



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

Análisis de la actividad probatoria de oficio en el proceso penal: a propósito del principio de imparcialidad judicial

Tesis para optar el Título de
Abogado

Vanessa Elizabeth Córdova Pardo

Asesor(es):
Mgtr. Javier Eduardo López Román

Piura, octubre de 2019



Aprobación

Tesis titulada “*Análisis de la actividad probatoria de oficio en el proceso penal: a propósito del principio de imparcialidad judicial*” presentada por la bachiller Vanessa Elizabeth Córdova Pardo en cumplimiento con los requisitos para optar por el Título de Abogado, fue aprobada por el Director Mgtr. Javier Eduardo López Romaní.

Director de Tesis





Dedicatoria

Dedicado a mis padres, mi esposo e hija, porque todos ellos son el motor de mi vida y en especial a mi ángel Mariana Valentina quien desde el cielo me acompaña siempre. Para todos ellos va este trabajo con cariño.





Agradecimientos

Especial agradecimiento al Mgtr. Javier Eduardo López Romaní quien me orientó profesionalmente para la culminación del presente trabajo.





Resumen Analítico-Informativo

Título de tesis: Análisis de la actividad probatoria de oficio en el proceso penal: a propósito del principio de imparcialidad judicial.

Autor de la tesis: Vanessa Elizabeth Córdova Pardo.

Asesor de la tesis: Mgtr. Javier Eduardo López Romani.

Tipo de tesis: Tesis.

Título que opta: Abogado.

Institución. Facultad: Universidad de Piura. Facultad de Derecho.

Fecha de sustentación: Piura, octubre de 2019

Palabras claves: Imparcialidad judicial / prueba de oficio / sistema acusatorio / facultad probatoria del juez / ordenamiento peruano.

Introducción: Tesis de título en Derecho direccionado en la especialidad del Derecho Procesal Penal, concluyendo que la facultad probatoria otorgada al juez a través de la norma sustantiva no afecta su imparcialidad en su función jurisdiccional.

Metodología: Se utilizó el método descriptivo, analítico e interpretativo.

Resultados: Permitirle al juez actuar prueba de oficio en la etapa de juzgamiento no atenta contra su función como tercero imparcial, por el contrario dicha atribución prescrita en nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 385 del Código Procesal Penal, coadyuva a lograr uno de los fines primordiales del proceso penal como es la búsqueda de la verdad, en la línea de un sistema acusatorio garantista adoptado.

Conclusiones: Del sistema adoptado en nuestro Código Procesal Penal del 2004, se puede inferir que la facultad excepcional de prueba actuada por el juez no implica una vulneración a su imparcialidad.

Fecha de elaboración del resumen: 01 de octubre de 2019

Analytical-Informative Summary

Thesis Title: Analysis of ex officio probation activity in criminal proceedings: a purpose of the principle of judicial impartiality.

Thesis author: Vanessa Elizabeth Córdova Pardo.

Thesis advisor: Mgtr. Javier Eduardo López Romani.

Thesis type: Thesis

Degree to Gain: Lawyer

Institution. School: Universidad de Piura. Law School

Thesis defense Date: Piura, october 2019

Keywords: Judicial impartiality / ex officio proof / accusatory system / probationary authority of the judge / Peruvian ordinance

Introduction: Thesis of Degree in Law directed in the specialty of Criminal Procedure Law, concluding that the probative power granted to the judge through the substantive norm does not affect its impartiality in its jurisdictional function.

Methodology: The descriptive, analytical and interpretive method is used.

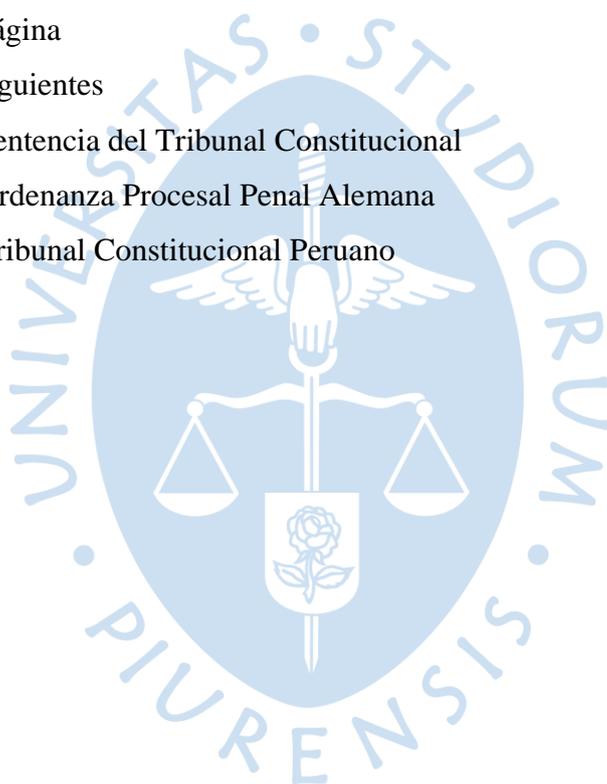
Results: Allowing the judge to act ex officio at the trial stage does not undermine his function as an impartial third party, on the contrary said attribution prescribed in our legal system through article 385 of the Criminal Procedure Code, helps achieve one of the primary purposes of the criminal proceedings such as the search for truth, in line with an accusatory guarantee system adopted.

Conclusions: From the system adopted in our Criminal Procedure Code of 2004, it can be inferred that the exceptional power of proof acted by the judge does not imply a violation of its impartiality.

Summary date: October 01th, 2019

Abreviaturas

| | |
|------------|---|
| art. | Artículo |
| CPP | Código Procesal Penal |
| CP | Constitución Política del Perú 1993 |
| DUDDHH | Declaración Universal de los Derechos Humanos |
| LECrim | Ley Enjuiciamiento Criminal español |
| MP | Ministerio Público |
| NCPP o CPP | Código Procesal Penal 2004 |
| ob. cit. | obra citada |
| p. | página |
| ss. | siguientes |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| StPO | Ordenanza Procesal Penal Alemana |
| TCP | Tribunal Constitucional Peruano |





Índice

| | |
|---|----|
| Introducción | 1 |
| | |
| Capítulo 1 Consideraciones Generales: prueba de oficio y principio de imparcialidad judicial | 3 |
| 1. Ideas Generales sobre la Prueba de Oficio | 4 |
| 1.1. Evolución de Prueba de Oficio y concepción en el derecho comparado | 5 |
| 1.2. Definición y rasgos característicos..... | 11 |
| 1.3. Facultad discrecional o Potestad del juez..... | 13 |
| 1.4. Limitaciones y/o prohibiciones | 14 |
| 2. Anotaciones sobre imparcialidad del juez en el proceso penal | 18 |
| 2.1. Imparcialidad Judicial como principio básico del proceso penal..... | 18 |
| 2.2. Clases de imparcialidad..... | 21 |
| 2.2.1. Perfil necesario del juez imparcial..... | 23 |
| 2.2.2. Imparcialidad del juez y su aplicación esencial en la etapa de Juicio Oral | 24 |
| | |
| Capítulo 2 Tratamiento de la prueba de oficio en la doctrina, la ley y la jurisprudencia | 27 |
| 1. Posiciones doctrinales que justifican la actuación probatoria de oficio: argumentos a favor y argumentos en contra..... | 27 |
| 2. Análisis del art. 385 del CPP | 30 |
| 3. Tratamiento Jurisprudencial de la prueba de oficio en el proceso penal | 35 |
| | |
| Capítulo 3 Razones fundamentales por las que ejercer actividad probatoria de oficio no implica vulneración del principio de imparcialidad | 39 |
| 1 El Juez al ordenar la actuación de prueba de oficio no incorpora nuevos hechos al proceso, sino que se limita a los hechos y material probatorio expuestos en la pretensión acusatoria..... | 39 |
| 2 El momento procesal de actuación de la prueba de oficio difiere del correspondiente a su valoración, ergo el órgano judicial desconoce a quien le será favorable o no | 42 |

| | | |
|---|---|----|
| 3 | Existencia de un interés público en la decisión judicial relacionado con la búsqueda de la verdad del caso en concreto | 47 |
| 4 | El sistema adoptado en nuestra legislación procesal penal no prohíbe un rol activo del juez dentro del proceso | 52 |
| 5 | Del enunciado normativo prescrito en el art. 385 del CPP se infiere la imposición de determinados límites para ejercer la práctica probatoria <i>ex officio</i> | 59 |
| Conclusiones | | 63 |
| Referencias bibliográficas | | 65 |



Introducción

Con la promulgación del CPP, el legislador peruano ha dado inicio a la práctica y adopción de instituciones propias de un estado democrático de Derecho, buscando dejar de lado, formalismos, prácticas arbitrarias que no han hecho más que dilatar el desarrollo del proceso penal y vulnerar derechos fundamentales. Estando que se ha seguido la línea directriz de un sistema acusatorio – garantista con tendencia adversarial, basado en el principio acusatorio el cual denota por un lado la separación de funciones de los sujetos procesales; y por el otro, que se hace necesaria la presencia de un requerimiento acusatorio para dar inicio al desarrollo del juicio oral. Siendo que, para el caso específico del juez, se ha hecho mención que, en tanto la actual legislación procesal penal busca dejar de lado rasgos inquisitivos y a efectos de evitar realice funciones propias de las partes, su actuar debe fijarse en la posición neutral y equidistante de las demás partes del proceso.

Al respecto, es que se han dividido las posiciones, entre quienes sostienen que la facultad conferida al órgano jurisdiccional a través del art. 385 del CPP vulnera uno de los principios rectores que el juez debe tener adherido para garantizar la emisión de una sentencia justa y que brinde seguridad jurídica, como es la imparcialidad; en tanto al disponer actuación de prueba de oficio no haría más que convertirse en parte del proceso, logrando favorecer, a la pretensión expuesta por el acusador o a la expuesta por el abogado de la defensa. Por otro lado, los partidarios a dicha opción legislativa, replican que el juez no debe ser un mero árbitro, adoptando una posición ajena o desinteresada en el desarrollo del proceso; sino que por el contrario, estando que más allá de la resolución de la controversia, se debe tomar en cuenta la finalidad que se busca con el desarrollo del proceso y además, que sobre el interés particular existe un interés público, que el órgano jurisdiccional no puede dejar de desconocer solo porque se cuestiona su imparcialidad.

Ante las posiciones contrarias, se pretende en el siguiente trabajo, realizar un desarrollo conceptual de lo que involucran ambas instituciones procesales: prueba de oficio e imparcialidad judicial; determinándose sus rasgos característicos, supuestos admisibles, legislación en el derecho comparado, entre otras referencias. Luego de ello, se expondrá cómo ha sido regulada dicha figura jurídica en el CPP, determinando doctrinariamente quienes se encuentra a favor y quienes en contra de dicha práctica probatoria, realizando un análisis del texto prescrito en la citada norma adjetiva, obteniendo los supuestos en los cuales son admisibles y los límites establecidos para su ejecución; culminando con señalar, que es lo que se ha manifestado jurisprudencialmente en relación a este tema. Y es, en un tercer capítulo que se detallaran las razones y/o justificaciones que considero relevantes para concluir si

realmente existe tal vulneración constitucional, con la potestad judicial de práctica probatoria, el principio de imparcialidad judicial, analizadas desde el punto de vista de la finalidad del proceso penal, del sistema acogido con la implementación del CPP y desde los límites que la misma norma ha impuesto para su ejercicio.



Capítulo 1

Consideraciones Generales de prueba de oficio y de imparcialidad judicial

Como regla general, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se ha establecido, que dentro del desarrollo del proceso penal y en relación a la carga probatoria, son las partes quienes tienen la responsabilidad de presentar el material probatorio, necesario y suficiente a través del cual sustenten y certifiquen sus pretensiones, para el caso del Ministerio Público corresponderá presentar aquello que acredite su postura acusatoria, mientras que la defensa se encargará de demostrar la inocencia del acusado¹. Sin embargo, de manera excepcional, en muchos sistemas procesales (y no en todos como se desarrollara más adelante), se ha regulado la facultad de conceder al juez un conjunto de potestades o iniciativas de tipo procesal, entre las cuales se encuentra la posibilidad de ordenar de oficio la actuación de alguna prueba en la etapa de juzgamiento. Dicha circunstancia, ha generado diversas reacciones y/o posturas tanto en la doctrina nacional como extranjera, señalando quienes se postulan a favor que el fundamento último de dicha atribución concedida al juez radica en la búsqueda de la verdad como fin del proceso penal, garantizando con ello un mejor conocimiento de los hechos con la finalidad de emitir una sentencia justa²; mientras que los opositores son contundentes en indicar que permitir actuar prueba de oficio desencadenaría un riesgo en relación a uno de los principios básicos que debe permanecer inherente a quien determinara la inocencia o responsabilidad del acusado, como es el principio de imparcialidad³.

Al respecto, basta exponer por ahora –pues en los siguientes capítulos se desarrollara con mayor detalle –y conforme a lo señalado por SAN MARTIN CASTRO, que la meta del proceso penal en un Estado constitucional no puede ser otra que la búsqueda de la verdad material – o, mejor dicho, de la verdad judicial-: acercarse a la verdad respecto del hecho punible y, en su caso, castigar al autor o participe de su comisión. Por lo que, se debe admitir que el proceso penal busca esclarecer una sospecha, los cargos de criminalidad que pesan contra una persona, lo cual deberá averiguar no a cualquier precio sino de manera lícita, respetando las garantías constitucionales, en aras de emitir una sentencia justa⁴.

¹ Talavera Elguera, P., (2009). La Prueba en el Nuevo Proceso Penal. Manual del Derecho Probatorio y de la valoración de las pruebas, Lima, Perú. Academia de la Magistratura, p. 51.

² Ore Guardia, A., (2015). Manual de Derecho Procesal Penal. La prueba en el proceso penal. T. 3, Lima, Perú, p. 208.

³ Alfaro Valverde L., (2017). La Iniciativa Probatoria del Juez – Racionalidad de la Prueba de Oficio. Ed. Grijley, Lima, Perú, p. 35 y ss.

⁴ El proceso es un instrumento para la aplicación del derecho penal, basando su instrumentalidad en el hecho que para ser sancionado legalmente un comportamiento prohibido, imponiéndose una determinada pena, se requiere de un proceso a través del cual se verifique tal circunstancia, pues la pena sin proceso pierde su aplicabilidad; por lo que existe una relación patente entre derecho y proceso, estando este último al servicio de aquel. Sin embargo, dicha característica instrumental del proceso no significa que éste sea un instrumento al servicio de una

Es por ello, que a través de este primer capítulo se realizará un repaso general de aquello que involucra los términos procesales de prueba de oficio e imparcialidad judicial, exponiendo sus concepciones, rasgos característicos, requisitos y/o presupuestos, clases, entre otros; esclareciendo el significado de uno y otro, permitiendo con ello realizar un posterior análisis respecto a la posible vulneración del principio referido, en relación a la atribución concedida al juez.

1. Ideas generales de prueba de oficio

La prueba es aquella actividad que tiende a la acreditación de circunstancias, hechos, realidades, con el objeto de demostrar la verdad, su existencia o contenido; y que permiten adoptar una decisión legal por parte del ente juzgado. Ahora bien, la prueba de oficio es aquella cuya actuación se realiza por iniciativa o disposición del juez individual o del colegiado y cuando se requieran de mayores esclarecimientos luego del periodo probatorio regular⁵.

Es regla general que quien alega una pretensión debe de probarla, resultando ser la parte acusatoria (a través del MP) y la defensa quienes se encarguen de recopilar el material probatorio suficiente que sustente cada una de sus posturas⁶. Sin embargo, excepcionalmente se ha establecido la posibilidad que sea el órgano jurisdiccional quien pueda actuar alguna prueba en el desarrollo de la última etapa del proceso penal, ello con la finalidad de buscar llegar a la verdad que le permita *a posteriori* la emisión de una sentencia justa, pues detrás del desarrollo de proceso penal existe un interés público en la persecución del delito, justificándose de esta manera que cuando el juez no haya podido aclarar suficientemente los hechos, ordene la práctica de otras pruebas⁷, de tal manera que la actividad probatoria de parte se ve completada por la práctica de ciertos medios de prueba ordenados de oficio por el juzgador.

Como lo indica ORE GUARDIA, con la prueba de oficio se hace referencia a la proposición de actuación probatoria del juez durante las sesiones del juicio oral respecto a

única finalidad, esto es, a la satisfacción de una pretensión (acusatoria). Pues a su lado se encuentra, la función constitucional del proceso de ser garante de la máxima eficacia de los derechos y garantías fundamentales; resultando la Constitución el ente orientador de dicha instrumentalidad del proceso penal. San Martín Castro, C., (2015). Derecho Procesal Penal Lecciones. Conforme el Código Procesal Penal de 2004. Perú, IAKOB Comunicadores & Editores, p. 4.

⁵ Angulo Arana, P., (2008). Las Pruebas de oficio en el Nuevo Código Procesal Penal. Gaceta Jurídica, pp. 154-155.

⁶ Véase Casación N° 1123-99/Arequipa 09/12/1999 La Prueba de Oficio es una excepción de la carga de la prueba.

⁷ Talavera Elguera, P., (2009). La Prueba en el Nuevo Proceso Penal. Manual del Derecho Probatorio y de la Valoración de las Pruebas. Academia de la Magistratura, p. 51.

aquel material probatorio que no fue ofrecido por las partes y con el único fin de conocer mejor ciertos hechos o si fuere el caso, esclarecerlos⁸. Sin embargo, como se desarrollara a continuación, dicha atribución no puede ser ejercida en todas o bajo cualquier circunstancia, sino que para su aplicación se requiere del cumplimiento de determinados requisitos y/o presupuestos, así como existen algunas limitaciones y/o prohibiciones para su ejercicio, que deberán cumplirse, a efectos de impedir se genere a futuro posibles causales de nulidad. Y es que la prueba de oficio supone una actividad por parte del juez en la etapa de Juicio Oral, la cual le permitirá esclarecer la verdad de los hechos, sirviendo como una acción coadyuvante para la emisión de una sentencia justa.

MIRANDA ESTRAMPES⁹ por su lado la define como la prueba que en su momento no fue aportada por las partes y que es practicada dentro del Juicio Oral, a iniciativa del juez de juzgamiento y una vez finalizado el periodo probatorio normal, es decir después del material probatorio presentado por las partes y que tiene por finalidad la búsqueda del esclarecimiento de los hechos.

1.1. Evolución de la prueba de oficio y concepción en el derecho comparado. Las legislaciones procesales, sobre todo en materia civil, han basado sus preceptos- en su gran mayoría- en el principio dispositivo, a través del cual se confía en la iniciativa de las partes para la aportación de pruebas necesarias que acrediten la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos en virtud del aforismo *onus probandi incumbit actori, reus in excipiendofit actor* (la carga de la prueba recae sobre el demandante, el demandado en la excepción se convierte en el actor). Y es que, para estas codificaciones es obligación del actor producir las pruebas de su demanda y al demandado le corresponde probar las afirmaciones de sus excepciones opuestas. Sin embargo, posteriormente se introduce una nueva facultad al establecerse que la carga de la prueba que le corresponde a las partes no impedirá la iniciativa probatoria por la autoridad judicial, surgiendo como una nueva política procesal innovadora “la facultad instructoria del juez” para obtener pruebas necesarias de oficio, en la hipótesis donde las pruebas suministradas por ambas partes no sean suficientes para el esclarecimiento de los hechos divergentes. Y es que la emergente civilización del siglo XXI presenta a un hombre con un carácter social nuevo, en una sociedad inmersa en luchas, todas ellas dirigidas

⁸ Ore Guardia, A., (2015) Manual de Derecho Procesal Penal. La prueba en el proceso penal. T 3. Ed. Reforma, Lima, p. 207.

⁹ Miranda Estrampes, M., (Instituto de Ciencia Procesal Penal). (2013, octubre 07). La Prueba de Oficio en el Proceso Penal Acusatorio. (Archivo de video). Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=F5EXtde1w6A>

a un cambio en las estructuras político-sociales, económicas, gubernamentales y jurídicas en busca de una civilización, estando que los sistemas jurídicos se ajusten a dichos cambios, entre ellos los relacionados directamente con el desempeño del juez en la validez de la prueba¹⁰, sin embargo dicha facultad encuentra un límite necesario y es que no debe exceder ni vulnerar derechos y garantías constitucionales al debido proceso, como se expondrá más adelante.

Como lo explica CHAVEZ NUÑEZ¹¹ en el sistema dispositivo tradicional, la actividad probatoria radicaba exclusivamente en los medios de convicción aportados por las partes, dado que el Juez no contaba con los poderes que le permitiesen disponer de oficio de la práctica de pruebas. Dado esto, el proceso podría manipularse en perjuicio de terceros, pues ante la ausencia eficaz de la fiscalización del juez, que carecía del mecanismo de la prueba de oficio, no podían ser desenmascarados los propósitos ocultos que inspiraban a las partes a cometer actos fraudulentos en el proceso judicial; y es que con el paso del tiempo se ha buscado dejar de lado al juez “convidado de piedra” debiendo transformarse en juez director del proceso¹². Así, su función originalmente comprendió en la aportación de pruebas por su

¹⁰ Gaitán Guerrero, L. A., (2009). La Prueba de Oficio en el proceso. Colombia. Revista de Derecho Privado. Artículo web extraído de <http://academia.edu> (visto 05.05.2019)

¹¹ Chávez Núñez, F., (2012). La Prueba de Oficio y Breve comentario de su regulación en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Perú. *ITA IUS ESTO*. Artículo web extraído de <http://itaiusesto.com> (visto 31.07.2019).

¹² Y es que haciendo un breve repaso respecto de los sistemas que ha imperado en los procesos penales, se tiene que históricamente se han clasificado en sistema inquisitivo y acusatorio, siendo que este último predominó hasta mediados del siglo XII, siendo posteriormente sustituido, de manera gradual por el modelo inquisitivo que prevaleció con plenitud hasta el final del siglo XVIII, momento en que los movimientos sociales y políticos implicaron un nuevo cambio de rumbos. En relación a la posición del órgano jurisdiccional, que es el ítem de la presente tesis, la persecución y el ejercicio de la acción penal eran de competencia a un órgano distinto del juez, no perteneciente al Estado, sino a un representante voluntario de la colectividad, resultando tener el órgano decisor una actitud pasiva, manteniéndose apartados de la iniciativa probatoria y gestión de la prueba, pues dicha actividad estaba a cargo de las partes, quien acusaba y quien juzgaba estaba en manos de personas diferentes. Sin embargo, dicho sistema se fue mostrando insuficiente ante las necesidades de represión de los delitos, facilitando una persecución inspirada por ánimos e intenciones de venganza, siendo que dicha insatisfacción el origen de que los jueces invadiesen cada vez más las atribuciones de los acusadores privados, por lo que en un mismo órgano el Estado se empezaron a concentrar las funciones de acusar y juzgar, procediendo los jueces incluso de oficio con la investigación y dictando posterior sentencia, surgiendo las primeras características de lo que sería el sistema inquisitivo en mérito básicamente a la inactividad de las partes, llegando a la conclusión de que la persecución criminal no podría ser dejada en las manos de los particulares porque eso comprometería seriamente la eficacia del combate a la delincuencia. Por ello, este sistema inquisitivo se caracterizó por dejar en manos del Estado a través del juez, las funciones que hoy incumben al Ministerio Fiscal y al juez; así también actuaría de oficio sin necesidad previa de invocación, recogiendo el material que formará su convicción, pues se encargará de investigar, dirigir, acusar y juzgar y es que dicho sistema estaba basado en la intolerancia, derivada de la “verdad absoluta” de que “la humanidad fue creada a la gracia de Dios. Finalmente existe la clasificación de sistema mixto, definiendo así al proceso penal de un país generalmente inspirado en el Código Napoleónico de 1808 cuyas etapas se caracterizan por ser inquisitivo en la fase pre-procesal y el acusatorio en la fase procesal, sin embargo dicha clasificación es considerada insuficiente toda vez que en la actualidad no existen sistemas puros sino que todos son mixtos”; en Lopes JR., A. (2018). Fundamentos del Proceso Penal. Valencia, Tirant La Blanch, pp. 114-124. Así también, Ore Guardia precisa que puede llamarse inquisitivo (puro) a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, mientras que se llama acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo y rígidamente separado de

propia iniciativa, bajo dos circunstancias: dentro de los límites de las pretensiones de las partes y en cualquier momento del proceso; lo que difiere en la actualidad, por cuanto existe un momento procesal específico para que sea ejercitado.

Haciendo un repaso a la concepción de esta institución jurídica a través del Derecho comparado diremos que no existe un tratamiento único de la prueba de oficio sino que su concepción es diversa; así en el ámbito europeo continental, el Código de Procedimiento Penal italiano y la Ordenanza Procesal Penal Alemana (StPO) – sobre la base del principio de investigación oficial y de averiguación de la verdad – facultan al juez a introducir prueba de oficio.

Por otro lado, los Códigos Procesales Penales de corte acusatorio aprobados en Europa en las décadas de los 70 y 80 optaron por atribuir al juez o Tribunal penal una amplia facultad de iniciativa probatoria *ex officio*¹³, basándose en el principio de averiguación o investigación de la verdad material; entre ellos, ALEMANIA a través de la STPO de 1975 señalándose en su artículo, § 244 (2) que “El Tribunal extenderá de oficio, con el fin de indagar la verdad, la práctica de las pruebas a todos los hechos y medios de prueba que fueran de importancia para la resolución”, advirtiéndose con ello que el Tribunal no sólo estaba vinculado a las solicitudes de las partes sino que podía actuar de oficio en la búsqueda de las pruebas que le hagan llegar a la verdad material, circunstancia que ha generado opiniones críticas en relación a que el juez en el proceso penal alemán no es un árbitro neutral.

En ITALIA a través del Código Procesal Penal de 1988, como regla general se atribuía a las partes la iniciativa probatoria; sin embargo, se planteaba la excepción de reconocer al juez la admisión de oficio, ello a través del art. 190.2 del cuerpo procesal mencionado; estando que dicha facultad incluso permitía al Tribunal salvar las preclusiones probatorias padecidas por las partes e incorporar aquellas que podrían haber solicitado en el momento procesal oportuno, es decir se reconocía el poder-deber de integración al juez en los casos de falta o insuficiencia de la iniciativa de las partes que le impidan alcanzar una decisión justa y es que, nuevamente el fin de la búsqueda de la verdad resulta ser para este sistema procesal, la finalidad de su desarrollo.

Y en PORTUGAL el Código Procesal Penal de 1987 a través del art. 340 inciso 1 autoriza al Tribunal para acordar, de oficio o a instancia de parte, la práctica de todos aquellos medios

las partes que actúan activamente en condiciones iguales, no debiendo el juez tener facultades probatorias, en Ore Guardia, A., (2015). Manual de Derecho Procesal Penal. La prueba en el proceso penal. Tomo 3. Ed. Reforma, Lima, p. 85.

¹³ Miranda Estrampes, M., (2013). Iniciativa probatoria *ex officio* del juez en los procesos penales acusatorios (Prueba de oficio, imparcialidad judicial y principio acusatorio: ¿una mezcla imposible?). Anuario Alerta Informativa. Perú. Documento en formato electrónico extraído de <http://congreso.gob.pe> con fecha 17.06.2019.

de prueba que estime necesarios para el descubrimiento de la verdad y la justa decisión de la causa. En estos casos, el Tribunal lo pondrá en conocimiento de las partes con la debida antelación y lo hará constar en el acto, debiendo someterse a contradicción la práctica de tales medios. En dicha legislación, al igual que en el caso italiano, se tiene el poder-deber de investigar oficiosamente toda prueba necesaria para descubrir la verdad, no bastando el conocimiento de la verdad formal sino que se exige la verdad histórica o material.

En Latinoamérica¹⁴ en las últimas décadas se constata la existencia de dos tendencias; por un lado, aquellos favorables al reconocimiento de la prueba de oficio con determinados exigencias para su aplicación y por otro aquellos críticos y adversarios a ella, prohibiendo al juez iniciativa probatoria autónoma. Así, en la legislación procesal penal de COSTA RICA, a través del art. 320 del Código Procesal Penal N° 7594 se le reconoce facultades probatorias de oficio al juez en la fase intermedia prescribiéndose “El tribunal del procedimiento intermedio admitirá la prueba pertinente para la correcta solución del caso y ordenará de oficio la que resulte esencial. Rechazará la que considere evidentemente abundante o innecesaria. De oficio podrá ordenar que se reciba prueba en el debate, sólo cuando sea manifiesta la negligencia de alguna de las partes y su fuente resida en las actuaciones ya realizadas”; y excepcionalmente en la fase del juicio, de oficio o a petición de parte, se podrá ordenar la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevas, que requieren su esclarecimiento¹⁵.

En el mismo sentido, en ECUADOR el Código de Procedimientos Penales del 2000, también da reconocimiento a dicha facultad judicial al indicarse que el presidente del tribunal, por sí o a pedido de las partes, podrá ordenar que los testigos y peritos que ya hubieren declarado se presenten para ampliar sus declaraciones, así como se concede al presidente la facultad de llamar a cualquier persona para interrogarla y de ordenar que se exhiban ante el tribunal los objetos o documentos que considere necesarios para esclarecer el hecho o alguna circunstancia alegada por las partes. Por su parte, el art. 359 del Código Orgánico Procesal Penal de la República Bolivariana de VENEZUELA, prescribe que “Excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevas, que requieren su esclarecimiento. El tribunal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes”. Admite, también, que el tribunal pueda disponer una inspección, si resulta

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ Art. 355 Código Procesal Penal de Costa Rica al tratar el tema Prueba para mejor proveer excepcionalmente.

necesaria para conocer los hechos (art. 358, párrafo último Código Orgánico Procesal Penal de la República Bolivariana de Venezuela).

La orientación seguida por los Códigos Procesales Penales acusatorios de corte más adversarial¹⁶ ha sido totalmente distinta, pues o bien no contemplan expresamente la posibilidad de acordar prueba de oficio o bien la prohíben expresamente. Ejemplo de ello, en BOLIVIA, el Código de Procedimiento Penal de 1999, aprobado por Ley N° 1970, del 25 de marzo de 1999, establece una norma prohibitiva, prescribiendo que “En ningún caso el juez o tribunal podrá incluir hechos no contemplados en alguna de las acusaciones, producir prueba de oficio [...]”. Así también, en CHILE el Código Procesal Penal del 2000, atribuye a las partes el monopolio de la iniciativa probatoria, contemplando en el art. 336 que “Si con ocasión de la rendición de una prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad” (lo que doctrinariamente se conoce como prueba sobre la prueba, la cual incluso se encuentra condicionado a la iniciativa de la parte interesada); y es que para dicha legislación el Tribunal de Enjuiciamiento no debe abandonar su posición equidistante de las partes y desinteresada de la causa, pues de hacerlo y al facultarle cualquier iniciativa en la incorporación de pruebas de cargo o descargo no se atentaría más que contra la garantía de su imparcialidad.

Por el mismo camino se encuentra la legislación procesal penal en REPUBLICA DOMINICANA prescribiendo en el art. 330 del Código Procesal Penal aprobado en el año 2002, que si bien el Tribunal puede acordar la recepción de cualquier prueba, siempre que en el curso de la audiencia surgen nuevas circunstancias que requieran su esclarecimiento, dicha facultad es de carácter excepcional y se requiere necesariamente previa petición de parte, no pudiendo de oficio actuarlo el Tribunal.

Caso particular es el Código Procesal Penal de COLOMBIA del 2004, el cual optó por prohibir toda iniciativa probatoria *ex officio*; estando que a través del art. 361 de dicho cuerpo legal, bajo el epígrafe de Prohibición de prueba de oficio se proclama que “En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio”, quedando la iniciativa probatoria en manos exclusivas de las partes. No obstante, el legislador colombiano no ha cerrado totalmente la posibilidad de que puedan practicarse nuevas pruebas durante el acto del juicio

¹⁶ Miranda Estrampes, M., (2013). Iniciativa probatoria *ex officio* del juez en los procesos penales acusatorios (Prueba de oficio, imparcialidad judicial y principio acusatorio: ¿una mezcla imposible?). Anuario Alerta Informativa. Perú. Documento en formato electrónico extraído de <http://congreso.gob.pe> con fecha 17.06.2019.

oral, pero atribuyendo su iniciativa al Ministerio Público¹⁷. En la misma línea con el modelo colombiano, el Código Procesal Penal de PANAMA de 2008, prohíbe expresamente que el Tribunal de Juicio pueda decretar pruebas de oficio; así el art. 348 CPP declara que “Si con ocasión de la rendición de una prueba en el juicio surge una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el Tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieran sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiera sido posible prever su necesidad”, siempre previa solicitud de parte.

En los sistemas cuyos perfiles adversariales son más acentuados como en ESTADOS UNIDOS y PUERTO RICO, se reconocen ciertas facultades judiciales como llamar a testigos y peritos así como interrogarlos directamente¹⁸. Así, por ejemplo en la regla 614 de las Reglas Federales de Evidencia de los Estados Unidos se prescribe la posibilidad tanto del juez civil como del penal, que de oficio o a solicitud de parte se pueda interrogar a los testigos o que de oficio el Tribunal ordene consultorías técnicas nombrando a expertos; y la regla 43 D de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico prescribe que “La Jueza o el Juez podrá -a iniciativa propia o a petición de una parte- llamar testigos a declarar, lo cual permitirá a todas las partes contrainterrogar a la persona testigo así llamada. La Jueza o el Juez también podrá, en cualquier caso, interrogar a una o a un testigo, sea ésta o éste llamado a declarar por la propia Jueza o el propio Juez o por la parte. El examen de la Jueza o el Juez debe ir dirigido a aclarar las dudas que tenga o para aclarar el récord. En todo momento, la Jueza o el Juez debe evitar convertirse en abogado o abogada de una de las partes, evitando sugerir a la persona declarante una respuesta en particular”.

Finalmente, en relación al procesal penal español se tiene como regla general que la carga de alegación y de la prueba corresponde a las partes, así lo prescribe el art. 728 Ley de Enjuiciamiento Criminal “No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas”¹⁹. No obstante, se admitió con carácter excepcional la iniciativa probatoria *ex officio* del Tribunal, considerándose una facultad de carácter residual, subsidiario y complementario.

¹⁷ Art. 357 CPP Colombiano “Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por estas que pudiese tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica”.

¹⁸ Talavera Elguera, P., (2009). La Prueba en el Nuevo Proceso Penal. Manual del Derecho Probatorio y de la Valoración de las Pruebas. Academia de la Magistratura, p. 52.

¹⁹ La Exposición de Motivos de la LECrim afirmaba que “los magistrados deben permanecer durante la discusión pasivos, retraídos, neutrales, a semejanza de los Jueces de los antiguos torneos, limitándose a dirigir con ánimo sereno los debates”.

1.2. Definición y Rasgos Característicos. Siguiendo a la doctrina mayoritaria se puede definir a la prueba de oficio como aquella prueba que en su momento no fue aportada u ofrecida por las partes del proceso y cuya práctica es acordada a pedido del Juez o Tribunal en una etapa importante del proceso como es la etapa final o de Juicio Oral, siendo que su ejecución tiene por finalidad lograr el esclarecimiento de los hechos²⁰ al que se debe llegar para la obtención de una sentencia justa²¹. Hay quienes la conciben como aquella prueba que realiza el Juez ante un acopio de pruebas deficientes y entonces al advertir que resulta necesario incorporar otros medios de prueba no ofrecidos por las partes, pero que resultan fundamentales para la resolución de un caso, ordena su actuación e incorporación en el proceso²². Y es que, tras un examen acucioso y concienzudo por parte del juzgador, este deberá concluir acerca de su posibilidad de inclusión y más aun que con dicha actuación se generen elementos de convicción que le permitan un mejor resolver, imponiéndose una serie de requisitos con la única finalidad del esclarecimiento de la verdad²³.

No se debe olvidar que se trata de una iniciativa probatoria del juez y no una prueba que le pertenezca al juez o que su función sea distinta a las pruebas aportadas por las partes desde su iniciativa, pues a tenor de lo indicado por ALFARO VALVERDE, “su propósito no puede ser otro que ser también un instrumento epistemológico o de conocimiento del que se vale el juez, para lograr precisamente la verdad de los hechos en el proceso y con ello obtener no solo la solución de la controversia en el caso concreto, sino que se realice mediante una decisión lo más justa posible²⁴”.

Sin embargo, siendo una atribución otorgada legalmente al juez penal, no puede ser actuada en todo momento y bajo cualquier circunstancia, sino que reviste de ciertas características esenciales que deben cumplirse al momento de su actuación. Así, siguiendo a ORE GUARDIA²⁵ tenemos que:

²⁰ Angulo Arana, P., (2008). Las Pruebas de oficio en el Nuevo Código Procesal Penal, Actualidad Jurídica, N° 175, p. 154.

²¹ Parra Quijano, citado por Cristóbal Tamara, T. (2018). Ponderación de la presunción de inocencia e in dubio pro reo frente a la insuficiencia probatoria y el esclarecimiento de la verdad. Análisis y crítica en torno a la prueba de oficio. *Actualidad Penal. Al día con el Derecho*, N° 48, Lima: Instituto Pacífico, p. 17.

²² Miranda Estrampes, M., (2013). Iniciativa probatoria *ex officio* del juez en los procesos penales acusatorios (Prueba de oficio, imparcialidad judicial y principio acusatorio: ¿una mezcla imposible?). Anuario Alerta Informativa. Perú. Documento en formato electrónico extraído de <http://congreso.gob.pe> con fecha 17.06.2019.

²³ Rosales Echegaray, J., (2018), La Prueba de Oficio. Alerta Informativa Loza Avalos Abogados, p. 2. y en la misma línea García León, G., (2018). La Prueba de oficio en el proceso penal: mitos y verdades. *Actualidad Penal. Al día con el Derecho*, N° 48, Lima: Instituto Pacífico, pp. 29-48.

²⁴ Alfaro Valverde, L., (2017). La Iniciativa Probatoria del Juez – Racionalidad de la Prueba de Oficio. Ed. Grijley, p. 171.

²⁵ Ore Guardia, A., (2016). Derecho procesal penal peruano. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal, t. II, Lima: Gaceta Jurídica, p. 474.

- i) Es una facultad de carácter excepcional, resulta ser aplicable solo cuando se busca esclarecer un hecho resultando necesario para complementar las pruebas ofrecidas por las partes procesales, debiéndose avocar a demostrar los mismos hechos que las partes han expuesto a través de sus propios medios de prueba. No podrá ejercerse siempre o en todos los casos sino sólo para lograr los fines a los que el Proceso Penal quiere llegar.
- ii) El momento de su actuación es exclusivamente en la etapa de Juzgamiento – de Juicio Oral y después del debate oral de pruebas ofrecidas por las partes procesales²⁶.
- iii) Debe ser *producto de debates previos* suscitados durante el juicio oral, lo que impide que el juez pueda realizar *motu proprio* alguna labor de investigación encaminada a la búsqueda de la verdad de fuentes de prueba.
- iv) La decisión de su incorporación puede ir precedida o no de una solicitud de cualquiera de las partes del proceso, pero corresponde al juez decidir finalmente, con la debida motivación si la practica o no.

Es decir, la iniciativa probatoria del Juez no debe entenderse como ayuda al débil sino como una manera de esclarecer la situación fáctica materia de la controversia²⁷, no son pruebas privilegiadas pues deben cumplir todas las formalidades reales y legales, resaltando como única diferencia en relación a las aportadas por las partes, que su origen proviene del pedido del Juez y el momento en que se actúa, esto es, una vez culminado la oferta probatoria por las partes y antes del proceso valorativo del juez que lo lleve a la emisión de la sentencia. Se trata de una figura discrecional atribuida al órgano jurisdiccional, cuyo origen parte de hechos alegados por el acusador o por la defensa técnica del imputado pero que no han sido demostrados adecuadamente según su criterio y se orienta al logro de una decisión justa imparcial respecto a la pugna entre ambos. No se trata de una facultad de carácter supletorio²⁸ y subsidiario, pues no reemplaza la actividad de las partes, sino que las complementa, resultando ser razonable su actuación dentro del proceso para los fines propios del proceso

²⁶ “La facultad de ordenar la práctica de prueba de oficio solo puede ser ejercida por el juez una vez que las partes hubieran ofrecido y practicado sus medios de prueba aportados en la fase intermedia o al inicio del juicio” en Talavera Elguera, P., (2009). La Prueba en el Nuevo Proceso Penal. Manual del Derecho Probatorio y de la valoración de las pruebas, Academia de la Magistratura, Lima, p. 52.

²⁷ Ledesma Narváez, M., citada por Chávez Núñez, F., (2012). La Prueba de Oficio y Breve comentario de su regulación en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Perú. *ITA IUS ESTO*. Artículo web extraído de <http://itaiusesto.com> con fecha 06.02.2019.

²⁸ García León precisa que la prueba de oficio no implica un reemplazo de roles a la defensa o al Ministerio Público; adicionando que no es un derecho probatorio como tienen los otros sujetos procesales, sino que es una facultad, y no un derecho, de carácter excepcional, que no está dirigida a probar la responsabilidad penal o probar la inocencia del imputado, como si lo están encaminadas las pruebas del Ministerio Público y la defensa, pues el objetivo de esta atribución procesal es aclarar, contrastar o verificar hechos; en García León, G.A., (2018). La Prueba de oficio en el proceso penal: mitos y verdades. Actualidad Penal. Al día con el Derecho, N° 48, Lima: Instituto Pacífico.

penal, por lo que el mandato de su realización deberá quedar sentada en una resolución debidamente motivada e inimpugnable²⁹.

1.3. Facultad discrecional o Potestad del juez. Es importante determinar si la prueba de oficio constituye una facultad judicial, lo que implicaría que puede o no ejercerla en relación a su criterio y lo que estime conveniente y de hacerlo, con la fundamentación debida, en aras de esclarecer la verdad de los hechos y llegar a la búsqueda de la verdad de los mismos; o por el contrario, forma parte de una obligación que debe ser aplicada sin justificación alguna cuando así se requiera. Al respecto, ARIANO DEHO³⁰ es de la opinión que la prueba de oficio no es una obligación legal, sino que por el contrario se trata de una facultad discrecional concedida al órgano jurisdiccional, y como consecuencia de dicha atribución, su no utilización no acarrea la nulidad de la sentencia³¹. Y es que existe un razonamiento de considerar un aprisionamiento parcial de las pruebas de oficio como si solo se utilizaran para lograr la condena de una persona. Se confunde lo “oficial” con lo “inquisitivo” debe decirse que el juez al proponer la prueba, intenta simplemente esclarecer un hecho sin saber cuál será el resultado de la práctica de dicho medio de prueba dado, que si lo supiera, la prueba no tendría por qué practicarse³².

Así también, PICO I JUNOY³³ opina que la posibilidad de otorgar al juez penal la necesaria iniciativa probatoria implica fundamentalmente facilitarle el correcto desempeño de la función jurisdiccional, logrando la máxima eficacia de su función. Es por ello, que sostiene que la decisión final sobre la práctica de dicha prueba de oficio, está encaminada a un mejor esclarecimiento de los hechos del proceso; de ahí, que se deba contemplar como una facultad o

²⁹ Chávez Núñez, Frida Mercedes (2012). La Prueba de Oficio y breve comentario de su regulación en la Nueva Ley Procesal de Trabajo. Perú. *ITA IUS ESTO*. Artículo web extraído de <http://itaiusesto.com> con fecha 31.07.2019.

³⁰ Ariano Deho citado por Chávez Núñez, F., (2012). La Prueba de Oficio y Breve comentario de su regulación en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Perú. *ITA IUS ESTO*. Artículo web extraído de <http://itaiusesto.com> con fecha 06.02.2019.

³¹ En el mismo sentido opina Talavera Elguera al señalar que *la prueba de oficio no se trata de una carga sino de una facultad de carácter complementario, no teniendo el juez la obligación, ni constituye una carga para él ordenar de oficio la práctica de nuevos medios de prueba, pues se trata de una facultad que deberá ejercer prudentemente y bajo la observancia de determinados requisitos; de tal manera que no podrá anularse ni casarse una sentencia porque el juez no ejerció la facultad o iniciativa de practicar prueba de oficio*; en Talavera Elguera, P., (2009). La Prueba en el Nuevo Proceso Penal. Manual del Derecho Probatorio y de la valoración de las pruebas, Academia de la Magistratura, Lima, p. 52.

³² Nieva Fenoll citado por Cristóbal Tamara, T., (2018). Ponderación de la presunción de inocencia e in dubio pro reo frente a la insuficiencia probatoria y el esclarecimiento de la verdad. Análisis y crítica en torno a la prueba de oficio. *Actualidad Penal. Al día con el Derecho*, N° 48, Lima: Instituto Pacífico, p 18.

³³ Pico I Junoy citado por Cristóbal Tamara, T., (2018). Ponderación de la presunción de inocencia e in dubio pro reo frente a la insuficiencia probatoria y el esclarecimiento de la verdad. Análisis y crítica en torno a la prueba de oficio. *Actualidad Penal. Al día con el Derecho*, N° 48, Lima: Instituto Pacífico, p 18.

poder del juez cuya única finalidad es comprobar la veracidad de las afirmaciones fácticas formuladas por las partes³⁴ y formar su propia opinión sobre la litis³⁵, no constituyendo un poder-deber del cual se encuentra sujeto bajo toda circunstancia.

Consideramos entonces, que no existe obligación respecto del órgano judicial de aplicar prueba de oficio siempre y en todos los casos, sino que es una facultad que se le ha conferido de manera excepcional, a fin que se practique alguna práctica probatoria dictada por él para los fines propios del proceso penal, esto es la búsqueda de la verdad de los hechos que le permita tomar una decisión ajustada a la realidad y la justicia; facultad que además, al momento de ejercerla, deberá exponer la debida fundamentación de las razones que lo llevan a practicarla.

1.4. Limitaciones y/o prohibiciones. Debe tenerse claro cuál es la función de la prueba³⁶ dentro de la organización de un sistema procesal; y, en ese sentido es oportuno señalar que aquella, desempeña una función epistemológica toda vez que se presenta como el instrumento procesal de que se sirve el juez para descubrir la verdad sobre los hechos, de tal manera que la prueba (ya sea ya aportada por las partes o de oficio) resulta ser un medio o instrumento para obtener el fin de dicha verdad. Entonces, en base a dicha finalidad probatoria, es oportuno indicar que la función del juez como órgano decisor, más allá de determinar la responsabilidad

³⁴ Fernández López Mercedes citada por Cristóbal Tamara T., (2018). Ponderación de la presunción de inocencia e in dubio pro reo frente a la insuficiencia probatoria y el esclarecimiento de la verdad. Análisis y crítica en torno a la prueba de oficio. *Actualidad Penal. Al día con el Derecho*, N° 48, Lima: Instituto Pacífico, p. 18.

³⁵ Perla Velaochaga, E., citado por Alfaro Valverde, L., (2017). La Iniciativa Probatoria del Juez – Racionalidad de la Prueba de Oficio. Ed. Grijley, p. 35 y ss.

³⁶ Al respecto De Paula Ramos señala que “hay dos formas básicas de diseñar un sistema probatorio: un modelo subjetivo en el que el procedimiento probatorio gira alrededor del juez y otro que denominare modelo objetivo en el que se aspira a desplazar la figura de la creencia del juez del centro del procedimiento de confirmación y rechazo de la hipótesis sobre los hechos. El primer modelo, gira en torno a la idea de que aquello que se tiene como probado se vincula a la creencia o a la convicción del juez sobre los hechos, es decir, que la prueba sirve para convencer al juez y por ello se indica que el sujeto que debe convencerse será el centro de la actividad probatoria y entonces, todas las etapas probatoria (admisión, práctica, valoración) serán medios para lograr un fin: el convencimiento del juez, independientemente si ese convencimiento se corresponda o no con lo que en efecto sucedió, de tal manera que la “verdad” será aquello que el juez decida que es. Sin embargo, este modelo sitúa al juez en una posición de infalibilidad, al eliminar cualquier criterio externo a la decisión, así también la calidad de material probatorio no tendrá importancia esencial, pues aún estando incompleto o resulte poco fiable, lo importante es que el juez se haya convencido de dicha prueba y será él quien decida cuáles pruebas le convence y cuáles no. El modelo objetivo, por el contrario, acepta una premisa en su razonamiento probatorio, es decir, se basa en aquello que está probado, con independencia de la convicción subjetiva del juez; y es que, la verdad como correspondencia no sólo es un elemento importante para el proceso judicial, sino que es incluso, el fin mismo de la institución probatoria. Aquí, el juez ya no será más el centro de la actividad probatoria, en la medida que todas las fases (admisión, práctica y valoración) serán medios para lograr un fin: la búsqueda de la verdad, conocer lo que realmente sucedió en forma objetiva. Así, el hecho de que “está probado que *p*” corresponda a lo que realmente sucedió deja de ser un mero hallazgo ocasional, para convertirse en el objetivo de todo el procedimiento probatorio”; en De Paula Ramos, V., (2019), La Prueba Testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico a dialogo con la psicología y epistemología. Madrid. Marcial Ponds, pp. 25 – 37.

o inocencia del acusado, será obtener la verdad de los hechos; con lo que se advierte que existe una correlación entre la finalidad de procedimiento probatorio con la finalidad del proceso penal, en la obtención objetiva de lo que realmente sucedió. De esta manera, la prueba de oficio para cumplimiento de dichos fines es que el legislador peruano le ha permitido al juez ejercer aquella práctica, con el rasgo particular de ser complementaria de alguna prueba introducida por las partes, para aclarar un determinado hecho o circunstancias

Sin embargo, so pretexto de dicha finalidad, no se podrá permitir que el juez realice dicha actividad en todas las formas y/o bajo cualquier circunstancia; sino que, por el contrario, a fin de evitar una posible vulneración de su función jurisdiccional y específicamente - de su imparcialidad, deberán existir unos parámetros y/o límites, demostrándose con ello que no se trata entonces de una figura procesal autosuficiente; siendo que como ya se ha explicado, si bien es una facultad o potestad atribuida al juez, no es necesaria, indispensable u obligatoria en el desarrollo del proceso, sino que por el contrario es excepcional limitada a los hechos alegados por las partes, limitada a su uso no en detrimento de los roles de la defensa o fiscalía sino destinada sólo a esclarecer hechos puntuales de todo el núcleo o cuestiones a probar en general, no buscando probar hechos nuevos que no sean conocidos en el proceso³⁷.

En este punto es preciso indicar entonces que el juez solo podrá ordenar se practica algún tipo de prueba en relación a la imputación objetiva realizada por el acusador, es decir, encontrará el límite de su actuación en los hechos prescritos en el requerimiento acusatorio, no pudiendo extralimitarse por cuanto, su función jurisdiccional le impide actuar como parte dentro del proceso, estando que de adicionar hechos o cambiar los preestablecidos mediante la pretensión acusatoria, se advertiría su conducta imparcial frente al objeto del proceso.

MIRANDA ESTRAMPES³⁸ señala cuatro límites a la actuación de la prueba de oficio:

a) **La prueba de oficio debe ser exclusivamente sobre los hechos alegados por las partes.**

Es decir, que las proposiciones fácticas constituyen el sustrato fáctico de sus respectivas pretensiones, no pudiendo el juez o tribunal introducir nuevos hechos en el proceso o alterar los ya propuestos por las partes³⁹, pues los hechos y/o pruebas que se buscan alegar

³⁷ García León, G. A., (2018), La Prueba de oficio en el proceso penal: mitos y verdades. *Actualidad Penal. Al día con el Derecho*, N° 48, Lima: Instituto Pacifico, pp. 35 – 36.

³⁸ Miranda Estrampes citado por García León, G.A., (2018). La Prueba de oficio en el proceso penal: mitos y verdades. *Actualidad Penal. Al día con el Derecho*, ob. cit.p. 42.

³⁹ Miranda Estrampes, M., (2013). Iniciativa probatoria *ex officio* del juez en los procesos penales acusatorios (Prueba de oficio, imparcialidad judicial y principio acusatorio: ¿una mezcla imposible?). ob. cit.; en la misma línea se pronuncia Ore Guardia al señalar que los medios de prueba *ex officio* no deben modificar el objeto del proceso, debiendo ceñirse por aplicación del principio acusatorio a los hechos objeto de discusión en el juzgamiento, pues el órgano jurisdiccional está imposibilitado de alterar los hechos configuradores del proceso

como afirmaciones sólo deben ser introducidas por las partes. Con este límite se busca salvaguardar el principio acusatorio, el cual forma parte del sistema procesal penal adoptado, como se desarrollará en los capítulos posteriores, evitando además que se pierda el rol de árbitro que debe ser inherente al juez.

- b) **El juez no puede acordar la práctica de pruebas de oficio en los casos de ausencia total y/o manifiesta insuficiencia de las pruebas practicadas.** Ello hace mención al carácter complementario de esta figura procesal, pues se requiere que para su actuación, previamente se advierta la práctica de un mínimo de prueba por parte de cada una de las partes, pues de hacerlo y verificándose que con ello solo se ha suplido debilidades, errores, negligencias o inactividades de lo pretendido por las partes, sólo se afirmarían que estaría quebrando el principio de imparcialidad judicial. Así, cuando el órgano judicial encuentre insuficiencia de prueba de cargo, debe direccionarse a la necesaria absolucón del acusado en base al principio de presunción de inocencia. En otras palabras, la prueba *ex officio* debe obedecer a una actividad integrativa o complementaria del juez, nunca a una actuación de carácter sustitutivo o de suplencia de las partes⁴⁰.
- c) **Las pruebas de oficio deben limitarse a aquellas fuentes de prueba que surjan durante los debates de juicio oral.** No puede llevarse a cabo ninguna labor de investigación por parte del órgano decisor encaminada a la búsqueda de fuentes de prueba, el juez no puede utilizar su conocimiento privado. La necesidad y utilidad de la prueba de oficio debe generarse como consecuencia de los debates del juicio oral, nunca el juez de enjuiciamiento puede justificar la práctica de una prueba de oficio sobre la base del examen de la carpeta de investigación o del expediente judicial, sin que la fuente de prueba haya surgido durante el debate oral.
- d) **Solo podrá acordarse la prueba de oficio, una vez finalizada la práctica de las pruebas aportadas por las partes.** Ello hace referencia al momento procesal en que debe exponerse su actuación, resultando ser necesario que sea para el momento final del desarrollo del juicio oral, toda vez que es indispensable primero que todas las partes hayan expuestos sus pretensiones con los medios probatorios que las justifican para luego proceder como *última ratio* - y siempre siendo una facultad, no una obligación; a la intervención de esta actividad probatoria. De realizarla en un momento anterior se corre el riesgo que el juez termine sustituyendo la actividad que le corresponde a las partes y si por

penal, no debiendo referirse a hechos nuevos y/o distintos a los alegados por las partes; en Ore Guardia, A., (2015). Manual de Derecho Procesal Penal. La prueba en el proceso penal. T 3, Ed. Reforma, Lima, p. 209.

⁴⁰ *Ibidem*.

el contrario se realiza una vez finalizado el juicio oral se corre el riesgo que el juez no aplique la regla general y necesaria en todo proceso penal como es el principio de *in dubio pro reo*, debiendo absolver en caso de duda al procesado y no condenándolo sólo por la actuación que de oficio se realizó, pues condenarlo por ello resultaría inaceptable. Este límite está arraigado a la característica de subsidiariedad que debe tener toda prueba de oficio.

Adicional a estos límites, ORE GUARDIA precisa que el juez al momento de practicar la prueba oficiosamente debe además garantizar el respeto irrestricto del principio de contradicción y el derecho de defensa de los litigantes, pretendiendo otorgar con ello, a las partes la posibilidad de contradecir los resultados obtenidos como producto de dicha actuación de oficio; estando que de no hacerlo se dejaría en estado de indefensión a las partes⁴¹.

Y es que, como se ha mencionado *supra*, el juez no podrá disponer la actuación oficiosa de pruebas, más allá de las que las partes han presentado como medios de prueba, no podrá extralimitarse en la práctica de pruebas⁴², no debiendo sustituir, anular, subsumir o suplir la actividad probatoria de las partes; por ello cuando las partes proporcionen al juez elementos probatorios suficientes para producirles certeza de los hechos, no habrá necesidad de que el juez ejercite sus poderes⁴³ y es que el juez no podrá emplear esta facultad para corregir la precaria actividad probatoria de una de las partes, siendo responsabilidad de cada parte si es o no diligente respecto a su actividad probatoria, de lo contrario allí si se advertiría algún tipo de parcialidad respecto del órgano decisor⁴⁴. Al respecto, refiere GARCIA LEON⁴⁵, que el juez no tiene las mismas facultades probatorias que tiene la defensa y la fiscalía, es decir el juez no tiene el derecho de pronunciarse e indicar la relevancia probatoria del medio de prueba documental incorporado de oficio como si lo tiene la defensa o el fiscal, es por ello que esta atribución conferida no podrá utilizar en todos los casos y bajo cualquier circunstancias sino que deberá respetarse los límites impuestos para su aplicación.

⁴¹ Ore Guardia, A., (2015). Manual de Derecho Procesal Penal. La prueba en el proceso penal. ob. cit. p. 210.

⁴² Ore Guardia, A. (2016). Derecho procesal penal peruano. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal, t. II Lima: Gaceta Jurídica, p. 474.

⁴³ Chávez Núñez, F., (2012). La Prueba de oficio y breve comentario de su regulación en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Perú. *ITA IUS ESTO*. Artículo web extraído de <http://itaiusesto.com> con fecha 17.06.2019

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ García León, G.A. (2018). La Prueba de oficio en el proceso penal: mitos y verdades. *Actualidad Penal. Al día con el Derecho*, N° 48, Lima: Instituto Pacífico, p. 41.

2. Anotaciones sobre imparcialidad del juez en el proceso penal

Después de haber realizado un repaso general de aquello que involucra la prueba de oficio, es oportuno ahora enfocar la idea respecto de los criterios que abarca el tema de imparcialidad referida específicamente en la función del órgano decisor en el proceso penal; precisándose los tipos de imparcialidad, así como son los requisitos que lo configuran y determinando cuáles serían los rasgos inherentes a todo juez imparcial, pues la nota de imparcialidad es una característica consustancial a la existencia del poder judicial y por tanto difícilmente se puede hablar de una función de juzgar si a ella no se le anuda directamente la nota de la imparcialidad; en consecuencia, no puede haber un juez parcial, en realidad no serían siquiera un juez, ni estaría sustanciando un auténtico proceso, pues los principios de igualdad de armas y de contradicción se verían inmediatamente negados⁴⁶.

Una vez determinado el concepto de imparcialidad resultará oportuno vincularlo con la prueba de oficio, pues en muchos autores subsiste el temor que al permitir un rol activo y otorgarle potestad discrecional al juez a través de la prueba de oficio, se corre el riesgo de disminuir o en el peor de los casos trasgredir su imparcialidad, al momento de valoración de las pruebas para la emisión de una sentencia basada en la justicia y la verdad. Sin embargo, como se explicará, en capítulos más adelante, esto no es del todo cierto pues el órgano judicial por disposición constitucional, conforme lo prescrito en el inciso 3 del art. 139 de la Constitución, está llamado a ser un verdadero edificador y efectivizador de garantías constitucionales⁴⁷ en el proceso y la práctica de dicha atribución deberá ejercerse con cautela, siempre respetando los límites legales también impuestos y especialmente su actuar deberá estar alineado en relación a los fines del proceso penal.

2.1. Imparcialidad Judicial como principio básico del proceso penal. Una de las funciones que ejerce el juez es dirigir y controlar el desarrollo del proceso, respetando siempre las garantías constitucionales; llevando adherente a su función jurisdiccional cada uno los principios rectores que garantiza un debido proceso, dentro de los cuales se encuentra el de imparcialidad; la cual es definida generalmente como la situación de objetividad en que el juez debe encontrarse con relación al caso que le toca juzgar; comprendiendo dos rasgos fundamentales que aluden a la situación del juez ante el caso en concreto: la objetividad y la

⁴⁶ Jiménez Asensio, R., (2002), Rafael. Imparcialidad Judicial y Derecho al Juez Imparcial. Ed. Aranzadi, Navarra, p. 59.

⁴⁷ Martínez Medrano, T., (2010). La imparcialidad del juez respecto de la prueba de oficio. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal Penal - Revistas Pucp.* 4 (1). Artículo web extraído de <http://www.revistas.pucp.edu.pe> con fecha 05 de mayo del 2019.

neutralidad. La primera alude a la ausencia de influencias de cualquier tipo en los procesos de conocimiento y/o de decisión; la segunda hace referencia a una posición en el proceso que conlleva la imposibilidad de desarrollar un interés concreto en él ya sea material o formal. Ambas características deben presentarse de manera conjunta, pues allí donde falte alguna no puede hablarse de imparcialidad⁴⁸.

Y es que se considera un proceso justo en la medida que se respetan los derechos de las partes procesales, con un juez como tercero imparcial, ajeno a cualquier interés en el resultado del proceso, un juez libre de prejuicios y quien actúa con objetividad al momento de resolver una controversia⁴⁹; y es que si algo legitima al juez en una causa es, precisamente, esa falta de interés en el proceso, pues la imparcialidad es la condición estructurante propia del juicio, resultando ser el valor primario de la jurisdicción⁵⁰. Citando a JAUCHEN⁵¹ la imparcialidad del juez implica su proceder equidistante de las partes y distante del conflicto, a fin de poder analizar y concluir con prudente objetividad cuál es la más ecuánime y justa manera de dictar la sentencia, a fin de garantizar que no tiene inclinación favorable o negativa respecto a alguna de las partes o interés personal alguno respecto al objeto del proceso⁵². Y es que la imparcialidad judicial comporta en particular, el derecho de las partes de pretender y esperar que el juez les trate de igual modo, bajo el mismo plano de igualdad indica PICO I JUNOY⁵³,

⁴⁸ Guzmán, N., (2018). La verdad en el proceso penal, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2018, p. 180. Así también refiere que no debe confundirse imparcialidad con la independencia judicial, pues esta última a diferencia de la primera denota la sumisión del juez únicamente y exclusivamente a la ley, la cual involucra la imposibilidad de su absoluta discrecionalidad, conciencia o dictados morales, basándose únicamente en las normas, también implica que no debe ser sometido a otra entidad que no sea la ley. Por ello se subdividen en independencia externa, aludiendo en relación del juez con otros órganos estatales y particulares; e independencia interna en relación a otros jueces dentro del mismo poder judicial.

⁴⁹ Flores Chávez, R. (2017). Imparcialidad como principio que regula a la actuación judicial. A propósito de la Sentencia Plenaria N.º 1-2015/301-A.2-ACPP en Comentarios de los Acuerdos Plenarios II. Derecho procesal penal. Prologo Pablo Talavera Elguera. Instituto Pacífico, p. 38

⁵⁰ “No solo se trata de la obligación de actuar imparcialmente sino que además esa imparcialidad debe exponerse “hacia afuera”, de modo tal que es también obligación del juez evitar toda conducta que ponga en riesgo el cumplimiento de su obligación. Así, en caso de que el juez no pueda asegurar dicha apariencia entonces deberá abstenerse o, en su defecto, el ciudadano puede recusarlo, siempre que las sospechas o dudas no sólo surjan de la mente del justiciable sino que es necesario asegurar objetiva y legítimamente una materialidad que justifique la petición.” En artículo Laurence Chunga Hidalgo. El derecho al juez imparcial y el conocimiento previo del *tema decidendi* como causal de inhibición.

⁵¹ Jauchen, Eduardo citado por García León, G. A., (2018). La Prueba de oficio en el proceso penal: mitos y verdades. *Actualidad Penal. Al día con el Derecho*, N° 48, Lima: Instituto Pacífico, p. 39.

⁵² En la misma línea opina TAMBINI DEL VALLE al señalar que nuestra Constitución Política señala en su artículo 139° inciso 2 la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, debiendo tenerse en cuenta que cuando determinado conflicto de intereses es sometido al conocimiento y decisión de un juez, este debe ser imparcial. Así, la imparcialidad supone la equidistancia entre el juez y las partes en un juicio. Es decir, el magistrado que resuelva el conflicto llevado a su decisión debe ser un tercero sin ningún interés en el resultado; en Tambini del Valle, M. (2008). Fundamentos del Nuevo Proceso Penal Peruano. La Filosofía del Nuevo Código Procesal Penal. Grijley, Perú, p. 164.

⁵³ PICO I JUNOY Joan, La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación, Barcelona: Bosch 1998, p. 23.

añadiendo que “cualquier interés o perjuicio del juzgador a favor de una parte, o en perjuicio de la otra, supone infringir el principio básico de la igualdad de armas procesales, provocando que el juez deje de estar legitimado para resolverlo”.

El interés en el que se funda la imparcialidad del juez en el proceso, según CALAMANDREI⁵⁴ es un interés superior, uno de orden colectivo, el interés de que la contienda se resuelva civil y pacíficamente manteniendo la paz social, allí reside la necesidad de que el juez permanezca extraño e indiferente a las solicitudes de las partes y al objeto de la litis. Y es que la imparcialidad está en función a la presencia de circunstancias ajenas al cumplimiento de la función por el juez en un caso determinado y se incorpora al proceso como un principio necesario para su desarrollo, pues se constituye un paso previo e imprescindible para calificar un proceso judicial como justo. Resulta por ello insuficiente las sospechas que surjan en la mente de quien cuestiona la imparcialidad del juez, pues debe existir un grado de consistencia objetiva que permita afirmar su legítima justificación⁵⁵.

A través de los instrumentos internacionales también se ha recogido esta garantía procesal; así el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos enuncia que “toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. Por su parte el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 refiere que “toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

Por otro lado, la Declaración Americana de los Derechos Humanos a través del art. 8 también ha señalado que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por La Ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formuladas contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o cualquier otro carácter. Y en el mismo sentido, el TCP⁵⁶ ha reconocido que

⁵⁴ Calamandrei, Piero citado por García León, G.A., (2018). La Prueba de oficio en el proceso penal: mitos y verdades. *Actualidad Penal. Al día con el Derecho*, N° 48, Lima: Instituto Pacífico, p. 39.

⁵⁵ San Martín Castro, C., (2015). *Derecho Procesal Penal Lecciones*. Conforme el Código Procesal Penal de 2004. Perú, IAKOB Comunicadores & Editores, p. 94 y ss.

⁵⁶ STC 01460-2016-HC Lima, fundamentos 13 y 16 y STC 02619-2013-PHC/TC

tenemos derecho a un juez imparcial, tratándose éste, de un derecho basado en el principio de dignidad humana y del estado democrático de nuestro país.

Este principio básico si bien no está reconocido expresamente en la Constitución, sin embargo se puede inferir como un derecho implícito del debido proceso reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución. Y es que al hablar de imparcialidad se hace desde una perspectiva constitucional como parte del debido proceso y de la seguridad jurídica, siendo considerada como un criterio propio de la justicia, a través del cual las decisiones deben tomarse siguiendo criterios objetivos, caso contrario, de advertirse que el juez no actúa con la imparcialidad debida se correría el riesgo no solo para las partes procesales, sino que además se perdería la credibilidad de sistema de justicia. Pero ¿cuál es el contenido esencial del derecho fundamental al juez imparcial?; el TCP señala que está constituido por la “limpia y equitativa contienda procesal a que tienen derecho los justiciables” y el “deber de los jueces de velar por el cumplimiento de tales garantías”⁵⁷, por ello y para lograr garantizar la efectividad de este derecho se cuenta con los mecanismos procesales de inhibición y recusación⁵⁸.

Ahora bien, no debe confundirse los términos imparcialidad con independencia, pues esta última está referida a la no subordinación que debe tener el órgano judicial respecto a cualquier otro poder del estado, ni administrativamente, ni políticamente, tampoco a órdenes o presiones que provengan de otros poderes, medios de comunicación, partidos políticos, etc; debiendo entonces el juez actuar de forma libre en el ejercicio de su función jurisdiccional, sin interrupciones o influencias de otro tipo de poderes, teniendo como único referente a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico.

2.2. Clases de imparcialidad. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁹ hace mención a dos modalidades de imparcialidad: subjetiva y objetiva. Para el primer supuesto, se autoriza apartar a un juez cuando existan sospechas objetivamente justificadas que permitan afirmar que el juez no es ajeno a la causa o que permita temer que, por cualquier relación con el caso, no utilizará como criterio de juicio el previsto por ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico. La imparcialidad objetiva, en cambio,

⁵⁷STC 02139-2010-PHC/TC.

⁵⁸ El órgano jurisdiccional que considere que sobre él existe una causal que coloque en entredicho su actuación judicial e imparcialidad en la causa, se le permita declarar su inhabilidad y desprenderse del conocimiento de la misma (inhibición); y de no hacerlo es justo que a la parte a quien le interese, se le permita ejercer un mecanismo legal que impida al juez intervenir en el juicio (recusación), en <https://blog.handbook.es/inhibicion-y-recusacion-en-derecho-procesal/> Alejandro Sarache Goitia, 2 de julio 2017.

⁵⁹ “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída (...) por un tribunal (...) imparcial”. Art. 6.1 Convenio Europeo de Derechos Humanos.

importa la concurrencia de garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima, objetivamente fundada o legítima, de la imparcialidad del juez, para lo cual son importantes las consideraciones de carácter funcional y orgánico. En este rubro se encuentran por ejemplo, la realización de actos de investigación relevantes que suponen la exteriorización anticipada del juicio de culpabilidad o el pronunciamiento de un Tribunal en oportunidad anterior sobre los hechos debatidos⁶⁰.

Por lo que, doctrinariamente se han establecido dos tipos de imparcialidad, una subjetiva⁶¹ que es aquella que debe de evitar cualquier tipo de inclinación hacia una de las partes, no habiendo mantenido algún tipo de relación con ellas, ya sea de amistad, enemistad, parentesco o algún otro tipo de interés; y, la imparcialidad objetiva, está más bien referida al “objeto del proceso”, buscándose que el juez desarrolle su decisión, sin haber tomado una postura en relación a él, es decir con este tipo de imparcialidad se permite que el juzgador no haya tenido contacto previo respecto de la pretensión, no habiendo conocido con anterioridad el objeto del proceso⁶², y es que, el juez si debe tener un interés dentro del proceso, pero ese interés debe ser esencialmente institucional que será necesario para fortalecer la correcta administración de justicia⁶³.

La imparcialidad que ahora se cuestiona con la aplicación de la prueba de oficio versa respecto de aquella que expresa un contenido de objetividad con la que deben actuar los jueces al momento de resolver un conflicto, en tanto la esencia de la función jurisdiccional implica que el juez no puede ser parte respecto del proceso en que tomara una decisión, por ende se debe garantizar que el juez objetivamente decida o resuelva un caso determinado, sin otro interés que no sea la debida aplicación del derecho. Tomando las palabras de MARTINEZ MEDRANO⁶⁴ debemos decir que en el caso del juez se espera frente a su imparcialidad que obre y juzgue con rectitud; luego entonces la imparcialidad presume la

⁶⁰ San Martín Castro, C., (2015). Derecho Procesal Penal Lecciones. Conforme el Código Procesal Penal de 2004. Ob. cit. p. 96. Así también, véase ⁶⁰ Jiménez Asensio, R., (2002). Imparcialidad Judicial y Derecho al Juez Imparcial. Ob. cit., p. 198.

⁶¹ La imparcialidad subjetiva viene vinculada a las circunstancias del juzgador, a la formación de su opinión personal en un caso concreto. Se presume salvo prueba en contrario. La imparcialidad objetiva en cambio está referida a las garantías que debe ofrecer el órgano encargado de la función jurisdiccional. Prescinde de cualquier valoración respecto a la persona que juzga y mira a la institución en su estructura funcional y orgánica en Milione C., (2015). El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Valencia, p. 94.

⁶² El Tribunal Constitucional Español siguió un criterio de clasificación diverso, según el cual lo subjetivo está previsto en relación a cualquier compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales mientras que lo objetivo comprende la relación con el objeto del proceso en STC N° 004-2006-PI/TC.

⁶³ Medina Otazu, A., (Agosto 2, 2017), La imparcialidad del juez y sus diferentes grados y matices especialmente en la etapa de ejecución. Perú. *Legis.pe*. Artículo web extraído de <http://legis.pe> con fecha 17.06.2019.

⁶⁴ Martínez Medrano, T., (2010). La imparcialidad del juez respecto de la prueba de oficio. Artículo web extraído de <http://revistas.pucp.edu.pe> con fecha 29.08.2019.

carencia de interés en el resultado de algo; la imparcialidad es disposición, está directamente relacionada con el interés positivo o negativo que el juez pueda tener en la pretensión jurídica que debe decidir.

2.2.1. Perfil necesario del juez imparcial. La figura del juez y específicamente respecto a su actuación en el nuevo modelo procesal ha generado diversas interrogantes, determinándose que su función es administrar justicia en nombre de la sociedad, pues el proceso (ya sea este civil, penal o cualquier otro ámbito) tiene que ver con la resolución de los intereses o pretensiones de las partes⁶⁵. Son ellos, los jueces, quienes tienen el compromiso ineludible de orientar el proceso hacia el equilibrio, no siempre fácil, entre dos propósitos estatales de máxima importancia como son la realización de la justicia y la garantía de los derechos fundamentales de los asociados⁶⁶. Así, la imparcialidad es un principio que se le ha otorgado constitucionalmente para la obtención del derecho justo, de tal manera que se requiere que éste se abstenga de continuar un proceso cuando en un caso concreto busque servir a una de las partes o haya prevenido en el conocimiento del proceso. Y es que el juez al ser el titular de la potestad jurisdiccional debe desarrollar sus funciones con total imparcialidad, no pudiendo ser al mismo tiempo parte del conflicto en la que implicará su decisión, exigiéndose por ello que sus decisiones sean la aplicación de criterios objetivos.

Por lo que la tarea del magistrado no será fácil, en tanto deberá actuar con la neutralidad necesaria, no concibiéndose como un lector de la ley, pero tampoco un hombre de derecho arbitrario, que subroga funciones de gobierno o que tenga una interpretación ideológica de la Constitución; deberá tener idoneidad técnico jurídica, pero con una capacitación permanente, actualizada y amplificada a un marco político, social y cultural que le sirva para entender el impacto de sus sentencias, sin perder de vista su imparcialidad e independencia, tanto de poderes políticos y corporativos como de la propia conciencia⁶⁷. Nuestros jueces tienen el compromiso de orientar el proceso hacia el equilibrio entre dos propósitos estatales de máxima importancia como son la realización de la justicia y la garantía de los derechos

⁶⁵ García León, G.A., (2018). La Prueba de oficio en el proceso penal: mitos y verdades. *Actualidad Penal. Al día con el Derecho*, N° 48, Lima: Instituto Pacífico, p. 36 y ss.

⁶⁶ Escobar Araujo, J., (2007), "El Rol del Nuevo Juez Penal" en Poder Judicial, Pleno Jurisdiccional Nacional Penal, 2007, p. 222.

⁶⁷ Jueguen, F., (2014). La Justicia debate cual debe ser el perfil del juez del siglo XXI. Argentina. *La Nación*. Artículo web extraído de <http://lanacion.com.ar> con fecha 17.06.2019.

fundamentales de los procesados⁶⁸, comportando su actuación bajo el principio de imparcialidad que debe demostrar durante todo el desarrollo del proceso.

El ideal de un juez independiente e imparcial designa a un juez que no tiene más motivos para decidir que el cumplimiento del deber, por lo tanto, dicho cumplimiento es tanto la explicación como la justificación de las decisiones que toma. O dicho de otra forma, en el ideal de un juez independiente e imparcial los motivos por los que el juez decide coinciden con la motivación de la decisión. La independencia y la imparcialidad responden al mismo tipo de exigencias: tratan de proteger el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho y tratan de preservar la credibilidad de las decisiones y las razones jurídicas. Pero se diferencian en que el deber de independencia trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes del sistema social en general. Por tanto, el juez debe ser independiente frente a otros jueces, frente a otros poderes del Estado, frente a la prensa, frente a las organizaciones sociales, frente a la Iglesia, etc.

En cambio, la imparcialidad, trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes desde dentro del propio proceso jurisdiccional. Así, un juez debe ser independiente respecto del sistema social y debe ser imparcial respecto de las partes en conflicto y/o el objeto del litigio⁶⁹.

2.2.2. Imparcialidad del juez y su aplicación esencial en la etapa de Juicio Oral. La etapa de juzgamiento está constituida por un conjunto de actuaciones que tienen como eje fundamental la celebración del juicio, lo cual constituye la máxima expresión del proceso penal; constituyendo un espacio regulado para producir la formación o producción de la prueba⁷⁰. Etapa del proceso que se divide en tres periodos o subfases⁷¹: a) Periodo inicial, donde se desarrollan las actuaciones preparatorias o preliminares del juicio, de los actos de iniciación, de la posible conformidad y de la presentación excepcional de nueva prueba; b) Periodo probatorio, que se refiere a la actuación de los medios de prueba y c) Periodo Decisorio que consta de dos grandes pasos, los alegatos finales y la deliberación y sentencia.

Estando que de los tres periodos, el periodo probatorio resulta ser el periodo principal del juicio y del proceso penal en su conjunto, en tanto el Tribunal sólo puede fallar respecto del

⁶⁸ Escobar Araujo, J.A., "El Rol del Nuevo Juez Penal" en Pleno Jurisdiccional Nacional Penal. Artículo web extraído de <http://pj.gob.pe> con fecha 25.07.2019.

⁶⁹ Gómez Martínez, C., (2009) (director). La imparcialidad judicial. Madrid, pp. 144-145.

⁷⁰ Talavera Elguera, P., (2009). La Prueba en el Nuevo Proceso Penal. Manual del Derecho Probatorio y de la valoración de las pruebas, Academia de la Magistratura, Lima, p. 79.

⁷¹ San Martín Castro, C.,(2015). Derecho Procesal Penal Lecciones. Conforme el Código Procesal Penal de 2004. Ob. cit., pp. 399-400.

material probatorio actuado en su presencia y según las reglas del juicio. Este periodo se realizará en función de las pruebas admitidas en la etapa intermedia, decidiendo el tribunal una vez oídas las partes, el orden de presentación de los órganos de prueba, aunque la Ley define un orden básico, estando que nuestro actual CPP prescribe a través del art. 375 y siguientes, esta correlación: 1) Examen del acusado, 2) Actuación de los medios de prueba admitidos por el juez: examen de testigos y de peritos, 3) Oralización de los medios probatorios como actas, prueba documental, informes; los cuales presentarán primero el Fiscal, el abogado del actor civil y tercero civil para finalmente hacerlo el abogado del acusado. Finalmente, después de actuarse todos aquellos órganos de prueba, es que conforme a lo prescrito en el art. 385 del CPP, se podría actuar, si así lo considera el juez, prueba de oficio.

Debe tenerse presente que el juicio oral resulta ser la parte más importante y esencial de todo el desarrollo del proceso, en tanto allí se desplegará la actuación probatoria aportada por las partes, empero adquiriendo gran importancia la labor del juez en tanto allí evaluará los criterios expuestos por las pretensiones a través de la prueba aportada, realizará una valoración de cada una de ellas y determinará la solución del conflicto, decidiendo por la inocencia o por la culpabilidad del proceso, emitiendo una decisión fundamentada basada en criterios objetivos extraídos de los supuestos fácticos y jurídicos que han sido presentados en el desarrollo de esta última etapa procesal.

De esta manera, el juez adquiere una función esencial en la medida que al operar como un árbitro entre las partes procesales, debe demostrar que actúa no en favor de alguna de ellas, ni de sus pretensiones sino objetivamente imparcial a cualquier interés que se presente en el proceso. Y es que en el deber del juez de administrar justicia la imparcialidad no se vuelve solo un derecho de las partes procesales que se involucran en un caso en concreto sino en el resto de la sociedad⁷², toda vez que con la aplicación del derecho se deberá otorgar seguridad jurídica como parte del estado social y democrático de derecho al cual pertenecemos.

⁷² “La imparcialidad de los tribunales constituye un fundamento de la confianza ciudadana en una buena administración de justicia” en Milione C., (2015). El Derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Valencia, p. 91.



Capítulo 2

Tratamiento de la prueba de oficio en la doctrina, la ley y la jurisprudencia peruana

1. Posiciones doctrinales que justifican la actuación probatoria de oficio: argumentos a favor y argumentos en contra

La doctrina nacional y comparada no ha sido uniforme en el tratamiento de esta figura jurídica; por el contrario, la regulación de la prueba *ex officio* ha generado fuertes discusiones entre diversos sectores de la doctrina, existiendo embates dogmáticos y controversias académicas en relación a su aprobación; refiriendo, quienes aprueban dicha figura jurídica, que el juez no debe ser un mero espectador del desarrollo del proceso sino que requiere de facultades necesarias para llegar al objetivo de conseguir una sentencia justa basada en el respeto de las garantías y principios procesales, facultad que debe ejercerse de manera excepcional, con el único propósito y deber de esclarecimiento o averiguación de los hechos, de tal forma que con dicha atribución se podrá conocer de manera exacta e integral los hechos sucedidos, estando que reunidos los elementos de convicción suficientes le permitirán fundamentar su decisión final, pues la labor jurisdiccional no sólo implica resolver conflictos sino especialmente, hacer justicia.

Por su lado, quienes tienen posición contraria, sostienen que con la incorporación de dicha atribución en una determinada legislación no se hace más que vulnerar uno de los principios rectores del proceso penal como es el principio acusatorio el cual predica que solo le corresponde acusar al órgano persecutor del delito, es decir, al Fiscal, así como también al principio de contradicción en tanto no se permite posibilidades de refutación de las partes, y finalmente afectación al principio de imparcialidad judicial al favorecer inevitablemente a una de las partes; resultando ser un rezago del sistema inquisitivo, incompatible con el principio de aportación de parte que debe regir en exclusiva en el sistema acusatorio puro⁷³; y es que la búsqueda de la verdad, acotan, no debe realizarse trasgrediendo principios fundamentales en el desarrollo de la etapa esencial del proceso penal, no obstante hay que reconocer que en la opción por su admisión o no juega también un papel relevante la propia concepción que se tenga sobre el proceso penal y su función⁷⁴.

De esta manera, quienes están a favor de esta práctica procesal refieren que el CPP de 2004, ha optado por reconocer esta iniciativa probatoria inspirada en el modelo italiano,

⁷³ Díaz Muro, J., (2010). ¿Juez Árbitro o Juez Inquisidor? La Prueba de oficio en el Nuevo Código Procesal Penal? *Revista El Foro*, Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque, Perú.

⁷⁴ Miranda Estrampes, M., (2013). Iniciativa probatoria *ex officio* del juez en los procesos penales acusatorios (Prueba de oficio, imparcialidad judicial y principio acusatorio: ¿una mezcla imposible?). *ob.cit.* p. 95.

debiendo ser aplicada de manera complementaria y su aceptación debe quedar limitada a aquellos supuestos destinados a contrastar o verificar otras pruebas ya aportadas por las partes, lo que se denomina “prueba sobre la prueba”, evitando que el tribunal pueda ordenar la actuación de prueba directamente de cargo o de descargo. Así también se justifica por cuanto se busca obtener un conocimiento de los hechos en base a diferentes diligencias que en la etapa de investigación preparatoria no fueron realizadas o habiéndolas realizado resultan manifiestamente insuficientes, así como también que el esclarecimiento de la verdad en un proceso está relacionado con el concepto de solución justa⁷⁵. Entre dichos partidarios tenemos a Reyna Alfaro Luis Miguel, Neyra Flores⁷⁶, Talavera Elguera⁷⁷, Hurtado Poma⁷⁸, Miranda Estrampes⁷⁹, San Martín Castro⁸⁰, entre otros. Así también, ALFARO VALDERDE indica que debe mediar la obligación de motivación para la aplicación de la iniciativa probatoria del juez, tratándose no de una “técnica procesal” u “opción legislativa neutra” sino que debe existir una adhesión valorativa – expresa o implícita – de las pruebas de los hechos; por lo que la motivación como justificación (sobre los hechos) nos ofrece criterios o elementos para aproximarnos a una verdadera racionalidad de la iniciativa probatoria del juez, no debiendo

⁷⁵ Cristóbal, T.C. (2018) Ponderación de la presunción de inocencia e in dubio pro reo frente a la insuficiencia probatoria y el esclarecimiento de la verdad. Análisis y crítica en torno a la prueba de oficio. *Actualidad Penal. Al día con el Derecho*. (N° 48), pp. 15 – 28.

⁷⁶ Neyra Flores, J.A., (2005), *El Juzgamiento en el nuevo proceso penal*. Lima, Perú: Instituto de Ciencia Procesal Penal.

⁷⁷ “El derecho a la prueba es un derecho fundamental que tiene una doble dimensión o carácter, dimensión subjetiva en relación a que las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa; y la dimensión objetiva comporta también el deber del juez de la causa de solicitar, actuar y dar el mérito jurídico que corresponda a los medios de prueba en la sentencia”; en Talavera Elguera, P. (2017), *La Prueba Penal*, Lima, Perú, Instituto Pacífico.

⁷⁸ “Queremos un tipo de juez especial, el gran comunicador, el juez de los derechos de tercera generación y más que todo, el Juez que construye el derecho postmoderno, el que integra legislación y jurisprudencia, relativiza las posiciones extremas, no trabaja con pirámides, ni códigos, ni casos aislados, ni expedientes, sino aquel que cuenta con mucha información, que está en el cielo, en el infierno y en la tierra al resolver conflictos, ocupa los vacíos de las cosas, garantiza la justicia y la paz social; incrementa su rol protagónico y se encamina al impulso oficioso del trámite; hay compromiso con la sociedad y piensa en el futuro de su decisión; por consiguiente este Juez no puede ser un mirador, observador, estático, convidado de piedra, tiene que ser dinámico. Debe cumplir su función de averiguar la verdad como fin supremo del proceso y debe procurar el valor justicia y el orden justo, con imparcialidad y objetividad, logrando no la verdad histórica sino la verdad jurídica, es decir que se tenga la certeza de los hechos, no la probabilidad, no la verosimilitud, ni la duda razonable. Finalizo pensando que las pruebas de oficio son necesarias en algún momento determinado para evitar una impunidad repudiable o condena injustificada, por consiguiente su uso es residual, no pretendiendo cubrir los errores del Fiscal ni de la defensa del acusado, así como dicha actuación se cumplirá solo cuando se hayan actuado todos los medios probatorios de todos los sujetos procesales”; en Hurtado Poma, J., *¿Son convenientes las pruebas de oficio en el sistema acusatorio peruano?* Instituto de Ciencia Procesal Penal. Artículo extraído de <http://incipp.org.pe> con fecha 26.06.2019.

⁷⁹ Miranda Estrampes, M., (2013), *Iniciativa probatoria ex officio del juez en los procesos penales acusatorios. Prueba de oficio, imparcialidad judicial y principio acusatorio ¿una mezcla imposible?* Ob. cit. p. 65 – 101.

⁸⁰ San Martín Castro, C., “Acerca de la función del juez de la Investigación Preparatoria”, Instituto de Ciencia Procesal Penal, p. 9 y p. 14, documento web extraído de <http://www.incipp.org.pe> con fecha 25.07.2017.

sujetarse a motivaciones de tipo subjetivo ni superficiales⁸¹. La misión esencial del órgano jurisdiccional es realizar la justicia en el caso concreto y una sentencia justa presupone el conocimiento lo más completo y exacto posible de los hechos⁸², es por ello que se justifica la idea de prueba de oficio, por lo que de tildar de parcial a un juez que ordena la realización de una prueba solo porque el resultado puede beneficiar a una de las partes, entonces podría concluirse que la eventual abstención merecería la misma crítica, toda vez que la falta de prueba causaría beneficio a la otra parte⁸³.

Para quienes tienen posición en contra, en cambio sostienen que a través de la prueba de oficio se busca que el juez de conocimiento lance un salvavidas al fiscal que no resulto ser diligente para probar – de modo completo y suficiente – su caso, y con ello el juez se convierte en parte acusatoria y no neutral⁸⁴, por ello, darle la facultad a un juez de realizar una actividad probatoria de oficio, quiebra el principio acusatorio que exige distinguir claramente las funciones del Ministerio Público y las funciones jurisdiccionales, en tanto estos últimos se distancian de la labor de árbitro que deben cumplir y se colocan en el lugar de parte; es por ello que la actividad probatoria debe ser exclusiva de las partes y no del órgano jurisdiccional⁸⁵. Así, el juez al tener iniciativa probatoria está consciente de qué consecuencias producirá esa prueba para la definición del hecho discutido.

Por otro lado, se precisa además, que los tribunales y autores que defienden la “postura activa” por parte del juez, muchas veces invocan “una verdad real”, olvidando el origen de este mito y sin percibir lo absurdo que representa dicho concepto. Por ello, para quienes se oponen a la actividad probatoria del juez, entre los cuales se encuentran Montero Aroca, Calderón Sumarriva⁸⁶, Nicolás Guzmán⁸⁷, Espinoza Ramos⁸⁸, Villanueva⁸⁹ señalan que

⁸¹ Alfaro Valverde, Luis (2016). La motivación y la prueba de oficio: racionalidad de la iniciativa probatoria del juez en Revista de la Maestría de Derecho Procesal Vol. 06 N° 01 (Perú). Artículo web extraído de <http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal> con fecha 31.08.2019.

⁸² En la misma línea opina Ore Guardia, Arsenio; “Manual de Derecho Procesal Penal. La prueba en el proceso penal. Tomo 3. Ed. Reforma, 2015, Lima, p. 206 y ss., San Martín Castro, C. (2015). Derecho Procesal Penal Lecciones. Conforme el Código Procesal Penal de 2004. Perú, ob. cit., p. 97.

⁸³ Miranda Estrampes, M. (2013). Iniciativa probatoria *ex officio* del juez en los procesos penales acusatorios (Prueba de oficio, imparcialidad judicial y principio acusatorio: ¿una mezcla imposible?). ob. cit. p. 94.

⁸⁴ Espinoza Ramos, Benji, citado por Cristóbal Tamara, T., (2018). Ponderación de la presunción de inocencia e in dubio pro reo frente a la insuficiencia probatoria y el esclarecimiento de la verdad. Análisis y crítica en torno a la prueba de oficio. *Actualidad Penal. Al día con el Derecho*, N° 48, Lima: Instituto Pacífico, p. 19.

⁸⁵ Alberto Bovino citado por Cristóbal Tamara, T., (2018). Ponderación de la presunción de inocencia e in dubio pro reo frente a la insuficiencia probatoria y el esclarecimiento de la verdad. Análisis y crítica en torno a la prueba de oficio. *Actualidad Penal. Al día con el Derecho*, N° 48, Lima: Instituto Pacífico, p. 18.

⁸⁶ Calderón Sumarriva, A., (2006), Análisis integral del nuevo código procesal penal. Lima, Perú.

⁸⁷ La idea de la búsqueda de la verdad como meta del procedimiento influye en gran medida en la conciencia judicial penalista y lleva a los jueces a excederse en sus funciones específicas y a buscar por ellos mismos corroboraciones de hipótesis, cuando todo lo que deberían hacer es analizar si las que les presentan partes han alcanzado un cierto grado de confirmación, en Guzmán N., (2018). La verdad en el proceso penal, Ediciones Didot, Buenos Aires, p. 123.

impedir dicho ejercicio conduce a una mayor tranquilidad social, porque se evitan eventuales abusos por parte de la prepotencia estatal, que se puede manifestar en la figura del juez “apasionado” por el resultado de su labor de investigador, aumentando una mayor responsabilidad de las partes frente a la inercia del juzgador, ya que tienen el deber de investigar y de proporcionar las pruebas necesarias para demostrar los hechos; por ello, frente al inconveniente de tener que soportar una actividad incompleta de las partes, lo que se debe hacer es fortalecer la estructura dialéctica, y no destruirla por medio de la atribución de poderes instructorios al juez; resultando ser que con la división de funciones (y como consecuencia, la obtención de la prueba en manos de las partes y no del juez) se crean las condiciones de posibilidad para que la imparcialidad de dicho órgano decisor sea efectiva⁹⁰.

Así también, se argumenta que existe el binomio sistema acusatorio e imparcialidad, porque la imparcialidad es garantizada por el modelo acusatorio y sacrificada en el sistema inquisitivo, de modo que solo habrá condiciones de posibilidad de la imparcialidad cuando exista, además de la división inicial de las funciones de acusar y juzgar, un alejamiento del juez de la actividad investigatoria/instructoria; que más que un sistema acusatorio, es imperante la necesidad de tener un proceso penal democrático y constitucional, el cual impone la máxima eficacia de las garantías procesales, garantizando la igualdad entre las partes, permitiendo la amplia defensa y alejando al juez-actor y al activismo judicial a fin de resguardar la imparcialidad, dejando ser a las partes las protagonistas del proceso⁹¹, por lo que solo un juez completamente desvinculado de la tarea de comprobar la comisión del delito puede permitir que todo el peso de dicha carga recaiga sobre la parte que acusa⁹².

2. Análisis del art. 385 del CPP

La sección relativa a la prueba que se ha establecido a través del CPP tiene gran influencia extranjera, especialmente italiana, siguiendo la metodología Código de procedimientos penales italiano. Y es que, ya con el Código de Procedimientos penales de 1940 el juez sustituía las deficiencias en la aportación de pruebas por parte del Ministerio Público, permitiendo actuar prueba de oficio, lo cual fue calificado por los detractores que ello no era

⁸⁸ “A través de la prueba de oficio se busca que el juez de conocimiento lance un salvavidas al fiscal que resulto siendo no diligente para probar - de modo completo y suficiente – su caso, y con ello el juez se convierte en parte acusatoria y no neutral” en Espinoza Ramos, B., (2016). Litigación penal. Manual de aplicación del proceso común, Lima: ARA, p. 332.

⁸⁹ Villanueva G., G. (2017). Juez imparcial y pruebas de oficio en Pleno Jurisdiccional Nacional Penal, Lima, pp. 244 – 248, documento en formato electrónico disponible en www.pj.gob.pe visto con fecha 19.06.2019.

⁹⁰ Lopes Jr. A., (2018). Fundamentos del Proceso Penal. Valencia, Tirant La Blanch, 2018, pp. 116-118.

⁹¹ *Ibidem* pp. 145- 146.

⁹² Guzmán, N., (2018). La Verdad en el Proceso Penal, 1° Ed., Editorial Didot, Buenos Aires, p. 181.

más que el resultado del modelo que imperaba en nuestra legislación procesal penal en aquel momento, que es el sistema inquisitivo. Sin embargo, en el actual Código Procesal Penal si bien se ha acogido como regla general el principio de aportación de parte estipulado en el art. 155.2 de dicho cuerpo legal que prescribe “Las pruebas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales”, también es verdad que a dicha generalidad se le ha interpuesto una excepción; y es que siguiendo la línea del Codice de Procededura Penal Italiano, no se ha prohibido con la actual legislación en materia procesal penal, que el juez pueda ordenar la práctica de alguna prueba en la etapa final, conforme se advierte de lo estipulado en el art. 155 apartado 3 CPP “La Ley establecerá, por excepción, los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio”.

Dicha facultad presenta el carácter de excepcional y complementario, esto es, secundario y residual, en relación con la facultad de iniciativa probatoria de las partes, así se advierte al prescribir “El juez, excepcionalmente (...), podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de medios probatorios (...)”. Sumado a ello, de dicho enunciado legal también se desprende el momento en que se podrá ejecutar dicha actividad “(...), una vez culminada la recepción de las pruebas (...)”; entiéndase con ello, que dicha atribución solo podrá ejercerse en un momento específico de todo el ítem procesal, es decir después de culminada la actuación de pruebas por partes de las partes procesales, en la etapa final del proceso penal.; quedando descartada toda posibilidad su adopción al inicio de las sesiones el juicio oral o durante la práctica de alguna de las pruebas propuestas por las partes, limitando dicha posibilidad solo cuando se hayan finalizado la práctica de todas las pruebas propuestas y admitidas⁹³.

Ahora bien, la concesión de actuar prueba de oficio al juez de juzgamiento en la legislación procesal penal vigente también ha denotado que tiene una finalidad y esta es únicamente esclarecer la verdad de los hechos, no realizando una labor sustitutiva en materia probatoria que le corresponde al acusador y a la defensa.

Por lo que, a continuación es preciso realizar un breve análisis de lo prescrito por el legislador peruano a través del art 385 CPP en donde se prevén los supuestos de prueba de oficio: “1. Si para conocer los hechos, siempre que sea posible, que no se haya realizado dicha diligencia en la investigación preparatoria o ésta resultara manifiestamente insuficiente, el Juez Penal, de oficio o a pedido de parte, previo debate de los intervinientes, ordenará la realización de una inspección o de una reconstrucción, disponiendo las medidas necesarias

⁹³ Miranda Estrampes, M., (2013). Iniciativa probatoria *ex officio* del juez en los procesos penales acusatorios (Prueba de oficio, imparcialidad judicial y principio acusatorio: ¿una mezcla imposible?). ob. cit. p. 101.

para llevarlas a cabo.² El Juez Penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultaren indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El Juez Penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes.³ La resolución que se emita en ambos supuestos no es recurrible”.

De la lectura del contenido del referido precepto se infiere la existencia de dos supuestos admisibles de prueba *ex officio*⁹⁴:

a) Diligencias de inspección judicial y reconstrucción de los hechos. Estas diligencias requieren no sólo que no se hayan realizado en la etapa de investigación preparatoria o que realizándolas resultaron manifiestamente insuficientes, sino también resulten necesarias para conocer los hechos y llegar a la averiguación de la verdad.

En la práctica se advertirá que dicho supuesto es poco frecuente, toda vez que en el caso específico de la inspección judicial, después de un determinado tiempo en la mayoría de las veces las huellas y efectos materiales del delito han desaparecido, no lográndose cumplir con el objeto para el cual está previsto⁹⁵ en la ley procesal penal. El término “ordenará” es considerado para algunos autores como una obligación la función jurisdiccional, siempre que se tengan todas las condiciones que legalmente lo establecen; y es por ello que el juez deberá sustentar motivadamente la decisión de adoptarla o no. La admisión de este primer supuesto, además, precedido de un previo debate, el cual tendrá por finalidad instruir al juez acerca de la concurrencia o no de la importancia para su realización.

b) Nuevos medios probatorios. Este segundo supuesto hace referencia a pruebas nuevas, que no hubieren sido propuestas en su momento por las partes, no delimitándose un tipo de prueba en específico, en tanto podría ofrecerse una prueba testifical, pericial, documental o cualquier otro medio de prueba permitido por la Ley. Es preciso recordar, que esta práctica concedida al tribunal no es un deber u obligación al cual está llamado siempre y necesariamente en todos los casos sino que al tratarse de una facultad que reviste los caracteres de excepcionalidad y complementariedad, se presenta de forma secundaria y residual en relación a los medios probatorios que por iniciativa propia han expuesto las

⁹⁴ Ibídem

⁹⁵ Art. 192 inc. 2 CPP 2004: “La inspección tiene por objeto comprobar las huellas y otros efectos materiales que el delito haya dejado en los lugares y cosas o en las personas”.

partes. En este supuesto, a diferencia del primero, no hay previo debate de las partes, sin embargo nada impide que pueda realizarse al no existir una prohibición expresa.

No existe recurso autónomo contra esta decisión judicial, ni para cuando se ordene diligencias de inspección judicial y reconstrucción de los hechos ni para el supuesto de nuevos medios probatorios; es decir, la decisión de ordenar prueba de oficio no podrá recurrirse por ninguna de las partes procesales. Sin embargo, nada impide que pueda impugnarse la sentencia que se dicte, invocando, precisamente su inadmisión pese a su utilidad y pertinencia o sino se llega a ejecutar por una razón legalmente justificada o por un motivo no imputable a la parte que lo propuso.

Así también, ambos supuestos de prueba de oficio serán ordenadas directamente por decisión judicial o a petición de cualquiera de las partes. Al respecto, es oportuno acotar la existencia de la prueba de oficio propiamente dicha, es decir, la ordenada directamente por el juez y la prueba complementaria, que resulta ser un tipo de prueba de oficio, debido a que es el juez quien ordena la diligencia; pero se diferencia de la prueba de oficio propiamente dicha en el sentido de ser una parte procesal la que la propone.

Merece entonces particular importancia hacer mención para el caso de nuevos medios probatorios, los supuestos de prueba nueva y prueba sobre la prueba en relación al tema que ahora se trata.

- **Prueba nueva:** es aquella de la que se tuvo conocimiento por la parte con posterioridad al momento de la oferta probatoria, en algunos ordenamientos jurídicos como el caso chileno⁹⁶ y mexicano⁹⁷, su incorporación está sujeta a que se acredite el desconocimiento de la existencia con antelación. Para nuestro ordenamiento jurídico resulta necesario no sólo que no se haya tenido conocimiento con anterioridad de la existencia de dicha prueba sino que aquella debe haber surgido, como nueva, durante los debates del juicio oral. En este supuesto, difícilmente se cuestionaría su imparcialidad toda vez que aquella no es fruto de la labor de investigación o indagación sino que la misma surge durante el juicio oral con ocasión de la práctica de las pruebas aportadas por las partes. Este supuesto, encuentra su límite en que si bien se trata de fuentes probatorias cuyo conocimiento aparece por primera vez en el acto del juicio oral, deben versar sobre las hipótesis fácticas que las partes introdujeron en su momento, y no sobre proposiciones fácticas distintas, es decir deben corresponder a los hechos establecidos en la pretensión acusatoria.

⁹⁶ Art. 336 inciso primero del Código Procesal Penal de Chile.

⁹⁷ Art. 368 del Código Procesal Penal del Estado de Chihuahua (México).

- **Prueba sobre la prueba:** es aquella que se utiliza para confirmar o no la fiabilidad, credibilidad o autenticidad de una fuente de prueba ya introducida y aportada al proceso por las partes; y es que, su característica esencial de este tipo de prueba radica en su finalidad que será controlar la fiabilidad probatoria de otras pruebas ya practicadas en el juicio oral, pues se encamina exclusivamente a la obtención de datos que permitan constatar la autenticidad o fiabilidad de una fuente de prueba ya introducida en el proceso. El caso más representativo quizá sea el de la prueba documental, cuando se impugna su autenticidad o se presentan objeciones respecto a la veracidad de su contenido. No obstante, es aplicable, también, en cualquier otro tipo de prueba, incluidas las personales. La autenticidad o fiabilidad de la prueba que se cuestiona debe ser sobrevenida durante las sesiones de juicio oral, no permitiéndose que haya existido cuestionamiento con anterioridad, pues en dicho caso no sería ajustable al presente supuesto, pues no se trata de una segunda oportunidad para remediar negligencias que debió actuar y obtener como órgano de prueba en su oportunidad. Nuevamente en este supuesto, la práctica judicial de oficio deberá ejercerse teniendo como directriz y límite los hechos alegados por las partes.

Una vez analizados los supuestos prescritos en el art. 385 CPP, se debe mencionar que, además, la legislación procesal penal establece el momento en que deberán actuarse las pruebas ordenadas por el juez y esto es, una vez culminada la recepción de las pruebas practicadas a instancia de las partes, no pudiendo actuarse al inicio de las sesiones del juicio oral o durante la práctica de alguna de las pruebas propuestas por las partes.

Factor importante, es la alusión que se hace en relación a la finalidad que se pretende con esta facultad conferida al juez, y es que deberán ser útiles e indispensables para el esclarecimiento de la verdad, siendo esta su finalidad última, en cuyo caso debe mediar una justificación necesaria de su aprobación o no, con la debida motivación.

Finalmente, se fija un límite específico y es que el juez no podrá reemplazar por este medio la actuación probatoria de las partes, evitando con ello que actúe ante las deficiencias, debilidades o errores de alguna de ellas, perdiendo su posición imparcial, debiendo para ello detallar las circunstancias concurrentes que le permitieron adoptar dicha prueba nueva para determinar posteriormente si incurrió o no en dicha suplencia.

La sola incorporación de prueba no debe ser tomada como un indicativo para asumir que el juez, cuando ejerce de oficio su poder probatorio, tiene como objeto favorecer a alguna de las partes, pues admitir prueba de oficio, como señala ORE GUARDIA, no significa que el juez de oficio, sea el encargado de actuarla, sino que el carácter oficioso se agota con su

incorporación formal (y el examen de admisibilidad), sin perjuicio de que, evidentemente, las partes puedan discutir, durante la actuación probatoria, la falta de pertinencia, conducencia o utilidad de la prueba⁹⁸.

3. Tratamiento Jurisprudencial de prueba de oficio en el proceso penal

A la fecha el Tribunal Constitucional no ha emitido un pronunciamiento concreto que permita advertir la línea directriz que se sigue en torno a la actuación probatoria de oficio, en el sentido que se desconoce si para la jurisprudencia peruana existe una trasgresión al principio de imparcialidad judicial a través de las facultades conferidas en el art. 385 del CPP. Sin embargo, de diversas sentencias emitidas se prevé que el supremo órgano del estado encargado administrar justicia, no ha dejado de reconocer dicha facultad otorgada al juez en términos del esclarecimiento de los hechos como se expone por ejemplo en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala Penal Permanente de fecha 11 de marzo del 2010 cuya Resolución Suprema N° 469-2009 – Ucayali expone “(...) sin embargo, es el caso que el agraviado y el testigo presencial de cargo no fueron citados al Juicio Oral, con lo que se omitió el debido esclarecimiento de los hechos cuyo aseguramiento también es responsabilidad del órgano jurisdiccional en virtud de la vigencia del principio de investigación oficial, incurriéndose de este modo en la causal de nulidad (...)”.

Así también ha considerado que se trata de una opción excepcional y limitada, conforme lo señalado mediante Casación N° 33-2014 (Ucayali) “(...) estas reglas deben considerar la edad de la víctima, mientras menor sea, mayor será la restricción para que declaren en juicio oral. Por ende será obligatorio que, sobre esta base, en la etapa intermedia, el Fiscal, en casos de delitos sexuales, solicite que se escuche el audio, se visione el video o se oralice el acta donde se registra esta primera declaración, la cual se debe constar en un soporte que permita su incorporación como medio de prueba completo. Si por error el Fiscal no lo hiciera, sobre la base del interés superior del niño, el papel de garante del juez de los derechos de los ciudadanos y el artículo trescientos ochenta y cinco del CPP, este lo incorporara de oficio en la etapa respectiva. En caso exista retractación por parte de la víctima, también será posible incorporarla, así, el Fiscal, de conformidad con el inciso uno del artículo trescientos setenta y ocho del citado CPP, pedirá que se le confronte con su declaración previa”.

Y en el mismo sentido se indica a través mediante Casación N° 19-2018 (Madre de Dios) “el CPP acoge, limitadamente, el denominado “deber de esclarecimiento”, como consta de lo

⁹⁸ Ore Guardia, A., (2015). “Manual de Derecho Procesal Penal. La prueba en el proceso penal. Tomo 3. Ed. Reforma, Lima, p. 85.

señalado en el artículo 385 apartado 2 del CPP: “El Juez Penal [...], podrá disponer, de oficio [...], la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad”. Esta limitación no sólo garantiza que el Juez Penal no reemplace la actuación propia de las partes, sino que se erige en una potestad discrecional, aunque impuesta en supuestos particularmente excepcionales y de una necesidad evidente. En esta perspectiva no puede exigirse en casación la actuación de prueba de oficio, pues corresponde decidirlo, discrecionalmente, al juez de mérito. Si no es una norma imperativa y no consta de modo patente la necesidad y posibilidad de la actuación de un medio de prueba, no cabe el recurso de casación”.

Por otro lado, el Tribunal Supremo también ha hecho referencia los fines para los cuales se concede esta atribución excepcional al juez, conforme se desprende del contenido de la Resolución emitida mediante Casación N° 22-2009 – La Libertad en el que refiere al esclarecimiento de los hechos o averiguación de la verdad como fines de la prueba de oficio al indicar que “una de las garantías específicas compatibles con el sistema de justicia material que exigen los artículos cuarenta y tres y cuarenta y cuatro de la Constitución y se incardina en la garantía genérica del debido proceso (...) es la averiguación lícita de la verdad que garantiza una sentencia justa (...) lo que en modo alguno se cumple cuando se asume una concepción de mera “justicia de procedimiento”, esto es, que se limite a garantizar la justicia de las condiciones de combate entre las partes”. Y más adelante, señala que de las normas establecidas conforme a los art. 378 y 181 del CPP y “en relación a los poderes de esclarecimiento conferidos al Juez, están destinadas a que los hechos y su interpretación pericial se debatan y diluciden con toda amplitud, a fin de que la decisión judicial sea todo lo justa que merece la sociedad - por los interés públicos que están involucrados en el conflicto penal (...)”.

Así también, con STC expedida el 5 de abril del 2007, en el Expediente 1014-2007 PHC se han reconocido aspectos importantes en relación a la prueba, estando que en Sesión de Pleno Jurisdiccional han indicado que “la prueba es un derecho fundamental de protección constitucional, que está comprendida en el contenido esencial del derecho al debido proceso reconocido en el art. 139 inciso 03 de la CP, resultando ser una garantía de las partes del proceso la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos. Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones (...) Constituye un derecho fundamental de los justiciables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según esta dimensión subjetiva del

derecho a la prueba, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa” con lo que se advierte el reconocimiento de principio de aportación de parte; y “atendiendo al doble carácter de los derechos fundamentales en general y del derecho a la prueba en particular, éste, en su dimensión objetiva, comporta también el deber del juez de la causa de solicitar, actuar y dar el mérito jurídico que corresponda a los medios de prueba en la sentencia. En la medida en que el objetivo principal del proceso penal es el acercamiento a la verdad judicial, los jueces deben motivar razonada y objetivamente el valor jurídico probatorio en la sentencia. Esto es así por cuanto el proceso penal no sólo constituye un instrumento que debe garantizar los derechos fundamentales de los procesados, sino también debe hacer efectiva la responsabilidad jurídico-penal de las personas que sean halladas culpables dentro de un proceso penal.

Con lo que se advierte que si bien no existe un pronunciamiento por parte del TCP en relación a si la prueba de oficio vulnera el principio de imparcialidad judicial, si se aprecia que aquel no ha dejado de reconocer la facultad concedida al órgano jurisdiccional, reconociendo que es a las partes a quienes les corresponde la carga de la prueba, como parte del principio de aportación de parte, pero ello no exime que el juez pueda hacerlo también de oficio, atribuyendo que dicha atribución está ligada en relación a los fines del proceso penal, esto es la búsqueda de la verdad y el esclarecimiento de los hechos, estando que además las decisiones a las que concluya deben estar debidamente motivadas, pues es allí, en la solidez de la motivación, que se garantiza la imparcialidad de los jueces.

Por otro lado, el TCP no ha dejado de reconocer que el carácter discrecional⁹⁹ de la prueba de oficio, así como que la no incorporación de alguna prueba determinada, por parte del juez, no acarrea de manera inmediata recurso alguno, estando que, una vez emitida sentencia se puede alegar como fundamento casatorio la inadmisibilidad de la prueba de oficio, pese a su pertinencia y utilidad o si no se llega a ejecutar por alguna razón no legalmente justificada o por un motivo no imputable a la parte que lo propuso.

⁹⁹ Casación 1552-2017 – Lambayeque de fecha 02 de marzo del 2018, fundamento quinto.



Capítulo 3

Razones fundamentales por las que ejercer actividad probatoria de oficio no implica vulneración del principio de imparcialidad

Después de haber realizado el análisis conceptual, jurisprudencial y doctrinario de la concepción de prueba de oficio, es momento de exponer las razones a través de las cuales, realizando una vinculación entre prueba de oficio e imparcialidad judicial, soy partidaria de considerar que no existe una vulneración propia de este principio con la facultad conferida al juez del juzgamiento a través del art. 385 del CPP; las cuales se detallan a continuación:

1. El Juez al ordenar la actuación de prueba de oficio no incorpora nuevos hechos al proceso, sino que se limita a los hechos y material probatorio expuestos en la pretensión acusatoria

El actual modelo procesal penal se ha caracterizado por establecer una clara separación de funciones de los sujetos procesales intervinientes; diferenciando las labores entre quien investiga – el fiscal, y quien juzga – el juez respectivamente; de tal manera que el primero de ellos será el único encargado de investigar los presuntos delitos cometidos, debiendo demostrar que los hechos denunciados efectivamente se cometieron, presentando para ello el material probatorio que lo justifique, señalar quién o quiénes son los autores del hecho imputable y el móvil que los llevo a cometer tal conducta ilícita. Por su parte el juez ejercerá la función de juzgar en mérito a la labor investigativa presentada por el Fiscal, determinando si se ha probado la comisión del delito expuesto en el requerimiento acusatorio, realizando una valoración de todo el material probatorio presentado por las partes procesales, determinando quiénes son los responsables y cuál es la pena y reparación civil a imponerse.

Roles diferenciados que nos sitúan en uno de los principios básicos y esenciales del proceso penal como es el principio acusatorio, a través del cual se pretende que no se mezclen en una misma persona las funciones de acusación y juzgamiento, garantizando además que el órgano decisor ejerza su función con la debida imparcialidad objetiva, es decir de la relación entre el juez con la pretensión, logrando la emisión de una sentencia justa. Y es que al ser nuestra legislación procesal penal parte de un Estado Democrático de Derecho, se busca que en el desarrollo de un proceso penal se le otorgue al procesado el respeto a las garantías mínimas, resultando necesario para ello la aplicación de prácticas de justicia penal en el que se garantice una efectiva y correcta persecución penal, siempre con respeto a los derechos humanos.

El principio acusatorio es una garantía procesal que se caracteriza además por facultar a las partes procesales a presentar el material probatorio que sustenten sus pretensiones – ello en estrecha relación con otro principio también reconocido en nuestra legislación procesal penal como es el principio de aportación de parte; marcando con ello la diferenciación y/o separación de funciones entre el órgano acusador y la defensa en relación al órgano quien decide el conflicto. Ahora bien, cierto sector de la doctrina ha señalado que el juez no debería actuar prueba de oficio, pues al hacerlo se convertiría en parte dentro del proceso, trasgrediendo la función para la cual ha sido encomendado y por ende, vulneraría uno de los principios rectores de todo el sistema procesal penal como es el de la imparcialidad judicial, sumado a ello califican dicha facultad como un rasgo inquisitivo al mezclar en una misma persona las funciones de acusación y juzgamiento, por ello, indican que se justifica la pasividad o inactividad del juez en el desarrollo del juicio oral.

Al respecto, es preciso hacer mención que la prueba en el proceso penal, es la figura necesaria e indispensable para el esclarecimiento de los hechos, posicionándose como la protagonista dentro del juicio oral; estando que las partes, ya sea el Fiscal (con las postulaciones acusatorias o de cargo) o la defensa (con las postulaciones de defensa o de descargo), tienen la responsabilidad de acreditar con dicha figura procesal, cada una de las justificaciones de su pretensión, con la finalidad de convencer al juez cuál es la tesis que se asemeja a la verdad de los hechos. Resultando por ello indispensable que el titular de la acción penal establezca de manera clara y concreta cuáles son los hechos que amparan su pretensión así como cuáles son las fuentes de prueba que lo demuestran, estando que aquello formará parte del objeto del proceso y a través del cual se desarrollará la etapa más importante del proceso penal.

Ahora bien, el desenvolvimiento de esta última etapa procesal se realizara precisamente en torno a la tesis postulatoria, siendo esta última función propia del fiscal¹⁰⁰, es decir, es el Ministerio Publico a quien le corresponde presentar la pretensión acusatoria, la misma, que adquiere gran importancia en la medida que en ella, y solo en ella, es que ejercerá el desarrollo del juicio oral; de tal manera que los hechos allí expuestos son inmutables y sobre aquellos es que recaerá la actividad probatoria, ya sea de las partes o la que provenga de oficio. Así, el juez al actuar prueba de oficio deberá centrarse en no modificar dicha

¹⁰⁰ Acuerdo Plenario N° 06-2009/CJ-116 del 13.11.2009 en su fundamento jurídico numero 6 precisa “Mediante la acusación la fiscalía fundamenta y deduce la pretensión penal; esto es, la petición fundamentada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una sanción penal a una persona por la comisión de un hecho punible que se afirma que ha cometido. (...) La acusación debe respetar los requisitos objetivos referidos a la causa de pedir: fundamentación fáctica y fundamentación jurídica y al *petitum* o petición de una correcta sanción penal”

imputación objetiva, pues de hacerlo, allí si se advertiría la pérdida de su imparcialidad, en tanto estaría posicionándose como parte del proceso al intentar introducir hechos nuevos o no conocidos por los demás sujetos procesales. Empero, mientras no realice dicha actividad encubierta, actuando prueba de oficio basándose solo en los términos expuestos en la pretensión acusatoria, no agregando, ni modificando sustancialmente los hechos expuestos por el fiscal, sino buscando esclarecer unos hechos determinados que le permitan obtener la verdad de los mismos, no podríamos inferir que actúe trasgrediendo el principio de imparcialidad como juez.

Es así, que al permitirle al juez ordenar prueba de oficio, éste encontrará el límite de poder ejercerla solo en relación a los hechos así como al material probatorio presentado por las partes, no pudiendo incorporar, alterar o modificar el sustrato fáctico la pretensión acusatoria. De esta manera es que se evita que el juez reemplace la actuación propia de las partes, pues de hacerlo además de vulnerar el principio de imparcialidad estaría vulnerando el principio acusatorio, pues debe recordarse que este principio implica no solo la separación de roles entre el juez y la acusación, sino que además debe existir una vinculación de la decisión del juez a la pretensión expuesta por el ente acusador.

Y es que no debe desvincularse del carácter excepcional de esta práctica oficiosa y siempre con fines de esclarecer una circunstancia determinada que conlleve a la búsqueda de la verdad, en relación a un hecho que ya es conocido por el mismo acusado, estando que las fuentes de prueba que ordenará, estarán en estrecha relación a las fuentes de prueba que han sido admitidas y actuadas por las partes dentro del juicio, manteniendo así su posición de árbitro dentro del proceso, pues con su actuar probatorio no va a reemplazar la labor de ninguna de las partes, sino que encontrará su límite en el objeto de la pretensión. Tal como lo afirma el profesor Pico I Juno y existe un error dogmático de no distinguir entre objeto del proceso y proceso mismo: si bien respecto del primero el juez no puede tener iniciativa, con referencia al proceso debe atribuírsele, con ciertos límites la posibilidad de actuar *ex officio*, pues solo así el proceso se convierte en un instrumento idóneo para alcanzar la efectiva y real tutela por parte del Estado, de los intereses en conflicto¹⁰¹.

Y es que el modelo del juez que se asume con la promulgación del CPP, no es el de un ente pasivo o carente de protagonismo, como si sucede en el *Adversary System* Norteamericano, como se desarrollara en el siguiente fundamento, sino que sin perder la función de árbitro, de manera excepcional con la finalidad de esclarecer una circunstancia

¹⁰¹ Pico I Junoy (1998). “La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación”, Barcelona,, José María Bosch Editor.

particular que le permita emitir una sentencia justa y acorde a la realidad de los hechos es que se permite actúe prueba de oficio, no implicando aquello una vulneración de la separación de funciones que debe regir como consecuencia del principio acusatorio, en tanto dicha facultad está condicionada a lo detallado mediante la imputación fiscal, lo cual conlleva a verificar que la decisión que determine esté vinculada directamente a la pretensión expuesta por el acusador.

Por ello, dicha prueba de oficio podrá actuarse sólo de manera subsidiaria, requiriendo primero la aportación o presentación probatoria de las partes para luego, en razón de esclarecer una situación determinante, proceda a disponer de oficio la práctica de una prueba. Y es que, esta actividad judicial resulta ser un complemento de aquello que fue aportado por las partes, estando que la complementariedad exige un mínimo de actuación a instancia de las partes, desterrando con ello que el juez actúe prueba directamente de cargo o de descargo, pues si 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 porque ejercer dicha facultad y es que no debe perderse de vista que el poder probatorio recae en las partes y debe esperarse que sean ellas quienes presenten y justifiquen por qué razones el juez debe otorgarles la razón, prohibiéndose en dicho caso que el órgano jurisdiccional actúe alguna fuente de prueba para suplir o sustituir la carencia o insuficiencia de material probatorio introducido por las partes en el desarrollo de la etapa de juzgamiento.

Por otro lado, del contenido del principio acusatorio no se advierte la prohibición en relación a que el juez pueda ordenar practicar de oficio una prueba, sino que su función está estrechamente vinculada a la separación de funciones que han de ejercer las partes intervinientes, basándose principalmente en que el juez debe resolver y desarrollar la etapa de juzgamiento únicamente en la pretensión objetiva, en el objeto del proceso que allí se hayan delimitado; *contrario sensu*, de pretender incorporar nuevos hechos a los formulados por el acusador, alterando el objeto del proceso, allí si se podría inferir la trasgresión a este principio acusatorio, convirtiéndose en reprochable en relación a la parcialidad con la que estaría basando su decisión final.

2. El momento procesal de actuación de la prueba de oficio difiere del correspondiente a su valoración, ergo el órgano judicial desconoce a quien le será favorable o no

Es necesario tener en claro los momentos procesales de intervención de la prueba; iniciándose con la obtención o búsqueda de la medios de prueba, su admisión, actuación y finalmente su valoración dentro del desarrollo del proceso penal, entendiéndose que cada uno

de ellos se desarrolla en una etapa diferente y no en presencia del mismo órgano judicial. Así, la recolección o búsqueda de fuentes de prueba es una atribución que le corresponde en la etapa inicial o preparatoria al órgano acusador, es decir, al Ministerio Público, sin perjuicio de la obtención de pruebas por parte de la defensa del acusado (pruebas de descargo), a fin de contrarrestar las postulaciones o pretensiones que pudiera requerir la parte acusadora. Obtención de pruebas que serán expuestas y resultaran expuestas en la tesis acusatoria por parte del Fiscal, las cuales deberán ser sometida a un control para su admisión en la siguiente etapa, Etapa Intermedia y a través del Juez de Investigación Preparatoria o también llamado Juez de Garantías.

Es en esta etapa de control o filtro del material probatorio que se decidirá qué pruebas son relevantes en relación al sustrato fáctico de cada una de las pretensiones; y una vez admitidos los medios de prueba esenciales para determinar la pretensión acusatoria es que se pasa a la siguiente etapa de actuación de la misma; la cual se desarrolla ante el Juez Penal – Unipersonal o Colegiado, en la última fase del proceso penal o etapa de juzgamiento, iniciándose dicha fase con dicha actividad, debiendo las partes procesales exponer y agotar el material probatorio que sustenten cada una de sus posturas (ya sea acusatoria o de defensa) para finalmente una vez actuada la totalidad de las mismas, el juez proceda a su valoración.

Por lo que, habiéndose definido el momento procesal de obtención, admisión, actuación y valoración¹⁰² de la prueba, es preciso señalar entonces que la práctica de alguna prueba ordenada por el juez se materializa o configura en un momento determinado dentro del desarrollo de la última etapa de proceso penal. Y es que, el juez no podrá ejercer dicha facultad en cualquier momento del juicio oral, sino que debe respetar una secuencia, estando que *prima facie* se desarrollara y expondrá el material probatorio de las partes procesales, llámese acusador o defensa, las cuales se ejecutarán para demostrar cuál debe ser la tesis que el juez debe dar por válida en relación a que se asemeja más a la verdad de los hechos suscitados. De esta manera el Ministerio Público y posterior a él, el abogado de la defensa expondrán cada una de las fuentes de prueba que consideren determinantes para la decisión del juez. Estando que una vez agotada la actuación por parte de aquellos, es que el juez y solo

¹⁰² Reyna Alfaro manifiesta al respecto que la proposición de los medios de prueba es función exclusiva de las partes, estando que para el caso del Ministerio Público se efectúa al formular la acusación fiscal y en el caso de los restantes sujetos procesales, dentro de los diez días luego de notificada la acusación fiscal. Otra fase es la admisión de los medios de prueba, la cual es función exclusiva del juez de la etapa intermedia, debiendo destacar si aquellos califican como medios de prueba, determinando su pertinencia, conducencia y utilidad. La actuación del medio de prueba se realiza en la etapa del juicio oral, desarrollándose cada uno de los que fueron admitidos en la etapa previa para finalmente pasar a su valoración y esto último lo realiza el juez que emitirá sentencia al momento de la deliberación; en Reyna Alfaro, L.M. (2011), El proceso penal aplicado. Conforme al Código Procesal Penal de 2004, Lima, Perú: Grijley, pp. 361-363.

de manera excepcional, cuando requiera esclarecer un hecho puntual en relación a lo ya expuesto previamente por las partes, es que ordenara de oficio la práctica de alguna prueba, en mérito a la facultad concedida en el art. 385 del CPP.

Entonces, queda claro que el momento procesal en que se permitirá actuación de prueba de oficio es en la etapa de juzgamiento, pero no al inicio de presentación del material probatorio, sino al final y una vez actuadas las pruebas de las partes procesales, pues es a ellas a quienes les corresponde dicha función y no al juez. En razón a ello, se concluye que es necesario tener en claro cuál es el momento de actuación de la prueba de oficio, a fin de advertir si podría propiciarse algún tipo de imparcialidad por parte del juzgador al momento que decide actuar prueba de oficio. Considero entonces, que el momento permitido por el legislador procesal peruano para ejercitar practica probatoria de oficio es el idóneo para cerrar la posibilidad del ejercicio imparcial de la función del juez, toda vez que si se ejerciera dicha atribución al inicio del juicio del Juicio, el juez no haría más que comportarse como una de las partes del proceso, vulnerando su imparcialidad y su rol de juzgador, dejando de ser eje central y equidistante de los demás sujetos, circunstancia que incluso nos haría suponer que el proceso penal se desarrolla en base a un modelo inquisitivo puro, en tanto el juez es el encargado de obtener y valorar al mismo tiempo el material probatorio.

Y es que, debe quedar claro que se requiere de un mínimo de intervención probatoria de las partes para que el juez, de manera excepcional y cumpliendo determinados requisitos legales pueda proceder a su actuación. Así también, considero que el momento de práctica de pruebas de oficio no podría ejercerse en el mismo momento en que se actúan o practican las pruebas propuestas por las partes, pues son estas últimas quienes tienen el deber de la carga probatoria; estando que de hacerlo el juez se advertiría que se convierte en parte del proceso, vulnerando su imparcialidad al pretender ofrecer pruebas de carga o de descarga, lo cual no constituye su finalidad.

Finalmente, la facultad atribuida al juez de actuar prueba dentro del juicio oral, no podría ejercerse al finalizar dicha etapa porque ello supondría asemejarla con el momento de su valoración, el cual no debe confundirse; toda vez que para este periodo el juez ya cuenta con el acopio de pruebas expuestas y actuadas por las partes, habiéndose formado un criterio de lo que va a decidir, entonces, de permitirle en dicho instante la práctica de alguna prueba se atentaría contra su imparcialidad, en tanto ya realizó una deliberación de la decisión que va a tomar, y al ejercerla no estaría más que favoreciendo a alguna de las partes¹⁰³. Y es que, si

¹⁰³ “Existen ordenamientos donde la prueba de oficio se practica una vez culminado el juicio oral, es decir en la fase de deliberación llamado comúnmente “Diligencias para mejor proveer”, las cuales deberían estar

bien con la prueba se busca convencer judicialmente respecto a la verdad o falsedad de los hechos expuestos en la pretensión acusatoria, dicha convicción no ocurre de manera inmediata en el juez sino que es un proceso que desarrollará una vez culminada la prueba actuada, al contar con todo el acopio general de pruebas de parte y de ser el caso, además las de oficio. Estando que una vez realizada la valoración de las pruebas obtenidas en el desarrollo del proceso, si el juez considera que la prueba de cargo no es suficiente, no podrá disponer se practique algún tipo de actividad probatoria, sino que en base al principio *in dubio pro reo*, deberá absolver al procesado.

Autores como Nicolás Guzmán señalan, al respecto, que el juez no necesita conocer la verdad de lo acontecido para resolver el caso y mucho menos debe buscarla, puesto que cuando no llega a conocerla cuenta con los criterios jurídicos de decisión como es el principio de inocencia e *indubio pro reo*, que le dan las armas necesarias para decidir. En otras palabras, la verdad no debería ser buscada por el magistrado ante la inactividad de las partes durante el proceso, pero su conocimiento sí sería necesario cuando lo que se pretende es la imposición de una condena. Al respecto, es menester hacer hincapié que el autor confunde los momentos procesales entre actuación y valoración de la prueba, negándose a que la facultad oficiosa del juez resulte pertinente en un caso determinado en aras del esclarecimiento de los hechos y obtención de la verdad.

Por tanto, apreciándose que el momento de actuación de la prueba de oficio difiere del momento de su valoración, no podría alegarse que se estaría vulnerando el principio de imparcialidad del juez, toda vez que al ejercer dicha facultad, éste desconoce el resultado de la misma, no pudiendo determinar si favorecerá al acusador o a la defensa, en razón a que en dicho periodo no está ejerciendo una valoración que le permita después decidir si condena o absuelve al acusado; pues como se ha señalado en los párrafos precedentes, aquello lo realizara al final del proceso, cuando tenga reunidas todas las fuentes de prueba que han sido actuadas, incluidas las que él haya indicado de oficio. Por lo que debe dejarse de lado la idea que con dicha facultad, el juez beneficiará a una de las partes o en especial a la parte considerada más débil dentro del proceso, pues con la actuación probatoria de oficio no está tomando una decisión final, pues para la emisión de la sentencia el juez no podrá basarse solo

completamente prohibidas porque dichas diligencias se acaban convirtiendo en “diligencias para mejor condenar”, en ¹⁰³ Miranda Estrampes, M., (2013). Iniciativa probatoria *ex officio* del juez en los procesos penales acusatorios (Prueba de oficio, imparcialidad judicial y principio acusatorio: ¿una mezcla imposible?). Anuario Alerta Informativa 2013. Perú. Documento en formato electrónico extraído de <http://congreso.gob.pe> con fecha 17.06.2019.

en función de las pruebas ordenadas de oficio, sino que requiere del cúmulo de material probatorio para decidir cuál postura es que la más se ajusta a la verdad de los hechos.

Ahora bien, es necesario señalar también que más allá de conocer el juez el resultado de la actividad probatoria que de oficio pueda ordenar, es decir cuál de las partes procesales podría resultar beneficiada con su actuar probatorio, para ejercerla dicha facultad le basta al órgano jurisdiccional demostrar que ha cumplido con las exigencias legales prescritas para dicha circunstancia. Es decir, no es más relevante determinar que el juez conozca ya del resultado final de la prueba actuada de oficio, sino sobretodo y especialmente, resulta necesario saber que para ordenar su práctica ha superado el control de legalidad que exige la norma procesal. Pues, una vez cumplida dichas exigencias legales, con la debida motivación de su aceptación o no, no tendría razón de ser, cuestionarle algún tipo de conducta imparcial, toda vez que su actuar procesal está sujeto a los parámetros establecidos por ley; y entonces, cabe preguntarse ¿cuáles serían dichas exigencias legales que tendría que cumplir? De acuerdo a lo prescrito en el inciso 3 del artículo 155 del CPP, se desprende el carácter excepcional de dicha facultad, debiendo las partes procesales haber presentado su material probatorio justificante para que luego de ello, el juez con la finalidad de dilucidar una circunstancia en particular, pueda ejercer dicha práctica a modo de complementariedad de las pruebas ya actuadas.

Por otro lado, conforme a las exigencias previstas en el art 139 inciso 5 de la CP, en relación a la debida motivación a la que están sujetas todas las resoluciones judiciales conforme a su función jurisdiccional, se requiere que en este caso, el juez también exponga los fundamentos de su decisión¹⁰⁴, lo cual realizará de forma escrita, indicándose la ley aplicable y los fundamentos de hechos en los que sustenta la misma. Por ello, es que considero que más allá de conocer, cuál será el resultado de la prueba que ordenará se practique, es indispensable advertir que el juez ha cumplido con los requisitos necesarios para poder ejercer dicha atribución, a fin de no cuestionarse algún tipo de parcialidad con el objeto de la pretensión.

¹⁰⁴ Miranda Estrampes opina que “Mejor que una motivación reforzada es que el juez exponga que con dicha actuación de Prueba de Oficio no supera ninguno de los límites que identifique cuáles fueron las circunstancias concretas que le llego acordar Prueba de Oficio; y esto es necesario porque es la única forma de controlar si se excedió en los límites o no, porque si el juez silencia esta situación, será difícil llevar a cabo dicho control salvo que exista una grabación del juicio”, en Video Miranda Estrampes Manuel, en conversatorio La Prueba de Oficio en el Proceso Penal Acusatorio. Publicado el 07 de octubre del 2013, Instituto de Ciencia Procesal Penal, realizado en la Unidad de Postgrado de Derecho de la UNMSM (visto 06.07.2019).

3. Existencia de un interés público en la decisión judicial relacionado con la búsqueda de la verdad del caso en concreto.

Es necesario preguntarnos, cuál es el objetivo o fin último del proceso penal, o cuáles son los motivos que llevan al Estado a realizar un despliegue de esfuerzos en el desarrollo de aquél. Y entonces se parte de una idea general de que el proceso penal es una herramienta que permite solucionar conflictos en una relación jurídica, cuyos efectos no sólo van a recaer en los intervinientes encada caso en concreto sino especialmente en la sociedad, toda vez que se va a determinar la culpabilidad o inocencia del acusado, imponiendo unas consecuencias jurídicas preestablecidas por el derecho sustantivo, permitiendo con ello la realización del Derecho Penal.

Sin embargo, el proceso penal no ha sido instaurado y acogido en nuestro Estado Constitucional únicamente para la aplicación del Derecho Penal; puesto que existe una finalidad esencial que no puede desconocer en el ámbito jurídico como es la búsqueda de la verdad de los hechos, la cual se presenta con mayor énfasis en el ámbito penal, más que en otras ramas del derecho, toda vez que de por medio existe un interés público en la decisión final que otorgue el juzgador, estando que más allá de condenar o absolver al procesado, resultará relevante advertir que la sentencia sea considerada justa, en tanto se haya llegado a determinar que equivale a lo más próximo a la verdad de los hechos suscitados.

Ahora bien, la obtención de dicha verdad debe ir acorde a un estado social y democrático de Derecho; es decir en ningún caso se debe buscar la verdad a toda costa sino en la medida que se empleen para su búsqueda, los medios legalmente reconocidos. Es por ello que cabe preguntarnos a qué tipo de verdad se podría llegar en el proceso penal, a una verdad absoluta o material de los hechos o más bien a una relativa en razón de los hechos probados por las partes en el proceso, considerándose una verdad de tipo procesal o formal¹⁰⁵. Al respecto, gran parte de la doctrina suele hacer la diferenciación entre verdad absoluta y verdad relativa, señalando que la primera de ellas es aquella que demuestra lo que realmente ocurrió en el plano fáctico y la segunda, solo aquella que se pudo establecer en el desarrollo del proceso.

¹⁰⁵ “Si nos remontamos a la historia, en un primer momento cuando primó un sistema de prueba legal, donde no solo se fijaban los medios de prueba sino además el valor de cada uno de ellos, poco espacio le quedaba al juez para merituar prueba libremente, estando que la confesión se convirtió en la reina de las pruebas y entonces los esfuerzos se encaminaban a obtenerla a toda costa. Luego, ya en el siglo XVIII la prueba de los hechos en los sistemas continentales se hacía depender cada vez más de la íntima convicción de los jueces. Así en la escuela clásica italiana, el juez era considerado un indiferente indagador de la verdad, hasta el derecho procesal penal actual, estando que las posturas a dicha cuestión han ido variando y así, luego de un cierto consenso moderno en la idea de que el juez que debe decidir el caso debe tener solo una mínima participación en la formación de la prueba, aparecen en la actualidad otras tendencias que negando una afectación a la imparcialidad y sobre todo colocando a la “búsqueda de la verdad” como el fin prioritario del proceso penal, incluso a costas del sistema de garantías, defienden otra vez la atribución de poderes probatorios a los jueces” Guzmán N., (2018). La verdad en el proceso penal, 1 ed. Buenos Aires, Año 2018, pp.30-35.

Así, la verdad absoluta se ha asimilado a la verdad real o material, la cual se caracteriza por ausencia de límites legales en la obtención de dicha finalidad, estando que se puede alcanzar a cualquier precio más allá de las rígidas reglas procedimentales, con la finalidad de alcanzar la certeza en la realización del evento delictivo; la cual incluso en épocas pasadas con el fin de llegar a obtenerla, el juez indagaba el pasado del investigado y ejercía prácticas sobre él, consideradas denigrantes en su condición de ser humano, como es aplicar la tortura a fin que confiese cómo es que sucedieron los hechos y determinar con ello la verdad del caso en concreto¹⁰⁶, propio de los sistemas de rasgos inquisitivos. Por otro lado, la verdad considerada relativa¹⁰⁷ o formal, es aquella que es introducida por las partes en el proceso, no alcanzada a cualquier precio sino que es aquella que respeta los límites o garantías impuestos por la Constitución o las leyes; por lo que al tratarse de una actividad ejercida solo por las partes en el proceso para su obtención, el juez no cumplía ninguna labor investigativa.

Se ha llegado incluso a asemejar a la verdad absoluta o material al proceso penal y la verdad formal en el proceso civil; en tanto en el proceso penal se pretende llegar a conocer realmente cómo sucedieron los hechos, a fin de emitir una sentencia lo más próximo a ella; en cambio en el proceso civil al ser entendido solo como un mecanismo para la solución pacífica de los conflictos particulares, buscando solución a la controversia, no se pretende necesariamente establecer la verdad de los acontecimientos, bastando la verdad obtenida por las mismas partes, de tal manera que incluso en dicho proceso – civil, la obtención de la verdad no desempeña un papel prioritario pues la meta a la que se quiere llegar se verá satisfecha una vez resuelto el conflicto. Y es que en el derecho privado rige la autonomía de la voluntad de las partes, por lo que no se tiende a la búsqueda de la verdad en forma autónoma, estando que los jueces se vinculan solo a las afirmaciones realizadas por los sujetos procesales en contienda, empero en el proceso penal la búsqueda de la verdad adquiere mayor trascendencia por el interés público al que está llamado constitucionalmente a resolver.

Considero al respecto, que no se puede llegar a la obtención de una verdad absoluta, en la medida que las partes dentro del proceso no podrán ejercer ilimitadamente el derecho a la prueba a fin de demostrar lo que realmente sucedió sino que se tendrá siempre que respetar las limitaciones legales, en aras de no vulnerar los derechos fundamentales de las personas,

¹⁰⁶Guzmán N., (2006). La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica. Buenos Aires, p. 35.

¹⁰⁷Opina García León que “Actualmente se entiende que en un proceso penal no se busca ni la verdad formal, ni la verdad material, sino la aproximación a la verdad real, esto es, no se buscan verdades absolutas u objetivas inalcanzables, se buscan verdades relativas, circunscritas a lo que se pueda probar de la verdad fáctica en García León, G. A., (2018). La Prueba de oficio en el proceso penal: mitos y verdades. *Actualidad Penal. Al día con el Derecho*, N° 48, Lima: Instituto Pacífico, pp. 34.

tampoco considero que debería determinarse que la verdad alcanzada deba ser solo relativa, pues si bien en ésta, si se dan las garantías mínimas de respeto de las normas establecidas en el ordenamiento jurídico, la verdad no puede dejarse solo en manos de las partes procesales, habida cuenta existe un interés público que media en el proceso penal y ello no podría dejarse solo al desenvolvimiento probatorio del acusador y la defensa, sino que por el contrario, el juez como órgano decisor tendrá el deber y la responsabilidad de resolver el caso en concreto buscando aproximarse, siempre con respeto a los parámetros legales, a la verdad de los hechos.

Así, no es posible alcanzar una verdad última, ni tampoco se pretenda encontrar una aproximación absolutamente cierta en el ámbito del proceso penal, toda vez que de acuerdo a la estructura del ordenamiento jurídico y las restricciones impuestas en aras de salvaguardar las garantías de las personas, se ha limitado el conocimiento de esa verdad, llegándose solo al conocimiento de verdades aproximadas. Por ello, tomando la posición de MICHELLE TARUFO¹⁰⁸ considero que la verdad que se pretende alcanzar en el desarrollo del proceso es una verdad objetiva, en tanto corresponde a las partes lograr demostrar la verdad de los hechos, con las pruebas que hayan sido admitidas y que sean actuadas y valoradas en la etapa de juicio, siendo la verdad un concepto jurídico vinculado a la actividad operativa de los sujetos procesales, empero dicha verdad no solo se determinará con su actuar sino que incluido el juez deberán realizar las operaciones jurídicas y legales necesarias para aproximarse a conocer la verdad de los hechos, conllevando a que dicte una sentencia acorde a la realidad otorgando con ello seguridad jurídica en la sociedad.

Empero, como precisa MUÑOZ CONDE¹⁰⁹ el hecho que no se llegue alcanzar la verdad de manera absoluta, es decir a la verdad material, no quiere decir que el proceso penal tenga que renunciar desde el principio a la búsqueda de dicha verdad, sino solamente que tiene que atemperar esa meta a las limitaciones que se derivan no solo de las propias leyes del conocimiento sino de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y de las normas; de tal manera que la verdad una vez incorporada al proceso se considera verdad procesal u objetiva, es decir la probabilidad de que el hecho delictivo haya sido cometido por el acusado.

¹⁰⁸ Taruffo M., (2010). *Simplemente la verdad. El Juez y la construcción de los hechos.* Manual Ponds Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid.

¹⁰⁹ Muñoz Conde, Francisco. *Búsqueda de la verdad en el proceso penal.* Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p.97.

Ahora, para alcanzar la verdad se requiere necesariamente de la prueba¹¹⁰, en tanto resulta ser el medio más confiable para dichos fines; así, sin prueba no hay proceso y es que ella es el espíritu del juicio y la fuerza de todo el aparato procesal, con lo que se determina el carácter cognoscitivo del proceso penal, lo cual tiene relación con su finalidad; estando que dicha actividad probatoria deberá ejercerse sin lugar a dudas por las partes procesales, quienes son las indicadas en reunir el material necesario que permita exponer ante el juzgador y causar la convicción debida en relación a cada pretensión, de tal manera que el acusador presentará lo correspondiente a obtener la imposición de una condena¹¹¹ y *contrario sensu* el abogado de la defensa aquello que permita demostrar la inocencia del acusado en relación a las imputaciones realizadas por el acusador. Ello ha sido reconocido en nuestro ordenamiento procesal penal a través del art. IV del Título Preliminar al prescribir el principio de objetividad del Ministerio Público, en el cual se le permiten la incorporación de elementos de cargo y también de descargo en aras de averiguar la verdad de los hechos.

Sin embargo, si bien se le atribuye dicha responsabilidad a las partes procesales, ello no implica que el juez, como órgano estatal encargado de resolver el conflicto en cuestión, deba adoptar una actitud pasiva frente al proceso, en tanto como se ha explicado *supra*, existe un interés público o colectivo en el desarrollo del mismo. Por lo que bien puede afirmarse que el rol que desempeñe dicho órgano judicial en el desarrollo del proceso resulta trascendental, no siendo una tarea fácil puesto que tiene la responsabilidad de actuar con plena objetividad, debiendo dar una respuesta racional y fundada al conflicto, señalando los argumentos fácticos y jurídicos al momento de sentenciar; pues su decisión importará no sólo a las partes intervinientes sino que surtirá efectos en mayor o menor medida en la sociedad en general, actuando acorde a los fines del proceso penal, tomando los recursos legales que le han sido atribuidos por la CP y las leyes a fin de construir una decisión fundada en razones de hecho y de derecho, que permitan advertir que no solo ha dado una solución al caso en concreto sino que además, dicho resultado reviste notas esenciales de justicia, al haberse acercado lo más

¹¹⁰ “La prueba es la actividad de las partes procesales dirigida a ocasionar la acreditación necesaria para obtener la convicción del juez sobre los hechos por ella afirmados. Actividad que deberá regirse por determinados principios procesales, entre los cuales contradicción, igualdad e inmediatez como los más importantes; estando que dicha prueba deberá ser insertada en juicio y deberá versar sobre los hechos alegados y además deben estar vinculados en relación a la imputación que se hace al que se acusa” San Martín Castro, Cesar (2016). La Prueba en los Procesos Judiciales en el Perú, video publicado en web y visualizado con fecha 25.07.2019.

¹¹¹ Nicolás Guzmán señala que la comprobación de la verdad de la hipótesis acusatoria correrá por cuenta de quién tiene la carga de la prueba, es decir del acusador y es él quien tiene que comprobar la verdad de su hipótesis y si no logra llevar a cabo dicha misión, entonces el juez debe resolver el caso en función de aquellos otros criterios jurídicos de decisión, como el principio de inocencia e *indubio pro reo*. Una inactividad por parte del acusador no puede ser suplida por el juez, quien en este caso se encontraría desempeñando una función de acusador y juzgador al mismo tiempo. Es sobre el acusador en quien recae la carga de la prueba, no sobre el juez; en Guzmán N. (2018). La verdad en el proceso penal. 1era Ed. Buenos Aires, p. 195.

próximo a la verdad de lo que realmente ocurrió, otorgando seguridad jurídica no solo a los justiciables sino también al resto de la sociedad. Entonces, dicha atribución de aproximarse a la verdad de los hechos ha sido prevista por el legislador a través del art. 385 inciso 2 del CPP al establecer la posibilidad de que el juez disponga la actuación de pruebas de oficio cuando resulten manifiestamente útiles para esclarecer la verdad.

En relación a la prueba de oficio se ha indicado que dicha atribución vulnera el principio de imparcialidad judicial, en tanto el juez estaría actuando como juez y parte, logrando favorecer alguna de las partes procesales. Sin embargo, es preciso hacer mención que la finalidad del órgano judicial al disponer la actuación de prueba de oficio es esclarecer un hecho concreto en un momento procesal específico, diferente, como ya se ha explicado, al de su valoración, el cual finalmente le resultará de importancia, en tanto al llegar obtener la verdad de lo que realmente ocurrió, le permitirá la emisión de una sentencia justa; debiendo tener en cuenta y como ya se ha explicado líneas arriba que el juez no deberá trastocar la pretensión objetiva y ejercerá dicha facultad solo de manera excepcional; estando que si bien la imparcialidad es un derecho fundamental del proceso penal y constituye un principio de todo el sistema de justicia, no se convierte solo en un derecho procesal que involucre a las partes en donde el juez deba actuar objetivamente frente al acusador y al acusado, sino que al existir un interés público, colectivo donde el valor justicia adquiere gran importancia, no podrá dejar de conocer lo que realmente sucedió y ello no podrá lograrlo, en algunos casos, solo con la aportación de pruebas expuestas por las partes procesales o con métodos o aplicaciones preestablecidas sino que se requiere de un dinamismo en relación a su actuar, siempre como he venido indicando hasta el momento con respeto a las garantías establecidas por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, en aras de no vulnerar los derechos fundamentales de la persona, estando que allí es donde encuentra su límite la actuación oficiosa en relación a la búsqueda de la verdad; no resultando posible cuestionar su imparcialidad toda vez que el juez tiene la responsabilidad constitucional de solucionar el caso en concreto. De tal manera que con la prueba de oficio, al juez no se le ha atribuido una activa intervención en la investigación sino que excepcionalmente cuando exista duda al momento de actuación de pruebas y con fines de esclarecer los hechos y obtener la verdad de los mismos podrá ejecutarlo.

Y es que, sobre el juez pesa una labor compleja toda vez que la responsabilidad jurisdiccional que se le ha otorgado a través del art. 139 inciso 03 y 05 de la CP, implica que debe resolver la pretensión y que además dicha decisión debe estar debidamente motivada, debiéndose basar en los hechos, extraídos a través de la prueba; y en el derecho, a través de la

ley, para poder justificar su decisión. Con lo que el juzgador, no por la ausencia de pruebas que le impidan resolver el caso y en razón de ser cuestionada su imparcialidad dejara de realizar los actos necesarios y conferidos por ley para dar una solución al conflicto, sino que por el contrario, sin trasgredir los límites constitucionales y los prescritos por ley y con la debida fundamentación, deberá ejercitar su función jurisdiccional.

Por lo tanto, la facultad probatoria de oficio se justifica en el juez en tanto existe un compromiso del proceso y el juez respecto de la búsqueda de la verdad y una adecuada reconstrucción de los hechos, pues el Estado a través del juez debe garantizar que se emita una sentencia lo más justa posible; estando que más allá de lo equidistante que debe ser el juzgador en cuanto a las partes, su imparcialidad trastoca un interés colectivo, pues la connotación social es que su actuación incida sobre el valor justicia.

4. El sistema adoptado en nuestra legislación procesal penal no prohíbe un rol activo del juez dentro del proceso

En nuestro país, después haber imperado cuatro leyes procesales en materia procesal penal¹¹², se hacía necesaria la implementación de normas que sustenten un código acorde con las reformas suscitadas en Latinoamérica a inicios del s. XXI, basándose en los tratados y respeto de los derechos humanos y en dirección de un mundo globalizado¹¹³, buscando que las personas encuentren con celeridad las respuestas de sus pretensiones relacionadas al ámbito procesal penal, dejando de lado obstáculos burocráticos y formalismos innecesarios, propios de un sistema inquisitivo¹¹⁴, buscando más bien un modelo en el que se respeten las garantías procesales reconocidas por la Constitución, tales como: la presunción de inocencia, la publicidad del juicio oral, la motivación de las sentencias¹¹⁵, e inspirado en principio como la oralidad, contradicción, inmediación e igualdad procesal y con destacada división de roles de los operadores procesales

Por lo que, en este apartado es propio hacer un repaso general de los sistemas de gobierno procesal que han existido a lo largo de la historia, a fin de determinar, cuál de ellos es el que ha adoptado nuestro CPP; y una vez identificado relacionarlo con las facultades probatorias

¹¹² El Código de Enjuiciamiento en Materia Penal de 1863, el Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920, el Código de Procedimientos de 1939, el CPP de 1991.

¹¹³ Vid. Burgos Alfaro, J., (2009). *Crítica al Nuevo Proceso Penal*. Ed. Grijley, Lima.

¹¹⁴ Vid. Girao Isidro, M., (2010). "El sistema procesal del Código Procesal Penal de 2004: la diferencia entre el sistema acusatorio moderno y el *adversarial system*", Caballero Castillo José Francisco (Coordinador) *VII Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología. Ponencias Estudiantiles*, Huacho – Perú, p. 520.

¹¹⁵ Vid. Tambini del Valle, M., (2007). *Los sistemas procesales y la filosofía del nuevo código procesal penal peruano*. Revista Vox Juris, año 17, N° 15, p. 272.

ejercidas por el juez en el desarrollo del proceso, verificando si aquello vulnera la esencia del sistema adoptado.

Los Estados Unidos de Norteamérica se ha inclinado por considerar una división bipartida de sistemas procesales, descartando la existencia de un sistema mixto; por el contrario la doctrina europea continental si admite una división tripartita¹¹⁶.

Hablar profundamente de cada uno de los sistemas es bastante amplio; sin embargo, nos detendremos en los aspectos característicos que han tenido relación con los roles atribuidos a las partes así como especialmente en el desenvolvimiento de aquellos en etapa de juicio oral.

Así, entonces desarrollando las características propias del **Sistema Acusatorio** (*processus per accusationem*), tenemos que es un sistema que ha estado ligado al Derecho Común (Common Law) inglés así como a la Institución del Jurado¹¹⁷, basado en la clara separación de funciones en cada sujeto procesal existiendo una persona que acusaba, una que se defendía y un tercero que juzgaba. Llamado acusatorio en la medida de la importancia que se le otorgaba a la acusación como elemento importante para el inicio del proceso, prevaleciendo la oralidad sobre la escritura, existiendo audiencias públicas y contradictorias siendo precisamente la contradicción el método utilizado del proceso¹¹⁸. El acusado además era considerado sujeto de derechos. Respecto al juzgamiento, en este sistema, quien juzgaba era una asamblea del pueblo, quien decidía quien era culpable y quien inocente, no mediando una fundamentación para la decisión adoptada en tanto que quienes juzgaban eran jueces y no profesionales, resolviendo los casos solo en función a su conciencia; en consecuencia la decisión que tomaban era inimpugnable¹¹⁹. Por otro lado el juez no podía actuar de oficio, su actuación se basaba únicamente en juzgar lo que las partes presentaban, por ende quedaba excluido de cualquier práctica probatoria; y es que el proceso era tomado como un conflicto de partes.

¹¹⁶ Reyna Alfaro, L., (2015). "El Proceso Penal Acusatorio. Fundamentos. Funcionamiento. Cuestiones trascendentes". (Coordinador) Actualidad Penal. Pacífico Editores SAC. p. 40.

¹¹⁷La tarea de identificar a los culpables en cada caso y acusarlos recaía en la comunidad hasta el punto que si dichos responsables comunales de la acusación no comparecían ante los jueces reales, la propia comunidad en su conjunto los castigaba como rechazo y reprobación de su actuar, siendo que tales representantes comunales conformaron la posterior institución conocida como el Gran Jurado, quienes tenían el deber de revisar la información recibida a través de los "escritos de acusación", declarando en acto posterior la suficiencia probatoria para poder declarar la apertura de juicio respecto de la persona acusada. Por lo que, precisamente este tipo de acusación privada por parte de la comunidad lo que provocó que el proceso penal reúna cierta semejanza con un pleito privado, por lo que dicho Jurado original o Jurado de Acusación es el que ha modelado la naturaleza esencialmente adversarial del proceso penal acusatorio; en Reyna Alfaro, L., (2015). "El Proceso Penal Acusatorio. Fundamentos. Funcionamiento. Cuestiones trascendentes". Ob. cit. p. 43 y ss.

¹¹⁸Tambini del Valle, M., (2008), Fundamentos del Nuevo Proceso Penal Peruano. La Filosofía del Nuevo Código Procesal Penal. Editora Jurídica Grijley EIRL. Lima 2008.

¹¹⁹Girao Isidro M., (2010). "El sistema procesal del Código Procesal Penal de 2004: la diferencia entre el sistema acusatorio moderno y el *adversarial system*", Ob. cit p. 523.

Lado opuesto es el **Sistema Inquisitivo** (*processus per inquisitionem*) como segundo sistema en aparecer y teniendo sus orígenes en el proceso ordinario Romano¹²⁰, poseyendo una connotación negativa al asociarse al empleo de la tortura por parte de la institución eclesiástica de la Santa Inquisición, habiendo sido el sistema típico de gobiernos autoritarios, concentrando los poderes y facultades jurisdiccionales en una sola persona: el monarca. Considerado al proceso penal como una prolongación del poder del Estado absolutista, por ende no existía separación de roles entre los intervinientes dentro del proceso, asumiendo el monarca las labores de investigación, acusación y juzgamiento, valorando la prueba y sentenciando; reservando su investigación en absoluto secreto teniendo un sistema de prueba legal, el cual obligaba a la realización de un interrogatorio al acusado, para cuyo caso debía prestar juramento¹²¹. Y es que aquel, no tenía reconocidos sus derechos ni garantías, pues al tratarse de un sistema basado en la búsqueda de la verdad histórica, era considerado un medio para llegar a esa verdad aplicándosele precisamente la tortura para que confiese y siendo tratado como objeto de persecución, permitiéndose la persecución penal y la incriminación de oficio.

El **Sistema Mixto** por su parte nace después de la Revolución Francesa, basándose en características típicas de los dos sistemas antes mencionados, advirtiéndose una separación entre las tareas de acusación y de investigación, las cuales serán ejercidas por personas diferentes (acusador y juez). La labor investigativa a cargo del juez, por lo que dicho aspecto denotaba el corte inquisitivo del sistema, asimismo era reservada, secreta y eminentemente escrita y por otro lado existía un juicio con rasgos acusatorios, caracterizado por ser oral público y contradictorio. En este modelo procesal, se deja de lado la prueba legal sustituyéndola por el principio de “íntima convicción” que no era otra cosa que la prueba libre o libre valoración de la prueba, la misma que se actuaba sin intermediaciones ante el juez de juzgamiento, quien finalmente apreciara de manera directa el debate contradictorio entre el fiscal y la defensa del acusado¹²².

¹²⁰ “Quizá el principal motivo que contribuyo al surgimiento de este sistema fue la inactividad de los particulares para acusar y perseguir el delito. Esto último se debió a la disposición de MARCO ULPIO, emperador romano, mediante el cual se afectó al acusador con las mismas medidas cautelares que sufría el acusado, dado el incremento de acusaciones basadas en la ambición y en el rencor” en Ore Guardia, A., Manual de Derecho Procesal Penal, p. 53.

¹²¹ Reyna Alfaro, L., (2015). “El Proceso Penal Acusatorio. Fundamentos. Funcionamiento. Cuestiones trascendentes”. (Coordinador) Actualidad Penal. Pacífico Editores SAC. p. 50.

¹²² Vid. Arana Morales, W., (2014). Manual de Derecho Procesal Penal. Para operadores jurídicos del nuevo sistema procesal penal acusatorio garantista. Gaceta Jurídica S.A., Lima, Junio 2014 p. 20.

Existe una última clasificación denominada ACUSATORIO- ADVERSARIAL caracterizada por el respeto a las garantías consagradas en la Constitución y en donde el procesado es sujeto de derechos, característica propia de los sistemas democráticos, dividiéndose los roles de los sujetos procesales que participan, teniendo el Ministerio Público la labor de investigación, la responsabilidad del ejercicio de la acción penal, el deber de la carga de la prueba y la acusación; mientras que la función jurisdiccional está en manos de los jueces penales y vocales de las salas penales; actuando cada uno de ellos en el ejercicio de sus funciones con total independencia.

Sin embargo, es necesario exponer que la denominación de *Adversary System* o sistema adversarial hace alusión al sistema adquirido en los Estados Unidos, a través del cual las funciones de cada una de las partes procesales están delimitadas; así, la policía, los fiscales y los abogados investigan en un contexto de igualdad de armas, el gran jurado acusa a partir de una recomendación de la Fiscalía y de los abogados, y finalmente el Jurado decide por la inocencia o responsabilidad del acusado. Presentándose el investigado con su abogado defensor y el Fiscal como adversarios o partes confrontadas, buscando causar convicción en el órgano juzgador respecto de las pretensiones de su caso, logrando que éste adopte su teoría como la válida para la condena (en el caso del Fiscal) o la inocencia (en el caso de la defensa) del imputado, es así que ambas partes deben llevar a cabo su investigación reuniendo el material probatorio necesario para lograr la convicción de quien resolverá el conflicto, siendo este último quien ejercerá un papel pasivo en todo el desarrollo del proceso. Y es que si bien para el *Adversary System* el Juicio Oral es considerada la parte más importante del proceso penal, otorgándose en dicha fase mayor énfasis a la actuación de las partes quienes actuarán como adversarios; el juez no instruye la misma, estando que su papel se limita a dirigir el debate entre las partes confrontadas, siendo estas últimas quienes investigan, presentan testigos y otras pruebas, exponen sus argumentos y cuestionan los presentados por la parte adversaria. Pues el sistema adversarial norteamericano y su proceso penal no se entienden sin la presencia del Jurado, de tal manera que la posición en él del juez como mero espectador o árbitro y de las partes como dueñas del proceso es tal, porque el juicio y más en concreto la práctica de la prueba va a tener lugar ante el Jurado quien resolverá las cuestiones fácticas y solo el Juez las circunstancias jurídicas.

Al respecto, un sector importante de la doctrina¹²³ han señalado que el sistema adoptado en nuestra legislación procesal penal corresponde a uno de tipo acusatorio-adversarial y en razón

¹²³ Reyna Alfaro, L.M. (director) (2007), La prueba, reforma del proceso penal y derechos fundamentales. Lima, Perú: Jurista Editores, p. 285.

a ello y a los postulados de aquel sistema, indican que resulta imposible conferirle facultades al juez, quien debería ejercer una figura pasiva y neutral en todo el desarrollo del proceso penal, de tal forma que al permitir que actúe con dinamismo como en el caso de la prueba de oficio, no se estaría más que permitiendo se atente contra su imparcialidad como juzgador, impidiendo que tenga una postura equidistante de las partes, toda vez que con su actuar probatorio de oficio terminaría favoreciendo a una de ellas.

Sin embargo, es claro que la implementación de nuevas instituciones procesales y los movimientos de reforma en Latinoamérica vienen caracterizándose por dejar de lado el modelo inquisitivo - en tanto no son concebibles las practicas ejercidas contra el procesado ni mucho menos que se atente contra los derechos reconocidos constitucionalmente, empero ello no implica necesariamente un alejamiento radical¹²⁴ de aquel sistema en tanto es rescatable la instauración de la búsqueda de la verdad, aunque ella no debe ser conseguida a cualquier precio, ni mucho menos vulnerando los derechos esenciales reconocidos en nuestra Carta Magna. Pero también es verdad que se ha buscado enraizar un sistema de tipo acusatorio, buscando la redistribución de funciones de investigación y de juzgamiento, dentro del cual nuestro país es participe; así como, se han adoptado una serie de pautas, características e instituciones propias del sistema adversarial norteamericano, como por ejemplo que en muchas etapas del proceso penal, las partes se ven enfrentadas entre sí, actuando bajo los principios de igualdad de armas, imparcialidad, contradicción y oralidad; sin embargo, ello no implica que nuestro actual sistema procesal penal sea una copia fiel de aquél por los argumentos que a continuación se detallan.

No debemos confundir el término “acusatorio” que se centra la figura en el acusador, de modo tal que es a él a quien le corresponde la carga de la prueba¹²⁵, con el término “adversarial” que más bien hace referencia a que existen partes confrontadas y el proceso será el medio para llegar a solucionar dicho enfrentamiento, concediéndole a las partes el protagonismo absoluto en el desarrollo del mismo y rigiéndose entonces por el principio dispositivo, lo cual difiere de modelo adoptado a través del CPP, que más bien se rige por el principio de contradicción y el principio acusatorio, estando que incluso este último ni

¹²⁴ Opina al respecto García León que “No es correcto afirmar que debemos alejarnos de la búsqueda de la verdad porque ello implicaría acercarnos a un modelo inquisitivo, como tampoco es cierta la afirmación de que debemos acercarnos a un modelo inquisitivo porque es el único que podría garantizarnos el conocimiento de la verdad” en García León, G.A. (2018), La Prueba de oficio en el proceso penal: mitos y verdades. *Actualidad Penal. Al día con el Derecho*, N° 48, Lima: Instituto Pacifico, p. 35.

¹²⁵ Vid. Muñoz Neira, O. (2006). Sistema penal acusatorio de Estados Unidos. Legis, Bogotá, p. 128 y ss.

siquiera es mencionado en aquel sistema¹²⁶. Y es que es oportuno identificar cuál es la finalidad que se pretende en cada caso.

Así, en el sistema adversarial se tiende a la búsqueda de la verdad, ello no es lo relevante cuando se ha llegado a la solución del conflicto, después de la confrontación de la parte acusatoria y defensa; de tal manera que en aquél sistema la verdad es obtenida fruto del enfrentamiento entre las partes a modo de adversarios, conllevando a que presenten las pruebas disponibles, estando que en muchos casos lo que se pretende es la obtención de la victoria, más allá si aquella corresponde o no a la verdad de los hechos; así, el rol del juez es actuar con la mayor pasividad, dejando que el proceso estuviera dominado por los sujetos que pretenden ganar el proceso.

Por lo que se evidencia que el propósito principal en el proceso norteamericano es la solución pronta del conflicto, más no la realización de la justicia y la obtención de la verdad, entonces la función del juez será inactiva, correspondiendo la tarea de garantizar el desarrollo regular de la contienda pero no podrá interferir sobre el comportamiento de los actores procesales y mucho menos podrá influir en el resultado final.

Con lo que se advierte que la verdad no siempre es susceptible de ser alcanzada por el método adversarial, pues en la mayoría de los casos, las partes confrontadas están más interesadas en ganar el juicio que en llegar a descubrir la verdad de los hechos. Entonces, nuestro sistema procesal penal, va más allá de establecer la condena o inocencia del acusado, pues la finalidad última de aquél es lograr aproximarse a la verdad concreta de los hechos, la misma que le permita emitir una sentencia justa que brinde seguridad jurídica a los ciudadanos. Por lo que, si bien el juicio oral es considerado parte esencial del proceso, a través de la cual se realizara el despliegue probatorio que contribuya a la obtención de la finalidad misma del proceso penal, cual es llegar a la verdad de los hechos, el papel del juez adquiere también relevancia en dicho escenario, ya que sobre aquél recae la responsabilidad jurisdiccional de resolver el conflicto y emitir una decisión correcta. Entonces, no puede ser considerado un espectador del desarrollo del juicio oral, sujeto a que las partes actúen lo correspondiente, sino que en aras de la finalidad misma del proceso penal, respetando los límites legalmente impuestos, deberá ejercer las facultades probatorias otorgadas a través del art. 385 del CPP.

Por lo que considero que el sistema adoptado en nuestra legislación procesal penal es uno de tipo acusatorio pero no puro¹²⁷ y/o igual al norteamericano, sino un sistema procesal que

¹²⁶ Herrera Guerrero, M., (2014). La Negociación en el Nuevo Proceso Penal. Un análisis comparado. Palestra Editores. Lima, p. 148.

requiere de una pretensión acusatoria por parte del Ministerio Público en el cual va a recaer todo el desarrollo del proceso y en el que las partes se verán confrontadas, con un juez tercero imparcial, con un papel activo orientado en la búsqueda de la verdad y el logro de la justicia. Pero además a dicho término acusatorio, debe agregársele el calificativo de garantista, toda vez que en el desarrollo del proceso se deberán respetar los principios y garantías constitucionales, debiendo el órgano judicial garantizar el respeto de los derechos de las personas que intervienen en el proceso en relación a los parámetros establecidos por la CP y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y demás normas internacionales a los cuales estamos adscritos.

De esta manera, la imparcialidad del juez no puede ser cuestionada por ejercer alguna actividad que le permita obtener la verdad de los hechos, debiendo desterrar la equivalencia entre imparcialidad y pasividad del juez, pues de considerarlo nos haría suponer que el juez es un ente desinteresado o desentendido frente a los hechos. Y es que la imparcialidad si bien implica una situación equidistante en relación a las partes y al objeto del proceso, aquella no se garantiza únicamente con un modelo de juez pasivo, pues de considerarlo así, estaríamos incurriendo en un modelo netamente adversarial, del cual no formamos parte de manera absoluta. El sistema procesal penal adquirido con el CPP, busca asegurar la persecución penal pero con el respeto de las garantías mínimas basadas en el respeto a la dignidad de las personas, en la medida que formamos parte de un Estado Constitucional de Derecho, debiendo ser el proceso no solo eficiente y eficaz para el imputado sino también para la víctima y en general para la sociedad. Es por ello que permitirle al juez un rol activo como es el atribuido a través del art. 385 del CPP, no se estaría incurriendo en el riesgo que vulnere su imparcialidad; pues si bien la labor de investigar y de acusar recaen en una sola persona como es el fiscal, el juez al ordenar de manera excepcional alguna práctica de oficio deberá actuar acorde al sistema adoptado, es decir dicha atribución la ejercerá, excepcionalmente, respetando las garantías jurídicas de los justiciables, fijándose únicamente en la pretensión acusatoria y buscando lograr obtener la verdad de los hechos, de tal manera que le permita reunir las cuestiones fácticas y jurídicas para una sentencia justa no sólo para el imputado sino para toda la sociedad.

¹²⁷ “Hoy en día puede afirmarse que no existe un proceso penal “puro” en estos momentos en el mundo, en la medida en que todos los diversos sistemas procesales penales son producto de la interrelación y combinación de las diferentes tradiciones legales, como resultado de la dinámica del Derecho Comparado” en Reyna Alfaro, L.M. (coord.) (2015), *El proceso penal acusatorio. Fundamentos, funcionamiento, cuestiones trascendentes*. Lima, Perú: *Instituto Pacífico*, p. 33.

5. Del enunciado normativo prescrito en el art. 385 del CPP se infiere la imposición de determinados límites para ejercer la práctica probatoria *ex officio*.

Si bien es cierto soy de la postura que la facultad probatoria de oficio no genera por sí mismo una pérdida de imparcialidad, también es verdad que debe optarse por buscar un punto de equilibrio que fije con precisión los límites a los cuales deba estar sometida, a efectos de evitar que su ejercicio se preste para abusos o desviaciones, mediante su utilización en favor de una de las partes y en perjuicio de la otra¹²⁸. Límites que emanan del contenido mismo art. 385 del CPP; los cuales consisten en:

- 1) La prueba de oficio sólo pueda estar referida en relación a los argumentos fácticos o hechos expuestos por las partes a través de sus pretensiones.

Ello se desprende del inciso segundo del cuerpo normativo antes citado al señalar que, “(...) El juez Penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación de las partes. Y es que, es a ellas a quienes les corresponde reunir las fuentes de prueba necesarias que permitan causar convicción en el juzgador respecto de cada una de sus posiciones – acusación o defensa, en relación a los hechos fijados en la acusación fiscal. Estando que, resulta indispensable determinar cuáles son los hechos que configuran la imputación objetiva, a fin que desde allí se desenvuelva todo el material probatorio, incluida la prueba de oficio, de tal manera que con ello se salvaguarda cualquier vulneración al principio acusatorio. En otras palabras, el juez no puede formular afirmaciones fácticas distintas de las realizadas por las partes y determinar, por tanto, el *themaprobandum*¹²⁹, pues de hacerlo, perdería su rol de árbitro para convertirse en parte.

- 2) La práctica de pruebas de oficio opera solo como un complemento de lo ya probado por las partes.

No podrá ejercerse en los casos de ausencia total y/o manifiesta insuficiencia probatoria de las partes, requiriéndose entonces un mínimo de actividad probatoria prueba a instancia de parte; así se puede advertir cuando en el inciso 2 del art. 385 del CPP peruano al señalar que “(...) una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio (...)”. Por lo que, la prueba de oficio no puede ser utilizada como un mecanismo para suplir debilidades o negligencias de presentación de medios de prueba de las partes procesales; pues de encontrarse en esta última circunstancia, en mérito al principio de inocencia que tiene atribuido el procesado, el juez deberá absolverlo de los cargos imputados. Y es que, no

¹²⁸ Miranda Estrampes, M., (2013). Iniciativa probatoria *ex officio* del juez en los procesos penales acusatorios (Prueba de oficio, imparcialidad judicial y principio acusatorio: ¿una mezcla imposible?). Anuario Alerta Informativa 2013, Perú; documento en formato electrónico extraído de <http://congreso.gob.pe> con fecha 28.08.2019

¹²⁹ *Ibidem*, p. 95.

puede dejar de desconocer que se trata de una facultad complementaria, integrativa de aquello que ya fue aportado por las partes procesales, mas no tiene como función ser sustitutiva o suplente de su labor.

Así también, conforme a este límite, se advierte el momento preciso en que deberá ejercer dicha facultad, esto es, a *posteriori* de la presentación de pruebas de cargo o descargo, pues de apreciarse que el juez lo realiza en momento diferente a este, ya sea en momento anterior o posterior se advertiría vulneración de los principios de acusatorio o de imparcialidad judicial en cada caso. Pues al realizarlo antes de haberse actuado prueba por parte del acusador o la defensa, no haría más que demostrar que esta posicionándose como parte en el proceso, lo cual no forma parte de su labor jurisdiccional; y de hacerlo al finalizar el juicio oral, se corre el riesgo de pérdida de su imparcialidad, en tanto, se advertiría que busca favorecer a alguna de las partes procesales, en tanto se encuentra en una etapa diferente del juzgamiento como es la valoración de los medios de prueba acopiados. Por ello, este límite está fijado en relación al momento en sí en que debe ser actuada la prueba de oficio. Sumado a ello, se vulneraría el principio de legalidad procesal al contravenir la norma procesal respecto a la oportunidad de actuar prueba de oficio.

- 3) La prueba de oficio debe consecuencia de la necesidad y utilidad generada a raíz de aquellas fuentes de prueba que surjan como parte de los debates del juicio oral.

Con ello se tiene que el juez no podría realizar algún tipo de investigación o búsqueda de fuentes de prueba, debiendo limitarse solo a aquellas que han aflorado en el juicio oral, durante la práctica de las pruebas propuestas por las partes; descartándose algún conocimiento privado al margen del proceso¹³⁰. Así, no podría el juez practicar prueba de oficio sobre la base del examen de la carpeta de investigación o del expediente judicial, sin que la fuente de prueba haya surgido durante el debate oral.

¹³⁰ “En mi opinión, solo debería autorizarse la prueba de oficio cuando la fuente de prueba apareciera durante las sesiones del juicio oral y no hubiera constancia de ella con anterioridad. Dos son las razones principales que abonan dicha posición. La primera, que con ello se evita que la prueba de oficio acabe siendo utilizada como mecanismo para suplir las omisiones, errores y deficiencias de las partes. Así sucedería, por ejemplo, cuando el juez ordenara la declaración de un testigo cuya identidad ya era conocida por las partes y que, sin embargo, ninguna de ellas incorporó a su oferta probatoria. La segunda, que en un proceso acusatorio el juez del enjuiciamiento no debería tener a su disposición las diligencias (carpeta) de investigación –salvo aquellas diligencias concretas previstas excepcionalmente en la ley procesal–, de tal modo que ello le impediría rastrear dichas diligencias en busca de fuentes probatorias distintas de las aportadas por las partes. De lo contrario existe el riesgo de que la prueba de oficio sea fruto del examen por el juez de las diligencias de investigación y no del debate surgido durante las sesiones del juicio oral”; en Miranda Estrampes, M., (2013). Iniciativa probatoria *ex officio* del juez en los procesos penales acusatorios (Prueba de oficio, imparcialidad judicial y principio acusatorio: ¿una mezcla imposible?), ob. cit. p. 96.

Los límites establecidos en la norma procesal penal y a los que ha de cumplir el juez para actuar prueba de oficio, no hacen más que responder a los principios de excepcionalidad, subsidiariedad y complementariedad o de integración, nunca sustitutivo de las partes en relación a la prueba que actuada por las partes en la etapa de juicio oral, no dejando de lado que, deberá emitir un pronunciamiento debidamente motivado a través de lo cual exponga las razones que lo llevan a ejercer dicha potestad probatoria.





Conclusiones

Primera. La facultad probatoria otorgada al juez penal a través del art. 385 del CPP no implica por sí misma una vulneración al principio de imparcialidad judicial, siempre que se advierta el cumplimiento de los límites impuestos para su práctica: excepcionalidad, subsidiariedad y complementariedad, emitiendo una razón debidamente motivada de su actuar probatorio.

Segunda. El juez penal tiene como función, más allá de la solución de la controversia que ha generado el despliegue del proceso penal, llegar a la verdad de los hechos, para lo cual deberá tener claramente definido cómo es que se suscitaron, valiéndose de los medios y atribuciones legalmente establecidos para conseguirla, toda vez que sobre el interés particular de las partes procesales, existe un interés público en mérito a la función jurisdiccional otorgada constitucionalmente.

Tercera. Actuar prueba de oficio no implica un retroceso en el sistema procesal penal adoptado en el CPP, como si de una práctica inquisitiva se tratara, pues si bien se tiene por finalidad la búsqueda de la verdad de los hechos con fines de lograr una emisión justa, ello no puede realizarse a cualquier precio, sino que el juez deberá llegar a ella con respeto a los derechos fundamentales y a las garantías establecidas constitucionalmente, entre las cuales se encuentra la imparcialidad judicial, la cual se encuentra implícitamente contenida en la garantía del debido proceso.

Cuarta. La imparcialidad judicial implica una situación equidistante que deberá tener el juez en relación a las partes y al objeto del proceso, pero ello no implica pasividad absoluta del juez frente a ellos, pues de hacerlo, incurriríamos en el modelo netamente adversarial, del cual no formamos parte de manera íntegra.

Quinta. Con la práctica de prueba de oficio, el juez no pierde su rol de tercero imparcial en el proceso penal, toda vez que deberá ceñirse a las proposiciones fácticas establecidas en la pretensión objetiva de la acusación, no pudiendo incorporar hechos nuevos o distintos a los señalados por el fiscal.

Sexta. No se vulnera la imparcialidad del juez con la práctica probatoria de oficio porque el juez al momento de disponer su actuación desconoce el resultado de la misma, no pudiendo determinar quién podría resultar favorable con los resultados de la misma; estando que incluso, de haberlo advertido, no infringe dicho principio si se demuestra que lo ha realizado con la sujeción a los límites impuestos legalmente.

Sétima. El rol del juez dentro del proceso debe ser activo y dinámico, siempre dentro del marco que le faculta la ley; en ese sentido, la facultad judicial de actuar prueba de oficio, se convierte en un instrumento procesal que contribuye a lograr la finalidad del proceso: alcanzar la verdad.



Referencias bibliográficas

- Alfaro Valverde, L., (2017). *La Iniciativa Probatoria del Juez – Racionalidad de la Prueba de Oficio*, Lima, Perú: Editorial Grijley.
- ALFARO VALVERDE, Luis (2016). La motivación y la prueba de oficio: racionalidad de la iniciativa probatoria del juez en *Revista de la Maestría de Derecho Procesal* Vol. 06 N° 01 (Perú). Artículo web extraído de <http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>
- Angulo Arana, P., (2008). *Las Pruebas de Oficio en el Nuevo Código Procesal Penal*. Actualidad Jurídica, Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica.
- Arana Morales, W., (2014). *Manual de Derecho Procesal Penal. Para operadores jurídicos del nuevo sistema procesal penal acusatorio garantista*, Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Asencio Mellado, J., (2008). *Sistema Acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal: lineamientos fundamentales de dogmática penal aplicable al Nuevo Proceso Penal*, Lima, Perú: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.
- Baytelman, A. (2005). *Litigación penal, juicio oral y prueba/ Andrés A. Baytelman. Mauricio Duce J.: estudio introductorio sobre el nuevo proceso penal peruano de Pablo Talavera*, Lima, Perú: Instituto de Ciencia Procesal Penal.
- Calderón Sumarriva, A., (2006), *Análisis integral del nuevo código procesal penal*. Lima, Perú.
- Chávez Núñez, F. M. (2012). La Prueba de Oficio y Breve comentario de su regulación en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Perú. *ITA IUS ESTO*. Artículo web extraído de <http://itaiusesto.com>
- Cristóbal, T.C. (2018) Ponderación de la presunción de inocencia e in dubio pro reo frente a la insuficiencia probatoria y el esclarecimiento de la verdad. Análisis y crítica en torno a la prueba de oficio. *Actualidad Penal. Al día con el Derecho*. (N° 48)
- De Paula Ramos, V. (2019), *La Prueba Testifical. Del subjetivismo al objetivismo, del aislamiento científico a dialogo con la psicología y epistemología*. Madrid. Marcial Ponds.
- Díaz Muro, J., ¿Juez Árbitro o Juez Inquisidor? La Prueba de oficio en el Nuevo Código Procesal Penal? *Revista El Foro*, Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque, Perú.
- Espinoza Ramos, B., (2016). *Litigación penal. Manual de aplicación del proceso común*, Lima: ARA.
- Flores Chávez, Rosa Isabel, Imparcialidad como principio que regula a la actuación judicial. A propósito de la Sentencia Plenaria N.º 1-2015/301-A.2-ACPP en *Comentarios de los Acuerdos Plenarios II. Derecho procesal penal. Prologo Pablo Talavera Elguera*. Instituto Pacífico.

- Gaitán Guerrero, L. (2009). La Prueba de Oficio en el proceso. Colombia. Revista de Derecho Privado. Artículo web extraído de <http://academia.edu>
- García León, G.A. (2018). La Prueba de oficio en el proceso penal: mitos y verdades. *Actualidad Penal. Al día con el Derecho*, N° 48, Lima: Instituto Pacífico.
- Gómez Martínez, C. (director) (2009), La imparcialidad judicial. Madrid.
- Girao Isidro, M., (2010). El sistema procesal del Código Procesal Penal de 2004: la diferencia entre el sistema acusatorio moderno y el *adversarial system*”, Caballero Castillo José Francisco (Coordinador) *VII Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología. Ponencias Estudiantiles*, Huacho – Perú.
- Guzmán, N., (2006). *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. Buenos Aires, Argentina.
- Herrera Guerrero, M.,(2011). La Justicia Penal Negociada: un análisis comparativo entre los procesos penales español y peruano. *Gaceta Penal y Procesal Penal*. N° 19, Lima.
- Hurtado Poma, J., ¿Son convenientes las pruebas de oficio en el sistema acusatorio peruano? Instituto de Ciencia Procesal Penal. Artículo web extraído de <http://incipp.org.pe>.
- Hurtado Pozo, J., (2014). *Ministerio Público y proceso penal: Anuario de Derecho Penal 2011-2012*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú: Universidad de Friburgo.
- Infantes Vargas, A., (2006). *El sistema acusatorio y los principios rectores del código procesal penal: Decreto Legislativo N° 957, código procesal penal de 2004*, Lima, Perú: Jurista Editores.
- Jiménez Asensio, R., (2002). *Imparcialidad Judicial y Derecho al Juez Imparcial*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- Jueguen, Francisco (21 Setiembre 2014). La Justicia debate cual debe ser el perfil del juez del siglo XXI. (Argentina) *La Nación*. Artículo web extraído de <http://lanacion.com.ar>
- Lopes Jr. A., (2018). *Fundamentos del Proceso Penal*. Valencia, Tirant La Blanch.
- Martínez Medrano, T., (2010). La imparcialidad del juez respecto de la prueba de oficio. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal Penal - Revistas Pucp*. 4 (1). Artículo web extraído de <http://www.revistas.pucp.edu.pe>
- Medina Otazu, A., (2017), La imparcialidad del juez y sus diferentes grados y matices especialmente en la etapa de ejecución. Perú. *Legis.pe*. Artículo web extraído de <http://legis.pe>
- Milione, C., (2015). *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, España.

- Miranda Estrampes, M., (2012). *La Prueba en el proceso penal Acusatorio: (reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal Peruano de 2004)*, Lima, Jurista Editores.
- Miranda Estrampes, M., (2013). Iniciativa probatoria *ex officio* del juez en los procesos penales acusatorios (Prueba de oficio, imparcialidad judicial y principio acusatorio: ¿una mezcla imposible?). Anuario Alerta Informativa 2013. Perú. Artículo web extraído de <http://congreso.gob.pe>
- Muñoz Conde, F., (2000). *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, Argentina: Ed. Hammurabi.
- Neyra Flores, J.A., (2005), *El Juzgamiento en el nuevo proceso penal*. Lima, Perú: Instituto de Ciencia Procesal Penal.
- Ore Guardia, A., (2015). *Manual de Derecho Procesal Penal. La prueba en el proceso penal*. T. 3, Lima, Perú.
- Ore Guardia, A., (2016). *Derecho procesal penal peruano. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal*. T II, Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Peña Cabrera Freyre, A., (2009). *El Nuevo Proceso Penal Peruano*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Reyna Alfaro, L.M. (2011), *El proceso penal aplicado. Conforme al Código Procesal Penal de 2004*, Lima, Perú: Grijley
- Reyna Alfaro, L.M., (coord.) (2015). *El Proceso Penal Acusatorio. Fundamentos. Funcionamiento. Cuestiones trascendentes. Actualidad Penal*. Lima, Perú: Pacifico Editores.
- Rosales Echegaray, J.A., (2018). *La Prueba de Oficio*. Alerta Informativa Loza Avalos Abogados, Lima.
- San Martin Castro, C., (2015). *Derecho Procesal Penal Lecciones. Conforme el Código Procesal Penal de 2004*. Lima, Perú: IAKOB Comunicadores & Editores.
- Talavera Elguera, P., (2009). *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal. Manual del Derecho Probatorio y de la valoración de las pruebas*, Lima, Perú: Academia de la Magistratura.
- Tambini del Valle, M., (2008), *Fundamentos del Nuevo Proceso Penal Peruano. La Filosofía del Nuevo Código Procesal Penal*. Perú: Grijley.
- Taruffo, M., (2010). *Simplemente la verdad. El Juez y la construcción de los hechos*. Madrid, España: Manual Ponds Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Teodorico Cristóbal, T., (2018), Ponderación de la presunción de inocencia e in dubio pro reo frente a la insuficiencia probatoria y el esclarecimiento de la verdad. Análisis y crítica en torno a la prueba de oficio. *Actualidad Penal. Al día con el Derecho*, N° 48, Lima, Perú: Instituto Pacifico.

Villanueva G., G. (2017), Juez imparcial y pruebas de oficio en Pleno Jurisdiccional Nacional Penal, Lima. Artículo web extraído de www.pj.gob.pe

