesando



a Robinson, cuando una persona afirma que el citado Robinson “asesinó” (es decir, como suelen decir los penalistas: configuró el tipo penal de asesinato) a Viernes, pese a la inexistencia de una sentencia que condene a Robinson.

No es tanto por la pena o la cólera que hubiese podido provocar la muerte de Robinson lo que movería el reclamo del tercero que aparecería imputándole a Robinson la comisión del delito de asesinato, sino porque sabe que un hecho como el de haber roto el cráneo a otro no sólo tiene el significado, ciertamente, “biológico” de una muerte o de la extinción de una vida, esto es, que si bien ello es cierto, aquel significado no extingue toda su significación. De hecho, la misma disposición afectiva que conmueve al tercero sería fútil, si es que aquella disposición afectiva no se comprendiese también dentro de lo que es justo, que viene a hacer presentificado por el derecho penal. Por ello reclama al tercero, lo que bien pudiera ser una pena para sí mismo o un perjurio a Dios.

Con ello, también pretendo mostrar que la experiencia del mundo tampoco puede ser reducida simplemente a la investigación que la ciencia natural pudiera efectuar sobre ella y que declare como existente – que sería, en buena cuenta, lo que afirmarían las concepciones cognoscitivistas-epistémicas-; sino que esta comprende todo aquello que compromete la existencia humana, y ello supone también lo jurídico.

De modo que toda postura que escinde el mundo o la realidad en una de hecho y una de Derecho, terminaría siendo incompetente para mostrar cómo es que un hecho extiende su significación dentro de otro ámbito que le es ajeno.

Para mejor ilustración de mi última afirmación, citaré uno de los “supuestos” de lo que se ha venido denominando “*prueba prohibida*”.

Me remito a la variación de la versión de los tres cerditos (*pigs*) que hace George Cheeseman en *Mobsters and Mormons*, cuyo final es el asesinato del lobo por parte de la familia “india” de los cerditos, los conejillos de india (*guinea pigs*), quienes inmediatamente uno de los cerditos los hubo llamado partieron a deshacerse del lobo. Demos por supuesto que están procesando al conejillo de india que termina volando los sesos del lobo que no pudo lograr su cometido. En dicho proceso, el Fiscal ha optado por incorporar a uno de los cerditos como instigador del delito de homicidio en vista al récord de audio que obtuvo por medio de la empresa de telefonía sin autorización judicial. Supongamos que la transcripción más o menos describe lo siguiente: “*Einstein, ¿podrías asesinar de una buena vez al lobo que se atreve a erizarnos la piel cada vez que se le antoja?*”.

Por lo transcrito, bien podríamos afirmar que el cerdito clamó a su primo Einstein – el conejillo de indias que respondió la llamada- para que este matase al lobo, lo que podría ofrecernos, sin mayor objeción, una figura de instigación. Al menos, esto es lo que nos dirían los “datos epistemológicos” de la transcripción.

Sin embargo, nos damos con el portazo de que todo, dentro del proceso, “dato epistemológico” debe ser fruto de una actividad de investigación conforme a derecho, y en el caso de las interceptaciones o intervenciones sobre los registros de audio de telefonía se exigía una autorización judicial que no se diligenció oportunamente. ¿Podemos hablar de que el hecho que se hizo patente por medio del registro de audio no sucedió? Sería una insensatez decir que ello no sucedió. Entonces, ¿qué es lo que significa que tal hecho no “*tenga efectos jurídicos*”? Esto en modo alguno significa que el hecho no pueda ser comprendido como jurídico, sino que, habiéndolo comprendido en su juridicidad, podemos afirmar que está incurso dentro de una proscripción expresa, cuyo efecto jurídico es

tal que fenoménicamente se puede hablar que el “*hecho no sucedió*”.

Pero ello sólo puede entenderse si es que consideramos que las intervenciones que se realicen en determinados ámbitos de nuestra libertad, tienen el deber de ser garantidos por el Estado. De modo que el Estado ha previsto determinado procedimiento para evitar cualquier arbitrariedad en la intervención que tenga sobre las libertades, y fuera de ello toda intervención se deslegitima, es decir, en su extrañeza a las reglas de legitimidad que han sido dispuestas para su consideración, no puede ser reconocida.

Por ello el derecho o lo jurídico, si es que lo comprendemos como experiencia lingüística, no solamente “*es*” lo que “*debe ser*”, sino que “*es*” en todo su sentido. Y esto es así porque, como hemos podido señalar anteriormente, la Constitución y su normatividad es la de un orden histórico concreto que inscribe en su seno a la experiencia humana que, metafóricamente, ha nacido con ella, y que no puede ser reconocida o comprendida más que en ella.

Como afirma Aflen Da Silva: “*la normatividad [de la Constitución] ‘es’ en la medida que el contenido de la norma es determinado bajo la inclusión de la realidad que debe ser ordenada, es decir, que su contenido no puede ser determinado desde un punto afuera de la historicidad del Estado, sino solo en la situación histórica concreta, que es la propia situación hermenéutica, en la que debe ser desarrollado*” (Aflen Da Silva, 2006, p. 224).

En el mismo sentido, afirma la profesora Lacombe Camargo: “*A norma só gana significado quando assume uma posição concreta, ou melhor, quando se revela realmente. O Direito, como elemento ético da vida social – teoria da vida reta-, pretende realizar o bem. Daí concordamos com Gadamer quando mostra ‘a interpretação correta das leis não é uma simples teoria da arte, uma espécie de técnica lógica da*

*subsunção sob parágrafos, mas uma concreção prática da ideia do Direito”* (Lacombe Camargo, 2003, p. 45).

En pocas palabras, no hay concreción de la norma, si es que el hecho cuya comprensión va a permitir su concreción, no está descubierto como tal. Y, en el terreno del proceso, esto significa que el hecho debe ser comprendido, desmontando los prejuicios que las partes trasladan por el mismo hecho de tener una comprensión inauténtica de lo que significa su posición o situación jurídica dentro del proceso, como aquella parte que debe cautelar su “*interés propio*”, y que dificultan al juez su comprensión. Y esto, obviando que el Juez también debe de desembarazarse de sus propios prejuicios.

Y, sin embargo, esto puede ser dicho respecto de todo aquello que es también o patentiza el derecho (v. gr. Leyes, decretos o precedentes vinculantes), en la medida en que al ser legitimados por la normatividad fundante de la Constitución, todo lo que ellos anuncian también compromete a la experiencia humana del mundo en cada situación concreta.

Entendidas así las cosas, la verdad del hecho que, vulgarmente, se afirma es una cuando se habla dentro del proceso y otra fuera del mismo, es, en realidad, solo una. Por ahora, baste esto, que desarrollaremos con mayor profundidad en el segundo y tercer capítulo del presente trabajo.

#### **1.4.2.1.2.6. UNA CRÍTICA A LA CONCEPCIÓN EPISTÉMICA DE TARUFFO DESDE LA HERMENÉUTICA.**

Con todo lo que hemos afirmado, se puede decir que el concepto hermenéutico de verdad en modo alguno pretende indicar una postura consensualista o procedimental de verdad, pese a los matices pragmáticos y retóricos que puede poseer, sino el de resaltar el lugar y la posición de los participantes en el proceso, cuya situación existencial compromete el sentido de

la norma jurídica razón por la cual el proceso fue incoado.

Como señala Streck: “(...) *la atribución de sentido [de la norma] surgirá de su situación hermenéutica [de los participantes, en tanto que Dasein], de la tradición en que está incluido a partir de sus prejuicios*” (Streck, *Hermenéutica jurídica*, 2009, p. 14).

Lo anterior, desde luego, debe de servir de hilo conductor para una crítica de los conceptos de “*verdad material*” o “*formal*” que se ciñen al paradigma representacional – que tiende bien a su objetivación o bien a su subjetivación-, cuando, en realidad, el concepto de verdad manejado en un proceso está referido a la participación de los distintos sujetos que participan en el proceso, pero, como señalamos anteriormente, tal participación considerada hermenéuticamente aparece como acto de desocultamiento o de llamado a la comprensión por parte del órgano jurisdiccional del hecho que constituye el quid del proceso.

Y esto no lo niega Taruffo, cuando afirma que la “*verdad relativa*” de la que se trata en el proceso no puede estar referida a una verdad relativa en el sentido de que se trate de una “*verdad*” exclusiva del proceso, excluyente y de espaldas a cualquier otro criterio o contexto extra-procesal – cual sería la significación de la denominada “*verdad formal*”-, sino de aquella que también permitiría –con las “*restricciones*” del ordenamiento jurídico-procesal extensibles a la prueba- ser alcanzada “(...) *por medio de medios cognoscitivos y argumentos racionales que valen para situaciones cognoscitivas extrañas al proceso (...)*”. En pocas palabras, como señala el profesor italiano: “*Cualquier verdad es pues, en este sentido, relativa y no existen fuera del proceso verdades absolutas respecto de las que la verdad procesal sea, por definición, menor*” (Taruffo, *La prueba de los hechos*, 2002, p. 75).

Como puede observarse, la concepción de verdad que maneja Taruffo, al estar inscrita dentro de la postura cognoscitivista-epistemológica, no puede llegar a comprender el problema de la verdad con originalidad. Esto porque, efectivamente, nadie puede negar la afirmación de Taruffo, siguiendo el hilo conductor de la tradición o concepción epistemológica desde la que articula su afirmación, que toda verdad es y será “relativa”, pero esto es así no por la incomprendibilidad de la verdad, sino porque, conforme hemos visto de acuerdo a los postulados hermenéuticos, su afirmación o su comprensión del concepto de verdad no es ajena a la tradición del ideal metódico de certeza, que constituye el horizonte de sentido desde el que se articula el discurso científico.

Y esto ha sido demostrado, por ejemplo, por Prigogine en su *El nacimiento del tiempo*, cuando aborda la problemática de los fenómenos irreversibles, y refiere: “*Veremos cómo en la predicción del comportamiento de los sistemas inestables no es la insuficiencia de nuestro conocimiento la que está en juego, sino la naturaleza dinámica del sistema. Es la inestabilidad dinámica la que estará en el origen de las nociones de probabilidad y de irreversibilidad*” (Prigogine, 2004, pp. 55-56).

En cristiano, el profesor citado lo que afirma es que el conocimiento de determinados fenómenos físicos no está tanto en la insuficiencia de datos o la imprecisión de los instrumentos de medición, sino en la consecuencia de que la física aún no se ha desembarazado del prejuicio determinista que el concepto de “necesidad” de la física clásica; prejuicio que resiste a la comprensión de fenómenos que bien podrían ser comprendidos si es que se entendiese la naturaleza dinámica de los sistemas inestables.

Como resulta claro aquí, es el horizonte de sentido de determinada tradición la que permite la comprensión del mundo, porque incluso es esta tradición la que imprime

sobre los instrumentos determinada forma de comprender al mismo.

#### **1.4.2.1.2.7. DOS ÚLTIMOS CONCEPTOS HERMENÉUTICOS: LA TRADICIÓN, LA CONCIENCIA DE LA HISTORIA EFECTUAL Y EL HORIZONTE.**

Hasta este punto, resulta pertinente explicitar, que el concepto de tradición aquí manejado es un concepto hermenéutico que descubre, más o menos, aquello que Humboldt trajo a consideración cuando distingue el concepto de “*formación*” (*Bildung*) como el modo de existir de las denominadas ciencias del espíritu. Así “*formación*”, afirma el filósofo, citado por Gadamer: “[*refiere*] (...) a algo más elevado y más interior, al modo de percibir que procede del conocimiento y del sentimiento de toda la vida espiritual y ética que se derrama armoniosamente sobre la sensibilidad y el carácter”. Es decir, como afirma la profesora brasileña, el concepto de formación es un concepto genuinamente histórico, “(...) toda vez que en él nada desaparece, sino, por el contrario, se conserva” (Gadamer, Verdad y método, 2012, p. 39).

Este concepto de formación es el que permite comprender mejor aquel de “*tradición*”, porque esta última es “(...) esencialmente conservación y de esto tratan, propiamente, las ciencias del espíritu (*Geisteswissenschaften*)” (Gadamer, Verdad y método, 2012, p. 40), lo cual, como afirma Gadamer, significa que: “*El hombre se caracteriza por la ruptura con lo inmediato y lo natural, que se le exige por medio del aspecto espiritual y racional de su ser. Según ese aspecto no es él por naturaleza, lo que él debe ser, por eso él necesita de la formación*” (Gadamer, Verdad y método, 2012, p. 41).

Ahora bien, respecto del concepto de “*tradición*”, del que se puede inferir con lo desarrollado que hemos afirmado que es propio de la lingüística un momento histórico –una forma de concebir al mundo determinada-, habría que añadir otro con-



cepto más, que es el de “*horizonte*”. El término horizonte, como una de sus acepciones también lo indica, hace referencia al conjunto de perspectivas y posibilidades que se ofrecen en un asunto o cuestión. Anteriormente, afirmamos que por medio del lenguaje uno comprendía cada experiencia suya, y que todo ello era lo que constituía al concepto hermenéutico de “*mundo*”. Bien, el concepto de “*horizonte*” hace alusión a la significatividad de este mundo en la existencia, como fundación de todas las posibilidades que uno tiene (o, mejor sería decir, a las que uno se debe) en un momento histórico determinado.

Ahora bien, aquello que uno comprende, porque se sitúa en determinada “*tradición*”, trazada por determinado “*horizonte*”, se denomina “*conciencia de la historia efectual*”. De modo que podemos afirmar que la “*conciencia de la historia efectual*” significa que la “*comprensión*” siempre se desenvuelve en el marco de un determinado “*horizonte de sentido*” constituido por el “*lenguaje*” o la “*lingüística*” de la experiencia humana del mundo. Y de ahí también que la “*comprensión*” sea una tarea inacabable, pues el horizonte de sentido nunca es definitivo, si se entiende que lleva consigo a los “*prejuicios*” (“*malentendidos*”, según la terminología de Schleiermacher) de cierta tradición histórica, esta que sólo muestra la experiencia de un aspecto de las cosas (Gadamer, *Verdad y método*, 2012, p. 339). Por otro lado, al existir un “*horizonte de sentido*” dentro del cual se desenvuelve el texto y otro dentro del cual se desenvuelve el “*intérprete*”, debido a su pre-comprensión o proyecto previo, ha de ocurrir una “*fusión de horizontes*”, que garantice el “*mutuo entendimiento*” propio del lenguaje.

Dado que historia y el mutuo entendimiento siempre marchan en tensión, no hay, pues, un “*horizonte*” en el que está comprometida la existencia. La fusión de estos para uno mismo es la que constituye

el proceso de comprensión, y el que debe extender aquí toda su significatividad.

Con esto quiero destacar el lugar del “otro” o, si se quiere, de la “alteridad” de los demás, dentro del proceso de comprensión, porque la tensión que caracteriza a la historia se da justamente por las posibilidades que esa “alteridad representa”. No hay mutuo entendimiento, y con ello lenguaje, sino es por el otro. Si es que hay tradición, por tanto, no es por uno mismo, sino por los demás. En este sentido, si es que la tradición tiene una autoridad tal es porque realizamos una “*fusión de nuestro propio horizonte*” con el de los demás (Gadamer, *Verdad y método*, 2012, pp. 376-377). Y es este el concepto final de comprensión que nos proporciona la hermenéutica, que nos permitirá en el segundo capítulo comprender la fundamentalidad de los derechos fundamentales.

Ahora bien, considero que lo abordado no tendría tal compleción sino fuera por la invitación implícita que tienen los conceptos desarrollados. En este sentido, me remito a la invitación gadameriana de que todos convengamos en aceptar la validez de la tradición que nos determina y que no podemos controlar racionalmente, pero, a su vez, convengamos en que si es que, realmente, pretendemos conocer la verdad, es decir, comprenderla, debemos asumir como presupuesto de ello un “*sistema de pregunta crítica y respuesta arriesgada*”, en el que pueda permitirse siempre el aprendizaje. (Gadamer, *Acotaciones hermenéuticas*, 2002, p. 64)

#### **1.4.2.2. ALGUNAS CONCLUSIONES DEL CONCEPTO HERMENÉUTICO DE VERDAD DESARROLLADO.**

Al inicio del acápite precedente (1.4.2.1.) destacamos, como característica de las concepciones del proceso donde dejaba de tener un lugar fundamental el problema de la verdad, los matices pragmáticos y procedimentales que permitían conceptuarlo como una técnica de resolución de conflictos.

El mérito que tenían dichas concepciones era el de resaltar el lugar que tiene la (efectiva) participación de las partes del proceso

para que los hechos sean comprendidos en su juridicidad. Sin embargo, hemos mostrado en los acápites precedentes que si en el proceso la preocupación por la verdad simplemente no era tomada en serio o era considerada una perogrullada, toda pretensión de tutela por medio del proceso era consigo una empresa que se convertía en un mero ritual, y que, de hecho, traía consigo concepciones en las que el concepto de verdad se escinde en pares binarios como verdad formal y verdad material o de verdad procesal y de verdad científica, al que no es ajeno la concepción cognoscitivista-epistémica de verdad.

También se ha afirmado *ut supra* que la preocupación por la verdad dentro del proceso no estaba referida a la verificación de lo que científicamente puede aseverarse ha ocurrido, sino a la comprensión de la experiencia humana que, en tanto experiencia lingüística, pretendía ser mostrada por las partes del proceso, quienes sujetos a una tradición y los prejuicios que les son dotados por comprenderse inauténticamente como partes del proceso, facilitaban su desinterés por la preocupación de la verdad y, con ello, el recaudo de su “interés propio”. Esta forma de comprensión inauténtica era facilitada también por la forma de concebir a la técnica procesal dentro de una tradición, ciertamente, técnica del proceso, alejada de sus fundamentos. La consecuencia de ello, tal como fue señalado, alienaba al proceso mismo, en tanto concebido como mecanismo de tutela de lo que *de hecho* sucedió o cuya comprensión permitía destacar la significatividad jurídica del hecho. Por esto último afirmamos que el proceso debía ser concebido, por antonomasia, como lugar de concreción de la norma, es decir, donde el hecho era comprendido en su significado jurídico.

Por ello es que la verdad no puede ser única y exclusivamente procesalizada (consensualista), sino coherente con lo que se diga, haga o traiga de la experiencia concreta que concretiza la norma, porque es esta la que extiende el llamado al Juez a fin de ser comprendida, y no las afirmaciones que las partes puedan aducir en el proceso. De ahí que también afirmáramos que el juez era quien era llamado (y aquí su llamado es inexcusable en tanto decisor y decidor) Allí reside la función de tutela de derechos que promete la Constitución, porque, en buena cuenta, si la Constitución compromete a los ciudadanos, no es únicamente en su virtualidad promisoria, sino porque se compromete por la situación existencial de estos.

En ese sentido, debe de tenerse en cuenta que dado que el proceso supone el *locus* de concreción de la norma por excelencia, debe de garantizar la comprensión del hecho y del texto de la norma, como “*actividades estrechamente vinculadas en el sentido de que la facticidad, esto es, los datos reales normativamente pertinentes, autorizan en cada caso la significación del texto*” (Aflén Da Silva, 2006, p. 268), y en ello, justamente, reside la aportación

de la hermenéutica jurídica a la reconsideración del proceso y del lugar del derecho procesal, si es que no se quiere reducir dicho plano a simplemente un juego del discurso.

Lo desarrollado, considero, permitiría comprender la afirmación de Peyrano sobre la actividad probatoria como “*un espacio democrático de reconstrucción de lo pretérito*” (W. Peyrano, 2010, p. 39).

#### 1.4.2.3. LA DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS APORTADOS INDETERMINADOS.

Como hemos afirmado, la forma en que se determinan primariamente los hechos del proceso es a través de las pruebas. Las pruebas, como mencionamos, se producen en el juzgamiento. En tal sentido, cuando hablamos de determinación de los hechos aportados, estamos refiriéndonos necesariamente a aquella actividad probatoria privativa de la etapa de juzgamiento, que pertenece, en primer orden, a las partes y, de manera supletoria, al juez. Sobre por qué pertenece primariamente a las partes y supletoriamente al juez, lo absolveremos en los acápites siguientes y, con mayor profundidad, en el tercer capítulo.

#### 1.4.2.4. LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL.

Si bien la imparcialidad judicial al momento de la búsqueda de la verdad puede sonar un truísmo (pues, en efecto, la verdad no es la verdad de una parte, si es que, como hemos afirmado anteriormente, la verdad del proceso se refiere al “*momento del informe*” de los hechos, es decir, de su “*evidenciar*” o de mostrar su “*patencia*”), debe de entenderse que la misma demarca a la actividad probatoria del Juez, tanto la que admite la actuación de medios probatorios por rogación de las partes del proceso, como aquella realizada *motu proprio*, que es aquella que constituye la materia del presente trabajo.

En consecuencia, mal puede hacerse con inferir que la iniciativa probatoria del juez vulnera la imparcialidad con la que debe estar revestida su actuación dentro del proceso, si es que seguimos el concepto de verdad que en el apartado precedente hemos manejado, esto es, de conformidad con la hermenéutica filosófica.

Si bien es cierto que la imparcialidad judicial se ha izado a fin de neutralizar toda posibilidad de favorecimiento a las partes del proceso, esto no puede significar la suma indiferencia por lo que es materia de prueba y que será de ulterior pronunciamiento.

Si bien uno puede comulgar sin mayor resistencia con la afirmación de Garapon de que el acto de juzgar “(...) *se encuentra modificado profundamente*”, porque se contextualiza, pues en el mismo momento en que el juez se encuentra por juzgar “(...) *deve*

*levar em conta as próprias fontes de informação postas à sua disposição e se interessar, em seguida, pelas consequências de sua decisão*” (Garapon, 1996, pp. 239-241), esto no debe ser óbice, como él mismo señala, de que la justicia olvide el encanto de la neutralidad por el realismo y pragmatismo de una institución participativa y deliberativa.

Por ello, debemos de mantener el camino de la hermenéutica y la senda que prepara su concepto de verdad, en tanto evidenciar, es decir, en tanto, como afirma Heidegger, *“hacerse dejar ver”*, *“mostrarse a partir de sí mismo”* (Heidegger, Seminarios de Zollikon, 2013, p. 31).

En ese sentido, debe entenderse que el comportamiento del juez imparcial, es decir, el atinente al no decantarse por una u otra parte, no significa otra cosa que garantiza que los hechos *“se hagan dejar ver”*, esto es, *res ipsa loquitur* como mencionamos anteriormente, pese, a favor o en contra -esto es irrelevante- del *“interés propio”* de las partes. Y prueba, por ello, debemos de reformular, no es aquello que permite al juez afirmar una verdad-correspondencia entre lo que afirman las partes y los hechos, sino aquello que permite mostrar o hacer dejar ver los hechos tal cual ellos son.

Esta última formulación nos permite destacar otro fenómeno: que la prueba tampoco pueda ser concebida como *“de cargo”* o *“de descargo”*, porque la prueba no *“grava”* ni *“desgrava”* la situación jurídica de los intervinientes del proceso, sino que media el hecho, es decir, lo pretérito con lo que este significa, o, en pocas palabras como se ha dicho *ut supra*, permite su comprensión. En tanto esta concepción de prueba descubierta en este punto –que vendría a ser su sentido originario- se mantenga respecto de todo lo que pudiera considerarse *“prueba”*, entonces debe resultar la obviedad de que la imparcialidad en el proceso no debe significar neutralidad o pasividad, más que el juez garantice el esclarecimiento de los hechos, es decir, una adecuada comprensión de los mismos.

#### **1.4.2.4.1. ¿PARA GARANTIZAR LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL NO ES SUFICIENTE UNA CONCEPCIÓN COGNOSCITIVISTA-EPISTÉMICA DE VERDAD?**

Esta cuestión puede resultar a todas luces relevante. Como afirmé al principio, la concepción cognoscitivista-epistémica podía no diferir en cuanto a sus *“efectos prácticos”* de la concepción hermenéutica de verdad, dada su articulación como discurso científico.

Para Taruffo, por ejemplo, la prueba de oficio no vulnera la imparcialidad judicial, pues: *“(...) es posible que las partes no dirijan sus actuaciones hacia la determinación*

*verdadera de los hechos, dado que es evidente que las partes persiguen la victoria y no el descubrimiento de la verdad. En este caso, la pasividad del juez terminaría por jugar un rol contra-epistémico, pues el juez pasivo dejaría que el proceso estuviera dominado por sujetos que, en la mayor parte de los casos, son indiferentes (si es que no hostiles) con respecto al descubrimiento de la verdad” (Taruffo, Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos, 2010, p. 139).*

En el mismo sentido, Picó i Junoy: “(...) *el órgano jurisdiccional penal cuando decide llevar a cabo dicha iniciativa, no se decanta ni a favor ni en contra de la acusación o de la defensa, infringiendo de esta manera su deber de imparcialidad pues, antes de practicar la prueba, no sabe a qué parte puede beneficiar o perjudicar, sino que su único objetivo es cumplir eficazmente la función jurisdiccional que la Constitución le asigna” (Picó i Junoy, 2007, p. 149).*

Ambas concepciones, como ha de observarse, si bien son críticas respecto de una posición neutral del juez – que caracterizaría una supuesta imparcialidad judicial – se mantienen dentro del mismo paradigma representacional del esquema sujeto-objeto, porque en tanto uno no se desembarace de suponer que lo que es verdad es lo que llega a imprimirse sobre la conciencia de uno, es decir, que es una tercera cosa, va a terminar concluyendo que la verdad reside en la certeza de que algo sea tal cual es, pudiendo darse de espaldas respecto de eso sobre lo que se pronuncia. Es por esto que *ut supra* he afirmado que la verdad atiende al momento del informar, del evidenciar o del hacerse dejar ver las cosas, cuando uno comunica, es decir, por medio del lenguaje.

#### **1.4.2.5. LA PROHIBICIÓN DEL NON LIQUET.**

El *non liquet* o *sibi non liquere* constituyó una regla de clausura del proceso en caso de insuficiencia probatoria desarrollada en el Derecho Romano. Esta tenía lugar al momento de la decisión, esto es, después de la valoración de los medios probatorios aportados por las partes del proceso. Actualmente, la regla, también proveniente del Derecho romano, que hace las veces de dicha regla es la carga de la prueba u *onus probandi*, basada en el aforismo romano “*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*”. Esta, como expone Peyrano, tiene una función operativa: “(...) *distribuye el riesgo procesal frente a la falta o insuficiencia de prueba, es decir, establece cuál de las partes corre el riesgo que no sea satisfecho el onus probandi respecto de determinado hecho con-*



*trovertido. En verdad, las plurales reglas de distribución del esfuerzo probatorio existentes se sintetizan, de algún modo en la llamada regla áurea de todo el aparato distributivo del onus probandi: 'quien afirma, debe probar'* (W. Peyrano, 2010, p. 214).

En el proceso penal, la regla de la carga de la prueba parecería inferirse del principio de presunción de inocencia, pues, como afirma Peláez Bardales, esta *"impone al órgano estatal de la persecución penal, la carga de demostrar la culpabilidad del imputado mediante la actuación de pruebas indubitables"* (Peláez Bardales, 2014, p. 76). Mas esto no debe implicar la identidad de la presunción de inocencia con la carga de la prueba, puesto que esta, conforme a afirmado Sánchez-Vera Gómez-Trelles, tiene una función de mantener abierto el proceso hasta la emisión de la sentencia, donde se habrá de declarar la culpabilidad o inocencia del imputado (Sánchez-Vera Gómez-Trelles, 2012, p. 36).

Como se ha de reconocer, esta regla, y su aplicación a ultranza, obedece a una concepción privatística del proceso, y que, como ha afirmado el maestro argentino, citando a Capelleti, puede desencadenar en una *"teoría deportiva del Derecho Procesal"* (W. Peyrano, 2010, p. 38).

Bajo el contexto delineado, debemos afirmar, como ha señalado Dos Santos Bedaque, que las reglas referentes a la distribución de la carga de la prueba deben ser tomadas en cuenta por el juez apenas y solamente al momento de decidir. Por ello es que, antes de ese momento, el juez: *"(...) não tem ele de se preocupar com as normas de distribuição do ônus da prova, podendo e devendo esgotar os médios possíveis, a fim de proferir julgamento que retrate a realidade fática e represente a atuação da norma a situação apresentada em"* (Dos Santos Bedaque, Poderes instrutórios do Juiz, 2013, p. 120).

Esto es, no sólo debe ser un imperativo, sino que se constituye en un deber el agotar los medios posibles a fin de que su respuesta jurisdiccional responda al fin primigenio del proceso; a saber: garantizar con la concretización de la norma que será aplicada, que sólo puede darse así si es que los hechos llegan a comprenderse adecuadamente. Lo mismo puede predicarse respecto de la presunción de inocencia: exige lo mismo.

## 1.5. CONCLUSIONES.

- 1.5.1. El principio inquisitivo, cuya regencia en un sistema procesal cualquiera permite de catalogarlo como inquisitivo, etimológicamente no encuentra un *tertius comparationis* con el principio acusatorio, sino con el de aportación de parte. Por su parte, el principio de aportación como principio ubicuo el principio acusatorio no aparece sino como consecuencia de asumir que en el principio acusatorio cada una de las partes debía de ofrecer elementos de convicción suficientes para evidenciar la culpabilidad o inocencia del



imputado. Sin embargo, por el uso histórico que le dio el Concilio Lateranense IV de 1215 en su *“tribus modis possit procedi per accusationem videlicet, denunciationem & inquisitionem eorum”* es que se imprimió sobre el principio inquisitivo no sólo a la competencia judicial de aportación de prueba, sino también sobre la disposición del objeto del proceso.

- 1.5.2.** La prueba de oficio, entendida hoy, es polisémica y no hace alusión únicamente a la prueba derivada de la utilización de los poderes de instrucción a cargo del juez, sino también a aquel poder de disposición de actuación de pruebas aportadas por las partes del proceso a fin de procurar la búsqueda de la verdad, siendo este último caso el de nuestro ordenamiento jurídico procesal penal.
- 1.5.3.** La fundamentación de la incorporación de la prueba de oficio obedece al principio de búsqueda de la verdad (*Aufklärungsprinzip*), el cual, comprendido adecuadamente, destaca por sí mismo la relevancia que los hechos, en cuanto experiencia humana del mundo, desempeñan en el proceso de concreción de la norma jurídica, es decir, de ser considerados como la cuestión (*quaestio facti*) a partir de la que puede producirse dicha concreción.
- 1.5.4.** Los presupuestos de la prueba de oficio están constituidos por la indeterminación de los hechos aportados al proceso y la averiguación de la verdad. El primero de los presupuestos constituye la expresión fenoménica de que el hecho no se deja ver tal cual es (insuficiencia probatoria) como para emitir un pronunciamiento sobre el mismo, mientras que el segundo de los presupuestos está constituido por la finalidad con la que el juez instruye la prueba de oficio, a fin de que el hecho indeterminado adquiera tal determinación, es decir, se evidencie o se haga patente, de acuerdo a la concepción hermenéutica de verdad que fue desarrollada, y que permite resolver las aporías de las concepciones cognoscitivistas-epistémicas. Sólo la cumplimentación de ambos presupuestos garantizan una propia comprensión de los hechos expuestos (mostrados) por las partes, que significa la fusión del horizonte de sentido del juez con la facticidad del hecho del proceso.

## **CAPÍTULO II: “EL DERECHO A LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA”**

## I. EL DERECHO A LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA.

**SUMARIO:** 1.1. EL DERECHO A LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA. – 1.1.1. PROCEDIMIENTO Y PROCESO. – 1.1.2. LA REDIMENSIONALIZACIÓN DEL CONCEPTO DE PROCEDIMIENTO POR EL PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL. – 1.1.3. EL DERECHO A LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. – **1.2. EL CONCEPTO DE DERECHO FUNDAMENTAL.** – 1.2.1. EL CONCEPTO DE FUNDAMENTALIDAD DE LA NORMA FUNDAMENTAL EN KELSEN. – 1.2.2. EL CONCEPTO DE FUNDAMENTALIDAD DE DERECHO FUNDAMENTAL DE ALEXY – 1.2.3. EL CONCEPTO DE FUNDAMENTALIDAD DE HÄBERLE. – 1.2.3.1. EL DOBLE CARÁCTER DE LAS NORMAS DE DERECHO FUNDAMENTAL. – 1.2.4. EL CARÁCTER DE PRINCIPIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. – 1.2.4.1. EL CONCEPTO DE PRINCIPIO EN ALEXY. – 1.2.4.2. EL CONCEPTO DE PRINCIPIO DE ZAGREBELSKY. – 1.2.4.3. SOBRE EN QUÉ MEDIDA APORTA LA DISCUSIÓN DEL CONCEPTO DE CARÁCTER DE PRINCIPIO A LA FUNDAMENTALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES – 1.2.5. EL DENOMINADO CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. – 1.2.5.1. EL CONCEPTO DE RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES. – 1.2.5.2. LA COMPRESIÓN DEL PROBLEMA DE LA RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DESDE LA HERMENÉUTICA. – 1.2.5.3. SOBRE LA COMPRESIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DESDE LA HERMENÉUTICA. – 1.2.5.3.1. LA COMPRESIÓN HERMENÉUTICA DE LOS HECHOS DE UN “CASO” QUE PUEDE SER DENOMINADO “PUERIL”. – 1.2.6. LA ESTRUCTURA ANALÍTICA DE LAS POSICIONES JURÍDICAS DE DERECHO FUNDAMENTAL. – 1.2.6.1. LA ESTRUCTURA DEL DERECHO A ALGO. – 1.2.6.2. LA ESTRUCTURA DE LAS LIBERTADES. – 1.2.6.3. LA ESTRUCTURA DE LAS COMPETENCIAS. – 1.2.6.4. LA ESTRUCTURA TRIPARTITA Y TRIÁDICA DE LAS POSICIONES JURÍDICAS DE DERECHO FUNDAMENTAL REPRESENTAN UN TODO DINÁMICO. – 1.2.6.5. LA COMPRESIÓN HERMENÉUTICA DEL “HAZ DE POSICIONES JURÍDICAS DE DERECHO FUNDAMENTAL” DE ALEXY. – 1.2.7. LA CLASIFICACIÓN FUNCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL DERECHO A LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA. – 1.2.8. EL DERECHO A LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA COMO DERECHO DE PROTECCIÓN. – 1.2.8.1. DERECHO A UNA TÉCNICA PROCESAL ADECUADA. – 1.2.8.2. DERECHO A PARTICIPAR DE UN PROCEDIMIENTO ADECUADO. – 1.2.8.3. DERECHO A UNA RESPUESTA JURISDICCIONAL. – 1.2.9. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA. – 1.2.9.1. DERECHO DE ACCESO AL ÓRGANO JURISDICCIONAL. – 1.2.9.2. DERECHO A PROBAR. – 1.2.9.3. DERECHO DE DEFENSA. – 1.2.9.4. DERECHO A LA DEBIDA MOTIVACIÓN. – 1.2.9.5. DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. – 1.2.9.6. DERECHO A QUE SEA RESPETADO EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL PENAL. – **1.3. CONCLUSIONES.**

### 1.1. EL DERECHO A LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA.

Abordar el concepto de derecho a la tutela procesal efectiva precisa de remitirnos a dos conceptos que, considero, van a permitir comprender su actual trascendencia.

Por no componer parte del propósito del presente trabajo realizar una antología del concepto de proceso ni del proceso mismo, voy a referirme directamente a los conceptos de referencia: “*procedimiento*” y “*proceso*”. La genealogía del sentido de ambos conceptos podemos ubicarla tanto en el Derecho Procesal, como en el Derecho Constitucional. Ambos sentidos serán abordados brevemente en este espacio, para comprender la influencia de los mismos en la comprensión del derecho a la tutela procesal efectiva.

En cuanto a lo que atañe al Derecho Procesal, veremos que la reducción de concebir al proceso como procedimiento permitió negar su relevancia, lo que ciertamente permitió pensarlo como disciplina *adjetiva*, en el sentido propio del término adjetivo, derivado del latín *adjectivus*, que significa lo accidental o no esencial; por el contrario, cuando se puso en cuestión aquella ontología del proceso, se tuvo a bien considerarlo como una institución dialéctica compleja.

En lo que respecta al Derecho Constitucional, haré hincapié en el concepto de “*procedimiento*” que ha sido rescatado por, porque permitirá mostrar en su oportunidad con mayor plenitud significatividad del derecho a la tutela procesal efectiva, en tanto derecho fundamental.

### 1.1.1. PROCEDIMIENTO Y PROCESO.

Me remito a la distinción entre ambos conceptos que elaboró el profesor Monroy Gálvez. En su *Teoría general del proceso* escribió que el “*proceso*” “(...) es el conjunto dialéctico, dinámico y temporal de actos, que se realizan durante la ejecución de la función jurisdiccional del Estado, bajo su dirección, regulación y con el propósito de obtener fines privados y públicos”, a diferencia del “*procedimiento*”, respecto del cual afirma que “(...) es el conjunto de normas o reglas de conducta que regulan la actividad, participación y las facultades y deberes de los sujetos procesales y también la forma de los actos realizados en un proceso o en parte de éste, provistos por el Estado con anticipación a su inicio”. nos (Monroy Gálvez, 2009, pp. 267-268). La distinción efectuada por el citado maestro, sin embargo, se sitúa dentro de una tradición de procesalistas que significaron un nuevo horizonte desde el cual comprender al concepto de proceso.

Para el propósito del presente acápite, baste citar que la definición de procedimiento realizada por el Monroy Gálvez, por ejemplo, puede mostrarnos por aquella que el profesor Alcalá-Zamora escribe en su clásico *Cuestiones de terminología procesal*. En su obra afirma que el concepto de “*procedimiento*” deriva de las distintas acepciones que ha significado el término “*proceder*”, que deriva del latín *procedere*, esto es, avanzar (Alcalá-Zamora y Castillo, 1972, pp. 134-146). Sin embargo, esta acepción encuentra su horizonte en la acotación carnелuttiana de que “(...) la palabra *procedimiento* (de *proceder*) denota no tanto una sucesión (de *suced*) de actos como una vinculación entre actos sucesivos (...)” (Carnelutti, 1952, p. 432). De ahí que la definición de Carnelutti de procedimiento haya sido que el procedimiento

consiste en “(...) *la serie de actuaciones o diligencias sustanciadas o tramitadas según el orden y la forma prescritos en cada caso por el legisladora y relacionadas o ligadas entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo*” (Alcalá-Zamora y Castillo, 1972, p. 136).

Por su parte, el concepto de “proceso” como institución dialéctica compleja, considero también se mueve dentro del horizonte de dicha tradición. Considero que la noción de “conjunto dialéctico, dinámico y temporal de actos” cuya teleología encuentra reposo en la realización de “*finés privados y públicos*”, se sitúa dentro de la concepción carnelluttiana de “proceso”, aunque como talentosa heredera haya hecho florecer al germen (en el sentido hegeliano, de unidad [re-]productiva<sup>7</sup>, es decir, de fuente) de significación de su causante (*de cuius*). Carnelutti define, al inicio de su *Instituciones del Proceso Civil*, como proceso un “conjunto de actos dirigidos a la formación o a la aplicación de los mandatos jurídicos, cuyo carácter consiste en la colaboración a tal fin de las personas interesadas con una o más personas desinteresadas”, el cual, sin embargo, indica “(...) un método para la formación o para la aplicación del derecho que tiende a garantizar la bondad del resultado, es decir, una tal regulación del conflicto de intereses que consiga realmente la paz y, por tanto, sea justa y cierta” (Carnelutti, 1952, pp. 21-22).

En este punto, debo de destacar el viraje metodológico que afirma Monroy Gálvez en su obra, pues es en lo dialéctico del proceso donde aquel giro donde la teoría del proceso ha encontrado sus fundamentos. Es, en efecto, a partir de lo conflictivo, que el proceso ha sido considerado como instrumento de pacificación social, trascendiendo su anatomía de ordenación de actos para la aplicación del derecho material (Marinoni, *Teoria Geral do Processo*, 2009, p. 382), a la que la concepción procedimental del mismo reducía su fenomenología. De ahí en adelante, la teoría del proceso estaría orientada a realizar el escatológico anuncio de Carnelutti, de que el derecho procesal estaría ocupado de pensar esa “*experiencia para conocer los términos del conflicto*”, esa “*sabiduría para encontrar su punto de equilibrio*” y esa “*técnica para aquilatar la fórmula idónea que represente el equilibrio*”. Las concepciones instrumentales del proceso –dentro de las cuales la técnica procesal es de prima preocupación–, que claman la efectividad del proceso, encuentran su patria en esa promesa carnelluttiana.

Por ahora esto es suficiente para comprender la trascendencia de la diferenciación de los dos conceptos abordados, desde el Derecho Procesal. Otro tanto ocurrió con el concepto de “procedimiento” dentro del Derecho Constitucional, lo cual trataré a continuación.

### 1.1.2. LA REDIMENSIONALIZACIÓN DEL CONCEPTO DE PROCEDIMIENTO DESDE EL PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL.

---

<sup>7</sup> Véase en: Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas*. Alianza Editorial, Madrid, 1999, pág. 409.

En el derecho constitucional, el concepto de “*procedimiento*” ha desenvuelto un ámbito propio que considero es importante para abordar finalmente el concepto de “*derecho a la tutela procesal efectiva*”, de acuerdo a la tradición a la que este concepto pertenece.

Para poder comprender este concepto, considero es relevante la afirmación de Gomes Canotilho, quien ha señalado que la función jurisdiccional funciona como una dimensión procedimental en la que realizar el programa normativo-constitucional propio de la Constitución (Gomes Canotilho, 1993, p. 1024). En su *Direito Constitucional* sostiene que el proceso es un “(...) *instrumento adecuado para a conversao da constituicao (considerada, tradicionalmente, de uma forma estática, como uma ordem jurídica fundamental do Estado) em ordem dinâmica de uma comunidade é o procedimento*”. Asimismo, y no menos importante, que la democratización del poder a través de la participación (concepto que es una de las piedras angulares de las democracias actuales) en el proceso lleva implícito que la mencionada participación sea canalizada a través de “*procedimientos justos*”, con una influencia cualitativa en el resultado de las decisiones. Y por último, sostiene que la participación a través del “*procedimiento*”, además de ser un medio de comunicación ascendiente y descendiente entre gobernantes y ciudadanos, es igualmente una compensación y una garantía de los particulares y las comunidades ante la proclividad de la conformación política y económica llevada a cabo por una burocracia y tecnocracia sin alguna transparencia democrática. Como puede apreciarse una concepción como tal puede ubicarse dentro de un paradigma de justicia discursivo-procedimental.

Alexy, por ejemplo, sostiene la fundamentalidad del “*derecho a un procedimiento*” porque este *prima facie*, al suponer la justeza participativa de un procedimiento, garantiza una mayor probabilidad de un resultado “(...) *conforme al derecho fundamental*” (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 1993, p. 473).

Por otro lado, quien ha desarrollado vastamente un concepto de procedimiento en ese mismo sentido quizá sea Habermas. En efecto, Habermas define a su concepto (discursivo) de procedimiento como aquel que “(...) *establece una conexión interna entre las consideraciones pragmáticas, los compromisos, los discursos de auto-entendimiento y los discursos relativos a la justicia y fundamenta la presunción de que bajo las condiciones de un suficiente suministro de información relativa a los problemas de que se trate y de una elaboración de esa información relativa a los problemas de que se trate y de una elaboración de esa información, ajustada a la realidad de esos problemas, se consiguen resultados racionales, o, respectivamente, resultados fair*” (Habermas, 2005, p. 372).

En síntesis, el aporte que el derecho constitucional –basado en un paradigma de justicia discursivo-procedimental – es el de haber destacado el lugar que tiene la participación de los intervinientes dentro del proceso.

Sobre dicho lugar ya me he pronunciado en el capítulo precedente, sin embargo, conforme sean desarrolladas aquí puntualmente las implicancias que tiene el concepto de derecho fundamental y la consideración del derecho a

la tutela procesal efectiva como derecho fundamental, va a poder comprenderse mejor el lugar fundamental que tiene la institución del proceso dentro de la sociedad. A esto me abocaré en los acápites sucesivos del presente capítulo.

### 1.1.3. EL DERECHO A LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

En los acápites precedentes, he tratado de abordar los postulados básicos de la doble genealogía que tiene el concepto de derecho a la tutela procesal efectiva; en este espacio haré otro tanto, referirme a lo que, desde una perspectiva que aún no se desembaraza del paradigma kelseniano, sería el derecho a la tutela procesal efectiva, por lo que me referiré al derecho a la tutela con el acercamiento que el derecho positivo nos proporciona al mismo.

Siguiendo ese hilo conductor, el derecho a la tutela procesal efectiva, en cuanto a la disposición normativa que lo regula -o, más preciso sería decir, que lo reconoce expresamente-, está previsto en la descripción del inciso 3) del artículo 139 de la Constitución Política, excepto que signado con el nombre de *“observancia del debido proceso”* y de *“tutela jurisdiccional”*.

No obstante lo anterior, considero una descripción más precisa que aquella a la de la disposición normativa del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, en tanto está conformada como una regla conceptual:

*“Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal”.*

Si bien podría objetarse a la citada definición, en cuanto al uso terminológico que el concepto de *“situación jurídica”* ha tenido dentro del derecho procesal (y cuyo defecto conceptual Monroy Gálvez ha destacado cuando ha afirmado que *“[...] si las situaciones procesales varían conforme las partes van ganando o perdiendo posiciones, parecería ser que la función del juez sólo se reduce a protocolizar tales posiciones”* (Monroy Gálvez, 2009, p. 250)-, no es menos cierto que la descripción de la citada disposición estaría a salvo de dicha objeción, porque el concepto de situación jurídica con el que se emprendió legislativamente escribir la disposición, parecería ser ajena a la tradición procesal, y más cercana al concepto de *status* que ha tenido desarrollo dentro de la teoría de los derechos fundamentales, en tanto modalidades de las posiciones del ciudadano frente al



Estado, como afirma Alexy (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 1993, pp. 264-266) y Pérez Luño (Pérez Luño, 1998, p. 25).

Por ahora, esto es suficiente para introducir al derecho al a tutela procesal efectiva como derecho fundamental.

A continuación, me detendré a analizar el concepto de derecho fundamental de acuerdo a la doctrina mayoritaria, lo que permitirá abordar la problemática que tiene dicho concepto y que, considero, ha sido pasada por alto por, probablemente, su obviedad. Con ello me refiero al carácter de fundamental, de fundamento o la fundamentalidad de los derechos que suelen tener signado ese carácter.

## 1.2. EL CONCEPTO DE DERECHO FUNDAMENTAL.

El concepto de derecho fundamental, como sostiene Pérez Luño, se remonta inicialmente al término de *“droits fondamentaux”*, cuya historicidad pertenece al movimiento histórico-cultural francés que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Pérez Luño, 1998, p. 29). Por ello es que en la doctrina se ha afirmado que la historia de los derechos fundamentales haya sido también la historia de la limitación del poder (Marinoni, Sarlet, & Mitidiero, Curso de Direito Constitucional, 2012, p. 252). Sin embargo, tal como afirma también el profesor español, el sentido que tiene el término de derecho fundamental hoy en día es heredero de las denominaciones de *Grundrechte* de la Constitución de Weimar de 1919 y de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 (*Grundgesetz* de Bonn), pues en estas normas fundamentales el término *“derecho fundamental”* no sólo está referido a las garantías relativas a la libertad individual y de los deberes fundamentales de los ciudadanos de respetarlas, sino también a los derechos sociales, como derechos de prestación en sentido estricto, es decir, *“derechos generales positivos a acciones fácticas del Estado”* (Arango, 2005, p. 37). En ambos casos, la doctrina mayoritaria ha definido a los derechos fundamentales como aquellos derechos atribuidos en general a la persona humana que son reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico-constitucional del Estado.

Sin embargo, una definición como la brindada poca justicia hace a la problemática que nos devela la historia el concepto de derecho fundamental. Esta problemática está vinculada al carácter de *“fundamental”* (es decir, su *“fundamentalidad”*) de los derechos que son reconocidos como tales, porque nos remite necesariamente a preguntarnos por qué tales derechos y no otros lo serían.

A continuación únicamente me referiré a tres autores para mostrar lo problemático del concepto de *“fundamentalidad”*. En ese sentido, partiré del concepto de norma fundamental kelseniano, continuando por el concepto de *“fundamentalidad”* encontrado en la teoría de los derechos fundamentales de Alexy y Häberle. Ello nos permitirá abordar posteriormente la clasificación funcional de los derechos fundamentales, donde ubicaremos al derecho a la tutela procesal efectiva, para finalmente introducir

### 1.2.1. EL CONCEPTO DE FUNDAMENTALIDAD DE LA NORMA FUNDAMENTAL EN KELSEN.

Kelsen escribe en su *Teoría pura del derecho* que una norma fundamental "(...) indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige" (Kelsen, 1994, p. 141) . Me detendré en el mismo lugar donde se detuvo Kelsen al analizar el concepto de fundamentalidad.

Si observamos cuidadosamente en su afirmación, se destacan dos aspectos que él mismo analiza en los acápites que siguen en su obra, cuales son el circunstancial que significa el "*en cierta medida*" y el concepto de efectividad que Kelsen introduce luego en su obra como "*principio de efectividad*". Este último consistiría en la concordancia entre la validez de un ordenamiento jurídico y la realidad.

Ahora bien, si considerando los dos extremos en los cuales nos hemos detenido, volvemos a leer la afirmación de Kelsen, nos daremos cuenta que es en esa brecha entre la "*realidad*", en el sentido de "*hecho*", y la "*validez*" de una norma (haber sido creado de conformidad con el orden fundamental) que la problemática de la fundamentalidad. Es decir, en pocas palabras, en el reconocimiento de determinadas situaciones como normativas.

En cuanto a Kelsen, me detengo en este punto. A continuación, con el desarrollo de la teoría de los derechos fundamentales de Alexy y Häberle, veremos que la preocupación no ha cambiado, sino de perspectiva. Posteriormente a ello, procuraré desarrollar en lo más significativo el carácter de "*principio*" que también se le ha reconocido a los derechos fundamentales, lo cual permitirá introducir una consideración hermenéutica de los derechos fundamentales al final, que redundará en una mejor comprensión del problemático concepto de "*fundamentalidad*".

### 1.2.2. EL CONCEPTO DE FUNDAMENTALIDAD DE DERECHO FUNDAMENTAL EN ALEXY.

De acuerdo a Alexy, quien elaboró una teoría analítico-estructural de los derechos fundamentales, la "*fundamentalidad*" de una norma de derecho fundamental es formal y material, pues, en el primer caso, tiene como referente al derecho positivo, esto es, a los enunciados normativos expresamente indicados en la Constitución; y, en el segundo caso, porque en base a las mismas se puede tomar decisiones sobre la estructura normativa básica del Estado y de la sociedad.

Las consecuencias de dicha afirmación, conforme señala el mismo autor, son que: "(...) además de los contenidos del sistema jurídico, que, desde el punto de vista de la Constitución son meramente posibles, existen unos contenidos que son constitucionalmente necesarios y otros que son imposibles." (Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1993, pp. 461-463).

Por otro lado, el profesor alemán indica que lo constitucionalmente necesario y lo constitucionalmente imposible, que ha de ser desarrollado mediante la legislación ordinaria o por el Tribunal Constitucional al elaborar normas de derecho fundamental adscritas, dependerá de la "*argumentación iusfundamental*" que respecto de las mismas se realice.

Por su parte, para poder elaborar una argumentación iusfundamental, habrá que recurrir bien a la ley, bien a los precedentes vinculantes o bien a la dogmática. Dentro de esta última, se encontrarían las teorías materiales de los derechos fundamentales, como la de Häberle, que expongo a continuación.

Pero, antes de proceder, convengamos en que el carácter de *fundamentalidad* de una norma de derecho fundamental para Alexy, conforme puede inferirse de los párrafos precedentes, depende en mayor medida de la razón argumental o de la argumentación iusfundamental que se realice sobre el mismo, y, por lo tanto, de su indeterminación principiológica, razonamiento que, finalmente, permitirá concluir en un sistema diferenciado de reglas (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 1993, p. 80).

### 1.2.3. EL CONCEPTO DE FUNDAMENTALIDAD DE DERECHO FUNDAMENTAL EN HÄBERLE.

Häberle, señala que la *“fundamentalidad”* de un derecho fundamental debe ser entendida en el sentido de su *“esencialidad”*, y, al respecto, señala que: *“los límites esenciales de los derechos fundamentales forman parte de la esfera de lo “normativo”, así como también toda otra norma constitucional. No se les entiende correctamente, si no se pone en primer plano el componente existencial de ellos. Tales límites se encuentran con tal motivo insertos, como corresponde a su cualidad de norma jurídica, en una “correlación” con las condiciones efectivas de vida* (Häberle, La libertad fundamental en el Estado Constitucional, 1997, p. 116). Esto se comprenderá mejor cuando hagamos alusión al doble carácter de las normas de derecho fundamental.

#### 1.2.3.1. DOBLE CARÁCTER DE LAS NORMAS DE DERECHO FUNDAMENTAL.

El doble carácter de los derechos fundamentales está referido a la dimensión individual e institucional de los mismos. La primera está referida a la titularidad individual o subjetiva de los derechos fundamentales, y, por tanto, de la libertad correlativa a su ordenación monádica, mientras que la segunda se refiere a las *“regulaciones objetivas”* existentes sobre el derecho fundamental, o como dice Hauriou: *“choses sociales objectives”*. Ambas dimensiones se sostienen recíprocamente, en el decir de Häberle, pues: *“Las regulaciones objetivas se entumecerían si no fuesen enriquecidas por la creatividad individual. Estos ámbitos vitales sólo adquieren “vida real” a través de la actividad de individuos y grupos libres. A su través obtienen el necesario elemento de actualización, se les proporciona el élan vital. Las regulaciones objetivas dependen de la individualidad creativa de la persona y de su espontaneidad”* (Häberle, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, 2003, pp. 73-104).

Sin embargo, a la dimensión individual a la que se ha hecho alusión, no ha de entenderse como una dimensión unilateral, sino como afirma el mismo Häberle, siguiendo a Hauriou: *“(…) no hay ningún derecho detrás del cual no exista, a través del interés que lo satis-*

*face, una función social*". Por lo que existe, pues, un "efecto recíproco" entre la dimensión individual e institucional donde se ubica el sujeto titular de un derecho fundamental, y es que los derechos fundamentales de este son "(...) bienes jurídicos necesarios para la existencia de la comunidad garantizada por la Ley Fundamental" (Häberle, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, 2003, p. 14), y, en consecuencia, los derechos fundamentales no han de entenderse como sustancias aisladas y con valor por sí mismas.

En ese mismo horizonte que recoge la imposibilidad de desligamiento de ambas dimensiones, De Domingo y Antonio y Martínez-Pujalte han escrito: "(...) lo que se atribuye o reconoce como derecho fundamental a través, aunque no exclusivamente, de una norma sobre derechos fundamentales, consiste en un ámbito de la personalidad y/o de la actuación humana que se considera especialmente relevante para el titular del derecho, y a la vez para el bien común. Por esta razón, en la actualidad se reconoce a los derechos fundamentales no sólo una dimensión individual, sino también una posición institucional central en el marco de la comunidad política" (De Antonio y Domingo & Martínez-Pujalte, 2010).

Estos conceptos nos servirán de hilo conductor para abordar posteriormente la crítica a las teorías de los derechos fundamentales hasta aquí reseñadas y el abordaje de los mismos desde la hermenéutica.

#### **1.2.4. EL CARÁCTER DE PRINCIPIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.**

A fin de entender el carácter de principio de los derechos fundamentales que ha sido reconocido en la doctrina, y la vinculación que tiene este con el carácter de fundamental de los derechos fundamentales, voy a remitirme a exponer el concepto que de principio tiene Alexy en su *Teoría de los derechos fundamentales* y el de Zagrebelsky, posteriormente. Ello bastará para mostrar qué es lo que comprometen dichos conceptos.

##### **1.2.4.1. EL CONCEPTO DE PRINCIPIO EN ALEXY.**

El profesor Alexy escribe que en todo sistema jurídico existen, por antonomasia, dos tipos de normas jurídicas de acuerdo a su estructura: "reglas" y "principios". Sobre los principios señala que son "normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes". (Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1993, p. 83) En una palabra: "mandatos de optimización". Mientras que las reglas constituyen mandatos definitivos cuya aplicatividad sería *in toto*, es decir, se tratan de normas que "(...) exigen un cumplimiento pleno" (Alexy, *Derecho y razón práctica*, 1993, p. 14). La distinción entre ambos tipos de normas, por tanto, residiría en su "determinación".

Alexy, para trazar esta distinción, parte de la “*logic distinction*” de Dworkin entre regla y principio que se encuentra en su *Taking rights seriously*. En ella, Dworkin escribe: “*The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. (...) Rules are applicable in an all-or-nothing fashion (...) Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance*” (Dworkin, 1977, pp. 24-26).

Ahora bien, el criterio de determinación que diferenciaría a ambos conceptos, según Alexy no residiría sino en el carácter de “razones” que los dos tipos de normas pudieran adoptar. Mientras que los principios serían razones “*prima facie*”, mientras que las reglas serían “razones definitivas” (Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1993, pp. 101-102).

Esta misma distinción ha sido recogido por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. A manera de ejemplo, en la sentencia recaída en el expediente Nro. 1417-2005-PA/TC, cuando el Tribunal Constitucional ha indicado: “*La distinta eficacia de las disposiciones constitucionales, da lugar a que éstas puedan ser divididas entre “normas regla” y “normas principio”. Mientras que las primeras se identifican con mandatos concretos de carácter autoaplicativo y son, consecuentemente, judicializables, las segundas constituyen mandatos de optimización, normas abiertas de eficacia diferida, que requieren de la intermediación de la fuente legal, para alcanzar plena concreción y ser susceptibles de judicialización*”.

Ahora bien, si es que nos preguntamos en qué medida la distinción trazada incide sobre el lugar que tiene el concepto de “principio” en la experiencia jurídica (sobre todo la que involucra la jurisdicción), nos encontraremos que esta está en razón de la denominada “*relación de precedencia*” entre los dos tipos de normas. Así, Alexy habla de un nivel de principios y un nivel de reglas. Mientras no hubiera razones fuertes para pensar determinaciones diferentes a las que suponen las reglas, uno no entraría por la compuerta de los principios (Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1993, p. 135).

#### 1.2.4.2. EL CONCEPTO DE PRINCIPIO EN ZAGREBELSKY.

El profesor Zagrebelsky en su *Intorno alla Legge* para definir su concepto de “*principio*”, también traza la distinción entre regla y principio, salvo que, considero, resuelve la aporía que lleva consigo la diferenciación discursiva propia de Alexy.

Para Zagrebelsky, la “*logic distinction*” dworkiana está referida al problema de la concretización de una norma, es decir, de su realización práctica. Afirma en su obra que: “*Tra regole e principi, la differenza logica che interessa dal punto di vita pratico sta nella concretizzazione, necessaria per i principi e superflua, perché già data, per le regole. Affinché il principio possa operare, si richiede la sua riduzione a una formula che contenga una fattispecie riferibile a*



*un accadimento storico e la conseguenza specifica che ne deve derivare. Ciò è quanto si denomina concretizzazione, un'operazione che può avvenire o, in astratto e per l'avvenire, attraverso la formulazione di una norma ulteriore, avente natura di regola, cioè precisata nella sua fattispecie, oppure, in concreto e per il passato, attraverso la decisione del giudice chiamato a pronunciarsi su un caso controverso, coinvolgente il principio”* (Zagrebelsky, *Intorno alla legge*, 2009, p. 97). Lo que quiere expresar en ello Zagrebelsky es que la distinción lógica formulada por Dworkin en modo alguno supone una “*relación de precedencia*” de la regla respecto del principio, sino en la forma en que fenoménicamente aparece la regla y el principio.

Y esto es patente en el momento de la decisión de un caso cualquiera. La regla sin más es apta para realizar prácticamente su contenido normativo sin ninguna mediación, porque ella misma transparenta un supuesto de hecho (*fattispecie*) y una consecuencia jurídica determinada, lo que no sucede con el principio. Por su parte, que el principio no transparente tales condiciones no significa que esté imposibilitado de realizar prácticamente su contenido normativo. Su contenido normativo (“*contenuto normativo*”), como afirma Zagrebelsky, consiste en que el principio en tanto bien inicial (“*bene iniziale*”) permite anticipar, manifestando el *ethos* de un momento histórico determinado. Ese *ethos* está constituido por los valores (“*bene finale*” o “*fine*”) que legitiman un orden como tal, es decir, la concepción de la vida (“*visione della vita*”) que corresponde.

Para decirlo en otras palabras, los principios fundamentan un determinado orden jurídico porque atienden a la comprensión de la vida y del mundo que tiene una sociedad determinada. En tanto fundamento, son ya hermenéuticamente hablando, el “*por mor de*” dicha comprensión, es decir, la proyección de la misma (Heidegger, *Principios metafísicos de la lógica*, 2007, p. 251). En tanto que las reglas presentifican un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica en un ordenamiento jurídico, estas son lo proyectado de ese “*por mor de*”, es decir, de ese *ethos* que legitimó el orden donde ella misma se sitúa. Por ello es que no hay tal “*relación de precedencia*” para efectos de una decisión. La regla en tanto está comprometida por ese *ethos* de un momento histórico determinado, se debe al “*principio*”, en tanto fundamento. Pero, a su vez, el “*principio*” no precede a la regla (salvo históricamente) porque la “*regla*”, que si bien fue engendrada por un “*principio*”, es la que permite orientar una acción y una decisión final.

Y esto está implícito en la teoría de Alexy, cuando afirma que los principios son razones para las reglas; sin embargo, es pasado por alto.

#### **1.2.4.3. SOBRE EN QUÉ MEDIDA APORTA LA DISCUSIÓN DE LA CONCEPCIÓN DEL CARÁCTER DE PRINCIPIO A LA DILUCIDACIÓN DE LA FUNDAMENTALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.**

De los acápites precedentes, debe de destacarse el carácter de “*fundamento*” del concepto de principio. Tal fundamentalidad le pertenece porque media los valores que un *ethos* determinado toma como suyos.

Nuestra definición de derechos fundamentales al inicio rezaba que estos eran todos aquellos derechos reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico-constitucional. Es decir, aquellos que estaban presentados como tales en la Constitución.

Sin embargo, la citada definición no debe ser comprendida desde la tradición positivista, es decir, que el carácter de “*fundamentales*” sea tal porque la Constitución así los reconoce. Al respecto, resulta válido *mutatis mutandis* para los derechos fundamentales, lo que Kelsen predica respecto de la Constitución, cuando la considera más que una norma fundamental a partir de la cual se pueda dar la producción y reproducción de un ordenamiento jurídico, sino esta que extiende su significación a la cuestión de su, conforme afirmamos *ut supra* (Ver punto 1.2.1. del presente capítulo).

Y el problema de la legitimidad de un ordenamiento jurídico, conforme pudimos ver en Zagrebelsky, está vinculado a un *ethos* histórico determinado.

Y en este sentido, en tanto que la Constitución constituye los derechos fundamentales, podemos decir respecto de ella con Streck que es “(...) *um espaço garantidor das relações democráticas entre o Estado e a Sociedade (Ribas Vieira), podendo/devendo ser vista/entendida “precisamente como zona más o menos segura de mediação, aparte de lo habitual entre legalidade y legitimação, também – más radicalmente y vinculado a todo elo- entre legitimidade y justiça”. Constituição significa constituir alguma coisa; é fazer um pacto, um contrato, no qual toda a sociedade é co-produtora*” (Streck, *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploracao hermenêutica da constrcao do Direito*, 1999, p. 214). Y esto permitiría comprender por qué se ha afirmado que la historia de los derechos fundamentales – que ocupan un lugar fundamental en cada Constitución – haya sido también la historia de la limitación del poder, porque es en la mediación de la sociedad (y con ello, su tradición y sus prejuicios) con sus constituyentes (que se consideran pertenecientes a tal tradición) en donde ese *ethos* se realiza. En tanto mediación, podemos afirmar que la Constitución es a la justicia lo que el lenguaje para es al mutuo entendimiento.

Por ello, en tanto una Constitución significa el inicio de la legitimidad y de la legitimación de un orden jurídico determinado, co-significa la mediación entre la legitimación y lo justo del orden jurídico y sí misma. Como sostiene Viola, no puede pasarse por alto que: “(...) *la Constitución es, ella misma, el resultado de la interpretación de*



*las normas jurídicas constitucionales, del “círculo hermenéutico” entre principios conformadores de la sociedad y valoraciones de la sociedad misma”. Y, en tal sentido, el horizonte de sentido al que se ha hecho alusión no es *inmutable*, debiéndose, para todo fin interpretativo, no soslayar la *diacronía* de significados atribuidos a significantes dentro de la sociedad, que no hacen sino confirmar la historicidad de los conceptos. Este sería el punto de partida para comprender la “*fundamentalidad*”.*

Por lo tanto, la “*fundamentalidad*” de un derecho fundamental y su contenido esencial han de ser entendidos, no como una mera interpretación arbitraria del mismo, sino que deberá de responder a la “*fusión de horizontes históricos*” del “*horizonte histórico*” del intérprete con el de la Constitución, no olvidando que esta última se trata de una Constitución garante de derechos fundamentales. Y producto de esto se va a producir lo que señala Streck: “*O intérprete compreende o conteúdo da norma a partir de uma pré-compreensão, que é a que vai lhe permitir contemplar a norma desde certas expectativas, fazer uma ideia do conjunto e perfilar um primeiro projeto, ainda necessitado de comprovação, correção e revisão através da progressiva aproximação a coisa por parte dos projetos em cada caso revisados, com o que a unidade de sentido fica claramente fixada*” (Streck, *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 1999, p. 189).

Tal como señala Aflen Da Silva: “*(...) la normatividad de la Constitución (o de la ley) sea la de un orden concreto, pues la vida que debe regular es vida histórico-concreta, y por eso la normatividad “es” en la medida en que el contenido de la norma es determinado bajo la inclusión de la realidad que debe ser ordenada, es decir, que su contenido no puede ser determinado desde un punto afuera de la historicidad del Estado, sino solo en la situación histórica concreta, que es la propia situación hermenéutica, en la que debe ser desarrollado*” (Aflen Da Silva, 2006, p. 224).

Solo después de esto, puede asumirse una teoría analítica de los derechos fundamentales, pues habrá de realizarlos de acuerdo al “*horizonte histórico*” de la Constitución, y no en base a meta-criterios que funcionalicen el entendimiento de los conceptos sin volver la mira a la experiencia concreta de quienes se desenvuelven en la realidad.

Por otro lado, respecto a mi afirmación de que la comprensión de la “*fundamentalidad*” estaría ligada con lo justo, esto debe ser entendido igualmente en base a los conceptos de “*tradición*”, “*horizonte*” y “*prejuicios*” de un momento histórico determinado, sin perjuicio de su cuestionabilidad. Si bien no me detendré sobre el concepto de la justicia o de lo justo, me limitaré a decir sobre ello únicamente lo que ya se ha afirmado sobre la comprensión en el primer capítulo. Solo quien comprende, es decir, quien se tiene a sí mismo como

pertenece a una tradición o al horizonte de sentido donde esta encuentra su savia, puede ser justo con la otra persona, porque puede comprender la propiedad o legitimidad de su pedido (ver punto 1.4.2.1.2.7. del primer capítulo). Por decirlo así, me remitiré a seguir a la definición ulpiniana de justicia. Así, el “*dar a cada uno lo suyo*” (*sum cuique tribuere*) de Ulpiano, si es que admitimos lo propio de la comprensión, tiene una significatividad mucho mayor que la asignación o dotación patrimonial de bienes. Con esto, trato de decir que “*lo suyo*” puede también hacer alusión a la situación histórica del justiciable, que de acuerdo a los conceptos hermenéuticos de “*lenguaje*”, “*mundo*”, “*tradición*” y “*horizonte*” nos remite a la comprensión del sentido de pertenencia de alguien con respecto de su tradición.

### 1.2.5. EL DENOMINADO CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

En la doctrina constitucional se habla de contenido esencial (*Wesensgehalt*) como aquel contenido normativo de un derecho fundamental que no puede o no debería ser restringido. Esta imposibilidad de restricción presupone que los derechos fundamentales tengan una función social o de garantía de la comunidad de los mismos entre diferentes titulares.

Lo precedente implica que habrá un límite no restringible de los derechos fundamentales, pues en caso de una sobre-restricción, no podría (con-)vivir un derecho fundamental. Este límite de la restricción de los mismos, de acuerdo a Häberle: “*Corresponde[-ría] al contenido esencial de los derechos fundamentales (se corresponde con su “telos”) que son delimitados frente a los bienes jurídicos de igual o superior valor, esto es, a través de los límites inmanentes que protegen el contenido esencial, conforme al principio de ponderación de bienes*” (Häberle, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, 2003, p. 58). Lo precedente ha sido denominado “*efecto recíproco*”, puesto que, afirma Häberle, sólo puede ser comprendido el contenido esencial de un derecho fundamental si es que se reflexiona sobre el contenido esencial del otro derecho que es necesario para su convivencia (Häberle, La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, 2003, p. 63). Esta reflexión involucraría al principio de proporcionalidad (*Verhältnismässigkeitsprinzip*).

Por su parte, la garantía del contenido esencial de un derecho fundamental en cuanto garantía institucional de limitación para las restricciones es indicada por Alexy como una cuestión implícita en el último eslabón del examen de proporcionalidad, es decir, en el análisis de la “*proporcionalidad en sentido estricto*” (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 1993, pp. 289-291) .

Por ello considero que para abordar el concepto de contenido esencial en su positividad, y no en la negatividad que parecería suponer la concepción de Häberle (y Alexy no escaparía a dicha negatividad), es necesario desarrollar brevemente el concepto de restricción.

#### 1.2.5.1. EL CONCEPTO DE RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

Para abordar este acápite, demos una vuelta más sobre Alexy, porque si es que somos diligentes, el concepto de contenido esencial (*Wesensgehalt*) y el de restricción (*Beschränkung*) están vinculados terminológicamente a la definición de carácter de principio que Alexy predica respecto de los derechos fundamentales, es decir, de ser concebidos como “*mandatos de optimización*”.

En efecto, si existe la posibilidad de optimizar un derecho fundamental, también debe existir la posibilidad de restringirlo. Para ello, dice Alexy, siempre habrá que aducirse que: “*Una restricción a los derechos fundamentales sólo es admisible si en el caso concreto a los principios contrapuestos les corresponde un peso mayor que aquél que corresponde al principio de derecho fundamental*” (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 1993).

Esta fórmula resume el *telos* que tiene la ponderación, como método de resolución de los casos donde ocurre una colisión de principios, y donde se ubica el principio de proporcionalidad (*Verhältnismässigkeitsprinzip*) y la estructura del test que podría permitir comprobar su cumplimiento, esto es, aquella pauta gradada de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Sin embargo, esto poco nos dice sobre lo que no podría ser restringible; por el contrario, si es que la cuestión de la restricción termina siendo un problema de argumentación iusfundamental (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 1993, pp. 326-328), en donde las razones más importantes desplazarían a las menos importantes, la articulación del contenido no restringible de un derecho fundamental terminaría siendo demasiado relativo, como para poder afirmar que uno podría insuflarle de contenido en la medida que ofrezca razones en ese sentido.

Esta cuestión, que pareciera simplemente terminológica, sin embargo, considero, descubre una de las problemáticas que plantea la teoría del Derecho al paradigma positivista del mismo, porque la asunción de la existencia de un contenido “*esencial*” de un derecho fundamental podría responderse como la exigencia de un mínimo indisponible por parte del legislador al configurar el ejercicio de determinado derecho fundamental.

Por contra, el contenido “*no esencial*” podría significar aquel espacio cuya configuración estaría reservada al legislador, sin generar mayor objeción, lo que en la doctrina se suele denominar “*configuración*” o “*conformación*” (*Ausgestaltung*) de un derecho fundamental (Pieroth & Schlink, 2012, p. 129).

En otras palabras, el concepto de restricción está vinculado con la afectación del contenido esencial de un derecho fundamental, siendo por ello que sea necesario una justificación o legitimación para ello, mientras que el concepto de conformación sería propio

del deber fundamental del legislador (extensible al órgano jurisdiccional, en tanto que la posición derivada de los derechos fundamentales también se entienden como “*derechos de defensa*” frente al mismo) de dotar mayor concretización (*Konkretisierung*) al derecho fundamental que *prima facie*, usando la terminología de Alexy, significaría un ámbito de libertad optimizable.

#### 1.2.5.2. LA COMPRENSIÓN DEL PROBLEMA DE LA RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DESDE LA HERMENÉUTICA.

Puede leerse tras esta problemática del concepto de contenido esencial y de restricción de los derechos fundamentales, aquella cuestión que estremecía al positivismo jurídico; a saber, la necesidad de una respuesta en el texto. Si recordamos al acápite de *La interpretación* dentro de la *Teoría pura del derecho*, Kelsen negaba que la respuesta a ser encontrada en el “*derecho positivo*” pudiera decir algo respecto a su sentido, siendo el “*ámbito normativo*” desde donde este fue conformado el que permita conocer ello; sin embargo, al abordar la cuestión de las lagunas lógicas, las lagunas técnicas y aquellas admitidas por el legislador, afirma aquello que niega al inicio, es decir, la tensión entre el “*derecho positivo*” y el “*derecho deseado*” (Kelsen, 1994, pp. 167-178).

La misma cuestión de la interpretación de las normas, considero, es la que articula el problema de la restricción de los derechos fundamentales, porque cuando se habla de un contenido esencial, parecería anticiparse una entidad pre-existente, un orden pre-dado.

Esa anticipación parecería encontrarse en la admitida preocupación de Alexy sobre la (im-)posibilidad de un “*orden estricto*”, porque aquel describiría un orden en el que el peso de “*(...) los valores y de los principios y sus intensidades fueran expresables en una escala numérica, de manera calculable*” (Alexy, *Derecho y razón práctica*, 1993, p. 16). Pese a su preocupación, considero, que su teoría de los derechos fundamentales no escapa a lo que encubre su preocupación. De hecho, si es que pensamos en su teoría de los derechos fundamentales y en la definición de estos como “*mandatos de optimización*” y en el reconocimiento del carácter de principios de los mismos, acontece algo parecido que con el positivismo, porque aquello que no dice el “*derecho positivo*” en Kelsen, es lo que no dicen ni los derechos fundamentales, en tanto principios, como “*mandatos de optimización*”, porque necesitan contestar a determinadas valoraciones. Y por ello, lo que sucede en Kelsen respecto de las “*lagunas*”, es lo que sucede en Alexy respecto del tercer nivel que sería imprescindible para una teoría de los derechos fundamentales, esto es, una “*argumentación jurídica racional*”. Esta preocupación le habría llevado a Alexy a elaborar un sistema de 28 reglas discursivas que rijan tal argumentación, y sobre la que él mismo se ha referido que sería algo así como un “*Código de la razón práctica*” (Alexy, *Derecho y razón práctica*, 1993, p. 21).

Puede verse que ello hace justicia al paradigma de concebir al derecho como una operación aritmética, que, justamente, el profesor Zagrebelsky, haciendo un paralelismo de una frase dostoyevskiana encontrada en *Memorias de subsuelo*, ha señalado que pertenece a los “*espíritus euclidianos*”, es decir, esos del “*dos más dos*” (Zagrebelsky, *La exigencia de justicia*, 2006, p. 28).

No obstante, creo que suficiente luz nos aporta lo ya abordado en el punto **1.2.4.3.** del presente capítulo, para comprender lo que sería el contenido esencial de un derecho fundamental (*Wesensgehalt*) desde la perspectiva hermenéutica. Es decir, formular positivamente lo que podría ser denominado como contenido esencial.

Considero que algo puede anticiparse en la afirmación De Antonio y Domingo y Martínez-Pujalte –quien sigue a Häberle: “*el contenido esencial de los derechos fundamentales equivale al ‘contenido sin más’, acotado por los perfiles de los bienes jurídicos en que consisten tales derechos; o, como lo hemos sintetizado en otro lugar, ‘el contenido de los derechos constitucionalmente declarado, que debe ser delimitado por el intérprete a la luz de los preceptos constitucionales, a través de una interpretación sistemática y unitaria de la Constitución, y mediante una comprensión de cada derecho fundamental en conexión con los valores y conceptos morales que se encuentran en su base, y con las finalidades a que obedece su protección’*” (De Antonio y Domingo & Martínez-Pujalte, 2010, p. 72).

En efecto, si es que comprendemos hermenéuticamente lo que señalan los profesores anteriormente, es que lo propio de un derecho fundamental, y en esto quizá sea más propio hablar de ámbito de protección, es lo que una tradición histórica determinada considera como tal, como afirma Pieroth (Pieroth & Schlink, 2012, p. 130). Es la “*tradición*” (en el sentido hermenéutico) la que traduce ese *ethos* fundamental al que hace alusión Zagrebelsky. Y en esto podemos recordar lo ya abordado respecto a la necesidad de acudir a los conceptos hermenéuticos, es decir, a la hermenéutica filosófica.

En efecto, podemos recordar en este espacio la importancia de la reconsideración del lenguaje en el Derecho. Como afirmamos, el lenguaje era este “*mundo intermedio*” que mediaba entre nosotros y el mundo, no nos referimos al “*mundo*” como el “*total de las cosas*”, de “*la naturaleza*”, esto es, de lo que, en la filosofía, se denomina “*la totalidad de lo ente*”, sino a las consecuencias de la afirmación heideggeriana consistente en que mundo era aquello a partir de lo cual podríamos comprendernos y comprender las relaciones que teníamos con lo subsistente (las cosas). Esto, en buena cuenta, quería decir que al ser que nosotros somos le va consigo el lenguaje, y solo a través del mismo, este nosotros que somos puede comprenderse a sí mismo (y, en general, el ser de todo lo ente -su sentido-) y así mismo comprender el mundo. Como afirmaba, Heidegger: “*Los diversos modos del fáctico ser en convivencia constituyen en cada caso sólo las posibilidades fácticas de la amplitud y*



*de la autenticidad de la apertura del mundo y las diferentes posibilidades fácticas de la confirmación intersubjetiva de lo que ha sido descubierto y de la fundamentación intersubjetiva del acuerdo en la comprensión del mundo y las posibilidades fácticas para prever y guiar las posibilidades existenciales del mundo”* (Heidegger, Problemas fundamentales de la filosofía, 2000, p. 355). Y esto se comprende mejor con los conceptos de *“tradición”*, *“horizonte”* y *“conciencia de la historia efectual”*, porque cada uno de ellos permite situarnos en la experiencia humana concreta.

Esto nos permite decir lo mismo respecto a los derechos fundamentales, en tanto conforman parte de la lingüisticidad que significa el derecho (en tanto el derecho es una forma de entenderse mutuamente en la sociedad). Sólo podemos comprenderlos, si es que nos situamos dentro de determinada *“tradición”*, pero, a su vez, en tanto que el concepto de *“horizonte”*, advertimos en el capítulo precedente, involucra la temporalidad de la existencia humana, una comprensión determinada no es una cuestión cerrada y definitiva. Como afirmamos, una *“tradición”* podía tener su autoridad, pero comprender hermenéuticamente a la comprensión, significaba también poder cuestionar determinada *“tradición”* para poder hacer patente qué es lo que fundamentaba a la misma. Esa cuestionabilidad residía en que toda *“tradición”* llevaba consigo *“prejuicios”*, porque toda comprensión en tanto temporal, sólo mostraba consigo un aspecto de las cosas.

Con esto quiero decir que uno no podría comprender adecuadamente la historia de los derechos fundamentales como una *“historia de limitación del poder”*, si es que no fuese capaz de reconocer la significatividad del concepto hermenéutico de *“fusión de horizontes”*. En la medida en que uno comprende la tradición que el texto fundamental hace patente -reconociendo su alteridad-, y, a su vez, comprende que el aspecto de las cosas de su propio tiempo cuestionan a la comprensión que envuelve dicha tradición, es decir, a la mostración o a la forma de cómo era mostrado ese aspectos de cosas en lo pretérito, puede uno realizar una mejor comprensión, porque lo que uno llega a comprender, después de todo, fue así porque pudo ser capaz de establecer un diálogo con lo pasado, y no de un plumazo.

Esto permite comprender mejor la clasificación generacional de los derechos. En el caso de los derechos fundamentales de primera generación<sup>8</sup>, como afirma Ingo Sarlet, los derechos de primera generación (esto es, los derechos a la libertad individual, la propiedad, la seguridad y resistencia a la opresión, que son reconocidos en el

---

<sup>8</sup> Aclaro aquí que me refiero a *“derecho fundamental de primera generación”* porque fueron tales los que fueron constituidos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y no confundo dicho concepto con el de *“derechos humanos”*, porque este tendría una significación aún mayor, en tanto concepto estudiado por el Derecho Internacional Público.

artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789), son el producto del pensamiento liberal-burgués del siglo XVIII, “(...) *de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mas especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de ão intervencao do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder*” (Sarlet, 2012, p. 36).

Todo esto me permite afirmar que una “*argumentación jurídica racional*” y la “*carga de argumentación*” que supone de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, si es que en algo puede aportar a la comprensión de los derechos fundamentales, debe respetar ese “*horizonte*” de cada “*tradición*” y fundamentar, en todo caso, la nueva comprensión. Pero esto no se podría realizar sin comprender el horizonte de la tradición que se cuestiona, porque en ese cuestionamiento sería donde podría encontrar sus “*prejuicios*”. De lo contrario, corre el riesgo de que de procurar justificar (“*dar razones*”) la restricción o la conformación de un derecho fundamental en base a reglas de un “*discurso racional*”, termine conculcando la “*fundamentalidad*” de los derechos fundamentales, y con ello la legitimidad de tal justificación, es decir, relativizándolos en base a razones.

En esto, considero, está mejor fundamentada la concepción de Häberle y el doble-carácter de los derechos fundamentales que reconoce en su obra (ver punto 1.2.3.1. del presente capítulo). En efecto, no puede afirmarse una “*dimensión individual*” –y, en esto, es correcto lo que afirma Häberle respecto a que si se abordase sólo este aspecto se entumecerían las “*regulaciones*”–, sin ver en su fondo a la “*dimensión institucional*”, porque una dimensión apela a la otra. La mencionada “*dimensión institucional*” de los derechos fundamentales, es cierto, devela la condición de posibilidad de la dimensión individual, porque esta última vuelve existencial a la “*dimensión institucional*”.

Si es que comprendemos hermenéuticamente las afirmaciones häberlianas, podemos decir que la dimensión individual solamente es una forma de comprender el problema de los derechos fundamentales (y, en general, al Derecho), que puede ser entendida cotidianamente como producto de la experiencia de cualquier ser humano que comprende que en su libertad, en la situación concreta que vive, no sólo está en juego su libertad, sino que con la suya, la de los demás (si no fuera esto así, ¿por qué entonces se ocuparía de pensar de sus consecuencias frente a otros, a pesar de que pueda considerarlos un asunto menor?).

Por su parte, la “*dimensión institucional*” se develaría como una “*regulación*” o como “*chose social objetiva*”, solo porque remitiría a la comprensión o forma de comprenderse de la comunidad que regularía, y esto sería porque sería tal comunidad la que operaría como condición de posibilidad de toda regulación (y, en ello, no hay ninguna petición de principio). Aquí estaría la virtud de Häberle, que



nadie puede menospreciar. Con su teoría, Häberle pone en cuestión la comprensión del derecho como una teoría general de las normas, y es capaz de mostrar la importancia de la experiencia humana (ese “*élan vital*” que él menciona, concepto bergsoniano). Pero allí se queda.

Considero con todo esto que lo desarrollado es suficiente para poner en cuestión toda concepción positivista y aquella que no sea ajena a dicha concepción, y apelar a que la solución de los derechos fundamentales no puede ser comprendida sin referencia necesaria a la experiencia humana, en donde lo “*individual*” y lo “*institucional*” se diluye en un solo “*mundo*” mencionado *ut supra*, que, necesariamente, supone al otro (en esta suposición, conforme he puesto de relieve en el párrafo precedente, estaría el fundamento de la “*dimensión institucional*” häberliana).

Y, recapitulando, la experiencia humana no puede ser entendida, de acuerdo al significado vulgar del término, sino en el sentido hermenéutico de expresar el compromiso de una situación existencial que se desenvuelve dentro de una tradición y un horizonte histórico, que permita comprender que la juridicidad no es un mundo aparte y ajeno a la existencia.

Por lo tanto, la fundamentalidad de un derecho fundamental y su contenido esencial han de ser comprendidos no como una atribución arbitraria de sentido del mismo, sino que deberá de responder a la “*fusión de horizontes históricos*” del “*horizonte histórico*” del intérprete con el de la Constitución, no olvidando que esta última se trata de una Constitución garante de derechos fundamentales. Y producto de esto se va a producir lo que señala Streck: “*O intérprete compreende o conteúdo da norma a partir de uma pré-compreensão, que é a que vai lhe permitir contemplar a norma desde certas expectativas, fazer uma ideia do conjunto e perfilar um primeiro projeto, ainda necessitado de comprovação, correção e revisão através da progressiva aproximação a coisa por parte dos projetos em cada caso revisados, com o que a unidade de sentido fica claramente fixada*” (Streck, *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 1999, p. 189).

En este sentido, resulta válida la afirmación de Aflen Da Silva, quien afirma que: “*(...) la normatividad de la Constitución (o de la ley) sea la de un orden concreto, pues la vida que debe regular es vida histórico-concreta, y por eso la normatividad “es” en la medida en que el contenido de la norma es determinado bajo la inclusión de la realidad que debe ser ordenada, es decir, que su contenido no puede ser determinado desde un punto afuera de la historicidad del Estado, sino solo en la situación histórica concreta, que es la propia situación hermenéutica, en la que debe ser desarrollado*” (Aflen Da Silva, 2006, p. 224).

Solo después de esto, puede asumirse una teoría analítica de los derechos fundamentales, pues habrá de realizarlos de acuerdo al “*horizonte de sentido*” de la Constitución, y no en base a meta-criterios que funcionalicen el entendimiento de los conceptos sin volver la mira a la experiencia concreta de quienes se desenvuelven en la realidad.

Con todo lo desarrollado tampoco pretendo decir que la argumentación jurídica no deba tener lugar, sino que la argumentación jurídica debe izarse sobre todos los conceptos aquí mostrados que explicitan a la comprensión.

En cuanto a lo que concierne al tema de preocupación inicial, el contenido esencial de un derecho puede ser definido como aquellas condiciones de posibilidad del ejercicio de un derecho fundamental, que son definidas así por la comprensión del mundo en determinado horizonte histórico.

Por ahora, considero esto permitirá abordar en el siguiente acápite la clasificación de los derechos fundamentales, como posiciones jurídicas fundamentales frente al Estado.

### **1.2.5.3. SOBRE LA COMPRESIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DESDE LA HERMENÉUTICA.**

Lo abordado anteriormente nos autoriza a pronunciarnos, en lo relativo a las consecuencias de lo dicho arriba, sobre el principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*), que ha sido recogido en sendas sentencias de nuestro Tribunal Constitucional. Para ser preciso, lo que se escribirá aquí sólo está referido a la estructura del principio de proporcionalidad. Me remito a la explicación que en su *Derecho y razón práctica* da Alexy sobre el citado principio.

Allí, Alexy escribe: “*Los principios, en cuanto mandatos de optimización, exigen una realización lo más completa posible, en relación a las posibilidades jurídicas y fácticas*”. Más adelante, afirma que las posibilidades fácticas están referidas a los juicios de “*adecuación*” (*Geeignetheit*) y de “*necesidad*” (*Erforderlichkeit*), mientras que las posibilidades jurídicas, están en relación a la ley de la ponderación, es decir, al juicio de “*proporcionalidad en sentido estricto*” (Alexy, *Derecho y razón práctica*, 1993, p. 18).

Como puede apreciarse, con el principio de proporcionalidad concebido discursivamente sucede lo mismo que con el concepto de verdad que hemos tratado en el primer capítulo tal cual es comprendido por la tradición procesal (incluso la tradición cognoscitivista-epistémica), porque escinde en dos mundos lo inescindible, es decir, el mundo (comprendido hermenéuticamente) o, si se quiere, lo que suele denominarse la realidad.

En efecto, si es que pensamos a los derechos fundamentales (en tanto principios, de acuerdo a Alexy) como mandatos de optimización, lo cual supone asumir que los derechos fundamentales *prima facie* deben tener un ámbito de protección amplio en relación “a las posibilidades fácticas y jurídicas”, y analizamos bajo el prisma del mandato de proporcionalidad, tal cual lo concibe Alexy, podemos llegar a lo que he afirmado. En seguida, expongo por qué.

El profesor Alexy afirma que los dos primeros sub-principios del examen del principio de proporcionalidad, referidos a las máximas de “*adecuación*” y “*necesidad*”, están referidos a un examen en base a lo que fácticamente puede ser más satisfactorio o menos restrictivo para la realización del derecho fundamental. Por su parte, sostiene, el sub-principio de “*proporcionalidad en sentido estricto*” está vinculado a lo jurídicamente posible o realizable. No obstante, para poder emitir una decisión entre una u otra opción, el profesor alemán nos dice que, a fin de cuentas, lo fácticamente más satisfactorio o menos restrictivo a elegirse no está en razón de lo fáctico, sino que ha de fundarse en lo jurídicamente posible (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 1993, pp. 112-114). En pocas palabras, sus afirmaciones, dicen cuando menos lo siguiente: **(i)** ¿es posible escindir lo fáctico de lo jurídico en dos mundos para analizar lo posible!, **(ii)** ¡aunque no!, ¡no podría ser así!, ¡porque sabemos que lo fácticamente posible está comprometido por lo que jurídicamente puede ser de tal modo!

En la teoría del principio de proporcionalidad de Alexy, se transparenta lo que, de acuerdo a lo desarrollado en el primer capítulo, he afirmado es la aporía de concebir a la mundo como únicamente lo “*fáctico*” en el sentido, de lo físico, o lo que sería objeto de conocimiento de las ciencias naturales. Por ello es que afirmé, siguiendo a la hermenéutica filosófica, que “*mundo*” significaba todas las relaciones o tratos que tenemos con las cosas, que no sólo abarcan a las entidades físicas, sino también a los modos en que nos relacionamos intersubjetivamente (Ver punto 1.4.2.1.2.3. del primer capítulo). Estas relaciones permiten comprendernos a nosotros mismos, como al mundo, siempre en referencia a un horizonte histórico, que sirve de soporte a una tradición (ver punto 1.4.2.1.2.7.).

Por otro lado, si es que, además, sostenemos que en el ámbito de la “*proporcionalidad en sentido estricto*”, que es objeto de la ley de la ponderación o, para ser más precisos, del modelo de ponderación, debemos de remitirnos a la argumentación práctica general, que estaría basada en la idea de un “*discurso racional*”, estamos volviéndonos nuevamente sobre el problema del prejuicio racionalista. Afirmo esto porque el mismo Alexy cuando define a su “*discurso racional*” dice: “(...) es un procedimiento para probar y fundamentar contenidos normativos y valorativos por medio de argumentos. La racionalidad del discurso se define por un conjunto de reglas del discurso” (Alexy, Derecho y razón práctica, 1993, p. 34). ¿Cuáles son las reglas del discurso? Para eso nos reenvía a su *Teoría*

*general de la argumentación jurídica*, donde establece cinco grupos que dirigirían la racionalidad de un discurso.

El primer grupo, signado bajo el nombre de “*fundamentales*”, nos puede decir mucho sobre el prejuicio de tales reglas del discurso. Si leemos en su *Teoría*, leemos este primer grupo estaría referido a reglas acerca de “*condiciones de posibilidad de cualquier comunicación lingüística*”, que estarían compuestas por el principio de no contradicción de la lógica, la exigencia de sinceridad, la universalidad y de coherencia práctica (Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, 1997, p. 187). Todas estas reglas nos permiten leer que el problema que encabeza a tales reglas fundamentales es el de la “*verdad*”, pero concebida como “*corrección*”, es decir, referidas a la corrección de un enunciado. Ello es así porque el principio de no-contradicción, de acuerdo a la tradición lógica, está vinculado con la representación de una de las determinaciones de un objeto, la cual excluiría una representación sobre la misma determinación del objeto en distinto sentido. Por su parte, si es que pensamos a la exigencia de sinceridad, universalidad y de coherencia práctica, estas son solo proyecciones del primer principio.

En todas estas reglas, se patentiza el ideal de generalidad de la ciencia, que, por cierto, es cuestionable, como lo ha demostrado Kuhn en su obra *La estructura de las revoluciones científicas*, y que ha expuesto mediante la noción de paradigma. Por citar un ejemplo, en el caso del modelo ptolemaico geocéntrico, del cual se diría hoy que es absurdo, no lo era por más que Aristarco de Samos dieciocho siglos antes de Copérnico haya propuesto un modelo heliocéntrico (Kuhn, 2004, p. 138). Ello no fuera comprendido, si es que no nos remitiésemos hermenéuticamente al concepto de verdad y al de horizonte histórico, que revelan la historicidad de la comprensión de las cosas.

Lo mismo sucede con los demás grupos de reglas, porque en el caso de las “*reglas de razón*”, a lado de la “*pretensión de fundamentabilidad*”, está implícita la “*corrección interna*” de la aserción, que nos remite nuevamente al concepto de verdad como corrección. Las reglas de la “*carga de la argumentación*”, son implícitas a las “*reglas fundamentales*”, si es que el mismo Alexy afirma que “*quien fundamenta, algo pretende*”. Las formas de argumento presuponen un acuerdo sobre que determinada estructura de argumentos sea válida, para establecerse “*reglas de prioridad*”. Por su parte, las “*reglas de fundamentación*”, nos remiten a la “*regla universalidad*” del primer grupo de reglas, y a su vez, a prever que es imposible que en cada caso exista un acuerdo racional, por lo que bastaría aumentar las posibilidades para que este se dé; y, por último, que el problema a dilucidarse sea un problema “*existente*”. Las denominadas “*reglas de transición*” nos remiten nuevamente al primer grupo de reglas, porque permiten establecer una comunicación entre los participantes del discurso. Entre todas ellas hay una remisión

al primer grupo de reglas, pero en tanto que el primer grupo de reglas está basada sobre un concepto de “verdad” inauténtico, permite decir sobre ellas lo mismo que dije sobre el primer grupo de ellas: en tanto que descuiden el concepto de “verdad” como “evidenciar”, como “hacer patente” lo que sería “objeto del discurso”, no van a poder resolver las aporías de que un día se afirme algo y otro día esto cambie.

La regla de la “*universabilidad*” (tal cual es conceptuada por Alexy, y que deriva de Hare) nos conduce al mismo problema de pensar a las normas como una cuestión de “*subsunción*”, y, por tanto, de pensar al Derecho como una cosa aparte. El derecho así al momento de la decisión sería similar a esa vestimenta de talla estándar de cierto traje con el que debe de vestirse un cuerpo (el denominado “*caso concreto*”), pero que, una vez puesto, le falta o le sobra espacio.

De ahí la necesidad de comprender que el derecho no puede ser una cuestión de subsunción, sino que en tanto aspecto de la lingüística, debe empezar por comprender la experiencia humana del mundo dentro de determinado horizonte histórico. Debe de significar que uno comprenda aquello que se dice “*universabilizable*” desde su “*fundamentalidad*”, así como lo que va a ser comprendido como invitado a ser “*universabilizado*”. Sólo si es que entre esos dos horizontes puede ser establecido un diálogo, en el que se desarticulen los prejuicios que los mismos implican, puede haber una “*aplicación del derecho*”. En pocas palabras, lo que hemos llamado como “*fusión de horizontes*”.

#### **1.2.5.3.1. LA COMPRESIÓN HERMENÉUTICA DE LOS HECHOS DE UN “CASO” QUE PUEDE SER DENOMINADO “PUERIL”.**

En el proceso recaído en el expediente Nro. 000032-2010-AI, se discutió la inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley Nro. 28705 – *Ley general para la prevención y control de riesgos del consumo de tabaco* – modificada por el artículo 2 de la Ley Nro. 29517. En la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional que dilucidó la cuestión de dicho proceso, en el acápite S2, se señala cuál fue la, procesalmente hablando, “*materia controvertida*”, siendo claro su título: titulado “*Fumar ¿forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad?*”.

En el considerando número 13, el Tribunal cita que tanto los demandantes (los más de 5,000 ciudadanos), como el Procurador del Congreso de la República, coincidieron en que la prohibición de creación de espacios públicos cerrados solo para fumadores y la prohibición de fumar en áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la



educación que sean solo para adultos, “restringía” el derecho fundamental al libre desenvolvimiento de la personalidad. De acuerdo a los demandantes, tal prohibición “afecta de manera irrazonable el derecho de las personas fumadoras al libre desenvolvimiento de la personalidad, puesto que se les impide actuar su libertad de fumar, aún cuando ello no afecta de ninguna manera los derechos de los no fumadores”. El Procurador, por su parte, sostuvo que las “(...) restricciones han sido impuestas teniendo en consideración que el ejercicio del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad no está exento de límites. (...). El derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, como todo derecho, no es absoluto, por lo que debe ejercerse en armonía con los derechos fundamentales de otras personas y los bienes de relevancia constitucional” (fundamento jurídico Nro. 13). La entonces *amicus curiae* Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, también sostuvo: “Las personas pueden optar por fumar. Ello es parte de su autodeterminación”. Ha de verse aquí que, tal como figura en los hechos de la demanda presentada por los demandantes, la pregunta era: ¿por qué no he de poder fumar en un establecimiento público cerrado si es que hay un extremo del establecimiento privativo para fumadores? Lo mismo respecto de un centro educativo para adultos abierto.

En los párrafos subsecuentes del citado acápite, el Tribunal Constitucional, considero, hace más que una exposición histórica de los fundamentos del derecho al libre desarrollo de la personalidad, porque nos dice – y, considero, ello es correcto – que tal derecho encuentra su origen en el concepto de libertad derivado de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, declaración que traducía el denominado concepto de “libertad negativa”, es decir, que cualquier hombre podía hacer todo aquello que no perjudicara a otro. Desde luego, el horizonte histórico en el que se desenvolvía el concepto de libertad se situaba con respecto a la otrora figura del Príncipe, que, en tanto soberano, reglaba la vida cotidiana. Y tal era la relación de sujeción que simbolizó la ley. Por ello es que Grossi, citando a Michel de Montaigne, sostiene en su *Mitología jurídica de la modernidad* que las leyes mantenían su crédito no porque sean justas, sino por el solo hecho de ser leyes (Grossi, 2003, p. 32). Creo que se puede decir lo mismo respecto de la libertad: La libertad no era tal porque no había prohibición, sino porque era supuesta con el concepto de prohibición. De ahí también que el artículo 4 de la citada Declaración estableciera que la ley únicamente tenía derecho a la

prohibición de conductas perjudiciales dentro de la sociedad. Este derecho del Estado, como puede apreciarse, era la *ratio* de su constitución. En esto se justificaba la obediencia al Estado – Peces-Barba afirma que es el primer deber fundamental (Peces-Barba Martínez, 1987, p. 340)-, en que, a partir de su tutela, uno podía ser libre sin más. El artículo 16 de la citada Declaración rezaba: “*Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución*”.

Esa concepción individualista de “*libertad*” –propia del Estado Liberal- fue puesta en cuestión desde distintas disciplinas del saber. En lo que respecta a este espacio, me remito a lo que la Teoría del Estado ha señalado. Por ejemplo, Streck en su *Ciencia política e teoría geral do Estado* afirma que las circunstancias que permitieron cambiar de perspectiva sobre la concepción del Estado Liberal, y su perfil mínimo o abstencionista fueron, cuando menos los siguientes hechos: **(1)** los problemas de la Revolución Industrial y las consecuencias de la proletarización, la urbanización –que significaba la modificación del transporte, la salud, saneamiento y la morada-, la mudanza de las condiciones de trabajo, el bienestar y la degradación ambiental; **(2)** igualmente, la Primera Guerra Mundial permitió que algunos Estados controlaran integralmente la vida económica, como consecuencia de la emergencia de la Revolución Rusa, así como de la Constitución de Weimar y del constitucionalismo social iniciado por la Constitución Mexicana de 1917; **(3)** otro factor, fue la gran crisis económica de 1929, conocida como la Gran Depresión, de la que nació el *New Deal* del presidente Theodor Roosevelt, así como las nacionalizaciones realizadas por Clement Richard Atlee después de la II Guerra Mundial; **(4)** y, por último, el hecho de que la Segunda Guerra Mundial puso a los Estados –no podía ser de otra forma- en una posición de controlador de los recursos sociales, ya sea por una actitud práctica por parte del mismo Estado para mantener la producción, distribución, el control de la economía, no limitándose a una actividad reconocedora o represora (Streck & Bolzan de Morais, *Ciencia Política e Teoria Geral do Estado*, 2003, p. 63).

Los factores descritos en el párrafo precedente significaron que el concepto de Estado Liberal – llamado también “*Estado mínimo*” – y con él su papel de legislador-, al que le era correlativo el concepto de “*libertad*”, en el siglo pasado no fuera más de recibo. No podía tener más lugar, porque la experiencia requería más de la libertad de uno



de lo que había sido pensado anteriormente. Si el concepto de “*libertad*” hubiera seguido siendo tal, esa estructura que había sido constituida a costa de la garantía de sus constituyentes, hubiera quedado extinta, sin justificación alguna. De modo que el concepto de “*libertad*” como pretendida indiferencia, debía, de alguna manera, estrechar una vinculación con la finalidad del Estado (ya la tenía antes con el deber de obediencia y el deber de contribución tributario reconocido ya en el artículo 13 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano), so pena también de desaparecer. Desde ese momento, cobra nítida relevancia el concepto no sólo de derechos fundamentales prestacionales, sino de “*deberes fundamentales*”, dentro de la sociedad; los cuales implicaron una mayor vinculación entre la actividad de los ciudadanos y del Estado. Flores de ese desarrollo son las concepciones analíticas de los derechos fundamentales que hoy en día reclaman su vigencia (en el acápite que continúa, el 1.2.6. podremos ver brevemente esto), pero que no pueden olvidar el horizonte histórico donde nacieron.

Volviendo a nuestro propósito, si bien el Tribunal Constitucional en la sentencia comentada no se pronuncia sobre la condición de nuestro Estado como Estado Social y la noción de “*deberes fundamentales*”, ello está implícito cuando afirma: “*En definitiva, en el reconocimiento del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (...), subyace, a su vez, el reconocimiento constitucional de una cláusula general de libertad, (...), impidiendo a los poderes públicos limitar la autonomía moral de acción y de elección de la persona humana, incluso en los aspectos de la vida cotidiana que la mayoría de la sociedad pudiera considerar banales, a menos que exista un valor constitucional que fundamente dicho límite, y cuya protección se persiga a través de medios constitucionalmente razonables y proporcionales*”. Y más adelante: “*De esta manera, esta cláusula general de libertad ‘viene a equilibrar una balanza que de otro modo quedaría truncada en favor de la autoridad’, pues lo que exige ‘es que el conflicto entre la libertad y el deber se formule precisamente en términos de conflicto constitucional, lo que debe obligar a un ejercicio de ponderación entre la libertad limitada y el bien que sirve de fundamento a la norma limitadora’* (fundamento jurídico Nro. 23). El concepto de restricción realiza una mediación entre lo que uno debe de hacer y lo que uno puede hacer sin más. Pero como todo deber, debe de estar fundamentado en esa subsistencia de la razón de tutela estatal. Esto se puede apreciar en la sección “*La prohibición de que exis-*

*tan espacios públicos cerrados solo para fumadores ¿limita los derechos fundamentales a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa”, donde nuestro Tribunal escribe claramente: “(...) [que] la referida prohibición limite la libertad de empresa no significa necesariamente que sea inconstitucional, puesto que, tal como se ha referido en uniforme y reiterada jurisprudencia, en el Estado Constitucional, ningún derecho o libertad es absoluto. (...) ‘[l]a iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia’. (...) ‘[c]uando el artículo 59 de la Constitución señala que el ejercicio de la libertad de empresa ‘no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas’, no está haciendo otra cosa que precisar los límites dentro de los cuales este derecho es ejercido de acuerdo a ley (...) la protección correcta debe surgir de un principio constitucional como es la dignidad de la persona humana (...). Así, el derecho a la libertad de empresa traspasa sus límites cuando es ejercido en contra de la moral y las buenas costumbres, o pone en riesgo la salud y la seguridad de las personas. (...) el ejercicio del derecho a la libertad de empresa, para estar arreglado a derecho, ha de hacerse con sujeción a la ley y, por ello, dentro de las limitaciones básicas que se derivan de la seguridad, la higiene, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente” (fundamentos jurídicos Nro. 28 y 29).*

Como puede apreciarse, el ejercicio de la libertad “*en colisión*” con “*los intereses generales*” que legitima su restricción, está fundamentado no en otra cosa que en la “*fundamentalidad*” del Estado, y podemos hablar de “*fundamentalidad*” del Estado, de acuerdo a lo que hemos hablado de la Constitución en el punto **1.2.4.3.** y en el punto **1.2.5.2.**, sobre la “*fundamentalidad*” de los derechos fundamentales.

En todo esto, el Tribunal Constitucional ha tratado de comprender el fundamento de las restricciones de un derecho fundamental, habiendo reconocido que el contenido constitucionalmente protegido –que sería lo que hemos abordado como contenido esencial- del derecho fundamental al desarrollo libre de la personalidad comprendía al “*derecho a fumar*”. En el siguiente sección de la sentencia, el Tribunal Constitucional se abocó a lo concreto: a comprobar si es que la restricción impuesta por

el legislador mediante sus prohibiciones estaba legiti-  
mada –era constitucional-. Para ello se remitió al análisis  
de los sub-principios del principio de proporcionalidad.

Voy a centrarme únicamente en lo que consideró el Tri-  
bunal Constitucional ser materia de discusión, es decir,  
de si la restricción de fumar en espacios públicos cerra-  
dos destinados solo para fumadores así como en centros  
educativos abiertos para adultos estaba justificada en un  
fin constitucionalmente legítimo (sub-principio de adecua-  
ción). Para ello el Tribunal afirma que no hay ninguna re-  
lación entre la restricción realizada y la protección del de-  
recho a la salud de los no fumadores –aunque luego diga  
que ello es así, porque de acuerdo al Dictamen acumu-  
lado de los Proyectos de Ley N.º 2996/2008-CR y N.º  
3008/2008-CR de la Comisión de Defensa del Consumi-  
dor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos  
del Congreso de la República, un Informe de la Clínica  
Jurídica de Acciones de Interés Público de la Facultad de  
Derecho de la PUCP, entre otros, haya contradicho tal  
suposición-, sino con la protección de la salud de los fu-  
madores.

La pregunta que trasuntaba la dilucidación por el Tribunal  
giraba en torno a si era legítimo restringir a los fumadores  
su derecho a fumar a fin de garantizar su salud, por más  
que la afectación –en términos de la dogmática penal, es-  
taríamos frente a una “*autolesión*”- al derecho a la salud  
haya sido consentida por los mismos fumadores. En el  
fondo de la cuestión está, si comprendemos su quid, el  
concepto de “*libertad*” de la modernidad que hemos indi-  
cado anteriormente que fue cuestionado por el cambio de  
paradigma de la concepción del Estado. Porque los de-  
mandantes comprendieron que uno tiene “*derecho a fu-  
mar*”, por el hecho de que no hay tal perjuicio a la socie-  
dad, es decir, su argumento fue el eco de aquello que en  
el artículo 4 de la Declaración francesa decía.

Comprendido esto por el Tribunal, cuestionó la admisibi-  
lidad de tal concepto de “*libertad*” cuando hizo suyos el  
análisis realizado por la Comisión Nacional Permanente  
de Lucha Antitabáquica (COLAT), que afirmaba que,  
anualmente, el Estado perdía 2 mil 400 millones de dóla-  
res en atención de casos de cáncer y males cardíacos,  
entre otras enfermedades, producidas por el consumo de  
tabaco. Asimismo, teniendo los datos de la Guía Nacional  
de Abordaje Técnico al Tabaquismo del año 2010, la cual  
destacaba que uno de los grandes problemas de salud  
pública en el mundo es el consumo de tabaco, y que se  
había estimado que uno de cada 8 muertes estaban aso-  
ciadas al consumo de tabaco; asimismo que, en nuestro

país, el tabaco era –y sigue siendo- la segunda droga más consumida después del alcohol, causante de diversos tipos de cáncer en el hombre y la mujer (cáncer de pulmón, cavidad oral, etc.), así como que los fumadores tienen mayor probabilidad de faltar más días al trabajo por enfermedad, y de morir en sus años más productivos, dejando a sus familias sin fuentes de ingresos. Estos datos ponían en cuestión la presunta inexistencia de afectación sobre los derechos de los demás, es decir, lo perjudicial del comportamiento de fumar respecto de la sociedad en el lugares edificados privativamente para fumadores.

Lo que el Tribunal Constitucional vio en esos datos es que el Estado, en tanto Estado que se pretende Social, no era más solo garante de la libertad, sino también garante de determinadas prestaciones a favor de los ciudadanos (de los denominados “*derechos sociales*”), sin los cuales los mismos no podrían subsistir. Pero, como el Estado no puede ser garante de determinados derechos prestacionales –y, en general, de ningún derecho- sin una economía sostenible que permita el cumplimiento de las prestaciones que dichos derechos suponen, el ejercicio del derecho a fumar como modalidad del derecho fundamental al “*desarrollo libre de la personalidad*” sí afectaba a la sociedad. Para ser más precisos: el ejercicio del “*derecho a fumar*” de los fumadores afectaba a la sociedad, porque utilizándose prioritariamente los recursos del Estado para atender los problemas de salud de los fumadores, se disminuía la aptitud del Estado para cumplir no sólo con otros derechos prestacionales que eran deberes fundamentales suyos, sino que con ello implícitamente se dejaban de cubrir necesidades primarias de determinados sujetos, vinculados necesariamente con su subsistencia (“*derecho a la salud de los no fumadores*”).

En esa diferencia de cobertura, sin embargo, aunque no fue pronunciado por el Tribunal, se puede leer el problema de la igualdad. En efecto, donde a alguien se le consiente perjudicarse, a sabiendas de que va a redundar en una prestación para él, conociendo que dicha prestación puede ser dirigida a otro que fue perjudicado sin que lo haya consentido, se niega a este último arbitrariamente de tal derecho prestacional, erigiéndose tal permisión en un privilegio.

No obstante, considero haya sido suficiente lo precedente, el Tribunal Constitucional, habiendo asumido que el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, ratificado mediante la Re-

solución Legislativa Nro. 28280, era un Tratado de Derechos Humanos que obligaba al Estado a establecer medidas de reducción de tabaquismo, el Tribunal pasó a señalar que la restricción del *“derecho a la libre personalidad”* de los fumadores, mediante el establecimiento de medidas que redujesen sus posibilidades de fumar. Como en este *“nivel”* del examen del principio de proporcionalidad sólo se trata de evaluar la relación medio-fin constitucionalmente protegido, no había mayor discusión; la medida restrictiva superaba el *“sub-principio de idoneidad”*, abordado en el presente trabajo como de *“adecuación”*. Sin perjuicio de ello, en el S6 *“Reducir el consumo de tabaco como finalidad constitucionalmente obligatoria, a la luz del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco”*, fundamentó su opinión -que consideró intuitiva- con el Informe de la OMS sobre la epidemia mundial del tabaquismo de 2009, un Informe del O’Neill Institute for National and Global Health Law, donde confirmaban no sólo los pronósticos de mejor salud para los no fumadores, sino que las medidas estatales destinadas a reducir el tabaquismo, mediante la reducción de espacios donde pueda fumarse, garantizaban menos fumadoras. De ahí también que las medidas orientadas a garantizar un menor consumo de tabaco fueran consideradas por el Tribunal como legítimas o de acuerdo al fin constitucionalmente.

Por otro lado, el Tribunal aborda el sub-principio de necesidad, preguntándose si una medida restrictiva como la sugerida por la Ley fue igualmente idónea o mayor a aquella otra a garantizar el desarrollo libre de la personalidad, teniendo en cuenta que antes de la modificación el artículo 3 de la citada Ley Nro. 28705, se permitía fumar en áreas separadas de zonas donde no lo estaba, es decir, existía ya anteriormente una prohibición. A esa cuestión, el Tribunal Constitucional la absolvió mediante un conjunto de Informes que señalaban que no había mecanismo ni medida técnica o tecnológica apta para poder eliminar los riesgos para terceros de la toxicidad del tabaco. Por su parte, en la misma demanda, los demandantes propusieron la regulación del acto de fumar como un acto riesgoso que precisase de un seguro de riesgo para fumadores, respecto a la que coherentemente el Tribunal Constitucional se pronunció negativamente no sólo por señalar la finalidad de los seguros (nótese que en este argumento puede verse igualmente que el Tribunal Constitucional comprende el horizonte histórico de los seguros), sino porque el hecho de que uno pudiera fumar, no significaba que el Estado deba desistir al fin constitucionalmente legítimo de promover la reducción del consumo

de tabaco. Ante tal hecho, al no haber otra alternativa propuesta por los demandantes, el Tribunal consideró que sí se había superado el sub-principio de necesidad.

En cuanto al último eslabón, desarrollado en el S9 intitulado *“Las prohibiciones cuestionadas ¿superan el sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto?”*, considero que el siguiente fundamento jurídico sintetiza la posición final del Tribunal Constitucional: *“Aún cuando, según ha quedado establecido, fumar pertenece al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, es claro que no todas las manifestaciones del ejercicio de la libertad son axiológicamente idénticas. No es posible comparar los actos de libertad que procuran la satisfacción o cobertura de necesidades básicas para poder construir un proyecto de vida (bienes primarios, en la terminología de Rawls en su Teoría de la Justicia) con aquellos actos de agere licere que no definen la esencia de un proyecto vital, sino que solo procuran la satisfacción de intereses o placeres no esenciales (bienes secundarios, en la terminología de Rawls). En el Estado Constitucional, en abstracto, solo los primeros actos de libertad tienen un valor de alta intensidad, mientras que los segundos, sin negar que merecen reconocimiento y cierto grado de protección, gozan de un valor de menor intensidad”*. En este fundamento, el Tribunal Constitucional desarrolla una adecuada comprensión de la fundamentalidad del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, porque comprende el horizonte histórico del mismo. Donde el Tribunal diferencia *“actos de libertad tendientes a procurar la satisfacción o cobertura de necesidades básicas para poder construir un proyecto de vida”* de *“actos que no definen la esencia de un proyecto vital”*, hace transparentar la cuestión de la condición de *“fundamentales”* de determinados *“actos de libertad”*. Como me he referido párrafos *ut supra*, el concepto de *“fundamentalidad”* solo puede ser comprendido auténticamente desde el horizonte histórico de la Constitución, y en la medida en que ella es la que *“funda”* al Estado, sólo desde ella puede comprenderse lo que el Estado significa. Tal significación es que el Estado no es más garante de los derechos fundamentales heredados de la Revolución Francesa, sino también de derechos prestacionales, que constituyen también deberes fundamentales para el mismo. La salud es uno de ellos, y si el libre desarrollo de la personalidad ha de tener tal valencia axiológica, es porque se refiere a manifestaciones del ejercicio de la libertad sin las que la persona pudiera definirse como tal. Fu-



mar, como afirma el Tribunal Constitucional, no está dentro de ello; aunque, pese a ello, afirma que sí forma parte del contenido constitucionalmente protegido.

En el desarrollo precedente, se ha podido mostrar claramente cómo es que son inescindibles las posibilidades fácticas de las jurídicas, así como la manera en que el horizonte histórico reclama su derecho en la comprensión de los conceptos que rigen la tradición donde cada uno de ellos se desenvuelve. Y ello ha sido mostrado desde el concepto de “*restricción*” hasta el examen del principio de proporcionalidad. Ello no lo proporciona una teoría analítica de los derechos fundamentales ni una teoría del discurso, sino la hermenéutica. Fuera de ellas, el consenso es arbitrario.

#### 1.2.6. ESTRUCTURA ANALÍTICA DE LAS POSICIONES JURÍDICAS DE DERECHO FUNDAMENTAL.

La estructura analítica de las posiciones jurídicas de derecho fundamental a la que aquí se hará alusión es la que formuló Alexy en su *Teoría de los derechos fundamentales*, y corresponde a la existencia de derechos a acciones negativas y derechos a acciones positivas del Estado.

Sin embargo, para comprender esta clasificación, considero imperioso desarrollar brevemente el basamento sobre la cual está edificada, por lo que haré referencia a la triple estructura de las posiciones jurídico-fundamentales que, a decir del autor, comprenderían la significación de cualquier derecho fundamental. Dentro de la estructura del “derecho a algo” haré alusión a la clasificación funcional de los derechos fundamentales que he referido en el primer párrafo. Por otro lado, debo anticipar que cada una de estas posiciones, a su vez, tendría una estructura fundamental que aquí hemos de reseñar brevemente. Estas posiciones serían la de “*derecho*”, “*libertad*” y “*competencias*”. A ello, a su vez, añadiré una acotación hermenéutica, y ello permitirá descubrir lo que realmente está puesto en juego tras una teoría analítica de los derechos fundamentales.

##### 1.2.6.1. LA ESTRUCTURA DEL “DERECHO A ALGO”.

De acuerdo a Alexy, la estructura del “*derecho a algo*” le es propia tres elementos: **1)** portador o titular; **2)** destinatario del derecho; y **3)** objeto del derecho. De acuerdo a Alexy, esta estructura tríadica pondría de relieve la relevancia del destinatario, frente a la añeja estructura diádica del “*ius in rem*” contrapuesto al “*ius in personam*”.

Como él mismo afirma, el destinatario del derecho a algo es en todos los casos el Estado -sin perjuicio de la vigencia de la teoría de la irradiación de los derechos fundamentales-, quien, por ello, deberá de realizar, según sea el caso, “*acciones positivas*” o “*acciones negativas*” (Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1993, pp.



189-195). El primer grupo de estos derechos conforman los denominados “*derechos de prestación*”, mientras que los segundos “*derechos de defensa*”.

En los casos en que los “*derechos a algo*” estén constituidos como “*derechos de defensa*”, el objeto de los mismos serán las acciones negativas del Estado a favor de los titulares de los derechos. Tal es el caso de la posición del Estado frente al derecho fundamental de la propiedad, donde, por ejemplo, se le impone un deber de abstenerse de afectarla – v. gr. El ejemplo de la prohibición de confiscación al momento de la imposición de tributos-.

Por su parte, en el caso de que los “*derechos a algo*” involucren “*acciones positivas*”, su objeto podrán ser o acciones fácticas o normativas, dependiendo del caso. En el primer caso, se hablará de “*derecho a prestaciones en sentido estricto*” (prestación de salud, seguridad social, etc.), mientras que en el caso de las acciones normativas, se hablará de derechos a prestaciones en sentido general. Dentro de este último espacio podemos ubicar al derecho a la tutela procesal efectiva, por tratarse de una acción normativa estatal de imposición de una norma.

#### 1.2.6.2. LA ESTRUCTURA DE LAS “LIBERTADES”.

El citado profesor alemán no define a las “*libertades*”, sino en tanto posiciones jurídico fundamentales. Tal como sostiene en su trabajo, abandona la empresa de darnos una definición de “*libertad*”, porque ello supondría un trabajo extenso sobre filosofía de la libertad; pero, opta por descubrirnos la estructura del concepto de libertad.

Ahora bien, sobre qué se edifica la estructura de la “*libertad*” en tanto posición jurídica fundamental que nos brinda Alexy, esto puede ser comprendido en tanto y en cuanto concibe a la libertad como la existencia de “*alternativas de acción*”. Así, pues, no habría duda que al concepto de libertad también le sería propio una estructura triádica compuesta por: **1)** un titular de la libertad; **2)** el obstáculo a la libertad; y **3)** el objeto de la libertad. Las “*alternativas de acción*” que conformarían el concepto de “libertad jurídica” estaría fundamentando en que cada una de estas no sean objeto de una “prohibición” estatal; de ahí también el término de libertad negativa (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 1993, p. 218).

#### 1.2.6.3. LA ESTRUCTURA DE LAS “COMPETENCIAS”.

Y por último, la última posición jurídico-fundamental que sostiene Alexy en su trabajo son las denominadas competencias. Las competencias pueden pertenecer a cualquier ciudadano como al Estado, pero, en ambos casos, lo que representan son una “*garantía institucional*” que garantiza determinadas posiciones jurídicas que amplían el “*campo de acción*” de los sujetos, previniendo su elimi-

nación (derogación) o modificación, porque ello supondría desconocer la *“libertad jurídica”* que habilitó la posibilidad de la asunción de tales posiciones jurídicas (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 1993, p. 238). Habría que precisar, como aclara Arango, que en el caso de las competencias estatales, el cumplimiento de las mismas no descubre la libertad de los mismos (Arango, 2005, p. 27), y habría que añadir que las competencias del Estado, siguiendo el hilo conductor de la exposición de Alexy, se producen como contrapartida a las libertades y competencias de los ciudadanos, en tanto que *“garantías institucionales”* no sólo en los ámbitos donde su competencia justamente reside en una *“no-competencia”* (abstención de actuación), sino también en la garantía de una actuación positiva del Estado por estar fundamentada en un derecho prestacional.

Por su parte, el profesor aclara que no toda acción puede ser considerada como el desarrollo de una competencia, sino que la acción debe ser institucional, es decir, regirse por reglas constitutivas que permiten la posibilidad de conocer actos jurídicos, y con ello la capacidad de modificaciones posiciones jurídicas, de modo que, en caso no se reúnan estas reglas, el acto es nulo y no ilícito, como sucedería con el incumplimiento de normas de comportamiento (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 1993, pp. 231-233).

Habiendo comprendido esto, podemos afirmar que a la estructura de las *“competencias”*, le es propiamente los siguientes elementos: **1)** titular de la competencia para modificar la posición jurídica; **2)** relación de sujeción; y **3)** destinatario de la relación de sujeción (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 1993, pp. 163-216).

#### **1.2.6.4. LA ESTRUCTURA TRIPARTITA Y TRIÁDICA DE LAS POSICIONES JURÍDICAS DE DERECHO FUNDAMENTAL REPRESENTAN UN TODO DINÁMICO.**

Una vez explicitada las posibles posiciones jurídicas que se derivan de la significación de un derecho fundamental, el profesor alemán nos expone que los derechos fundamentales llevan implícito *“todo un haz de posiciones de derecho fundamental”* (las desarrolladas en los acápites precedentes), por lo que cada derecho fundamental ha de comprenderse como una totalidad estructural dinámica. Esta dinamicidad que acusa Alexy, sin embargo, no puede ser comprendida como el ensamblaje de cada una de las posiciones de derechos fundamental, sino como un complejo definido por relaciones de precisión, de medio/fin y ponderación, es decir, que descubran el entorno normativo de los derechos fundamentales, y no los pongan como mónadas aisladas (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 1993, p. 245).

#### **1.2.6.5. LA COMPRESIÓN HERMENÉUTICA DEL “HAZ DE POSICIONES JURÍDICAS DE DERECHO FUNDAMENTAL” DE ALEXY.**

Si es que añadimos a todo lo desarrollado, lo que la hermenéutica aporta a la comprensión de los derechos fundamentales, nos daremos cuenta de que la mencionada estructura analítica sólo explicita lo que ya de antemano se ha comprendido con el carácter de fundamentalidad de un derecho fundamental.

En este sentido, podemos volver a ver la importancia de comprender la historicidad de los derechos fundamentales. Es cierto que todo “derecho a algo” puede ser formulado como “derecho de defensa” o “derecho a una prestación”, pero esto no dice el por qué es así: ello lo dice la historia, esa historia de que la experiencia humana apuesta en un ordenamiento jurídico lo que sin este no podría lograr, o, al menos, donde tiene una esperanza. Por ello es que el “derecho a algo”, en tanto “derecho de defensa” permite afirmar que el Estado deba de abstenerse y prestar garantías institucionales para que se respeten las “alternativas de decisión” que significarían las libertades. En esto puede comprenderse adecuadamente esa dinamicidad de la que habla de Alexy, sin adentrarnos analíticamente en lo que es ya una explicitación – lo que en modo alguno significa que tal explicitación no sea necesaria -.

Pero también comprendemos que una “libertad” definida como una “alternativa de acción” en su oposición a un “obstáculo de libertad” lleva consigo la mácula de una tradición liberal –y Alexy no la niega-, por lo que el concepto de “libertad” estará definido por el horizonte histórico que delimite una tradición dada. Ya hemos visto las consecuencias hermenéuticas de comprender adecuadamente los conceptos de “principios” y “valor” vistos en el punto 1.2.4.2., que pueden ser reconsiderados al leer este apartado. En base a esto mismo, puede ser comprendida las competencias ciudadanas de poder modificar sus posiciones jurídicas y establecer relaciones de sujeción.

Por su parte, el concepto de competencia estatal, considero, es vital. Porque a la competencia estatal no le es inmanente un sector de libertad, es decir, de la posibilidad de propia organización. El Estado, si es competente “de” algo (“por” algo sería más preciso decir), es por la “garantía institucional” que debe de prestar en cada caso. Tal es la que constituye el acto fundante o la “fundamentalidad” del Estado, en tanto garante de los derechos, y por ello tal competencia no sólo sitúa al Estado en una posición de abstención, sino también en una posición de deber de prestar “acciones positivas”, que son las exigencias de los denominados “derechos sociales”-; caso contrario, derruiría sus fundamentos.

### 1.2.7. LA CLASIFICACIÓN FUNCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL DERECHO A LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA.

En lo que resulta pertinente a este trabajo, hemos de abordar posteriormente una tipología específica de un “derecho a una acción positiva del Estado” como “derecho fundamental a algo”, que es el “derecho al procedimiento” como especial “derecho de protección”. Este está definido como un derecho tendiente a una “tutela jurídica efectiva” (esto puede comprenderse mejor de acuerdo a lo desarrollado en los puntos 1.2.4.2., 1.2.4.3. y 1.2.6.5.). Por lo pronto, cabe anticipar que este derecho fundamental de protección tiene una vinculación con la siguiente afirmación sobre la ciencia procesal, y es que: “El derecho procesal sirve para la producción de decisiones conformes a la ley que, desde este punto de vista, son correctas, pero que además, dentro del marco de la corrección, son justas” (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 1993, p. 433)

Empero, este último sentido, nos invita a volver sobre la posición que tiene el derecho al procedimiento, como tipología del derecho a una acción positiva del Estado como “derecho fundamental a algo”, respecto del concepto de “competencia”, puesto que, como bien afirma Gomes Canotilho, entre “(...) competencias e procedimento existe (...) uma estreita conexao, dado que a competencia se concretiza através do procedimento e, este, por sua vez, é um fruto do exercício da competencia” (Gomes Canotilho, 1993, p. 1025). Es decir, el concepto jurídico de procedimiento se sitúa como un instrumento del concepto de competencia –sin el cual este no podría ser, porque, a sensu contrario, ¿cómo es que uno puede ejercer una competencia si es que no existe el cauce por medio del cual esta pueda ser ejercida?-. Por su parte, tampoco podría haber un tal “derecho al procedimiento” que garantice la “tutela jurídica de los derechos” si es que no fuera siquiera formulado un procedimiento. De ahí la relevancia de la conexión entre estos conceptos.

#### 1.2.8. EL DERECHO A LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA COMO DERECHO DE PROTECCIÓN.

Dentro de la teoría analítica de los derechos fundamentales, encontramos una triple división de las posiciones jurídicas o status, que consiste en: 1) “derechos a algo”, 2) “libertades”; y, 3) “competencias”. Los “derechos a algo” tienen un correlato de deber sobre la esfera de otro sujeto. Cuando estos “derechos a algo” se dirigen al Estado, toman la forma de un derecho a una determinada “competencia”. Las competencias están definidas como “acciones institucionales”, puesto que sólo pueden llevarse a cabo si es que están dispuestas reglas que las constituyen como tales (Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 1993, p. 205).

Lo anterior, desde la perspectiva hermenéutica, ha de entenderse, de acuerdo a lo desarrollado en el punto 1.2.6.5., como que el derecho a la tutela procesal efectiva, en nuestro ordenamiento jurídico, atiende a la protección de los derechos fundamentales que habrá de garantizar el estado peruano como Estado Social de Derecho, y, por tanto, de garantizar aquello que anuncia su Norma Fundamental.

Como sea que el derecho a la tutela procesal efectiva implica la actuación estatal, este puede ser definido analíticamente como un derecho a una

competencia determinada a cumplir por el Estado. Por su parte, pues, en la medida que a través del mismo es que se realiza la protección de los derechos fundamentales, puede ser entendido como el “*derecho a un procedimiento*”, que vendría a ser una tipología específica de un “*derecho de protección*” al que le va de suyo un “*deber de protección estatal*”. Este “*deber de protección*” puede ser comprendido como un “*deber fundamental*”, pues es en dicha función que se funda la institución estatal.

Por lo pronto, resulta pertinente, a fin de determinar el contenido esencial del mismo, abordaré la definición del derecho a la tutela procesal efectiva que Marinoni nos brinda. El citado profesor aborda al derecho a la tutela procesal efectiva desde una perspectiva “*funcional-estructural*”, señalando respecto de dicho derecho que: “*(...) no puede ser visto como un derecho a una prestación fáctica y tampoco sólo como i) el derecho a la técnica procesal adecuada, ii) el derecho de participar a través del procedimiento adecuado o iii) el derecho a la respuesta del juez. En realidad, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva engloba esos tres derechos, pues exige una técnica procesal adecuada (norma procesal), la institución de un procedimiento capaz de viabilizar la participación (p.e., acciones colectivas) y, finalmente, la propia respuesta jurisdiccional*” (Marinoni, *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de la teoría de los derechos fundamentales*, 2009, p. 227).

Si seguimos su afirmación, sólo podremos hablar que se realiza el contenido esencial indicado si es que se cumple con la estructura funcional reseñada, esto es, una técnica procesal adecuada, un derecho de participación a través del procedimiento adecuado y el derecho a una respuesta del Juez.

En base a ellos, sostiene el autor, se podrá afirmar la vigencia del principio de efectividad que califica al derecho a la tutela procesal, de acuerdo a la teoría del profesor portugués, pues nos recuerda: “*El principio de efectividad (relativo a la interpretación constitucional), a su vez, sintetiza la idea de que los derechos fundamentales deben ser interpretados en un sentido que les confiera la mayor efectividad posible*” (Marinoni, *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de la teoría de los derechos fundamentales*, 2009, p. 275). Veamos en qué consiste cada una de las partes de esa estructura.

#### **1.2.8.1. DERECHO A UNA TÉCNICA PROCESAL ADECUADA.**

Con derecho a una técnica procesal adecuada, se hace referencia a la existencia o previsión de normas procesales de acceso al órgano jurisdiccional (legislación procesal), en la medida en que regulan las formas en que un sujeto de derecho puede instar una petición al mismo, es decir, como afirma Marinoni, la forma en que se permite la tutela procesal de los derechos (Marinoni, *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de la teoría de los derechos fundamentales*, 2009, p. 236).

Como consecuencia de lo anterior, la técnica procesal también está referida a la habilitación de los sujetos que podrán acceder al órgano jurisdiccional de determinada forma. Ambos componentes garantizan la razonabilidad del derecho a una técnica procesal.

Así, por ejemplo, el maestro Dos Santos Bedaque afirma que la técnica procesal está vinculada con temas como los requisitos de admisibilidad, de juzgamiento o de mérito, que pueden impedir el derecho a la tutela procesal cognitiva; las consecuencias jurídicas que trae la infracción de normas que regulan requisitos de forma —es decir, no relativos al mérito, sino que garantizan su ulterior pronunciamiento—; o bien a la técnica clasificatoria de los tipos de tutela (v. gr. Ordinaria o diferenciada) (Dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, 2007, p. 75).

El citado maestro señala que si bien las especificidades de los procedimientos constituyen el aspecto de la técnica que concretiza la forma de permitir adecuadamente la solución de una controversia, la técnica procesal debe ser concebida transversalmente bajo la luz de los principios que rigen al sistema jurídico del país, especialmente aquellos de orden constitucional. En pocas palabras, afirma: *“deve haver compatibilidade entre meio e objeto”* (Dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, 2007, p. 74).

Por ello, es que termina afirmando que la técnica procesal tiene dos grandes objetivos: **a)** conferir seguridad al instrumento, en el sentido de proporcionar absoluta igualdad de tratamiento a los sujetos parciales del proceso, posibilitándoles influir sustancialmente en el resultado; y **b)** garantizar que la tutela procesal sea, en la medida de lo posible, una respuesta idéntica a la actuación de la regla de derecho material desde el punto de vista de la justicia de la decisión (Dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, 2007, p. 79).

Es importante la afirmación del profesor brasileño, porque descubre el lugar de la técnica en la comprensión del Derecho como experiencia lingüística de una comunidad. Toda forma de ordenamiento, y esto vio Kelsen, se instituye por la comprensión de lo que se comprende como normativo dentro de la Sociedad y por la necesidad de que aquello que se comprende como normativo sea reconocido como tal, de modo que cuando las reglas no garantizan ese trato, se deslegitiman.

#### 1.2.8.2. DERECHO A PARTICIPAR DE UN PROCEDIMIENTO ADECUADO.

El derecho a un procedimiento adecuado, por su parte, supone *“(…) considerar, por fin, la necesidad de procedimientos que viabilicen la participación de los ciudadanos”* (Marinoni, *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de la teoría de los derechos fundamentales*, 2009, p. 247). La referida participación



debe ir siempre en relación a la tutela de sus derechos, cuando mínimo, si es que no a la concreción de los derechos fundamentales.

Esto supone no sólo a normas de participación procesal, sino que estas sean adecuadas y en relación al conjunto estructural que es el proceso, de ahí que también esté conformado por los derechos al proveimiento adecuado y a la previsión de medios de impugnación. Por otro lado, el derecho a participar de un procedimiento adecuado desborda al concepto mismo de técnica procesal, porque, como afirma, Marinoni: *“Tal derecho fundamental [el derecho a la tutela procesal efectiva], por eso mismo, no requiere sólo de técnicas y procedimientos adecuados para la tutela de los derechos fundamentales, sino de técnicas procesales idóneas para la efectiva tutela de cualquiera de los derechos”* (Marinoni, El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de la teoría de los derechos fundamentales, 2009, p. 230). Es, pues, por ello que, en la actualidad, existen técnicas procesales diferenciadas que operan en paralelo o constituyen sustitutos expeditivos de tutela procesal, como es la tutela cautelar o la anticipatoria.

En tal sentido, solo podremos referirnos a una participación adecuada dentro del proceso debemos entender a aquellas normas que garanticen los derechos correlativos al acceso jurisdiccional, como son el derecho a probar, el derecho de defensa, el derecho al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso.

Como afirma el citado profesor portugués: Si la técnica procesal es imprescindible para la efectividad de la tutela de los derechos, no se puede suponer que, ante una omisión del legislador, el juez nada pueda hacer. Por ende, el derecho a una participación procesal adecuada no sólo alcanza a la exigencia de la incompetencia de una técnica procesal actual, y, con ello, un llamado al legislador, sino que también constituye un derecho a un *“determinado comportamiento judicial”* que interprete la regla procesal o la supla para dotar de mayor efectividad a la tutela procesal, de acuerdo a las necesidades del caso concreto y considerando los valores constitucionales que constituyen el contexto de la pretensión de los sujetos parciales en el proceso (Marinoni, El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de la teoría de los derechos fundamentales, 2009, p. 282). En la medida en que este llamado, que es un derecho que se tiende –o, más bien dicho, se distiende– del derecho de protección de tutela procesal, que, como afirmamos, es el correlato de uno de los deberes de protección estatal, por ser competencia del órgano jurisdiccional la modificación de la posición jurídica del recurrente, se constituye en un deber de configuración del procedimiento por parte del juez. Esto, sin embargo, lo desarrollaremos con mayor amplitud en el siguiente capítulo.

### 1.2.8.3. DERECHO A UNA RESPUESTA JURISDICCIONAL.



Con derecho a una respuesta jurisdiccional se pueden ubicar tres derechos: **1)** el derecho a una respuesta jurisdiccional justificada; **2)** el derecho a una respuesta jurisdiccional ejecutable; y **3)** el derecho a una respuesta jurisdiccional oportuna.

El primero de los derechos que estructuran el derecho a una respuesta jurisdiccional es el que esté justificada. De ahí que este no sea sino el derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho, que abordaremos en el punto **1.2.9.5**.

### **1.2.9. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA.**

Como hemos mencionado en el punto **1.2.5.2.**, tanto la “*fundamentalidad*” de un derecho fundamental y su contenido esencial (*Wesensgehalt*) han de ser comprendidos no como una atribución arbitraria de sentido del mismo, sino que deberá de responder a la “*fusión histórico*” del “*horizonte histórico*” del intérprete con el de la Constitución, no olvidando que esta última se trata de una estructura constituida con el fin de garantizar los derechos fundamentales. Si es que he de decir, entonces, algo respecto al contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva, es que comprende todo aquello necesario para la tutela de los derechos. De modo que el adjetivo de “*efectiva*” nos muestra lo más auténtico de dicho derecho.

De acuerdo a lo precedente, resulta claro por qué la disposición normativa del artículo 4 del Código Procesal Constitucional consideró al derecho a la tutela procesal efectiva como aquella “*situación*” en la que toda una gama de derechos tenía su manifestación, los cuales procedo a desarrollar brevemente.

#### **1.2.9.1. DERECHO DE ACCESO AL ÓRGANO JURISDICCIONAL.**

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho fundamental consistente en la posibilidad que tiene todo sujeto de derecho de recurrir al órgano jurisdiccional a fin de que se le imparta justicia, existiendo condiciones mínimas para todos los sujetos de que hagan uso o requieran de la intervención del Estado para la solución de su conflicto de intereses o incertidumbre jurídica. Como sostiene Marinoni: “*Cuando una norma habla de una lesión y una amenaza al derecho, obviamente se está refiriendo a la afirmación de una lesión y de la amenaza de un derecho, pues una ley solamente puede pretender (...) [tal] afirmación de una lesión o una amenaza, una vez que, cuando se invoca a la jurisdicción, (...) se afirma un derecho*” (Marinoni, Teoria Geral do Processo, 2009, p. 215).

La incidencia que tiene el mismo respecto del contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva es que, sin este, el otro no se realiza, por lo que se puede afirmar, constituye un modo de protección del derecho a la tutela procesal efectiva. Y, en tal sentido, imposible de restringir.

### 1.2.9.2. DERECHO A PROBAR.

Para comprender el derecho a probar, podemos asumir, introductoriamente, la acepción de Bustamante Alarcón: *“Se trata de un derecho que no tiene por objeto o materia convencer al juzgador sobre la verdad de los hechos afirmados por los sujetos procesales, es decir, no es un derecho a que el juzgador se dé por convencido en presencia de ciertos medios probatorios, sino a que se admitan y actúen los ofrecidos por los sujetos procesales distintos a él (...), y los valore debidamente, teniéndolos en cuenta en la sentencia o decisión, con prescindencia del resultado de su apreciación –es decir, independientemente de que quede convencido o no sobre los hechos afirmados”* (Bustamante Alarcón, 2009, pág. 258).

En una palabra, se trata del derecho que tiene todo sujeto de derecho justiciable de proponer al órgano jurisdiccional un medio probatorio, acto que está orientado a sustentar la pretensión que dirige o lo pedido. El hecho de que tal acto no vincula a la actividad valorativa o judicial del juez, puede ser comprendido de acuerdo a nuestras consideraciones hermenéuticas desarrolladas en el punto **1.4.2.1.2.5.**, es decir, que el acto de ofrecimiento de medios probatorios no signifique otra cosa que en la puesta de conocimiento de un hecho por una parte del proceso al Juez, acto que realiza a fin de que este último comprenda la juridicidad del mismo.

Por otro lado, se ha afirmado que este derecho, si bien no ha sido reconocido como derecho fundamental dentro de las disposiciones normativas encontradas en la Constitución, por la cláusula abierta del artículo 3° del cuerpo constitucional y la disposición cuarta final transitoria, y su conexión con el numeral 3, literal b), del artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, este resulta integrado por formar este tratado internacional parte del *“bloque de constitucionalidad”*, el cual reza: *“(...) Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: b) A disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección”*. En cuanto a esto, considero que el derecho a probar no es tal porque, cual si fuera comodín, el artículo 3 de la Constitución permitiese encontrar una respuesta en otro sistema normativo, sino que el derecho a probar se comprende como modalidad de la tutela procesal efectiva, porque cuando se ha de pedir algo al juez, ha de evidenciarse o hacerse patente al juez por qué se pide ello. ¿Cómo ha de pronunciarse el juez si es que no existe prueba alguna, si es que la actividad judicial no puede ser arbitraria? En ese hecho básico, reside lo condicional del derecho a probar respecto de la efectividad de la tutela.

Con lo anterior, no pretendo indicar que el descubrimiento del derecho a probar en otro sistema normativo (internacional), ajeno a la producción legislativa o jurisprudencial estatal, no tenga relevancia.

Al contrario, puede servir como pauta hermenéutica para comprender mejor el lugar que ocupa el derecho a probar como manifestación de la experiencia de tutela procesal. Por ello, me suscribo a la afirmación de Viola, quien ha señalado: *“La creciente relevancia del derecho internacional y del derecho comunitario europeo, así como del derecho comparado, libra la reflexión acerca de la interpretación jurídica de la referencia predominante, cuando no exclusiva, al derecho estatal, y con ello pone en cuestión tesis consolidadas y teorías habituales, aumentando su capacidad explicativa en un nivel más general”* (Viola, 2005, pág. 929).

Por otro lado, el derecho a probar tiene una inextricable relación con el derecho a la tutela procesal efectiva en cuanto lo conforma, pues, sin él, el órgano jurisdiccional no podría aperturarse a la comprensión del hecho o acontecimiento cuya comprensión es pedida por las partes, a fin de determinar la decisión.

Ahora bien, si es que en el primer capítulo hemos sostenido que la comprensión es un proceso que cuestiona su mismo progreso por la historicidad de la experiencia humana, podríamos entender que este contexto sería actualizable *ad infinitum*—este *ad infinitum* debe entenderse en el sentido de durante el proceso, por una cuestión técnica-, puesto que lo que se controvierte, en tanto que busca su comprensión, tendría la condición de una *“pregunta”* - y, como afirma Gadamer, *“la esencia de la pregunta es el abrir y mantener abiertas posibilidades”* (Gadamer, Verdad y método, 2012, p. 369)- al menos hasta que no existiese una decisión que cierre el proceso de comprensión jurisdiccional. Sin embargo, como también hemos afirmado anteriormente, tal apertura se funde también en las posibilidades (jurídico y fácticas, y uso el conjuntor porque no hay tal escisión entre una y otra) que establece un ordenamiento jurídico, caso contrario la tutela no podría encontrar su posibilidad. En este espacio hemos de encontrar al principio de preclusión, si es que permite ser formulado como un principio: tiene la función de garantizar la tutela, pero si la regla establecida sobre él, no permite la tutela procesal, es decir, la comprensión jurisdiccional del hecho en su juridicidad, debe ser abandonada tal regla (esto lo hemos abordado ya en el punto **1.2.8.1.** del presente capítulo).

Por otro lado, que el ejercicio del derecho a probar deba demarcar o imponer por sí mismo a su objeto, esto es, redundar en su pertinencia (criterio que exige que los medios probatorios ofrecidos guarden una relación lógico jurídica con los hechos que sustentan la pretensión o la defensa), idoneidad (criterio que exige que lo puesto a probarse se acredite con determinado soporte probatorio) y de utilidad (criterio que exige que el medio probatorio postulado pueda generar convicción al órgano jurisdiccional, pero que, en este trabajo, habrá como ampliador del horizonte de la perspectiva desde la que el juez desarrolla su actividad judicial), considero esto también se comprende hermenéuticamente porque el derecho

a probar se proyecta por aquello que precisa de tutela, que son los hechos cuya significación jurídica pretende ser comprendida.

### 1.2.9.3. DERECHO DE DEFENSA.

El derecho de defensa puede ser definido como aquel derecho de participación que tiene el sujeto contra quien los efectos jurídicos del ejercicio del *“derecho de acción”* fueron dirigidos (Marinoni, Teoria Geral do Processo, 2009, p. 305). Como señalamos en el punto 1.2.6.1. los *“derechos a algo”* tienen como destinatarios al Estado primordialmente porque exigen o bien la abstención dentro de la libertad de las personas o bien determinadas acciones positivas, como la prestación de acciones fácticas o normativas. Dentro de este último grupo, mencionamos que los actos de imposición de normas estaban conformados por ser prestaciones estatales de carácter genérico, como lo era la prestación de tutela procesal. Si es que volvemos sobre clasificación del derecho a la tutela procesal como un derecho de protección, debe resultar claro que no sólo protege al que pretende acceder a las prestaciones de tutela, sino a todo aquel que se desenvuelve dentro de ese ámbito.

Nuestro Tribunal Constitucional ha indicado en la sentencia recaída en el expediente Nro. 3051-2010-PHC/TC, que el contenido esencial del derecho de defensa consiste en que: *“El contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por concretos actos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos”*. El derecho de defensa, por ello, está vinculado inextricablemente con el denominado *“derecho de contradicción”*, que es aquel derecho consistente en la posibilidad que tienen las partes de cuestionar todo aquello que pueda luego influir en la decisión final y como tal presupone la paridad de aquéllas en el proceso, esto es, del derecho a la igualdad o paridad de armas.

La vinculación que tiene el mismo con el contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva es que el derecho a la tutela procesal efectiva no sólo comporta un derecho frente a quien ejercita o solicita la tutela procesal, sino que está referido a todos aquellos quienes participan dentro del proceso. La cuestión hermenéutica que no debe de soslayarse es que en ambos casos la participación de los sujetos deberá de permitir una mejor comprensión al órgano jurisdiccional respecto de los hechos.

### 1.2.9.4. DEBIDA MOTIVACIÓN.

Nuestro Tribunal Constitucional se ha apropiado (si debida o indebidamente, no corresponde al objeto del presente trabajo) de la Teoría de la Argumentación Jurídica para plantear el problema de la debida motivación de los órganos encargados de dar respuesta

a los ciudadanos (no sólo órganos jurisdiccionales, sino también administraciones públicas). Así, veamos, ha afirmado que una resolución debidamente motivada cuando no concurren:

- a) Inexistencia de motivación o motivación aparente.
- b) Falta de motivación interna del razonamiento, que se presenta en una doble dimensión: por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal, ya sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.
- c) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas, que se presenta cuando las premisas [normativa y fáctica] de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica [según corresponda].
- d) La motivación insuficiente, referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.
- e) La motivación sustancialmente incongruente. El derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control mediante el proceso de amparo. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).

Como se puede apreciar, los defectos de debida motivación que clasifica el Tribunal Constitucional se infieren de los dos niveles de justificación que una decisión debería de desarrollar, según Alexy.

Así, el primer nivel, según el profesor alemán, importa que "(...) *debe quedar claro qué premisas hay que justificar externamente. Presupuestos que, de otra manera, deben ser formulados explícitamente*" (Alexy, Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la argumentación jurídica, 1997, p. 221); en pocas palabras, el que corresponde al proceso de deducción silogística (primera interrelación entre norma y hecho).

Por su parte, el segundo nivel de justificación está referido a la fundamentación de las premisas, para lo que es utilizado reglas de derecho, enunciados empíricos y premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo.

Anteriormente, me he pronunciado respecto a los defectos de la teoría de la argumentación jurídica concebida como una teoría del discurso, por lo que considero que si es que se realiza de espaldas a los conceptos hermenéuticos desarrollados en el primer capítulo del presente trabajo y en el punto 1.2.5.3. del presente capítulo, las justificaciones que puedan darse se encuentran deslegitimadas.

#### **1.2.9.5. DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.**

La profesora Quispe Farfán ha escrito sobre el fundamento del derecho a la presunción de inocencia que: "*De la lógica del proceso surge que la carga de la prueba está a cargo del Estado, claro está, sin perjuicio de que los sujetos procesales también puedan ejercer su iniciativa probatoria a fin de buscar el esclarecimiento de los hechos*" (Quispe Farfán, 2001, p. 38). En tal sentido, debe entenderse al derecho a la presunción de inocencia como el derecho a que sea proscrita toda forma de tratamiento como culpable a quien, hasta el momento, no ha sido declarado como tal.

Nuestra Norma Fundamental ha reconocido expresamente, de acuerdo a la disposición normativa del literal e) del artículo 24, el principio de presunción de inocencia como un derecho fundamental de toda persona. Como señala Badaró, la primera y tal vez más importante forma de analizar este principio es como una garantía política del ciudadano.

Por su parte, este principio-derecho, como señala Vegas Torres, permite afirmar un conjunto de exigencias básicas que vinculan a todos los poderes públicos, sobre todo aquellos que tienen competencias relativas a la determinación de responsabilidad penal (Vega Torres, 1993, pp. 41-42). Estas son:



- a) Los juzgados o Tribunales deben de considerar inocente al acusado hasta que su culpabilidad haya sido declarada conforme a ley.
- b) Los juzgados o Tribunales no deben declarar la culpabilidad del acusado si la misma no puede considerarse probada conforme a la ley, esto es, a sensu contrario, deben declarar la libre absolución del acusado cuando su culpabilidad no pueda considerarse probada, aún en el caso en que tampoco esta haya quedado completamente acreditada. Por su parte, declarar la culpabilidad, conforme afirma el citado profesor, significa afirmar tanto la existencia de un hecho que encaje con la descripción del tipo penal y, además, la participación en los mismos del sujeto que es procesado.

Esta exigencia también ha sido reconocida, desde la perspectiva técnico-jurídica, como una regla de juzgamiento que impone la consecuencia jurídica de la absolución, pues, en tanto haya duda razonable sobre el hecho relevante para la decisión en el proceso, opera el *in dubio pro reo* (Badaró, 2003, pp. 284-285), como regla de clausura del sistema procesal penal, la cual, si bien no ha sido reconocida expresamente por nuestra Norma Fundamental, tal como afirma el Tribunal Constitucional “(...) *su existencia se desprende tanto del derecho a la presunción de inocencia, que sí goza del reconocimiento constitucional, como de la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º de la Carta Fundamental)*” (Fundamento jurídico Nro. 36 de la sentencia recaída en el expediente Nro. 728-2008-PHC/TC).

Como afirma Nieva Fenoll: “*El juez tiene que hacer un esfuerzo de convicción entendiendo lo que le exige el principio de presunción de inocencia. Y dicho principio le está diciendo que si tiene dudas, tiene que absolver, fundamentalmente porque si existe una duda fundada sobre la responsabilidad de una persona sobre un hecho delictivo, significa que esa responsabilidad no ha existido en absoluto. (...) en un proceso judicial no se puede dictar sentencia por intuición, sino a través de los hechos probados. Y si esos hechos presentados por la acusación no están probados, simplemente no han sucedido, o al menos su autor no fue el imputado. Y así hay que declararlo expresamente en la sentencia, en los términos indicados*” (Nieva Fenoll, La duda en el proceso penal, 2013, pp. 127-128).

- c) Si una resolución de los órganos jurisdiccionales lesiona el derecho del acusado, los Tribunales deben de reparar la infracción por medio de los recursos establecidos por las leyes procesales contra la resolución de que se trate.

Asimismo, esto implica, al ser una presunción, que, de existir elementos de convicción (no prueba), que indiquen la probabilidad de

la comisión de un delito por parte del imputado, puedan tenerse como legitimadas determinadas intervenciones dentro del ámbito del ejercicio de los derechos del imputado, porque, de lo contrario, implicarían la ineffectividad del ejercicio del *ius puniendi estatal*. En este sentido, debe entenderse la afirmación de Sánchez-Vera Gómez-Trelles de que el principio de presunción de inocencia autoriza al proceso (Sánchez-Vera Gómez-Trelles, 2012, pp. 37,45).

En ese contexto, la vinculación del derecho a la presunción de inocencia con el derecho a la tutela procesal efectiva se iza también como un derecho de defensa frente a las eventuales actuaciones arbitrarias del Estado, y, por tanto, tiene una vinculación directa también con el “*derecho de protección*” de todo sujeto de derecho, dentro de un Estado Constitucional de Derecho.

#### **1.2.9.6. DERECHO A QUE SEA RESPETADO EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL PENAL.**

De acuerdo a la sentencia recaída en el expediente Nro. 8957-2006-PA/TC, el principio de legalidad procesal penal está: “(...) *referido al aspecto puramente procesal, que garantiza a toda persona el estricto respeto de los procedimientos previamente establecidos, al prohibir que ésta sea desviada de la jurisdicción predeterminada, sometida a procedimiento distinto o juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ó por comisiones especiales*”.

El que exista un tal derecho al principio de legalidad procesal penal, considero, se fundamenta en la misma fundamentalidad del Estado. Este es el que, cumpliendo con su deber estatal de protección, articula un procedimiento a fin de permitir un espacio de tutela, donde las normas puedan adquirir la concreción que *ipso facto* no obtuvieron.

### **1.3. CONCLUSIONES.**

**1.3.1.** El derecho a la tutela procesal efectiva, tal cual comprendido actualmente, tiene una doble genealogía. Dicha doble genealogía extiende sus raíces en el cambio de paradigma del derecho procesal de concebir al proceso no más como un mero procedimiento, sino como una institución jurídica compleja izada como tal sobre el concepto de conflicto o litis, pero orientada a fines de tutela de los derechos; asimismo, en el concepto de procedimiento desarrollado en el derecho constitucional, en el que el procedimiento es concebido como un lugar de participación y de suministro de información –propios de toda democracia- para la toma de decisiones, por lo que al citado concepto le es propio también la previsión de mecanismos que promuevan tal participación. En la vinculación de ambas genealogías se encuentra el punto de partida para considerarlo como un derecho fundamental

**1.3.2.** La tradición vigente sobre los derechos fundamentales los ha definido como aquellos reconocidos en general a la persona humana por el ordenamiento

jurídico constitucional; sin embargo, de acuerdo a las acotaciones hermenéuticas desarrolladas, la “*fundamentalidad*” de un derecho fundamental está vinculada con el “*por mor de*” dicho derecho, que solo puede ser comprendida si es que se comprende la “*fundamentalidad*” de un ordenamiento jurídico o del Estado. En tanto que el Estado, en cualquier de los horizontes históricos se funda en la tutela de derechos que promete consigo, se pudo afirmar que el derecho a la tutela procesal efectiva es un derecho fundamental.

- 1.3.3. El derecho a la tutela procesal efectiva, de acuerdo a la teoría analítica de los derechos fundamentales, es concebido como una especie de un derecho de protección dirigido al Estado, y, en específico, como un “*derecho al procedimiento*”, que, de acuerdo a la teoría procesal elaborada sobre la teoría analítica de los derechos fundamentales, tiene como condición de posibilidad de su efectividad a la existencia de una técnica procesal adecuada (normatividad que permite el acceso a la tutela procesal), un procedimiento adecuado (condiciones que permiten una tutela procesal adecuada) y una respuesta jurisdiccional (que debe cumplir con el presupuesto de estar justificada).
- 1.3.4. El derecho a la tutela procesal efectiva, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, es definida como una situación jurídica donde se respetan el derecho al acceso al órgano jurisdiccional, el derecho a probar, el derecho de defensa, el derecho a la debida motivación, el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a que sea respetado el principio de legalidad procesal penal, porque todos estos derechos conforman las condiciones de posibilidad de una tutela procesal efectiva. En el presente trabajo, he señalado que tales derechos componen el contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva -entendido como las condiciones de posibilidad del ejercicio de un derecho- porque: **(1)** el caso del derecho de acceso al órgano jurisdiccional, posibilita la misma tutela; **(2)** el derecho a probar permite la comprensión de los hechos por parte del juez sobre los que se pronunciará al final del proceso; **(3)** el derecho de defensa permite una participación adecuada dentro del proceso que es instrumental respecto de los fines del proceso; **(4)** el derecho a la debida motivación permite la justeza o el estar acorde a derecho de la decisión jurisdiccional; **(5)** el derecho a la presunción de inocencia despliega la consecuencia de que no puede imponerse una condena si es que no se ha comprendido adecuadamente el comportamiento del procesado como delictuoso; **(6)** y, por último, el derecho a que sea respetado el principio de legalidad procesal penal permite articulación de un procedimiento determinado para garantizar la tutela de los derechos.



### CAPÍTULO III: “LA PRUEBA DE OFICIO EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO”.

#### I. LA PRUEBA DE OFICIO EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

**SUMARIO:** 1.1. LA PRUEBA DE OFICIO COMO ACTO PROCESAL. – 1.1.1. PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA PRUEBA DE OFICIO. 1.1.1.1. CÓMO COMPRENDER HERMENÉUTICAMENTE EL PRESUPUESTO PROCESAL DE LA OPORTUNIDAD DE LA PROPOSICIÓN. – 1.1.2. PRESUPUESTOS SUSTANCIALES DE LA PRUEBA DE OFICIO. – 1.1.2.1. CÓMO COMPRENDER HERMENÉUTICAMENTE EL PRESUPUESTO SUSTANCIAL DEL “ESCLARECIMIENTO DE LOS HECHOS”. – 1.1.2.1.1. ¿Y QUÉ NOS DICE SU “EXCEPCIONALIDAD”? – 1.1.2.1.2. ¿QUÉ NOS DICE SOBRE LA EVENTUAL VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE “IMPARCIALIDAD JUDICIAL”? — 1.2. CONCLUSIONES.

## 1.1. LA PRUEBA DE OFICIO COMO ACTO PROCESAL.

A la prueba de oficio podemos definirla como aquella actividad probatoria excepcional desplegada por el órgano jurisdiccional competente de conocer la etapa de juzgamiento consistente en la actuación de medios probatorios aportados por una parte del proceso en ejercicio de su derecho a probar o aportados por propia iniciativa del órgano jurisdiccional, realizada con posterioridad a la actuación de los medios probatorios admitidos conforme al principio de preclusión, y cuya finalidad es el esclarecimiento de los hechos materia del proceso

Por su parte, la prueba de oficio, como todo acto realizado dentro del proceso, es por tal hecho un acto procesal. Esto permite, en primera instancia, el abordaje de su estudio como técnica procesal, mediante la identificación de presupuestos procesales y sustantivos del mismo.

Los primeros están referidos, como ha sostenido la doctrina (ver punto **1.2.8.1.** del capítulo precedente), a aquellos que determinada técnica procesal ha considerado como condiciones para el proveimiento y pronunciamiento jurisdiccional; mientras que los segundos están referidos a su fundamentación como instrumento procesal, y, por tanto, a la vinculación del citado acto procesal con el derecho material (Dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, 2007, p. 184). ¿Cómo sabremos cada uno de estos presupuestos? Comprendiendo lo que nos dice el inciso 2) del artículo 385 del Código Procesal Penal.

### 1.1.1. PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA PRUEBA DE OFICIO.

Podemos identificar como un presupuesto procesal de la prueba de oficio, de acuerdo al inciso 2 del artículo 385 del Código Procesal Penal, su instrumentación antes de culminar la actividad probatoria. Esto es, su oportunidad de ofrecimiento, indistintamente si es a petición de parte la incorporación de oficio de medios probatorio o si es una iniciativa probatoria de oficio proveniente de la voluntad del juzgador.

#### 1.1.1.1. CÓMO COMPRENDER HERMENÉUTICAMENTE EL PRESUPUESTO PROCESAL DE LA OPORTUNIDAD DE LA PROPOSICIÓN.

Para comprender por qué es que se estableció en determinada etapa del proceso a la posibilidad de instrumentación de la prueba de oficio, debemos de remitirnos al “*horizonte histórico*” que significa la “*tradición*” a la que nuestro ordenamiento jurídico se ha suscrito.

Considero que este “*horizonte histórico*” que constituye a la instrumentación de la prueba de oficio en el proceso penal peruano pertenece a aquella que se articula en base a la comprensión de los principios acusatorio y de aportación de parte, puesto que, conforme a ellos, el encargado por antonomasia de los actos de aportación en virtud a la vigencia del principio de aportación de parte, connivente con el principio y modelo procesal que ha adoptado



nuestro sistema procesal penal, la actividad de oficio es, ciertamente, “*suplementaria*”, y lo que pretende es una tutela procesal efectiva de las partes del proceso (ver **1.4.1.1.** del primer capítulo).

Ahora bien, lo precedente sólo nos dice parte de la significación del “*horizonte histórico*” donde se sitúa la norma que habilita la instrumentación de la prueba de oficio o el poder de instrucción del juez de juzgamiento. La otra parte nos la revela la comprensión de los presupuestos de la prueba de oficio, que han de entenderse como fundamentadora del concepto de tutela procesal por el Estado, por lo que la oportunidad de la prueba de oficio sólo trata de garantizar eso mismo: la tutela de los derechos.

Y, conforme afirmamos en el primer capítulo, ello no se puede hacer sin que se haga patente los hechos que van a legitimar tal tutela. Conforme sostiene Streck, toda norma implica “*un despliegue mutuo del supuesto de hecho y del caso real en la categoría de simultaneidad*” (Streck, *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploracao hermenêutica da constrcao do Direito*, 1999). Y en el proceso penal esto significa que la norma prohibitiva eclosione su ámbito de protección legitimando la sanción a imponerse o que imponga el mandato de absolver, porque los hechos no pueden ser comprendidos dentro de ese ámbito. En esto hunde sus raíces, y no sólo la prueba de oficio, sino todos los mecanismos y las técnicas procesales, conforme se puede apreciar en el punto **1.2.8** del capítulo que precede.

Esta es la técnica procesal que expresa la estructura del Código Procesal Penal y que, como se ha indicado *ut supra*, se debe a una intervención en el proceso legitimado por los fines de tutela, pues como sostiene Marinoni, la obligación jurisdiccional de pronunciamiento no reside en la validez de una relación jurídica, sino en el deber del Estado de “*(...) administrar a justica através do juiz*” (Marinoni, *Teoria Geral do Processo*, 2009, p. 472).

Ahora bien, en lo que este presupuesto procesal pueda estar vinculado con el contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva, puede afirmarse intuitivamente que está vinculado a la vigencia del principio de legalidad procesal penal, en la medida que este se fundamenta como manifestación del deber de protección estatal de acuerdo a lo abordado en el punto **1.2.9.6.** del capítulo anterior. Pero, si pretende este principio ser comprendido como derecho fundamental, podemos ver que tal principio de legalidad procesal penal sólo tiene lugar si es que se cumplen con las exigencias de un derecho a una técnica procesal adecuada y el derecho a participar de un procedimiento adecuado, conforme hemos indicado en el punto **1.2.8.1.** y **1.2.8.2.** del capítulo precedente. Fuera de ello, no puede hablarse de un principio de legalidad procesal penal, porque el “*procedimiento*” que ha de garantizar ha de fundamentarse en la necesidad de tutela.

### 1.1.2. PRESUPUESTOS SUSTANCIALES DE LA PRUEBA DE OFICIO.

El único presupuesto sustantivo, esto es, referido al mérito de la prueba de oficio, en nuestro ordenamiento procesal es que la misma esté encaminada al “*esclarecimiento de los hechos*”. Considero que el concepto de “*esclarecimiento de los hechos*” no puede ser comprendido sin la referencia a la “*tradición*”. Por tanto, nuestro sistema procesal no difiere de lo que afirma la doctrina sobre este respecto.

#### 1.1.2.1. CÓMO COMPRENDER HERMENÉUTICAMENTE EL PRESUPUESTO SUSTANCIAL DE “ESCLARECIMIENTO DE LOS HECHOS”.

En tal sentido, me remito a lo anunciado en el primer capítulo, respecto del presupuesto de averiguación de la verdad, es decir, que aquel presupuesto permite que el hecho, que no se deja ver tal cual es – de lo contrario, no tendría sentido el esclarecimiento – como para emitir un pronunciamiento sobre el mismo, mediante la instruye de la prueba de oficio, adquiera la determinación necesaria para ser comprendido adecuadamente, es decir, se evidencie o se haga patente. Sólo la cumplimentación de aquel presupuesto – que supone al primer de los presupuestos desarrollados en el primer capítulo, esto es, el de insuficiencia probatoria – permite garantizar la legitimidad de la prueba de oficio. Porque donde ya ha sido comprendido el hecho, no se precisa más para que la norma adquiera concreción.

Para comprender bien el párrafo precedente, debemos de recordar lo ya anunciado en el primer capítulo, y es que el proceso debe ser concebido hermenéuticamente como un *locus* por antonomasia de concreción de la norma, pero que está condicionado por la comprensión de los hechos que en el mismo se discute. Aquí resulta pertinente citar la afirmación hermenéutica de Streck de que: “*el texto es inseparable de su sentido; textos dicen siempre respecto a algo de la facticidad*”. Por tanto, el proceso ocupa un espacio donde ha realizarse no sólo la concreción de la norma y su horizonte de sentido o conciencia de la historia efectual, sino que, básica y fundamentalmente, la facticidad de lo discutido. En ello está, pues, la vinculación del proceso con el derecho a la tutela procesal efectiva, por lo que el proceso no es pura técnica, sino técnica legitimada.

De modo que la prueba de oficio debe ser entendida como mecanismo para garantizar la comprensión de la tutela procesal como condición de posibilidad de efectivización de concreción de las normas, es decir, de dotación de efectividad a los derechos. En cuanto con ella se apertura al órgano jurisdiccional la posibilidad de comprender mejor los hechos, este puede decir algo sobre el mismo. Pero, ello porque como vengo sosteniendo, la tarea del juez es la de comprender el hecho que ha sido traído al *locus* del proceso, para lo cual los sujetos procesales aportan sus medios probatorios,

situando así el punto de referencia sobre el cual el órgano jurisdiccional habrá de emitir su pronunciamiento.

Si es que nos detenemos a pensar, la fundamentación y los presupuestos – al menos el de averiguación de la verdad- es también la finalidad que tienen los actos de proposición u ofrecimiento de prueba así como la misma actividad probatoria de juzgamiento, porque por medio de ellas lo que se pretende siempre es la búsqueda de esclarecimiento de los hechos, sin la cual las normas en las que son sustentadas las pretensiones no podrían alcanzar su concreción. Si esto es así, y si hemos afirmado que el problema de la verdad es la condición de posibilidad de toda tutela, entonces debe resultar obvio que la posibilidad de la ampliación de la actividad probatoria no puede ser restringida, al menos, innecesariamente, so pena de sustraer del proceso su fundamentación.

Más aún, si es que la afirmación de Taruffo respecto a que las partes del proceso en el momento de la incorporación de medios probatorios al proceso llevan consigo el prejuicio de la “carga” de sus pruebas (su “*interés propio*”), debemos comprender que no puede ser permitida una limitación en las posibilidades de esclarecimiento de la verdad, so pena de volver el problema de la concreción de las normas también un problema del “*interés propio*”, como explicité con un ejemplo en el punto 1.4.2.1.2.5. del primer capítulo.

#### 1.1.2.1.1. ¿Y QUÉ NOS DICE SU “EXCEPCIONALIDAD”?

La “*excepcionalidad*”, considero de acuerdo a lo desarrollado, no tiene una connotación respecto del tiempo de ofrecimiento de los medios probatorios, sino sobre el mismo hecho de la necesidad del “*esclarecimiento de los hechos*”. En ella podemos encontrar el concepto de “*suplementariedad*” de la prueba de oficio desarrollado en el primer capítulo.

Por otro lado, parecería también que la excepcionalidad que legitima a la instrumentación de la prueba de oficio anuncia la advertencia de la “*cláusula de imposibilidad de subrogación en la actividad de las partes del proceso*” con la que termina el inciso 2) del artículo 385 del C.P.P. Me explico. Como señalé anteriormente, ¿si están claros los hechos, para qué esclarecer? Es decir, ¿cómo saber si los hechos no son lo suficientemente claros? Esto supone que, ciertamente, el juez o la parte del proceso que promueva la instrumentación de la prueba de oficio deba de fundamentar la excepcionalidad de su utilización, sin perjuicio de que tal fundamentación condicione la actuación de la prueba de oficio. Y la razón por la que afirmo que tal fundamentación no puede condicionar la actuación de la prueba de oficio es porque si es que pese a ella, para el juez los hechos no han adquirido suficiente

determinación, es decir, no permiten ser comprendidos en su significación, la instrumentación de la prueba de oficio no restará a su situación parcialidad ni imparcialidad, porque, como afirmé en el primer capítulo, la verdad no es cuestión de nadie. Al contrario, esto permitirá una mejor comprensión de los hechos, lo que se volcará necesariamente sobre una respuesta jurisdiccional fundada en derecho (ver punto **1.2.8.3.**) o una debida motivación (ver punto **1.2.9.4.**) de esa respuesta; condiciones de posibilidad de una adecuada tutela.

#### **1.1.2.1.2. ¿QUÉ NOS DICE SOBRE LA EVENTUAL “VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD”?**

Debe excluirse que la prueba de oficio, en el sentido aquí desarrollado, implique la vulneración del principio imparcialidad, el cual se impone como condición de posibilidad de la tutela procesal efectiva, pues esta no obedece sino a su efectivización. La verdad, pues, no es verdad de una parte, sino la verdad de los hechos aportados, esto es, las cuales sólo tienen cabida si es que muestran o evidencian un sustrato fáctico, el cual es descubierto a través de la prueba, conforme hemos desarrollado en el primer capítulo (punto **1.4.2.4.** del primer capítulo).

Considero que el haber signado a la prueba de oficio con el estigma de la arbitrariedad y la pérdida de la imparcialidad obedece a los prejuicios de concebir al proceso como una *“técnica de resolución de conflictos”*, puesto que, como se señaló al inicio del presente trabajo, lo que se recusó desde el inicio fue la iniciativa de acción que tenía el Juez para constituir un proceso y tener amplias facultades. De modo que, la crítica de su arbitrariedad ocupa el mismo lugar que un *“fantasma”*, en el sentido lacaniano, de suspensión de una escena o diferimiento, por un temor inconsciente o venido de la incorrección de la tradición.

## **1.2. CONCLUSIONES.**

- 1.2.1.** La prueba de oficio puede ser definida como aquella actividad probatoria excepcional desplegada por el órgano jurisdiccional competente de conocer la etapa de juzgamiento consistente en la actuación de medios probatorios aportados por una parte del proceso en ejercicio de su derecho a probar o aportados por propia iniciativa del órgano jurisdiccional, realizada con posterioridad a la actuación de los medios probatorios admitidos conforme al principio de preclusión, y cuya finalidad es el esclarecimiento de los hechos materia del proceso

- 1.2.2.** La prueba de oficio, regulada en el inciso 2) del artículo 385 del Código Procesal Penal, es un acto procesal que, como cualquier otro, tiene presupuestos procesales y sustanciales. En nuestro ordenamiento jurídico, la técnica procesal elegida por el legislador ha configurado como un presupuesto procesal de la misma a la oportunidad de su instrumentación; mientras que ha configurado, como un presupuesto sustancial de la misma, el esclarecimiento de los hechos.
- 1.2.3.** El presupuesto procesal de la oportunidad de la instrumentación de la prueba de oficio, si es que es comprendido hermenéuticamente, encuentra su fundamentación en el horizonte histórico de la tradición a la que nuestro sistema procesal pertenece, donde tienen asidero los principios acusatorio y de aportación de parte, el cual en virtud del último supone la regla de que cada parte ha de incorporar los medios probatorios que sustentan sus pretensiones en la oportunidad prevista por la ley. La prueba de oficio, por su parte, sólo está habilitada posteriormente a la actuación de los medios probatorios incorporados oportunamente por las partes del proceso, porque ha de “*suplementaria*”.
- 1.2.4.** El presupuesto procesal del “*esclarecimiento de los hechos*” pertenece a la tradición procesal que considera como fundamento de la prueba de oficio a la averiguación de la verdad (*Aufklarungsprinzip*), que, comprendido hermenéuticamente, supone que los hechos del proceso sean hechos evidentes, patentes o mostrados de tal modo que el juez pueda comprenderlos, a fin de que pueda operar la concreción de la norma en cuestión. Aquella actividad de hacer patente un hecho –no privativa del proceso – por el mismo hecho de la historicidad de la comprensión; sin embargo, el Derecho pone un coto a la interminabilidad de la comprensión por una función de tutela también. En ese sentido, la “*excepcionalidad*” que condiciona la instrumentación de la prueba de oficio está fundamentada en la necesidad de un esclarecimiento, pese al agotamiento de la fase de incorporación de medios de prueba y de actuación probatoria, que se ha optado así a efectos de impedir pronunciamientos sin una comprensión lo más adecuada posible de los hechos. Por último, en tanto que el esclarecimiento de los hechos no traduce ninguna carga (“*interés propio*”), tampoco hay afectación alguna al principio de imparcialidad.

## 1.1. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS.

- 1.1.1. Averiguación de la verdad (*Aufklarungsprinzip*).** Finalidad última del proceso penal consistente en el descubrimiento o reconstrucción de los hechos, y que fundamenta la instrumentación de la prueba de oficio.
- 1.1.2. Contenido esencial de un derecho (*Wesensgehalt*).** Con contenido esencial de un derecho fundamental se designa a las condiciones de posibilidad del ejercicio de un derecho fundamental.
- 1.1.3. Comprensión.** Concepto hermenéutico referido al comportarse fundamental del ser humano respecto de las cosas y el mundo, que implica la comprensión

de su experiencia a través de la lingüisticidad de la misma. Se desenvuelve en determinada tradición y horizonte histórico.

**1.1.4. Derecho a la tutela procesal efectiva.** De acuerdo al segundo párrafo del artículo 4 del Código Procesal Constitucional, es aquel derecho, deber y situación jurídica de todo sujeto de derecho en la que tienen virtualidad, como condición de posibilidad de la misma, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

Sin embargo, en el presente trabajo se ha considerado sólo como aquella situación donde se respeten el derecho de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, a la debida motivación, el derecho a la presunción de inocencia y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

**1.1.5. Derechos fundamentales.** Son todos aquellos derechos reconocidos como tales, en general, a la persona humana por el ordenamiento jurídico-constitucional.

**1.1.6. Horizonte histórico.** Concepto hermenéutico referido al momento histórico que delimita el desenvolvimiento de una tradición, y que determina las posibilidades de comprensión en determinado momento histórico.

**1.1.6.1. Fusión de horizontes.** Es el proceso que significa una comprensión adecuada de algo, que pasa por la comprensión de la tradición que pertenece a un horizonte histórico pasado, la apropiación de la misma y la cuestionabilidad por parte del horizonte histórico actual hacia aquel otro.

**1.1.7. Indeterminación de los hechos aportados.** Ausencia de determinación de los hechos del proceso producida por la insuficiencia probatoria.

**1.1.8. Mundo.** Es el conjunto de relaciones o tratos con entidad físicas y los modos de relacionarnos intersubjetivamente que permiten nuestra propia comprensión de la vida y del mundo.

**1.1.9. Prohibición del “non-liquet”.** Deber de abstención del órgano jurisdiccional de no dar una respuesta jurisdiccional.

**1.1.10. Prueba de oficio.** Actividad probatoria excepcional desplegada por el órgano jurisdiccional competente de conocer la etapa de juzgamiento consistente en la actuación de medios probatorios aportados por una parte del proceso en ejercicio de su derecho a probar o aportados por propia iniciativa del órgano jurisdiccional, realizada con posterioridad a la actuación de los medios probatorios admitidos conforme al principio de preclusión, y cuya finalidad es el esclarecimiento de los hechos materia del proceso.



**1.1.11. Tradición.** Es la forma de comprender la vida y el mundo de determinado momento histórico.

## CAPÍTULO 3. HIPÓTESIS.

### 3.1. FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS.

Los presupuestos que fundamentan la prueba de oficio inciden sobre el contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva en el proceso penal, pues:

- A través de su **presupuesto procesal** de ser ofrecida al culminar la actividad probatoria de los medios de prueba aportados, garantiza el **principio de legalidad procesal penal**; y
- A través de su **presupuesto sustancial** de la **averiguación de la verdad de los hechos del proceso**, fundamentado en la **determinación de los hechos aportados** y la **evitación del “non liquet”**, garantiza una respuesta jurisdiccional fundada en derecho, en tanto implica una mejor comprensión de los hechos aportados, y, por ende, de su juridicidad.

### 3.2. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES.

Proceso por el cual se convierte a una variable en un elemento capaz de ser directamente medible a través de un conjunto de operaciones secuenciales. Requiere del establecimiento de dimensiones e indicadores específicos de medición.

VARIABLES	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIONES	SUB-DIMENSIONES	ÍTEMS
I. Los presupuestos de la prueba de oficio en el proceso penal.	1. Con <b>presupuestos de la prueba de oficio</b> se hace referencia a las condición(es) de <b>procedencia</b> y <b>fundabilidad</b> de la <b>actividad probatoria</b> excepcional desplegada por el órgano jurisdiccional competente de conocer la etapa de juzgamiento consistente en la <b>actuación de medios probatorios aportados por una parte del proceso</b> en ejercicio de su derecho a probar o aportados <b>por propia iniciativa del órgano jurisdiccional</b> , realizada con posterior-	1. <b>Presupuestos de los actos procesales.</b>	1. <b>Procesales</b>	➤ ¿Qué función tienen los presupuestos procesales de los actos procesales?
			2. <b>Sustanciales</b>	➤ ¿Qué función tienen los presupuestos sustanciales de los actos procesales?
		2. <b>La iniciativa probatoria de oficio en la doctrina.</b>	3. <b>Justificación histórica.</b>	➤ ¿Cuál es la justificación histórica de la iniciativa probatoria de oficio en la doctrina?
			4. <b>Indeterminación de los hechos aportados.</b>	➤ ¿La insuficiencia probatoria incide sobre el presupuesto de la indeterminación de los hechos aportados de la iniciativa probatoria de oficio?
			5. <b>Averiguación de la verdad.</b>	➤ ¿La determinación de los hechos aportados incide sobre el presupuesto de averiguación de la verdad de la prueba de oficio? ➤ ¿La imparcialidad judicial incide sobre el presupuesto de averiguación de la verdad de la prueba de oficio? ➤ ¿La prohibición del non liquet incide sobre el presupuesto de averiguación de la verdad de la prueba de oficio?
			6. <b>Presupuestos procesales.</b>	➤ ¿Cuáles son los presupuestos procesales de la iniciativa probatoria de oficio en el proceso penal?

	<p>ridad a la actuación de los medios probatorios admitidos conforme al principio de preclusión, y cuya finalidad es el <b>esclarecimiento de los hechos materia del proceso.</b></p>	<p><b>3. Marco normativo de la iniciativa probatoria de oficio en el Código Procesal Penal.</b></p>	<p><b>7. Presupuestos sustanciales.</b></p>	<p>➤ ¿Cuáles son los presupuestos sustanciales de la iniciativa probatoria de oficio en el proceso penal?</p>
			<p><b>8. Hermenéutica de la iniciativa probatoria de oficio en el ordenamiento procesal peruano.</b></p>	<p>➤ ¿Cuál es el sentido de la iniciativa probatoria de oficio en el Código Procesal Penal?</p>
<p><b>II. Contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva en el proceso penal.</b></p>	<p><b>2. Con contenido esencial del derecho de tutela procesal efectiva</b> en el proceso penal se designa a la vigencia del <b>complejo normativo</b> de derechos que son condiciones de posibilidad de su ejercicio, debiéndose entender por ellos a los de <b>libre acceso al órgano</b></p>	<p><b>2. Contenido esencial de un derecho fundamental.</b></p>	<p><b>5. Doble carácter del derecho fundamental.</b></p>	<p>➤ ¿En qué consiste el doble carácter de un derecho fundamental?</p>
			<p><b>6. Clasificación funcional de los derechos fundamentales.</b></p>	<p>➤ ¿En qué consiste la clasificación funcional de los derechos fundamentales?</p>
			<p><b>7. Determinación del contenido esencial de un derecho fundamental.</b></p>	<p>➤ ¿Cómo se determina el contenido esencial de un derecho fundamental?</p> <p>➤ ¿Qué función tiene el contenido esencial de un derecho fundamental?</p>
			<p><b>8. Hermenéutica de los derechos fundamentales.</b></p>	<p>➤ ¿Cuál es el lugar de la hermenéutica de los derechos fundamentales en la determinación de su contenido esencial?</p>

<p>jurisdiccional, de defensa, a la presunción de inocencia, a la obtención de una resolución fundada en derecho y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.</p>	<p><b>3. Derecho a la tutela procesal efectiva.</b></p>	<p><b>9. Ubicación dentro de la clasificación funcional de los derechos fundamentales.</b></p>	<p>➤ ¿Cuál es la ubicación del derecho a la tutela procesal efectiva dentro de la clasificación funcional de los derechos fundamentales?</p>
		<p><b>10. Estructura funcional del derecho a la tutela procesal efectiva.</b></p>	<p>➤ ¿Incide la ubicación del derecho a la tutela procesal efectiva como derecho de protección en la constitución de la estructura funcional del mismo?</p> <p>➤ ¿Cuál es la estructura funcional del derecho a la tutela procesal efectiva?</p>
		<p><b>11. Determinación del contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva.</b></p>	<p>➤ ¿Incide la estructura funcional del derecho a la tutela procesal efectiva en la determinación de su contenido esencial?</p> <p>➤ ¿Cómo se determina el contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva?</p>
	<p><b>4. Contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva.</b></p>	<p><b>12. Derecho de acceso al órgano jurisdiccional.</b></p>	<p>➤ ¿Incide el derecho de acceso al órgano jurisdiccional en su contenido esencial y en la ubicación del derecho a la tutela procesal efectiva como derecho de protección?</p>
		<p><b>13. Derecho de defensa.</b></p>	<p>➤ ¿Incide el derecho de defensa en el contenido esencial y en su ubicación del derecho a la tutela procesal efectiva como derecho de protección?</p>
		<p><b>14. Derecho a la obtención de una</b></p>	<p>➤ ¿Incide el derecho de defensa en el contenido esencial y en su ubicación del derecho a la tutela procesal efectiva como derecho de protección?</p>

			<p><b>resolución fundada en derecho.</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ La justificación de la respuesta jurisdiccional garantiza el derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho?</li> <li>➤ ¿La prohibición del <i>non liquet</i> garantiza el derecho a una obtención de una resolución fundada en derecho?</li> <li>➤ ¿La instrumentación de la prueba de oficio garantiza la cumplimentación de la prohibición del “<i>non liquet</i>”?</li> </ul>
			<p><b>15. Derecho a la presunción de inocencia.</b></p> <p>¿Incide el derecho a la presunción de inocencia en el contenido esencial y en su ubicación del derecho a la tutela procesal efectiva como derecho de protección?</p>
			<p><b>16. Principio de legalidad procesal penal.</b></p> <p>➤ ¿Incide el respeto del principio de legalidad procesal penal en el contenido esencial y en su ubicación del derecho a la tutela procesal efectiva como derecho de protección?</p>



## CAPÍTULO 4. MATERIALES Y MÉTODOS.

### 4.1. TIPO DE DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.

El diseño de la presente investigación es de tipo no experimental, puesto que las variables no han sido manipuladas. Dentro de este tipo, la presente investigación es correlacional-causal, debido a que el presente trabajo está orientado a la explicación de las variables y la incidencia que tiene una sobre otra.

### 4.2. MATERIAL DE ESTUDIO.

#### 4.2.1. UNIDAD DE ESTUDIO.

- Sentencia de un proceso penal donde consta la instrumentación de la prueba de oficio.
- Criterio de juez penal sobre la institución de la prueba de oficio en el proceso penal.
- Criterio de especialista con publicaciones científicas sobre la institución de la prueba de oficio.

#### 4.2.2. POBLACIÓN.

- Sentencias de procesos penales conocidos por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados donde consta la instrumentación de la prueba de oficio desde el mes de agosto del año 2012 y agosto de 2014.
- Criterios de jueces penales de juzgamiento sobre la institución de la prueba de oficio en el proceso penal.
- Criterio de especialistas con publicaciones científicas sobre la institución de la prueba de oficio.

#### 4.2.3. MUESTRA.

La presente muestra es de tipo no probabilística.

POBLACIÓN	MUESTRA (POBLACIÓN MUESTRAL)
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Sentencias de procesos penales conocidos por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados donde consta la instrumentación de la prueba de oficio desde el mes de agosto de 2012 hasta el mes de agosto de 2014.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Sentencia recaída en el expediente signado con el número N° 627-2013-7.</li> <li>- Sentencia recaída en el expediente signado con número 2650-2012-50</li> <li>- Sentencia recaída en el expediente signado con número 5836-2013-70</li> </ul>

- Criterios de jueces penales de la Corte Superior de Justicia de La Libertad sobre la institución de la prueba de oficio.	- Los siguientes 5 magistrados: <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Mg. Carlos Gutiérrez Gutiérrez.</li> <li>➤ Mg. Javier Salazar Flores.</li> <li>➤ Dr. Víctor Burgos Mariños.</li> <li>➤ Mg. Jorge Humberto Colmenares Cavero.</li> <li>➤ Mg. Carmen Ruth Viñas Adriánzén.</li> </ul>
- Criterios de especialistas con publicaciones científicas sobre la prueba de oficio	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Dr. Arsenio Oré Guardia.</li> <li>➤ Dr. Michele Taruffo</li> </ul>

#### 4.3. TÉCNICAS, PROCEDIMIENTOS E INSTRUMENTOS.

##### 4.3.1. PARA RECOLECTAR DATOS.

TÉCNICAS	INSTRUMENTOS	PROCEDIMIENTO	MÉTODOS
<b>Análisis Documental</b>	<b>Ficha Textual</b>	Análisis información documental contenida en libros y revistas sobre la institución jurídico-procesal materia de investigación.	<b>Análisis</b> <b>Síntesis</b>
<b>Análisis Jurisprudencial</b>	<b>Guía de análisis jurisprudencial</b>	Análisis de jurisprudencia emitida por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados a efectos de determinar la incidencia relacional que tienen las dos variables de la presente investigación.	<b>Análisis</b> <b>Síntesis</b>
<b>Entrevista</b>	<b>Guía de entrevista</b>	Realización de las preguntas contenidas en la guía de entrevista o cuestionario a las personas consignadas en la muestra indicada <i>ut supra</i> , a fin de recabar la información comunicada.	<b>Inductivo</b> <b>Deductivo</b>

##### 4.3.2. PARA ANALIZAR INFORMACIÓN.

- **Entrevista:** Para la entrevista se utilizó la técnica de inductivo-deductivo, con el instrumento procesador de texto MS WORD 2010.
- **Análisis jurisprudencial:** Se utilizó la técnica de análisis y síntesis.
- **Análisis Documental:** Se utilizó la técnica de análisis y síntesis.

## CAPÍTULO 5. RESULTADOS.

Los resultados obtenidos mediante la aplicación de los instrumentos están articulados en base a los siguientes cuadros, de acuerdo a los instrumentos utilizados.

Por lo que corresponde al presente cuadro, de acuerdo a la aplicación del instrumento **entrevista**, los entrevistados han afirmado:

RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DEL INSTRUMENTO ENTREVISTA					
ENTREVISTADO	[P.1.] Según su experiencia, ¿cuándo ha estado justificada la instrumentación de la prueba de oficio?	[P.2.] ¿Cuáles, considera, son los presupuestos de la prueba de oficio?	[P.3.] ¿Cuál, considera, es la función de la cláusula de prohibición de subrogación del juzgador en la de parte prevista en el inciso 2 del artículo 385 del Código Procesal Penal, referido a la instrumentación de la prueba de oficio?	[P.4.] ¿Considera que la prueba de oficio cumple alguna función relativa a la prohibición del “non liquet” que recae sobre la función jurisdiccional?	[P.5.] ¿Cuál, considera, es la incidencia que tienen los presupuestos de la instrumentación de la prueba de oficio en el contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva?
VÍCTOR ALBERTO BURGOS MARIÑOS	En principio, la prueba de oficio no es necesaria. Sin embargo, cuando existe duda, debe de considerarse que si es posible completar la información obtenida, existiendo silencio de las partes sobre la concreción de sus teorías del caso, podrá hacerse uso de la prueba de oficio.	El primer de los presupuestos de la prueba de oficio siempre es la existencia de duda, producto de la prueba insuficiente aportada por las partes del proceso. El segundo consiste en que, con la actividad probatoria de oficio, no se reemplaza a las partes, puesto que lo que importa es el descubrimiento de los hechos, y no apoyar tal o cual teoría del caso.	La función de la citada cláusula es garantizar la imparcialidad que debe regir a la función jurisdiccional.	La prueba de oficio sí está vinculada a la prohibición del “non liquet” en la medida en que al aportar un nuevo elemento de prueba, garantiza una mejor decisión, al permitir una mejor motivación de los hechos con la prueba actuada.	La prueba de oficio incide sobre el derecho a la tutela procesal efectiva porque garantiza una mejor decisión, conforme he afirmado. Sin embargo, esta al ser un rezago del modelo inquisitivo, no debe ser utilizada sino de acuerdo a sus presupuestos, esto es, ser excepcional.

<p><b>JORGE HUMBERTO COLMENARES CA- VERO</b></p>	<p>La prueba de oficio no está justificada porque vulnera el principio de imparcialidad judicial. Cada parte debe de hacer su trabajo en el proceso, y eso supone la aportación de medios de prueba.</p>	<p>-</p>	<p>-</p>	<p>-</p>	<p>-</p>
--	--	----------	----------	----------	----------

CARLOS GERMÁN  
GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ

La prueba de oficio se fundamenta, tal como lo indica el inciso 2 del artículo 385 del Código Procesal Penal, en el pleno esclarecimiento de los hechos materia del proceso, pero cuyo uso es estrictamente excepcional. Tanto es así que, en los dieciséis meses que he laborado de juez de juzgamiento, sólo en tres oportunidades el Primer Juzgado Penal Colegiado -hoy Primer Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial-

Los presupuestos de la prueba de oficio se fundan, primero, en que, tras todos los medios de prueba actuados, no se pueda decidir porque no se ha producido convicción de si se debe condenar o absolver, esto es, que existe insuficiencia probatoria para asumir cualquiera de las teorías del caso presentadas por las partes. En segundo lugar, el medio de prueba a realizarse o actuarse de oficio debe de servir para el esclarecimiento de los hechos; lo que significa que no dependerá de la tesis de la defensa técnica del acusado o del representante del Ministerio Público.

La cláusula de prohibición de subrogación del juzgador en la posición jurídica de parte que acompaña al uso de la prueba de oficio viene con lo excepcional de la misma, puesto que lo que se va a buscar esclarecer es lo que es materia de juzgamiento. Es decir, lo que pretende la cláusula es restringir el uso de la iniciativa probatoria de oficio y que esta no esté orientada a favorecer a ninguna de las partes.

Sí, pero ello debe ser entendido si es que es imprescindible su uso, puesto que, de lo contrario, se tendría que admitir el uso de la prueba de oficio de manera indistinta, lo que no estaría justificado. Y es que lo que vincula al uso de la prueba de oficio con la prohibición del “non liquet” es que esta tiende a adicionar un elemento de prueba que se juzga garantizará un juicio de certeza sobre los hechos que fueron aportados por las partes del proceso.

La prueba de oficio tiene una incidencia ponderativa en el proceso penal, puesto que implica la intervención del juez en la aportación del material probatorio al proceso, trátase esta de la que es realiza a petición de parte o la que es realizada motu proprio por el propio juez. Pero esta intervención se realiza a fin de esclarecer los hechos, y para mejor resolver, y en este sentido incide sobre el derecho a la tutela procesal efectiva.



**JAVIER CARLOS  
SALAZAR FLORES**

La prueba de oficio se justifica cuando resulte manifiestamente indispensable practicar para esclarecer los hechos, y siempre que ello surja del debate, al culminar la actividad probatoria producto de los actos de aportación de las partes.

Los presupuestos de la prueba de oficio son la ausencia de actividad probatoria para despejar la duda, esto es, que no exista certeza sobre los hechos materia de juzgamiento. En segundo lugar, que exista una factibilidad de la actuación probatoria que habrá de ordenarse, debiéndose excluir todo medio de prueba que implique una prolongación irrazonable del juzgamiento, como sucede con las pericias, que implican un procedimiento de designación de testigos, y

La mencionada cláusula garantiza la no parcialización, es decir, que el juez no debe actuar una prueba de oficio para absolver o condenar, sino porque ayudará al esclarecimiento de los hechos.

Incide porque, al generar certeza de que el acusado es culpable o inocente, permite una respuesta razonable por parte del órgano jurisdiccional sobre los hechos materia de juzgamiento.

La prueba de oficio tiene una incidencia positiva sobre el derecho a la tutela procesal efectiva porque, para empezar, el modelo procesal peruano no es puro, sino mixto, y lo que está en juego es la libertad y la vida de una persona. Y, si en un caso se encuentra duda, es razonable el uso de la prueba de oficio para poder procurar una certeza sobre los hechos. Cuando se realiza una declaración de voluntad judicial, se afirma la vigencia

	<p>otros que la norma procesal regula. Con la excepción de ello, en el caso de la prueba de ADN en los delitos contra la libertad sexual, por su resultado prácticamente irrefutable. En tercer lugar, que, de otro modo, no haya podido obtenerse, por lo que deberá de analizarse si es que fue responsabilidad de la parte solicitante el haber actuado un medio de prueba necesario para su teoría del caso, a fin de no subrogar a las partes.</p>		<p>de una norma de la sociedad, y esta debe ser tutelada en cada caso concreto. El proceso penal es un medio donde se discute o debate la justicia, se confirma una presunción de inocencia que reviste al status del imputado o se afirma la efectiva responsabilidad del mismo.</p>
--	---	--	---

<p>CARMEN RUTH VIÑAS ADRIANZÉN</p>	<p>La prueba de oficio se justifica porque permite la averiguación de la verdad de los hechos. Si bien, en la doctrina, se ha discutido sobre lo inquisitivo que la misma connota en un sistema procesal, también se ha aclarado que la prueba de oficio, como toda prueba, lo que acredita es la existencia de un hecho, y el hecho no pertenece a las partes. Por ello es que la prueba de oficio está justificada.</p>	<p>Los presupuestos de la prueba de oficio son la ausencia de prueba suficiente para poder decidir sobre los hechos materia de juzgamiento y la averiguación de la verdad, conforme he afirmado anteriormente.</p>	<p>La cláusula que se indica permite que el uso que hace el juez de la prueba de oficio se ceña necesariamente a los hechos, y se prevenga de parcializarse.</p>	<p>Si es que se puede afirmar que amplía el conocimiento del juez sobre los hechos, necesariamente incide sobre dicho imperativo jurisdiccional, pues permitirá una mejor motivación de la sentencia.</p>	<p>La prueba de oficio incide sobre el derecho a la tutela procesal efectiva, pues lo que garantiza es que este derecho de tutela sea materialmente realizado. Si es que no se procura el esclarecimiento de los hechos en un proceso, de nada sirve afirmar al final una decisión, puesto que no estará ceñida a la realidad. En tal sentido, la incidencia es directa sobre el citado derecho.</p>
--	---	--	--	---	--

<p>LA DOCTRINA</p>	<p>La prueba de oficio se fundamenta en la <i>“averiguación de la verdad”</i>.</p>	<p>Los presupuestos de la prueba de oficio son la <i>“indeterminación de los hechos aportados”</i> y <i>“averiguación de la verdad”</i>.</p>	<p>Garantiza la imparcialidad judicial.</p>	<p>Incide directamente, puesto que amplía la comprensión del juez de los hechos al aportar un medio de prueba adicional.</p>	<p>La incidencia de los presupuestos de la prueba de oficio de <i>“indeterminación de los hechos aportados”</i> y de <i>“averiguación de la verdad”</i> inciden sobre el contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva porque garantizan una respuesta jurisdiccional sustentada en una mejor comprensión de los hechos del proceso.</p>
--------------------	--	--	---	--	---

<p><b>EL CÓDIGO PROCESAL PENAL</b></p>	<p>La prueba de oficio se fundamenta en la “averiguación de la verdad”.</p>	<p>Los presupuestos de la prueba de oficio son: 1) el ser ofrecida o instada hasta antes de culminada la actividad probatoria (presupuesto procesal); 2) que sea excepcional y esté vinculada al esclarecimiento de los hechos (presupuesto sustancial).</p>	<p>Garantiza la imparcialidad judicial.</p>	<p>X</p>	<p>La incidencia de la prueba de oficio con el derecho a la tutela procesal efectiva es que los presupuestos de la primera de ser ofrecida hasta antes de culminada la actividad probatoria, garantiza la vigencia del principio de legalidad procesal penal y del principio de aportación de parte que ha recogido el modelo acusatorio; y el presupuesto de esclarecimiento de los hechos, que recoge a la “averiguación de la verdad”, positiviza la prohibición del “non liquet”, pues únicamente la verdad de los hechos ha de justificar una respuesta razonable por parte del órgano jurisdiccional.</p>
--	---	--	---	----------	---

De acuerdo a la aplicación del instrumento **guía de análisis jurisprudencial**, se han obtenido los siguientes resultados:

**CUADRO DE ANÁLISIS DE RESULTADOS DEL INSTRUMENTO "GUÍA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL".**

EXPEDIENTE	[P.1.]HECHOS MATERIA DEL PROCESO	[P.2.] PRUEBA DE OFICIO	[P.3.]INCIDENCIA DE LA PRUEBA DE OFICIO PARA LA DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS MATERIA DEL PROCESO.	[P.4.]CONCLUSIÓN
------------	----------------------------------	-------------------------	--	------------------

2650-2012	<p>Los hechos materia del proceso consisten en la comisión del delito de actos contra el pudor realizados por el acusado Walter Roberto Burgos Rodríguez testigo de matrimonio del padre de la menor agraviada de iniciales N.Y.C.Z.</p>	<p>Declaración de la Madre de la agraviada, Clara Né-lida Zambrano Benavides Del Castillo, y Acta de nacimiento del menor Jerson López Luciano.</p>	<p>La prueba de oficio fue trascendental para el esclarecimiento de los hechos porque quien realizó la denuncia, esto es, la primera imputación, fue la madre de la menor, quien no había concurrido a declarar al juzgamiento, y existía, hasta antes, una duda sobre si los hechos materia de juzgamiento habían sido realizados por el acusado, dotando de verosimilitud al relato de la menor agraviada.</p>	<p>En el presente caso, la incidencia de la prueba de oficio sobre la determinación de los hechos del proceso fue en el sentido de ampliar la perspectiva y conocimiento de las tesis de cargo y de descargo al órgano jurisdiccional. Sobre todo para discernir entre la duda existente de un hecho delictuoso de difícil probanza como son los actos contra el pudor. De modo que se permitió una resolución motivada por la mayor comprensión que tuvo el órgano jurisdiccional respecto de los hechos.</p>
-----------	--	---	--	--



<p>627-2013</p>	<p>Los hechos materia del proceso consisten en la comisión del delito de violación sexual de menor de edad sufrida por la menor de iniciales L.S.L.L. por la persona de Hermes Aquilino de la Cruz Rodríguez dentro de un ámbito familiar.</p>	<p><b>a)</b> Cartas dirigidas a la señora Teófila Lucano del acusado Aquilino De la Cruz; <b>b)</b> Acta de nacimiento del menor Jerson López Lucano, con lo cual se busca probar la teoría del caso de la defensa, de que la señora Lucano tenía una relación con el señor López Cueva, por lo que el acusado no sería más que un trabajador.</p>	<p>Las dos pruebas de oficio producidas sirvieron para dotar de una mayor comprensión al órgano jurisdiccional sobre los hechos materia del proceso al estar referidas a los hechos aportados por las partes al proceso.</p> <p>La primera tenía como finalidad que se esclarezca la veracidad de la afirmación de la tesis acusatoria referente al aprovechamiento de confianza que tuvo el acusado para poderse aproximar a la menor agraviada, realizar su influjo y sostener las relaciones sexuales mantenidas.</p> <p>La segunda tenía como finalidad el esclarecimiento de la veracidad de la afirmación de la tesis acusatoria en lo referente a que el acusado era un simple operario, pues la madre de la menor agraviada incluso había procreado un menor de edad en el momento en que supuestamente el acusado sostenía una relación con la misma.</p>	<p>En el presente caso, la incidencia de la prueba de oficio sobre la determinación de los hechos del proceso fue en el sentido de ampliar la perspectiva y conocimiento de las tesis de cargo y de descargo al órgano jurisdiccional. Sobre todo por su orientación a desacreditar o consolidar la tesis acusatoria frente a la retracción que realizó la menor agraviada en vía de prueba anticipada y su contradicción al momento de ser examinada durante el juzgamiento. Por tanto, se garantizó una resolución motivada por la mayor comprensión que tuvo el órgano jurisdiccional respecto de los hechos.</p>
-----------------	--	--	--	--

<p>5836-2012</p>	<p>Los hechos materia del proceso consisten en la comisión del delito de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas por parte de los acusados Adriana León Alvarado y Miguel Gutiérrez Ponce, quienes fueron encontrados encontrados con marihuana, pasta básica de cocaína e indumentaria para la comercialización de drogas.</p>	<p>Fotografías en las que los imputados aparecen reunidos tomando licor, posando en una cama, recostados sobre la vía pública, en otras bailando, y otras que connotan un ámbito de amistad cercano.</p>	<p>En el presente caso, los medios de prueba aportados de oficio incidieron en la determinación de los hechos materia del proceso, pues esclarecieron la relación existente entre los coimputados, llegándose a determinar que ambos participaban de los actos ilícitos relativos al tráfico ilícito de drogas.</p>	<p>En el presente caso, la incidencia de la prueba de oficio sobre la determinación de los hechos del proceso estuvo orientada en el sentido de ampliar la perspectiva y la comprensión por parte del juez de lo que trasuntaba la tesis de cargo (la cercanía y vinculación entre los acusados) y de descargo (lo esporádico de la relación que tenían los mismos) sobre el comportamiento de los acusados. Sobre todo por su orientación a desacreditar o consolidar la tesis de la coimputada de señalar que los actos ilícitos eran únicamente realizados por su coimputado, llegándose a comprender que existía una cercanía por parte de ambos.</p>
------------------	---	--	---	---

ENTREVISTA A ESPECIALISTA: ARSENIO ORÉ GUARDIA	
PREGUNTAS	RESPUESTAS
<p>1. De acuerdo a su experiencia en la labor forense, ¿cuál es la justificación de la incorporación de una institución procesal como la prueba de oficio en nuestro ordenamiento jurídico-procesal?</p>	<p>En principio, es necesario mencionar que la prueba de oficio, adecuadamente ejercida, coadyuva al descubrimiento de la verdad; de ahí que prueba de oficio y verdad se encuentren estrechamente ligadas, y esta sea fundamento de aquella.</p> <p>Naturalmente, la afirmación anterior tiene como presupuesto que se entienda que la búsqueda de verdad es –como una aspiración o como un horizonte–, la finalidad del proceso penal.</p> <p>En efecto, el hecho de reconocer que en ocasiones no es posible hallar la verdad histórica no debe significar que su búsqueda deba ser abandonada; por el contrario, el descubrimiento de la verdad debe ser el horizonte, la pauta que debe guiar la actividad del juez en todo proceso penal. En palabras de Taruffo, “[...] <i>la idea general de verdad se puede concebir como una especie de ‘ideal regulativo’, esto es, como un punto de referencia teórico que se debe seguir a fin de orientar la empresa del conocimiento en la experiencia real del mundo</i>”.</p> <p>En consecuencia, siendo la búsqueda de la verdad la finalidad del proceso penal y, a su vez, un componente de la decisión justa, considero que este y no otro es el fundamento que autoriza al juez ordenar prueba de oficio. Y es que no puede hablarse de una decisión justa si los hechos sobre los que se basa la sentencia no se corresponden con la realidad.</p>

2. ¿Cuáles, considera, son los presupuestos para la instrumentación de la prueba de oficio dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal?

En mi opinión, la prueba de oficio debe tener ciertos límites que deben ser observados necesariamente si se quiere que esta institución sea compatible con los principios que rigen el proceso. Dicho en otros términos, no se trata de que la prueba de oficio sea permitida de manera indiscriminada en todos los casos, sino que tenga claros límites que permitan un adecuado uso de esta facultad probatoria que tiene el juez. Estos límites deben ser los siguientes:

- La prueba de oficio no debe modificar el objeto del proceso. Esta limitación consiste en que la iniciativa probatoria de oficio del juez debe ceñirse, por aplicación del principio acusatorio, necesariamente a los hechos objeto de discusión en el juzgamiento. Este principio supone que el juez está plenamente vinculado a los elementos fácticos expuestos en la acusación; dicho de otro modo, por vigencia de este principio, el órgano jurisdiccional está imposibilitado de alterar los hechos configuradores del proceso penal.
- El juez no puede acordar la práctica de la prueba de oficio cuando resulte evidente la ausencia total y/o la manifiesta insuficiencia de las pruebas practicadas. Este límite encuentra su explicación en el carácter complementario que gobierna a la prueba de oficio, lo cual presupone que haya una mínima actividad probatoria a instancia de las partes procesales; es decir, el juez solo utilizará su facultad probatoria ex officio cuando se haya actuado prueba a iniciativa de las partes, de lo contrario –ante una clara insuficiencia probatoria– lo que corresponde es que el juez emita una sentencia absolutoria.
- El juez, al actuar prueba de oficio, debe respetar de modo irrestricto el principio de contradicción y el derecho de defensa de los litigantes. Esto supone que las partes deben tener la posibilidad de contradecir y de defenderse de los resultados obtenidos producto de la actuación de la prueba de oficio. Lo contrario, sin duda, significaría dejar en estado de indefensión a las partes, y la prueba de oficio se deslegitimaría.
- La necesidad de la actuación probatoria de oficio debe surgir como consecuencia de los debates suscitados durante el juicio oral. Esto significa, como bien dice Miranda Estrampes, que el juez no puede realizar ninguna labor de investigación encaminada a la búsqueda de fuentes de prueba. Por tal motivo, la prueba de oficio se encuentra limitada a aquellas fuentes que han surgido en el juicio oral, como consecuencia de la práctica de las pruebas propuestas por las partes procesales.
- La prueba de oficio solo podría ser acordada una vez finalizada la práctica de las pruebas aportadas por las partes. Esto quiere decir que la prueba de oficio no podrá ser actuada mientras se encuentre pendiente alguna de las pruebas presentadas por las partes.

3. ¿Cuál, considera, es la función de la cláusula de prohibición de subrogación de la posición del juzgador en la de parte, prevista en la disposición normativa del inciso 2 del artículo 385 del Código Procesal Penal, referida a la instrumentación de la prueba de oficio en el proceso penal?

La función es, precisamente, evitar que el juez tome un protagonismo de tal magnitud que prácticamente reemplace a las partes, incluso, en la actuación de la prueba incorporada de oficio. Y es que, sin un límite como el referido, el sistema procesal quedaría expuesto a escenarios en los que la intervención de las partes en la producción de prueba (que solo se consigue con su actuación) sería superflua, contraviniendo con ello una serie de principios propios del juicio oral: el principio acusatorio, de igualdad procesal, contradictorio y el derecho de defensa.

Es por ello que resulta acertada la opción del legislador de permitir la prueba de oficio, pero solo como una excepción al principio de aportación de partes.

<p><b>4.</b> ¿Considera que la prueba de oficio cumple alguna función relativa a la prohibición del «non liquet» que recae sobre la función jurisdiccional?, ¿de qué manera?</p>	<p>En relación a la pregunta referida, el non liquet es un aforismo latino bajo el cual los jueces podían emitir sus resoluciones sin resolver el fondo del asunto, dejando expedita la posibilidad de que la controversia pueda ser sometida con posterioridad ante la instancia correspondiente.</p> <p>De ahí que, la prohibición del non liquet surge como un límite que se impone al Estado, precisamente, para evitar que este vuelva a abrir las causas penales, con lo cual el órgano jurisdiccional solo podrá desentenderse del conflicto, una vez que se haya pronunciado sobre el fondo del asunto. A ello apunta, precisamente, el reconocimiento constitucional de la presunción de inocencia que tiene como norte inclinar la balanza de la incertidumbre razonable sobre los hechos a favor del acusado (in dubio pro reo).</p> <p>Dicho esto, no encuentro ninguna relación entre la prueba de oficio y la prohibición del non liquet, pues, aun en un modelo procesal que prohíba expresamente aquella institución probatoria, la prohibición en referencia se mantiene su vigencia, en la medida de que la presunción de inocencia siga siendo reconocida.</p> <p>Asimismo, el reconocimiento de la prueba de oficio dentro de un determinado ordenamiento, como el nuestro, tampoco supone amparar o inobservar la exigencia de la prohibición del non liquet, pues, como lo señalé anteriormente, dicha prohibición se funda en el derecho a la presunción de inocencia.</p>
<p><b>5.</b> ¿Considera que la incorporación de la prueba de oficio dentro de nuestro ordenamiento jurídico procesal-penal incide sobre la efectividad del derecho a la tutela procesal efectiva?</p>	<p>El derecho a la tutela procesal efectiva no solo debe analizarse desde el derecho al acceso a la justicia y el derecho al debido proceso, si bien estas son las manifestaciones a los que se suele hacer referencia con mayor frecuencia; sino también desde la perspectiva de la efectividad que toda resolución judicial debe tener y que, en lo penal, incluso, trasciende a los intereses de los específicos intervinientes en calidad de partes procesales.</p> <p>Desde esta perspectiva, precisamente, la prueba de oficio, dentro de los límites antes expuestos, puede coadyuvar a la efectividad que toda sentencia penal debe mantener frente a la sociedad, al constituir una herramienta probatoria a través de la cual el servicio de administración de justicia en lo penal aproxima cada vez más el resultado del proceso a la verdad histórica como condición para la emisión de una decisión justa. Decisión justa a la cual aspiran, repito, no solo las partes procesales, sino todos los miembros de la comunidad dentro de la cual dicha sentencia penal, como manifestación del poder del Estado, finalmente se ha de ejecutar.</p>

**ENTREVISTA A ESPECIALISTA: MICHELLE TARUFFO**

PREGUNTAS	RESPUESTAS
<p><b>1.</b> ¿Cuál, considera, es la justificación de que, en un ordenamiento jurídico-procesal, se incorporen poderes de instrucción para el Juez?</p>	<p>Justificaciones, hay varias. Una justificación es, si se piensa como yo pienso, uno de los fines del proceso está también la búsqueda de la verdad, esto implica poder del juez. Porque no se puede presumir que las partes le ofrezcan todas las pruebas posibles. Cada parte defiende su interés: el demandante llega con las pruebas que le son favorables a él, el demandado hace lo mismo. Dialéctica, que me parece normal. Pero, esto no implica que las partes lleven al Juez todas las pruebas posibles. Entonces, si el fin es la búsqueda de la verdad, el Juez puede encontrarse con la situación que ve que faltan pruebas porque una de las partes... falta pruebas, y el juez conoce, mirando las otras pruebas que tiene o algunos actos del proceso, que falta una prueba relevante para la búsqueda de la verdad, entonces [gesto] .</p>
<p><b>2.</b> ¿Considera que es necesaria la incorporación de poderes de instrucción para el Juez?</p>	<p>El juez tiene la obligación de alcanzar, por lo posible, establecer la verdad de los hechos. Las partes, como he dicho, hacen su propio interés, de parte, digamos. El sujeto neutral es el juez, entonces todo lo que ocurre en el proceso depende del juez.</p>
<p><b>3.</b> ¿Cuáles, considera, son los presupuestos de un acto procesal como la prueba de oficio?</p>	<p>Los presupuestos, como decía, son que el juez debe establecer los hechos que ocurrieron, en la realidad, no puede referirse a su propio conocimiento personal, si lo tiene; tiene que fundamentarse, de manera exclusiva, sobre lo que sabe sobre las pruebas. Hay el derecho a la prueba de las partes y hay la obligación del juez de considerar todas las pruebas que le ofrecen las partes. Como decía, si el juez dice aquí hay un hecho relevante, pero no tengo la prueba, pero sé que existe la prueba, entonces, sobre este hecho, bueno, es claro. Es claro que si las partes le presentan al juez todas las pruebas posibles, el juez no tiene nada que hacer.</p>



4. ¿Cuál, considera, es la incidencia entre los poderes de instrucción del juez penal y el derecho a la tutela procesal efectiva?

Si es que partimos de que en el proceso se trata de establecer la verdad relativa sobre los hechos es una condición por la aplicación correcta de la ley, se puede decir también es una condición por la aplicación correcta del Derecho. Aplicar la ley, significa actuar, en realidad, por el derecho del que se trata.

## CAPÍTULO 6. DISCUSIÓN.

### 1.1. PRELIMINAR.

El presente apartado comprende la discusión de los resultados obtenidos de la aplicación de los dos instrumentos utilizados para la presente investigación, esto es, la guía de entrevista a los jueces penales y de los especialistas legales, quienes son los competentes para conocer e instrumentar la prueba de oficio; y, por otro lado, las sentencias derivadas de procesos en los que la prueba de oficio fue instrumentada, y cuyo estudio tuvo como finalidad primordial determinar la incidencia de la prueba de oficio sobre el derecho a la tutela procesal efectiva, en lo que respecta a su etapa culmen: la sentencia.

### 1.2. DISCUSIÓN.

En ese contexto, en los siguientes apartados, que se realizan correlativamente a los objetivos específicos, se ha analizado cada uno de los resultados de los instrumentos desde lo desarrollado en el marco teórico, que constituye la parte dogmática de la presente investigación. En tal sentido, en cada apartado de cada discusión, se ha empezado por connotar las respuestas sostenidas por los entrevistados y el contenido del análisis de las sentencias estudiadas para posteriormente contrastar si ello realiza el desarrollo doctrinario de las instituciones que constituyen las variables del presente trabajo, es decir, la prueba de oficio y el derecho a la tutela procesal efectiva.

#### 1.1.1. DISCUSIÓN NÚMERO 1. LOS PRESUPUESTOS DE LA PRUEBA DE OFICIO DE ACUERDO A LA DOCTRINA, LOS CRITERIOS JURISDICCIONALES Y DE ESPECIALISTAS.

1.1.1.1. De acuerdo a lo desarrollado en el primer capítulo del presente trabajo, concluí que los presupuestos de la prueba de oficio eran dos.

El primero de ellos, pese a que la doctrina sostiene que estaría constituido por la “*insuficiencia probatoria*”, consideré apropiado señalar en el punto 1.4.1. del Capítulo 1 que, en cuanto al desarrollo dogmático que había tenido tal problemática, esta permitía mejor comprendida si es que terminológicamente nos referíamos a un problema de “*indeterminación de los hechos aportados*”, en tanto que era la expresión fenoménica de los hechos del proceso no se dejaban ver tal cuales son tras su probanza, la que no permitía una comprensión adecuada de los mismos por parte del juez. Situé a la insuficiencia probatoria dentro de lo que he considerado como la “*indeterminación de los hechos aportados*”, porque lo que determinaba tal indeterminación no era otro hecho que el insuficiente evidenciar, o el hacer patente de los medios probatorios aportados por las partes una vez actuados en el juicio oral, que no permitía una adecuada comprensión de los hechos al juez.

Ello se hizo más claro cuando abordé al segundo presupuesto, el de la denominada “*averiguación de la verdad*” (*Aufklarungsprinzip*), donde abordé los conceptos de verdad desde la concepción que denominé

cognoscitivista-epistémica –por permanecer en el esquema representacional sujeto-objeto – y la concepción hermenéutica. De ello sostuve que a la primera le era propia un concepto de verdad como correspondencia, es decir, de corrección del enunciado. Mientras que, en el segundo, el problema de la verdad se situaba en el momento de su informe (ver punto 1.4.2.1.2. del primer capítulo), es decir, en el hecho mismo del evidenciar, de hacer patente un hecho. Ello, sumado a los conceptos hermenéuticos de comprensión, mundo, lenguaje, tradición, horizonte histórico y conciencia de la historia efectual, tenía consecuencias prácticas dentro del proceso, porque permitía comprender que no hay una escisión entre el mundo del derecho y del hecho - y comprender reglas como la exclusión de la prueba ilícita-. Todo ello me permitió concluir que el proceso en tanto *locus*, por antonomasia, de concreción de la norma, se trataba de la comprensión de los hechos, porque era la comprensión de la significación jurídica de los mismos lo que permitía tal concreción. Y ello no se daba sino por el evidenciar derivado de los medios probatorios una vez en su actuación. En ese sentido, no había razón para restringir la actividad probatoria del juez, si es que este era comprendido como el único llamado legítimamente para comprender los mismos y emitir un pronunciamiento. Lo contrario, afirmé, significaba tornar al proceso en un mero ritual.

Lo precedente también permitió establecer también una vinculación entre la averiguación de la verdad y el cumplimiento efectivo de la prohibición del “*non liquet*”, porque estaba constituido por la posibilidad de abstenerse de emitir una decisión final por parte del juez, en caso los hechos no resultaren claros (ver punto 1.4.2.5.). La cuestión era, desde luego, que no podía afirmarse el hecho de la no claridad (incomprensión) de los hechos, si es que no se habían agotado los medios posibles para garantizar tal esclarecimiento.

- 1.1.1.2. Por su parte, de acuerdo a la aplicación del instrumento “*Guía de entrevista*”, pregunta número 2, se obtuvo cuatro de los entrevistados – los jueces Víctor Burgos Mariños, Carlos Germán Gutiérrez Gutiérrez y Javier Salazar Flores- afirmaron que el primer de los presupuestos de la instrumentación de la prueba de oficio era la insuficiencia probatoria, conforme se puede apreciar en sus respuestas a la primera pregunta. En el caso del primer, tercero y cuarto entrevistado –los jueces penales Víctor Burgos Mariños y Javier Salazar Flores- se hizo hincapié en la existencia de la persistencia de duda tras la actuación de todos los medios probatorios durante el juicio oral.

Asimismo, todos los entrevistados convinieron que otro presupuesto de la prueba de oficio era que no se “*reemplace a las partes*” con la actividad probatoria de oficio, por cuanto la actividad probatoria de oficio estaría encaminada al esclarecimiento de los hechos. El juez Carlos Germán Gutiérrez Gutiérrez sitúa, no obstante, al esclarecimiento de los hechos como presupuesto de la prueba de oficio, y sostiene que la prohibición de reemplazo de las partes es sólo la significación de lo que significa tal presupuesto. En su respuesta es claro

en ello: “(...) *el esclarecimiento de los hechos; lo que significa que no dependerá de la tesis de la defensa técnica del acusado o del representante del Ministerio Público*”. Igualmente, todos convinieron en que la cláusula de prohibición de subrogación del Juez en la de parte al momento de instrumentar la prueba de oficio garantiza la imparcialidad judicial.

Por otro lado, el cuarto entrevistado, el magistrado Javier Carlos Salazar Flores, indicó que otro presupuesto para la instrumentación de la prueba de oficio era la “*factibilidad de la actuación probatoria*”, referida a la prolongación temporaria que tomaría el medio de prueba a ordenarse o actuar de oficio, quedando excluidas las pruebas periciales, por antonomasia. A no ser que brindasen una certeza científica prácticamente irrefutable, como el caso de la prueba de ADN.

Por último, el entrevistado Jorge Humberto Colmenares Cavero, en la medida que fue el único que señaló que la prueba de oficio infringía el principio de imparcialidad, se abstuvo de responder las siguientes preguntas.

- 1.1.1.3.** En cuanto al tercer instrumento, también consistente en una “*Guía de entrevista*”, excepto que de especialistas en la materia – el profesor Arsenio Oré Guardia y el profesor Michelle Taruffo-, fue encontrado en común lo que también en la doctrina se denomina “*insuficiencia probatoria*”, aunque no en esos términos. En el caso del profesor Oré Guardia, a la pregunta 2 de la guía de entrevista, respondió como límite (a los límites el profesor los considera presupuestos, que, creo, en cierta forma, puede ser válido si es que aquello que limita, en tanto que deriva del latín *limes*, fija a partir de dónde puede ser realizado algo, es decir, sirve como condición de posibilidad) de la prueba de oficio el que la misma “(...) *sólo podrá ser acordada una vez finalizada la práctica de las pruebas aportadas por las partes*”. En el caso del profesor Taruffo, es enfático: “*Es claro que si las partes le presentan al juez todas las pruebas posibles, el juez no tiene nada que hacer*”. En otras palabras, sólo si ello es necesario, y la necesidad, conforme se ha desarrollado en el primer capítulo del marco teórico, como en el caso del punto precedente, viene dado por la “*insuficiencia probatoria*”.

En ello coinciden. En cuanto a qué otros presupuestos los mismos consideran como legitimadores de la prueba de oficio, el profesor Oré Guardia sostiene entre otros: **(1)** La prueba de oficio no debe de modificar el objeto del proceso, es decir, el ceñimiento sobre los hechos del proceso; **(2)** no se puede acordar la práctica de la misma cuando resulte evidente la ausencia total y/o manifiesta insuficiencia de las pruebas practicadas, porque la prueba de oficio sería complementaria; **(3)** debe de respetarse irrestrictamente el principio de contradicción y el derecho de defensa de los litigantes, es decir, la habilitación de que las partes puedan contradecir los resultados obtenidos de la actuación de la prueba instruida oficialmente; **(4)** la necesidad de que la actuación probatoria de oficio debe surgir como consecuencia de

los debates suscitados durante el juicio oral, es decir, que debe estar proscrita toda búsqueda de fuente de pruebas por el juez.

- 1.1.1.4. De acuerdo a lo observado, se puede apreciar que los entrevistados de la primera *“Guía de entrevista”* (ver punto 1.1.1.2. del presente capítulo) convinieron en afirmar lo que la doctrina había señalado como presupuestos de la prueba de oficio. Considero que sus afirmaciones pueden ser comprendidas dentro de la tradición procesal que considera al problema del esclarecimiento de los hechos, en base a un concepto de verdad correspondencia, propio de las concepciones cognoscitivas-epistémica. Me explico.

Si es que comprendemos sus respuestas, es fácil rastrear el ideal de corrección del enunciado propio de tal concepción de verdad. Cuando, por contraparte de la insuficiencia probatoria, sostienen que la prueba de oficio no debe de decantarse por ninguna teoría del caso, afirman que la verdad estaría en la teoría del caso, pues en ella se trata de enunciados. La diferencia sería que la teoría del caso sería un macro-enunciado. Entonces, la obviedad es la siguiente: que el enunciado, al provenir del sujeto enunciante, pueda implicar que este enuncie aquello que favorece a quien lo enuncia. Implícitamente en todo esto, considero, están los conceptos de *“carga”* (como imperativo del *“propio interés”*) en la actividad que han de desplegar los sujetos del proceso dentro del mismo, porque no habría tal temor si es que la verdad no fuera un problema de corrección de enunciados. Por ello es que junto con el presupuesto de *“esclarecimiento de los hechos”* –que daría cuenta de aquello denominado *“averiguación de la verdad”*– es mirado como ese experimento del doctor Víctor Frankenstein, quien procurando des-ocultar el misteriosa alma del hombre, terminó creando el *“Moderno Prometeo”*.

Si es que es comprendido hermenéuticamente el *“esclarecimiento de los hechos”* de acuerdo a lo desarrollado en el capítulo 1 del presente trabajo, tal cosa no sucede sino porque la verdad se sitúa en el momento en que uno trae el hecho y lo muestra al juez, de modo que el juez es llamado por los hechos y no por las afirmaciones de las partes. Puede decirse que el *“esclarecimiento de los hechos”* está basado en eso: en la actividad de esclarecimiento, es decir, de hacer patente, de hacer evidente algo. En el primer capítulo del trabajo, no sólo afirmé que el juez era de suyo llamado a comprender los hechos, y ello llevaba implícito la posibilidad de la probanza, entendida en el sentido de, valga la redundancia, hacer evidente o poner de manifiesto el hecho, sino que ello era inicialmente compromiso de las partes, porque la prueba por más que sea aportada por una parte no es de la misma. De ahí que haya afirmado la incorrección del prejuicio de *“carga”* que ha sido únicamente lastre en la teoría del proceso; y ello fue más claro en el tercer capítulo (ver punto 1.1.1.1. del mencionado capítulo), donde afirmé por qué era un presupuesto procesal la oportunidad de la proposición de la prueba de oficio, y tenía que ver con el tipo de sistema procesal acusatorio y su inadecuada comprensión por nues-

tra comunidad, que constituye la tradición a la que nos hemos suscritos, y que, actualmente, es la hegemónica. Por estas razones, si es que es comprendida adecuadamente la prueba de oficio o los poderes de instrucción que su habilitación llevan consigo, no puede haber temor de imparcialidad. De hecho, como afirmé, el problema de la imparcialidad se debía a una incomprensión del proceso como *locus* de concreción de la norma, que era solapada por una comprensión litigiosa del mismo.

En cuanto a la “*factibilidad probatoria*” que aduce el juez Javier Salazar Flores, creo que puede ser respondido por una de las consecuencias del principio de presunción de inocencia como remedio de un “*non liquet*”. En el punto 1.4.2.5. del primer capítulo, explicité que una regla de juicio que sirva de clausura al proceso penal sin pronunciamiento sobre los hechos cuando son indeterminados, sólo era posible cuando se habían agotado todos los medios posibles para su determinación, suscribiéndome a la tesis del profesor Dos Santos Bedaque.

- 1.1.1.5. En cuanto a los resultados de la “*Guía de entrevista*” para especialistas, voy a pronunciarme separadamente por cada uno de los entrevistados.

En el caso del profesor Taruffo, me remito a lo que afirmé ya en el punto 1.4.2.5.2.1. del primer capítulo, porque, como afirmé *ut supra*, la respuesta del profesor italiano se articula en base a su concepción cognoscitivista-epistémica de verdad – en la respuesta 4 de la entrevista, se aprecia claramente tal concepción cuando sostiene la posibilidad única de una “*verdad relativa*” en el proceso-. Ello supone una concepción de verdad que sitúa su problemática como una cuestión de corrección del enunciado, para lo que valen mis afirmaciones en el punto precedente y aquellas otras que he desarrollado ya en el primer capítulo.

En el caso del profesor Oré Guardia, sucede otro tanto. Me pronuncio sobre cada uno de los “límites” que considera presupuestos de la prueba de oficio.

Considero que el hecho de que la prueba de oficio no debe de modificar el objeto del proceso es algo que se da por supuesto, porque, como señalé, toda prueba –y ello incluye a la prueba de oficio- es tal porque va a poner de manifiesto un hecho, y ese hecho no es cualquiera, sino aquel que se pretende sea comprendido en su significación jurídica. Eso lo he explicitado mediante un paralelismo con la teoría del Derecho, cuando sostuve que en Kelsen la denominada *quaestio facti*, era el presupuesto de toda *quaestio juris*, y ello era así también con el concepto de pretensión y su fundamento en la *causa petendi*, que no podía escindir lo jurídico de lo fáctico (para apreciar esto con mayor extensión puede verse ello en el punto 1.4.2.5. del primer capítulo).



En cuanto al hecho de que no se puede acordar la práctica de la misma cuando resulte evidente la ausencia total y/o manifiesta insuficiencia de las pruebas practicadas, porque la prueba de oficio sería complementaria, considero que es válido lo que ya he afirmado sobre la “*factibilidad probatoria*” en el último párrafo del punto 1.1.1.4., es decir, que el juez debe de agotar todos los medios posibles, y si está vinculado por los hechos, y los hechos le descubren formas de comprender mejor los mismos, no existe ninguna prohibición fundamentada para inhibirlo de instruir prueba alguna. Suponer que hacerlo infringe el principio de imparcialidad, ya he demostrado que carece de fundamento, porque, en ese caso, el juez lo que hace es cumplir con su función de tutela, no de la teoría del caso, sino de que la norma pueda alcanzar su concreción. Sin embargo, sí debo de decir que mucho tiene que ver aquí lo que se denomina “*conocimiento privado del juez*”, porque no puede instruir sin que le haya sido aperturado tal posibilidad de conocimiento – sólo en ello tiene una relevancia la actividad de las partes, entendida hermenéuticamente, como quienes permiten el primer acercamiento a los hechos al juez-. Empero, si las partes afirman que hay tal forma de acceder a los hechos – cualquiera fuera esta - y que permitirán comprenderlo adecuadamente – que implicaría un ejercicio prudente del juez -, no habría fundamento, al menos sostenible dogmáticamente, para excluir dicha posibilidad.

En cuanto a que deba de respetarse irrestrictamente el principio de contradicción y el derecho de defensa de los litigantes, es decir, la habilitación de que las partes puedan contradecir los resultados obtenidos de la actuación de la prueba instruida oficialmente, estoy de acuerdo, pero estas se comprenden mejor desde la perspectiva de la tutela procesal efectiva, ya que están más vinculadas a ella que a la prueba de oficio.

Por último, sobre la necesidad de que la actuación probatoria de oficio deba surgir como consecuencia de los debates suscitados durante el juicio oral, es decir, que debe estar proscrita toda búsqueda de fuente de pruebas por el juez, me remito a lo que he señalado en el antepenúltimo párrafo.

## **1.1.2. DISCUSIÓN NÚMERO 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO DENTRO DEL PROCESO PENAL PERUANO.**

**1.1.2.1.** De acuerdo a lo desarrollado en el tercer capítulo del marco teórico del presente trabajo, el ámbito de aplicación de la prueba de oficio, consideré oportuno precisar que estaba comprendido por aquella actividad probatoria excepcional desplegada por el órgano jurisdiccional competente de conocer la etapa de juzgamiento, consistente en la actuación de medios probatorios aportados por una parte al proceso en ejercicio de su derecho a probar o aportados por la propia iniciativa del órgano jurisdiccional, realizada con posterioridad a la actuación de los medios probatorios admitidos conforme al principio de preclusión, y cuya finalidad era el esclarecimiento de los hechos materia del



proceso. Ello describía el inciso 2) del artículo 385 del Código Procesal Penal.

También sostuve que la prueba de oficio, en tanto que acto procesal, permitía ser estudiada de acuerdo sus presupuestos procesales y sustanciales (ver punto 1.1. del mencionado capítulo).

En ese sentido, se desarrolló que el presupuesto procesal de la prueba de oficio en el Código Procesal Penal era el de su oportunidad de solicitud o de instrumentación, que comprendido hermenéuticamente estaba vinculado con el modelo de sistema procesal - y los principios regentes del mismo – adoptado por nuestro ordenamiento jurídico-procesal. Afirmé que ello era así porque el horizonte histórico y la tradición a la que pertenecía nuestro ordenamiento procesal era uno donde regían los principios acusatorio y de aportación de parte, que no eran incompatibles con la prueba de oficio, en cuanto a fines de tutela.

Por otro lado, se sostuvo que el presupuesto sustancial que contemplaba la norma procesal que delimitaba el ámbito de aplicación de la prueba de oficio era el uso excepcional y el esclarecimiento de los hechos que la misma debía de realizar. El esclarecimiento de los hechos estaba vinculado con lo que la doctrina ha comprendido como “*averiguación de la verdad*” (*Aufklärungsprinzip*), y a ello se puede aportar para su mejor comprensión lo he afirmado en el primer capítulo en el punto 1.4.2., y he afirmado en el punto 1.1.1.4. de la primera discusión.

También precisé que el presupuesto sustancial de la instrumentación de la prueba de oficio de “*esclarecimiento de los hechos*” llevaba consigo al presupuesto de “*averiguación de la verdad*” que reconoció la doctrina como fundamento de dicho instituto procesal, y que ello comprendía de suyo a la prohibición de subrogación de la actividad probatoria de oficio del juez en la de parte. De acuerdo a la perspectiva hermenéutica adoptada, la “*averiguación de la verdad*” sería correlativa a la actividad de “*comprensión*” de los hechos aportados que sería propia de la actividad jurisdiccional, y que se desenvolvería dentro del proceso, puesto que de lo que se trataba este era de un “*locus*” de concreción de la norma.

- 1.1.2.2.** Conforme se ha tenido de las respuestas a la pregunta número 2 de la “*Guía de entrevista*”, se tuvo que la prueba de oficio estaba reservada para el momento después de actuados los medios probatorios aportados por las partes, por lo que coincide esto con lo que la doctrina ha desarrollado para identificar el ámbito de aplicación del inciso 2 del Código Procesal Penal. Igualmente, todos convinieron en que el ámbito de aplicación de la norma sería en virtud al esclarecimiento de los hechos y de la prohibición de subrogación del Juez en la actividad de las partes. Para esto me remito igualmente al punto 1.1.1.4., porque tales afirmaciones se encuentran fundamentadas en una concepción cognoscitiva-epistémica de verdad.

### **1.1.3. DISCUSIÓN NÚMERO 3. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA.**

**1.1.3.1.** Se ha desarrollado, de acuerdo a la doctrina constitucional y procesal que sirvió de marco teórico, que el contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva vendría determinado por aquellos derechos que eran condiciones de posibilidad de su ejercicio, y sin los cuales, tal ejercicio sería imposible. Para poder identificar ello, se hizo alusión a la comprensión hermenéutica del mismo como “*derecho de protección*” dentro de un Estado Constitucional de Derecho, consideración que permitía comprender de mejor manera su clasificación funcional o analítica.

En ese sentido, se desarrolló que el derecho a la tutela procesal efectiva era un tipo especial de “*derecho de protección*”, pues pertenecía a la clasificación de “*derecho al procedimiento*” y lo que debía de garantizar era la efectivización o mayor desarrollo de los derechos fundamentales dentro del proceso.

En base a esta última afirmación, se acotó que para poder afirmar la efectivización de los derechos fundamentales debía de cumplimentarse la estructura de una técnica procesal adecuada, de un procedimiento adecuado y de una respuesta jurisdiccional adecuada.

Ello, se desarrolló, sólo podría tener lugar en el proceso penal si es que se respetaban los derechos de acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, a la presunción de inocencia, a la debida motivación y al respeto del principio de legalidad procesal penal. El primero de ellos garantizaba la atención de las pretensiones por parte del órgano jurisdiccional; el segundo garantizaba el esclarecimiento del hecho que significaba jurídicamente lo peticionado; el tercero, la posibilidad de defenderse y la paridad de armas o medios procesales adecuados para controlar la legitimidad de una pretensión; el cuarto, una respuesta razonable por parte del órgano jurisdiccional; y el quinto, el ejercicio de un procedimiento regular, y con ello el respeto de formas estatuidas para el desarrollo de los fines de tutela del proceso.

En caso se negase la virtualidad de cualquiera de estos derechos, no podría afirmarse la vigencia del derecho a la tutela procesal efectiva, puesto que se refieren a distintos modos de ser del derecho de protección que el mismo instituye.

### **1.1.4. DISCUSIÓN NÚMERO 4. LA INCIDENCIA DE LOS PRESUPUESTOS DE LA PRUEBA DE OFICIO EN EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA TUTELA PROCESAL EFECTIVA.**

- 1.1.4.1.** De acuerdo a lo desarrollado en la totalidad de capítulos del marco teórico del presente trabajo, se puede concluir que sí existe una incidencia de los presupuestos de la prueba de oficio en el desarrollo del contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva, pero esta incidencia se da de acuerdo a la vigencia de los presupuestos de la prueba de oficio, entendida la prueba de oficio como acto procesal.

En principio, en la medida que se afirmó que el presupuesto procesal de la prueba de oficio, que está referido a la oportunidad de su sostenimiento, se refería a un aspecto de ordenación de procedimiento, ello permite concluir una incidencia entre tal presupuesto y el principio de legalidad procesal penal, al poder comprenderse dicho presupuesto como significación de la pre-existencia de un procedimiento adecuado que habilite tal acto procesal.

- 1.1.4.2.** Por su parte, conforme se puede apreciar de los resultados de la aplicación de la “*Guía de entrevista*” para jueces así como para especialistas, ninguno de los entrevistados hizo la diferenciación entre presupuestos procesales y sustanciales; sin embargo, en la medida en que respondieron que la prueba de oficio se realizaba posteriormente a la actividad probatoria derivada de los actos de aportación de parte, han corroborado lo sostenido por la doctrina desarrollada, esto es, que por la filiación a la tradición de un sistema acusatorio y la vigencia del principio de aportación de parte, la iniciativa probatoria del juez sea subsidiaria.

Por otro lado, en la medida que se desarrolló que el presupuesto sustancial de la “*averiguación de la verdad*” garantizaba una mejor “*comprensión*” de los hechos aportados, podemos concluir que ello necesariamente incide en una respuesta jurisdiccional mejor fundamentada. Si es que nos detenemos aquí y pensamos lo que afirmé sobre el “*non liquet*”, que sucedía por la incomprensión de los hechos del proceso, lo cual permitía una decisión de abstención de pronunciamiento sobre los mismos, y que, actualmente, ha sido sustituida por reglas de juicio, como por el principio de presunción de inocencia, nos daremos cuenta cuán importante es la comprensión de los hechos para fundamentar una decisión en derecho. De ahí su importancia.

Por otro lado, los jueces entrevistados, al responder a la pregunta 4, precisaron que la prueba de oficio tenía como finalidad aportar un nuevo medio de prueba que genere certeza sobre si se debe absolver o condenar en el caso concreto, por lo que, al ampliar el conocimiento de los hechos al órgano jurisdiccional, va a garantizarse una mejor motivación de los hechos determinados con la prueba actuada. En esto estoy de acuerdo, si es que sus afirmaciones se comprenden hermenéuticamente y no desde la concepción cognoscitivista-epistémica de verdad o de la prueba en general, para lo que resulta válido lo que afirmé en el párrafo precedente.

Por su parte, al responder a la pregunta 5, señalaron expresamente que los presupuestos de la prueba de oficio incidían sobre el derecho

a la tutela procesal efectiva, puesto que garantizaban una respuesta jurisdiccional mejor motivada, llegándose a convencer el órgano jurisdiccional de la culpabilidad o inocencia de quien afronta el proceso penal. En esto estoy de acuerdo, y también sólo si es comprendido en la forma que he sostenido tal acuerdo en el segundo párrafo de este punto.

**1.1.4.3.** Por otro lado, los resultados de la “*Guía de análisis jurisprudencial*”, permiten determinar que en las tres sentencias correlativas a las sentencias derivadas de expedientes donde fue instrumentada la prueba de oficio sí hubo la incidencia que tanto los entrevistados como lo que fue desarrollado en el marco teórico adujeron como hipótesis, es decir, del reflejo de su instrumentación y una mejor motivación de la decisión del juez. Expongo el porqué de ello en lo sucesivo.

**1.1.4.3.1.** En la sentencia recaída en el expediente 2650-2012, referida al proceso penal contra Walter Roberto Burgos Rodríguez, quien fuera testigo de matrimonio del padre de la menor agraviada de iniciales N.Y.C.Z., por la comisión del delito de actos contra el pudor, en donde se ordenó *ex officio iudicis* la declaración testimonial de la madre de la agraviada, Clara Nélide Zambrano Benavides Del Castillo, se pudo concluir que la prueba de oficio fue trascendental para una comprensión más adecuada de los hechos porque quien realizó la denuncia, esto es, la primera imputación, fue la madre de la menor, quien no había concurrido a declarar al juzgamiento, y existía, hasta antes, una duda sobre si los hechos materia de juzgamiento habían sido realizados por el acusado, lo que permitió comprender mejor el relato de la menor agraviada. ¿En base a qué fundamento mi afirmación?

En que, de acuerdo a la tradición jurisprudencial instituida, por el criterio del Acuerdo Plenario Nro. 2-2005-CJ/116, uno de los presupuestos de valoración de las declaraciones testimoniales es la persistencia en la incriminación. De acuerdo a los hechos materia de imputación y a lo actuado, el órgano jurisdiccional se percató que tal persistencia en la incriminación no podía corroborarse, al menos, sino con respecto a la persona que sostuvo primigeniamente la imputación o la sindicación. Quien realizó tal sindicación no fue otra que la madre de la menor, pues si bien el padre denunció, él tuvo conocimiento de los hechos por medio de la madre. De allí que justamente se la llamara a declarar. Esto permitió una mejor comprensión del juez respecto de los hechos, porque en sí la probanza del acto contra el pudor era difícil, dado que si bien la pericia psicológica de la menor concluía la consistencia de su relato; la pericia psicológica practicada al acusado, no era concluyente. Sumado a ello, estaba el hecho no negado, sino afirmado por el padre de la menor, Julio César del Castillo Ríos, de que

el acusado asesoró jurídicamente a él en un proceso civil en el que era parte. De lo que se trataba, obviamente, era de transparentar también la eventual incredibilidad subjetiva a la que estaban sujetos los relatos incriminatorios. Y tal como afirmó el Colegiado, no había tal incredibilidad, porque el trato entre los padres de la menor era adecuado hasta antes del evento. Sin perjuicio de que la motivación de la sentencia no haya sido tampoco la más adecuada, explicitó razones suficientes para una condena del acusado. Por lo que respecto de la práctica de la testimonial decretada de oficio, sí se puede afirmar que permitió una mejor comprensión de los hechos del proceso.

**1.1.4.3.2.** Lo mismo sucedió con respecto a la sentencia recaída en el expediente 627-2013, referida a la comisión del delito de Violación sexual de menor de edad sufrida por la menor de iniciales L.S.L.L. Por la persona de Hermes Aquilino de la Cruz Rodríguez en un ámbito familiar, en donde fueron ofrecidas como medios probatorios para su incorporación *ex officio iudicis* las denominadas Cartas dirigidas a la señora Teófila Lucano del acusado Aquilino De la Cruz y el Acta de nacimiento del menor Jerson López Lucano.

La finalidad esclarecedora del medio probatorio epistolar era la de ampliar la comprensión del órgano jurisdiccional respecto de los hechos aportados, es decir del eventual aprovechamiento de confianza que tuviera el acusado para poderse aproximar a la menor agraviada - suponiendo la relación próxima a la convivencia que las cartas suponían, porque la menor, su madre y la perito psicóloga que practicó la pericia psicológica sobre la menor fueron coherentes en afirmar que el acusado tenía la condición de conviviente - poder realizar su influjo, abrirse paso para eficazmente sostener violentamente las relaciones sexuales con la misma; o, en su caso, el consentimiento de la menor. El acta de nacimiento, por su parte, tenía como propósito descubrir que la relación del acusado respecto de la menor y su madre, no era tal. Al menos, lo que pretendía el acusado era demostrar que el nacimiento de un niño de la madre con el padre de la menor excluía la posibilidad de una convivencia, o bien la haría menos probable. En ambos casos, se pretendería comprender la aplicatividad o no de la agravante del inciso segundo del artículo 170.

En el desarrollo del vigésimo considerando el Colegiado sostuvo que la existencia o no de violencia en el acto sexual giraba en torno al descubrimiento del tipo de relación que sostendría el acusado respecto de la madre y la menor. El contexto era que si el acusado tenía una relación convivencial, permitía inferir un contexto fáctico más cercano al aprovechamiento de confianza, y la relación de sujeción que una menor puede tener respecto de alguien cercano a

la familia. Si era lo contrario, entonces era increíble comprender cómo, teniendo un antecedente de tocamientos precedentes, la menor, estando a solas en su casa, arrojase sin más las llaves para que el acusado entrase a la casa, siendo de noche, si es que ella ya había informado a su madre de los tocamientos anteriores, los cuales su madre confirmó en su declaración testimonial. No fue probada la relación convivencial, porque las cartas que fueron presentadas por el Ministerio Público no permitían atribuir su autoría al acusado. Por su parte, el acta de nacimiento era impertinente si es que no se había probado la relación convivencial, aunque también por otro hecho: la procreación de ese menor habría sido posterior a los hechos.

Si bien se puede afirmar que pragmáticamente no hubo mayor resultado con respecto a las pruebas de oficio en este proceso admitidas y actuadas, no es menos cierto que la comprensión del órgano jurisdiccional fue mayor. Como afirmamos en el primer capítulo, el problema de la comprensión y la verdad de los hechos reside en su informe, en el hecho de evidenciar lo que se expone como verdadero. Y ello implica una apertura siempre, y no un cerrazón.

Al no haberse probado ese hecho fundamental del aprovechamiento que facilitase el acto sexual de manera violenta, es que al no poder ir más allá, el juez se decantó por la aplicación de la presunción de inocencia.

**1.1.4.3.3.** En el mismo sentido, en el caso de la sentencia recaída en el expediente 5836-2012, referido a los dos acusados, identificados como Adriana León Alvarado y Miguel Gutiérrez Ponce, encontrados con marihuana, PBC e indumentaria para la comercialización de drogas, en donde se ofreció como medios de prueba de oficio las fotografías en las que aparecían en un ámbito de estrechez amical ambos acusados, lográndose desvirtuar la tesis de la defensa de la acusada de que su coimputado le había entregado la bolsa llena de droga. Era increíble subjetivamente su versión, conforme lo afirmó el Colegiado en el décimo séptimo considerando de la sentencia, por el hecho de la innegable relación amical entre los acusados. Además de ello, los demás medios de prueba como las llamadas telefónicas efectuadas entre ambos, de acuerdo al Acta de Visualización y Lectura de Agenda del celular y Registro de Llamadas. Todo ello apuntaba a que pueda serle imputado el delito de tráfico ilícito de drogas también a la acusada.

Por lo tanto, ha sido corroborado con el análisis de las sentencias expedidas la mejor motivación que tuvieron debido al presupuesto sustancial de *“averiguación de la verdad”* que fundamentó a la prueba de oficio; el cual no garantiza sino la comprensión de los hechos,

comprensión que puede ser mejor explicitada cuando es motivada la  
sentencia.



## CAPÍTULO 7. CONCLUSIONES.

1. Se determinó que los presupuestos de la prueba de oficio inciden sobre el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela procesal efectiva, pues, a través de su presupuesto procesal referido a la previsión de la oportunidad de su proposición o realización durante el juzgamiento, se garantiza la vigencia del principio de legalidad procesal penal; y, a través de su presupuesto sustancial de *“averiguación de la verdad”*, nominado en nuestro Código Procesal Peruano como *“esclarecimiento de los hechos”*, se garantiza una respuesta jurisdiccional debidamente motivada, dada la mayor comprensión de los hechos materia del proceso, conforme se observó del análisis de la sentencias que constituyeron el objeto de la *“guía de análisis jurisprudencial”*.
2. Se determinó que los presupuestos de la prueba de oficio en la doctrina y los criterios jurisdiccionales son, por antonomasia, la indeterminación de los hechos aportados, que se hace manifiesto por la insuficiencia probatoria; y la averiguación de la verdad o esclarecimiento de los hechos, que trae consigo al presupuesto de imparcialidad judicial, conforme se puede observar del desarrollo del marco teórico.
3. Se determinó que el ámbito de la prueba de oficio en el Código Procesal Penal está reservado con posterioridad a la actividad probatoria derivada de la aportación de parte, pues ello instituía al presupuesto de insuficiencia probatoria de la instrumentación de la prueba de oficio. Asimismo, se determinó que el presupuesto de su mérito de esclarecimiento de los hechos comprendía al derecho de protección al que pertenecía la estructura fundamental del derecho a la tutela procesal efectiva, y, por tanto, de su apertura y adecuación de para la tutela de los derechos fundamentales, conforme la doctrina.
4. Se determinó que el contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva en el proceso penal está compuesto por el derecho de acceso al órgano jurisdiccional, el derecho a probar, el derecho de defensa, el derecho a la presunción de inocencia y el principio de legalidad procesal penal, puesto que todos ellos representaban un modo de ser o eventualidad del derecho a la tutela procesal efectiva, conforme lo desarrollado en la doctrina desde una hermenéutica y una analítica de los derechos fundamentales.
5. Se determinó la incidencia de los presupuestos de la prueba de oficio en el contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva se refiere fundamentalmente a la motivación debida de la sentencia que ha de resolver el conflicto materia del proceso penal, puesto que, con la proporción de mayor información producto de la actividad probatoria desplegada excepcionalmente, incide necesariamente en la corrección de la respuesta jurisdiccional, conforme se pudo apreciar del estudio de las sentencias derivadas de los proceso penales donde se instrumentó la prueba de oficio.

## **CAPÍTULO 8. RECOMENDACIONES.**

Se recomienda a los jueces penales competentes para conocer la etapa de juzgamiento la consideración de que el proceso penal, en tanto estructura fundada en el derecho fundamental a la tutela procesal efectiva, es el espacio, por antonomasia, de concreción de la norma; y, por tanto, donde la norma despliega su efectividad. Sin embargo, el despliegue de la norma no puede realizarse en base a otra cosa que no fuese los hechos que son discutidos en el mismo, y, por tanto, la actividad probatoria que permite la determinación de los hechos de lo discutido, es imprescindible. Esa es la razón por la que la prueba de oficio en nuestro ordenamiento procesal ha sido prevista como técnica para mejorar la fundabilidad en derecho de la sentencia. En consecuencia, debe de descartarse todo prejuicio respecto a la utilización de la prueba de oficio, y, en caso de existir una duda, posible de dirimir mediante la actuación de un medio probatorio, debe ser un imperativo instrumentarla, so pena de emitir una respuesta jurisdiccional incomprensible en relación a los hechos discutidos en el proceso e indiferente con la necesidad de tutela.

## CAPÍTULO 9. REFERENCIAS.

1. Aflen Da Silva, K. S. (2006). *Hermenéutica jurídica y concreción judicial*. Colombia, Bogotá: Editorial Temis S.A.
2. Abel Luch, X. (2012). *Derecho probatorio*. Barcelona, España: J.M. Bosch Editor.
3. Agamben, G. (2000). *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo*. (A. Gimeno Cuspinera, Trans.) Madrid, España: Pre-textos.
4. Agamben, G. (2001). *Medios sin fin. Notas sobre la política*. Valencia, España: Pre-textos.
5. Alcalá Zamora y Castillo, N. (1972). *Cuestiones de terminología procesal*. México, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
6. Alexy, R. (1993). *Derecho y razón práctica*. México D.F., México: Distribuciones Fontamara S.A.
7. Alexy, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la argumentación jurídica*. (M. Atienza, & I. y Espejo, Trans.) Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
8. Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. (E. G. Valdés, Trans.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
9. Alexy, R. (2008). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
10. Alvarado Velloso, A. (2004). *Debido proceso vs. Prueba de oficio*. Bogotá, Colombia: Juris.
11. Alvarado Velloso, A. La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo. In P. c. ideología, *Proceso civil e ideología*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
12. Arango, R. (2005). *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Bogotá, Colombia: Legis.
13. Ambos, K. (2010). El principio acusatorio y el proceso acusatorio. In K. AMBOS, *Fundamentos y ensayos críticos de Derecho Penal y Procesal Penal*. Lima, Perú: Palestra Editores S.A.C.
14. Armenta Deu, T. (2012). *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*. Madrid, España: Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales S.A.
15. Atienza, M., & Y Ruiz Manero, J. *Reglas, principios y derrotabilidad*. 2009, Lima: Palestra Editores S.A.C.
16. Badaró, G. H. (2003). *Onus da prova no processo penal*. Sao Paulo, Brasil: Editora Revista Dos Tribunais.
17. Carnelutti, F. (1952). *Instituciones del Proceso Civil (Vol. 1)*. (S. Sentís Melendo, Trans.) Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América.
18. Cicerón, M. T. (1994). *Discursos IV*. (J. M. Baños Baños, Trans.) Madrid, España: Editorial Gredos S.A.
19. Bustamante Alarcón, R. (2009). El derecho fundamental a probar y su contenido esencial. In D. P. Civil, *Derecho Procesal Civil. Estudios*. Lima, Perú: Jurista Editores E.I.R.L.
20. Castillo Córdova, L. (2010). *Teoría de los derechos fundamentales*. Lima, Perú: Palestra Editores S.A.C.
21. Castillo Gutiérrez, L. (2014). *La prueba prohibida*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.
22. De Antonio y Domingo, T., & Martínez-Pujalte, L. (2010). La interpretación de la garantía del contenido esencial y la estructura de los derechos fundamentales. In P. E. S.A.C., *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones* (pp. 45-74). Lima, Perú: Palestra Editores S.A.C.
23. Dos Santos Bedaque, J. R. (2007). *Efetividade do processo e técnica processual*. Sao Paulo, Brasil: Malheiros Editores Ltda.

24. Dos Santos Bedaque, J. R. (2013). *Poderes instrutórios do Juiz*. Sao Paulo, Brasil: Revista Dos Tribunais.
25. Dworkin, R. (1977). *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts, Estados Unidos: Harvard University Press.
26. Ferrajoli, L. (2002). *Direito e Razao. Teoria do Garantismo Penal*. (A. P. Homer Sica, Trans.) Sao Paulo, Brasil: Editora Revista dos Tribunais.
27. Fiandacca, G. (2013). *El Derecho penal entre la Ley y el Juez*. Madrid, España: Dykinson S.L.
28. Foucault, M. (1978). *La verdad y las formas jurídicas*. Madrid, España: Editorial Gedisa S.A.
29. Foucault, M. (1978). *Vigilar y castigar*. México, México: Siglo XXI editores S.A.C.
30. Freitas Câmara, A. (2007). Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. *Revista de Processo*.
31. Gadamer, H.-G. (2002). *Acotaciones hermenéuticas*. Madrid, España: Editorial Trotta S.A.
32. Gadamer, H.-G. (2006). *Verdad y método* (Vol. 2). Salamanca, España: Ediciones Sígueme S.A.U.
33. Gadamer, H.-G. (2012). *Verdad y método* (Vol. 1). Salamanca, España: Ediciones Sígueme S.A.U.
34. Garapon, A. (1996). *O Juiz e a Democracia. O guardião das promessas*. (M. L. Carvalho, Trans.) Rio de Janeiro, Brasil: Editora Revan.
35. García de Enterría, E. (1983). *La Constitución como Norma* (3ra. edición ed.). Madrid, España: Civitas S.A.
36. García de Enterría, E. (1994). *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid, España: Real Academia Española.
37. Gascón Abellán, M. (2012). *Cuestiones probatorias*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
38. Goldschmidt, J. (1936). *Derecho Procesal Civil*. (L. Prieto Castro, Trans.) Barcelona, España: Editorial Labor S.A.
39. Gomes Canotilho, J. J. (1993). *Direito Constitucional* (6ta. edición ed.). Coimbra, Portugal: Livraria Almedina.
40. Guilherme Marinoni, L. (2009). *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de la teoría de los derechos fundamentales*. Lima, Perú: Palestra Editores S.A.C.
41. Häberle, P. (2003). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Editorial DYKINSON S.L.
42. Häberle, P. (1997). *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
43. Habermas, J. (2005). *Facticidad y validez* (4a edición ed.). (M. Jiménez Redondo, Trans.) Madrid, España: Editorial Trotta S.A.
44. Heidegger, M. (1958). *Arte y poesía*. México, México: Fondo de Cultura Económica.
45. Heidegger, M. (2008). *Identidad y diferencia*. Barcelona, España: Anthropos Editorial.
46. Heidegger, M. (2002). *Interpretaciones fenomenológicas sobre Aristóteles*. (J. A. Escudero, Ed.) Madrid, España: Trotta S.A.
47. Heidegger, M. (1958). *La época de la imagen del mundo*. (A. Wagner de Reyna, Trans.) Santiago de Chile, Chile: Ediciones de los Anales de la Universidad de Chile.
48. Heidegger, M. (2005). *La idea de la filosofía y el problema de la concepción del mundo*. (J. A. Escudero, Trans.) Barcelona, España: Herder editorial S.L.
49. Heidegger, M. (2007). *Principios metafísicos de la lógica* (3era edición ed.). (J. J. García Norro, Trans.) Madrid, España: Editorial Síntesis S.A.
50. Heidegger, M. (2000). *Problemas fundamentales de la filosofía*. Madrid, España: Editorial Trotta S.A.

51. Heidegger, M. (2013). *Seminarios de Zollikon*. (Á. Xolocotzi Yáñez, Trans.) México, México: Herder .
52. Heidegger, M. (1997). *Ser y tiempo*. (J. E. Rivera, Trans.) Santiago de Chile, Chile: Editorial Universitaria.
53. Hesse, K. (1991). *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre, Brasil: Sergio Antonio Fabris Editor.
54. Justiniano. (2012). *Digesto de Justiniano. Liber primus*. (H. M. Franca Madeira, Trans.) Sao Paulo, Brasil: Editora Revista dos Tribunais.
55. Kelsen, H. (1994). *Teoría pura del derecho*. (M. Nilve, Trans.) Buenos Aires, Argentina: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
56. Kuhn, T. (2004). *La estructura de las revoluciones científicas* (2a edición ed.). (C. Solís Santos, Trans.) México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.
57. Kunkel, W. (1966). *Historia del derecho romano*. (J. Miquel, Trans.) Barcelona, España: Editorial Ariel S.A.
58. Lacombe Camargo, M. M. (2003). *Hemeneutica e Argumentacao. Uma contribuicao ao Estudo do Direito*. Sao Paulo, Brasil: Renovar.
59. Marinoni, L. G. (2009). *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de la teoría de los derechos fundamentales*. Lima, Perú: Palestra Editores S.A.C.
60. Marinoni, L. G. (2009). *Teoría Geral do Processo* (Vol. 1). Sao Paulo, Brasil: Editora Dos Tribunais.
61. Marinoni, L. G., Sarlet, I. W., & Mitidiero, D. (2012). *Curso de Direito Constitucional*. Sao Paulo, Brasil: Editora Revista Dos Tribunais.
62. Miranda Estrampes, M. (2006). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Lima: J.M. Bosch Editor.
63. Mixán Mass, F. (2005). *Cuestiones epistemológicas y teoría de la investigación y de la prueba*. Trujillo, Perú: Ediciones BLG.
64. Monroy Gálvez, J. (2009). *Teoría general del proceso*. Lima, Perú: Librería Comunitas E.I.R.L.
65. Montero Aroca, J. (2001). *Derecho jurisdiccional. Tomo III. Proceso Penal*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
66. Montero Aroca, J. (1994). *La garantía procesal penal y el principio acusatorio*. Madrid, España: La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía.
67. Muñoz Sabaté, L. (2007). *Introducción a la probática*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.
68. Nieva Fenoll, J. (2012). *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Argentina: B de F.
69. Nieva Fenoll, J. (2013). *La duda en el proceso penal*. Madrid, España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
70. Parma, C., & Mangiaco, D. (2014). *La sentencia penal entre la prueba y los indicios*. Lima, Perú: Ideas Solución Editorial S.A.C.
71. Parra Quijano, J. (2004). *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
72. Peces-Barba Martínez, G. (1987). Los deberes fundamentales. In G. Peces-Barba Martínez, *Doxa* (4a edición ed.). Alicante, España: Universidad de Alicante. Área de Filosofía del Derecho.
73. Peláez Bardales, J. A. (2014). *La prueba penal*. Lima, Perú: Editora y Librería Jurídica GRILEY E.I.R.L.
74. Picó I Junoy, J. (2007). *El Juez y la prueba*. Barcelona, España: J.M. Bosch Editor.
75. Prigogine, I. (2004). *El nacimiento del tiempo* (4a edición ed.). Barcelona, España: Tusquet Editores S.A.
76. Quispe Farfán, F. S. (2001). *El derecho a la presunción de inocencia*. Lima, Perú: Palestra Editores S.A.C.



77. Rabello, A. M. (2004). Non liquet: from modern law to roman law. *Annual Survey of International Law & Comparative Law* , 10 (1), 1-25.
78. Robles Morchón, G. (2006). *El derecho como texto. Cuatro estudios de teoría comunicacional del Derecho*. Navarra, España: Editorial Thomson Civitas S.A.
79. Rosas Yataco, J. (2013). *Tratado de derecho procesal penal. Análisis y desarrollo de las instituciones del Nuevo Código Procesal Penal*. Lima, Perú: Instituto Pacífico S.A.C.
80. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (2012). *Variaciones sobre la presunción de inocencia*. Madrid, España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
81. Streck, L. L. (1999). *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploracao hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre, Brasil: Livraria do Avogado Ltda.
82. Streck, L. L. (2001). *Tribunal do Júri. Símbolos & rituais*. Porto Alegre, Brasil: Livraria do Avogado.
83. Streck, L. L. (2009). *Verdad y consenso*. Lima, Perú: ARA Editores E.I.R.L.
84. Streck, L. L., & Bolzan de Moraes, J. L. (2003). *Ciencia Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre, Brasil: Livraria do Advogado.
85. Talavera Elguera, P. (2009). *La prueba. En el nuevo proceso penal. Manual del derecho probatorio y de la valorización de las pruebas en el proceso penal común*. Lima, Lima, Perú: Academia de la Magistratura.
86. Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid, España: Editorial Trotta S.A.
87. Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Barcelona, España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
88. Vattimo, G. (1987). *El fin de la modernidad. Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna* (2da ed.). Barcelona, España: Editorial Gedisa S.A.
89. Vega Torres, J. (1993). *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid, España: La Ley.
90. Viola, F. (2005). *Interpretación e indeterminación jurídica*. México, México: Universidad Nacional Autónoma de México .
91. W. Peyrano, J. (2010). *Nuevas Tácticas Procesales*. Rosario, Argentina: NOVA TESIS Editorial Jurídica S.R.L.
92. Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil*. Madrid, España: Trotta S.A.
93. Zagrebelsky, G. (2009). *Intorno alla legge*. Turín, Italia: Einaudi.
94. Zagrebelsky, G. (2006). *La exigencia de justicia*. (M. Carbonell, Trans.) Madrid, España: Trotta S.A.

## ANEXOS



<p><b>PROBLEMA:</b></p> <p>¿De qué manera los presupuestos que fundamentan la prueba de oficio inciden sobre el derecho a la tutela procesal efectiva en el proceso penal?</p>	<p><b>OBJETIVOS:</b></p> <p><b>OBJETIVO GENERAL:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Determinar de qué manera los presupuestos que fundamentan la prueba de oficio sobre el contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva.</li> </ul> <p><b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Identificar los presupuestos de la prueba de oficio de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia nacional como internacional y su problemática.</li> <li>• Determinar el ámbito de aplicación de la prueba de oficio dentro del proceso penal peruano.</li> <li>• Determinar el contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva.</li> <li>• Determinar la incidencia o intervención que supone la</li> </ul>	<p><b>HIPÓTESIS:</b></p> <p>Los presupuestos que fundamentan la prueba de oficio inciden sobre el contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva en el proceso penal, pues:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>○ A través de su <b>presupuesto procesal</b> de ser ofrecido al culminar la actividad probatoria de los medios de prueba aportados, garantiza el <b>principio de legalidad procesal penal</b>; y</li> <li>○ A través de su <b>presupuesto sustancial de averiguación de la verdad</b>, fundamentado en la <b>determinación de los hechos aportados</b> y la <b>evitación del “non liquet”</b>, garantiza una respuesta jurisdiccional fundada en derecho, en tanto implica su mayor aproximación a la verdad.</li> </ul> <p><b>VARIABLES:</b></p> <p><b>VARIABLE UNO</b></p>	<p><b>METODOLOGÍA:</b></p> <p><b>TIPO DE INVESTIGACIÓN</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>○ <b>Según el propósito:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Básica</b>, en tanto se mantiene en su marco teórico para re-crear la doctrina existente sobre la prueba de oficio y ampliar su comprensión; y, por otro lado, <b>aplicada</b>, en tanto re-crea los criterios sobre la prueba de oficio extraídos directamente de la práctica judicial.</li> </ul> </li> <li>○ <b>Según el diseño de contrastación.</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Descriptiva, por cuanto busca describir en forma analítica el comportamiento o características del fenómeno jurídico consistente en la instancia e prueba de oficio en el proceso penal.</li> </ul> </li> </ul> <p><b>UNIDAD DE ANÁLISIS.</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Sentencia de proceso penal donde consta la instrumentación de la prueba de oficio.</li> </ul>
--	--	---	---

	<p>prueba de oficio en el desarrollo del derecho a la tutela procesal efectiva.</p> <p><b>JUSTIFICACIÓN:</b></p> <p>Desde la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal, la disposición normativa del artículo 385, inciso 2), que prevé la incorporación excepcional de oficio de medios probatorios (según el literal del artículo estos tendrían que ser “nuevos medios probatorios”), ha quedado relegada al desuso por su falta de aplicación, puesto que se la ha cuestionado de atentar fundamentalmente contra el principio acusatorio, que incardinó al principio de aportación de parte; y la regla de la oportunidad de los actos procesales o, dicho de otro modo, de la preclusión de los plazos incorporada en la última oración del artículo IX que enlista al derecho de defensa dentro del Título Preliminar, en la medida en que refiere: “<i>El ejercicio del</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Los presupuestos que fundamentan la prueba de oficio.</li> </ul> <p><b>VARIABLE DOS:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- El contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Criterio de juez penal sobre la institución de la prueba de oficio en el proceso penal.</li> </ul> <p><b>POBLACIÓN.</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Sentencias de procesos penales conocidos por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados donde consta la instrumentación de la prueba de oficio desde el mes de agosto de 2012 hasta el mes de agosto de 2014.</li> <li>- Criterios de jueces penales sobre la institución de la prueba de oficio en el proceso penal.</li> </ul> <p><b>MUESTRA.</b></p> <p><b><u>Respecto de la primera unidad de análisis.</u></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Sentencia recaída en el expediente signado con el número N° 627-2013-7.</li> <li>- Sentencia recaída en el expediente signado con número 2650-2012-50</li> <li>- Sentencia recaída en el expediente signado con número 5836-2013-70.</li> </ul> <p><b><u>Respecto de la segunda unidad de análisis.</u></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Los criterios de los siguientes jueces penales de la Corte Superior de Justicia de La Libertad: <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Mg. Carlos Gutiérrez Gutiérrez.</li> <li>➤ Mg. Javier Salazar Flores.</li> <li>➤ Dr. Víctor Burgos Mariños.</li> <li>➤ Dra. Jorge Humberto Colmenares Cavero.</li> </ul> </li> </ul>
--	---	--	--

	<p><i>derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala</i>” (el subrayado es nuestro). Asimismo, no menores cuestionamientos de atentar contra el principio de imparcialidad ha recibido la eventual aplicación de la disposición normativa por el contexto histórico en el que nació la referida institución, esto es, el inquisitorialismo procesal.</p> <p>En ese contexto, la <i>excepcional</i> prueba de oficio no sólo constituye una disposición normativa (enunciado o texto) cuya norma –se entiende por <i>norma</i>, a diferencia de disposición normativa, a su sentido o contenido interpretativo– cuya interpretación de su sentido ha quedado obcecado por distintos cuestionamientos, sino que ha quedada relegada su función o incidencia dentro del efectivo ejercicio y prestación del derecho a la tutela procesal efectiva.</p>		<p>➤ Mg. Ruth Viñas Adrianzén.</p> <p>- Los criterios de los siguientes especialistas con publicaciones sobre la prueba de oficio:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Dr. Arsenio Oré Guardia.</li> <li>➤ Dr. Michele Taruffo.</li> </ul> <p><b>TÉCNICAS, PROCEDIMIENTOS E INSTRUMENTOS.</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>○ <b>Técnicas de recolección de información.</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>Análisis Documental</b> de la información documental contenida en libros y revistas.</li> <li>• <b>Análisis Jurisprudencial</b>, de la jurisprudencia emitida por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados a efectos de determinar la incidencia relacional que tienen las dos variables de la presente investigación.</li> <li>• <b>Entrevista</b>, a través de la realización de las preguntas contenidas en la guía de entrevista o cuestionario a las personas consignadas en la muestra indicada <i>ut supra</i>, a fin de recabar la información comunicada.</li> </ul> </li> </ul> <p><b>Instrumentos.</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Cuestionario de entrevista a jueces penales de la Corte Superior de Justicia de La Libertad.</li> </ul>
--	--	--	--

	<p>Como consecuencia de lo anterior, la presente investigación se <b>justifica teóricamente de suyo</b>, en tanto pretende abordar a la posibilidad de la prueba de oficio desde la teoría de los derechos fundamentales para mostrar la incidencia que tiene la misma dentro del contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva.</p> <p>En segundo lugar, y como consecuencia de la <i>primera justificación</i>, el presente trabajo adquiere también una <b>justificación práctica</b>, pues el desarrollo del instituto procesal materia de estudio, en la praxis forense –sobre todo en la actividad judicial-, determinaría el marco de desenvolvimiento del contenido esencial del deber prestacional de tutela procesal estatal coherente con la protección de los derechos fundamentales, sobre todo si es que se tiene al proceso penal como un proceso donde se discute la legitimidad del poder persecutor y</p>		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Cuestionario de entrevista a especialistas.</li> <li>• Guía de análisis jurisprudencial.</li> </ul>
--	--	--	--

	<p>punitivo del Estado frente a la inocencia del imputado.</p> <p>Siendo ello así, la trascendencia del presente trabajo (<b>justificación valorativa</b>) es doble: primero determina en base al desarrollo doctrinario y lógico de la posibilidad de incorporar medios probatorios de oficio y su incidencia en el derecho a la tutela procesal efectiva; y, con ello, ofrece un sentido de interpretación del proceso penal para su aplicación –razonable- dentro del proceso penal de acuerdo con el desarrollo de la teoría de los derechos fundamentales.</p> <p>Ciertamente, en la medida en que la presente investigación también pretende analizar las determinadas posturas y lecturas que se ha realizado de lo que es materia de estudio, y poner en relieve las profusas perspectivas (aunque, en el fondo, binarias) que se han pronunciado sobre el mismo, existe la necesidad de centrar</p>		
--	--	--	--

	<p>el debate y ponerlo en cuestión de acuerdo al concepto de tutela procesal efectiva que se expondrá.</p> <p>Por otra parte, el presente trabajo también cuenta con una <b>justificación académica</b>, en la medida en que tiene como finalidad ser el sustento de obtención del título profesional de abogado.</p>		
--	---	--	--

## **FORMATO DE GUÍA DE ENTREVISTA PARA EXPLORACIÓN DE CRITERIOS JURIS- DICCIONALES**

1. Según su experiencia, ¿cuándo ha estado justificada la instrumentación de la prueba de oficio?
  
  
  
  
  
  
  
  
  
  
2. ¿Cuáles, considera, son los presupuestos de la prueba de oficio?
  
  
  
  
  
  
  
  
  
  
3. ¿Cuál, considera, es la función de la cláusula de prohibición de subrogación del juzgador en la de parte prevista en el inciso 2 del artículo 385 del Código Procesal Penal, referido a la instrumentación de la prueba de oficio?
  
  
  
  
  
  
  
  
  
  
4. ¿Considera que la prueba de oficio cumple alguna función relativa a la prohibición del “non liquet” que recae sobre la función jurisdiccional?
  
  
  
  
  
  
  
  
  
  
5. ¿Cuál, considera, es la incidencia que tienen los presupuestos de la instrumentación de la prueba de oficio en el contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva?



**Número de expediente de la sentencia:**

**1. Redactar los hechos materia de proceso.**

.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....

**2. Redactar el objeto de la prueba de oficio instrumentada en el caso materia de análisis.**

.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....

**3. Describir la incidencia que tuvo la prueba de oficio para determinar los hechos materia del proceso.**

.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....

**4. Conclusiones.**

.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....

**TRANSCRIPCIÓN DE ENTREVISTA AL JUEZ PENAL VÍCTOR ALBERTO BURGOS  
MARÍÑOS**

1. Según su experiencia, ¿cuándo ha estado justificada la instrumentación de la prueba de oficio?

En principio, la prueba de oficio no es necesaria. Sin embargo, cuando existe duda, debe de considerarse que si es posible completar la información obtenida, existiendo silencio de las partes sobre la concreción de sus teorías del caso, podrá hacerse uso de la prueba de oficio.

2. ¿Cuáles, considera, son los presupuestos de la prueba de oficio?

El primer de los presupuestos de la prueba de oficio siempre es la existencia de duda, producto de la prueba insuficiente aportada por las partes del proceso. El segundo consiste en que, con la actividad probatoria de oficio, no se reemplace a las partes, puesto que lo que importa es el descubrimiento de los hechos, y no apoyar tal o cual teoría del caso.

3. ¿Cuál, considera, es la función de la cláusula de prohibición de subrogación del juzgador en la de parte prevista en el inciso 2 del artículo 385 del Código Procesal Penal, referido a la instrumentación de la prueba de oficio?

La función de la citada cláusula es garantizar la imparcialidad que debe regir a la función jurisdiccional.

4. ¿Considera que la prueba de oficio cumple alguna función relativa a la prohibición del “non liquet” que recae sobre la función jurisdiccional?

La prueba de oficio sí está vinculada a la prohibición del “non liquet” en la medida en que al aportar un nuevo elemento de prueba, garantiza una mejor decisión, al permitir una mejor motivación de los hechos con la prueba actuada

5. ¿Cuál, considera, es la incidencia que tienen los presupuestos de la instrumentación de la prueba de oficio en el contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva?

La prueba de oficio incide sobre el derecho a la tutela procesal efectiva porque garantiza una mejor decisión, conforme he afirmado. Sin embargo, esta al ser un rezago del modelo inquisitivo, no debe ser utilizada sino de acuerdo a sus presupuestos, esto es, ser excepcional.

## **TRANSCRIPCIÓN DE ENTREVISTA AL JUEZ PENAL JORGE HUMBERTO COLMENARES CAVERO**

1. Según su experiencia, ¿cuándo ha estado justificada la instrumentación de la prueba de oficio?

La prueba de oficio no está justificada porque vulnera el principio de imparcialidad judicial. Cada parte debe de hacer su trabajo en el proceso, y eso supone la aportación de medios de prueba.

2. ¿Cuáles, considera, son los presupuestos de la prueba de oficio?

- . -

3. ¿Cuál, considera, es la función de la cláusula de prohibición de subrogación del juzgador en la de parte prevista en el inciso 2 del artículo 385 del Código Procesal Penal, referido a la instrumentación de la prueba de oficio?

- . -

4. ¿Considera que la prueba de oficio cumple alguna función relativa a la prohibición del “non liquet” que recae sobre la función jurisdiccional?

- . -

5. ¿Cuál, considera, es la incidencia que tienen los presupuestos de la instrumentación de la prueba de oficio en el contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva?

- . -

### **TRANSCRIPCIÓN DE LA ENTREVISTA REALIZADA A MICHELLE TARUFFO**

1. ¿Cuál, considera, es la justificación de que, en un ordenamiento jurídico-procesal, se incorporen poderes de instrucción para el Juez?

Justificaciones, hay varias. Una justificación es, si se piensa como yo pienso, uno de los fines del proceso está también la búsqueda de la verdad, esto implica poder del juez. Porque no se puede presumir que las partes le ofrezcan todas las pruebas posibles. Cada parte defiende su interés: el demandante llega con las pruebas que le son favorables a él, el demandado hace lo mismo. Dialéctica, que me parece normal. Pero, esto no implica que las partes lleven al Juez todas las pruebas posibles. Entonces, si el fin es la búsqueda de la verdad, el Juez puede encontrarse con la situación que ve que faltan pruebas porque una de las partes... falta pruebas, y el juez conoce, mirando las otras pruebas que tiene o algunos actos del proceso, que falta una prueba relevante para la búsqueda de la verdad, entonces [gesto]<sup>9</sup>.

2. ¿Considera que es necesaria la incorporación de poderes de instrucción para el Juez?

El juez tiene la obligación de alcanzar, por lo posible, establecer la verdad de los hechos. Las partes, como he dicho, hacen su propio interés, de parte, digamos. El sujeto neutral es el juez, entonces todo lo que ocurre en el proceso depende del juez.

3. ¿Cuáles, considera, son los presupuestos de un acto procesal como la prueba de oficio?

Los presupuestos, como decía, son que el juez debe establecer los hechos que ocurrieron, en la realidad, no puede referirse a su propio conocimiento personal, si lo tiene; tiene que fundamentarse, de manera exclusiva, sobre lo que sabe sobre las pruebas. Hay el derecho a la prueba de las partes y hay la obligación del juez de considerar todas las pruebas que le ofrecen las partes. Como decía, si el juez dice aquí hay un hecho relevante, pero no tengo la prueba, pero sé que existe la prueba, entonces, sobre este hecho, bueno, es claro. Es claro que si las partes le presentan al juez todas las pruebas posibles, el juez no tiene nada que hacer.

4. ¿Cuál, considera, es la incidencia entre los poderes de instrucción del juez penal y el derecho a la tutela procesal efectiva?

Si es que partimos de que en el proceso se trata de establecer la verdad relativa<sup>10</sup> sobre los hechos es una condición por la aplicación correcta de la ley, se puede decir también es una condición por la aplicación correcta del Derecho. Aplicar la ley, significa actuar, en realidad, por el derecho del que se trata.

---

<sup>9</sup> En el vídeo se aprecia el gesto connotando una afirmación similar a “entonces, por qué no”.

<sup>10</sup> Considero explicitar el sentido de la respuesta del profesor TARUFFO con respecto a su frase “verdad relativa”, puesto que, teniendo en consideración su postura epistemológica sobre el proceso, la pronunciación de la frase “verdad relativa” no podría estar referida a una verdad relativa en el sentido de que se trate de una “verdad” exclusiva del proceso y excluyente de cualquier otro criterio o contexto extra-procesal, es decir, de cualquier concepto de “verdad” diferente de aquella que se encontraría fuera del proceso, sino de aquella que también permitiría –con las restricciones del ordenamiento jurídico-procesal extensibles a la prueba- ser alcanzada por medio de medios cognoscitivos y argumentos racionales que valen para situaciones cognoscitivas extrañas al proceso (...). En pocas palabras, como señala, en su *La prueba de los hechos: “Cualquier verdad es pues, en este sentido, relativa y no existen fuera del proceso verdades absolutas respecto de las que la verdad procesal sea, por definición, menor”*. (TARUFFO, MICHELE. *La prueba de los hechos*. 2ª edición, Editorial Trotta S.A., Madrid, 2005, pág. 75).

## **DESARROLLO DE GUÍA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

**NÚMERO DE EXPEDIENTE DE LA SENTENCIA: 2650-2012**

**5. REDACTAR LOS HECHOS MATERIA DE PROCESO.**

Los hechos materia del proceso consisten en la comisión del delito de actos contra el pudor realizados por el acusado Walter Roberto Burgos Rodríguez testigo de matrimonio del padre de la menor agraviada de iniciales N.Y.C.Z.

**6. REDACTAR EL OBJETO DE LA PRUEBA DE OFICIO INSTRUMENTADA EN EL CASO MATERIA DE ANÁLISIS.**

**2.1.** Declaración de la Madre de la agraviada, Clara Nélide Zambrano Benavides Del Castillo.

**2.2.** Acta de nacimiento del menor Jerson López Lucano.

**7. DESCRIBIR LA INCIDENCIA QUE TUVO LA PRUEBA DE OFICIO PARA DETERMINAR LOS HECHOS MATERIA DEL PROCESO.**

La prueba de oficio fue trascendental para el esclarecimiento de los hechos porque quien realizara la denuncia, esto es, la primera imputación en contra del acusado, fue la madre de la menor, quien no había concurrido a declarar al juzgamiento, y existía, hasta antes de su desahogo en el juzgamiento, una duda sobre si los hechos materia de juzgamiento habían sido realizados por el acusado o si la sindicación fuera realizada por motivo de enemistad, dotando de una mayor comprensión al juez sobre la verosimilitud al relato inculpativo.

**8. CONCLUSIONES.**

En el presente caso, la incidencia de la prueba de oficio sobre la determinación de los hechos del proceso fue en el sentido de ampliar la perspectiva y conocimiento de las tesis de cargo y de descargo al órgano jurisdiccional. Sobre todo para discernir entre la duda existente de un hecho delictuoso de difícil probanza como son los actos contra el pudor. De modo que se permitió una resolución motivada por la mayor comprensión que tuvo el órgano jurisdiccional respecto de los hechos.

## **DESARROLLO DE GUÍA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

**NÚMERO DE EXPEDIENTE DE LA SENTENCIA: 627-2013**

**1. REDACTAR LOS HECHOS MATERIA DE PROCESO.**

Los hechos materia del proceso consisten en la comisión del delito de violación sexual de menor de edad sufrida por la menor de iniciales L.S.L.L. por la persona de Hermes Aquilino de la Cruz Rodríguez dentro de un ámbito familiar.

**2. REDACTAR EL OBJETO DE LA PRUEBA DE OFICIO INSTRUMENTADA EN EL CASO MATERIA DE ANÁLISIS.**

**2.1.** Cartas presuntamente dirigidas a la señora Teófila Lucano por parte del acusado Hermes Aquilino De la Cruz.

**2.2.** Acta de nacimiento del menor Jerson López Lucano, con lo cual se pretendía mostrar la aseveración del acusado de que la señora Lucano tenía una relación con el señor López Cueva, por lo que el acusado no sería más que un trabajador y, por tanto, no habría ninguna conducta de aprovechamiento o circunstancia de confianza especial que hubiera significado un dominio de la voluntad por parte del acusado respecto de la menor.

**3. DESCRIBIR LA INCIDENCIA QUE TUVO LA PRUEBA DE OFICIO PARA DETERMINAR LOS HECHOS MATERIA DEL PROCESO.**

Las dos pruebas de oficio producidas sirvieron para dotar de una mayor comprensión al órgano jurisdiccional sobre los hechos materia del proceso al estar referidas a los hechos aportados por las partes al proceso.

La primera tenía como finalidad que se esclarezca la veracidad de la afirmación de la tesis acusatoria referente al aprovechamiento de confianza que tuvo el acusado para poderse aproximar a la menor agraviada, realizar su influjo y sostener las relaciones sexuales mantenidas.

La segunda tenía como finalidad el esclarecimiento de la veracidad de la afirmación de la tesis acusatoria en lo referente a que el acusado era un simple operario, pues la madre de la menor agraviada incluso había procreado un menor de edad en el momento en que supuestamente el acusado sostenía una relación con la misma.

**4. CONCLUSIONES.**

En el presente caso, la incidencia de la prueba de oficio sobre la determinación de los hechos del proceso fue en el sentido de ampliar la perspectiva y conocimiento de las tesis de cargo y de descargo al órgano jurisdiccional. Sobre todo por su orientación a desacreditar o consolidar la tesis acusatoria frente a la retractación que realizó la menor agraviada en vía de prueba anticipada y su contradicción al momento de ser examinada durante el juzgamiento. Por tanto, se garantizó una resolución motivada por la mayor comprensión que tuvo el órgano jurisdiccional respecto de los hechos.

**DESARROLLO DE GUÍA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

**NÚMERO DE EXPEDIENTE DE LA SENTENCIA: 5836-2012**

**1. REDACTAR LOS HECHOS MATERIA DE PROCESO.**



Los hechos materia del proceso consisten en la comisión del delito de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas por parte de los acusados Adriana León Alvarado y Miguel Gutiérrez Ponce, quienes fueron encontrados con marihuana, pasta básica de cocaína e indumentaria para la comercialización de drogas.

**2. REDACTAR EL OBJETO DE LA PRUEBA DE OFICIO INSTRUMENTADA EN EL CASO MATERIA DE ANÁLISIS.**

**2.1.** Fotografías en las que los imputados aparecen reunidos tomando licor, posando en una cama, echados en la vía pública, en otras bailando, y otras que connotan un ámbito de amistad cercano.

**3. DESCRIBIR LA INCIDENCIA QUE TUVO LA PRUEBA DE OFICIO PARA DETERMINAR LOS HECHOS MATERIA DEL PROCESO.**

En el presente caso, los medios de prueba aportados de oficio incidieron en la determinación de los hechos materia del proceso, pues esclarecieron la relación existente entre los coimputados, llegándose a determinar que ambos participaban de los actos ilícitos relativos al tráfico ilícito de drogas.

**4. CONCLUSIONES.**

En el presente caso, la incidencia de la prueba de oficio sobre la determinación de los hechos del proceso estuvo orientada en el sentido de ampliar la perspectiva y la comprensión por parte del juez de lo que trasuntaba la tesis de cargo (la cercanía y vinculación entre los acusados) y de descargo (lo esporádico de la relación que tenían los mismos) sobre el comportamiento de los acusados. Sobre todo por su orientación a desacreditar o consolidar la tesis de la coimputada de señalar que los actos ilícitos eran únicamente realizados por su coimputado, llegándose a comprender que existía una cercanía por parte de ambos.