Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

Incompatibilidad de la prueba oficio con el principio de imparcialidad judicial en el código procesal penal

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales

AUTOR

Lady Diana CASTILLO AÑAZCO

ASESOR

Mg. Ricardo Alberto BROUSSET SALAS

Lima, Perú

2025

Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Castillo, L. (2025). *Incompatibilidad de la prueba oficio con el principio de imparcialidad judicial en el código procesal penal*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Lady Diana Castillo Añazco
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	41275845
URL de ORCID	
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Ricardo Alberto Brousset Salas
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	07683664
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0002-6262-2759
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	José Félix Palomino Manchego
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	06756703
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	Miguel Ángel Tapia Cabañin
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	25546466
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	Víctor Jimmy Arbulú Martínez
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	06927465
Miembro del jurado 3	
Nombres y apellidos	David Emmanuel Rosales Artica

Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	41198624
Datos de investigación	
Línea de investigación	Derecho Procesal Penal
Grupo de investigación	No aplica
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento
Ubicación geográfica de la investigación	Universidad Nacional Mayor de San Marcos País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito: Jesús María Calle: Av. Gral. Sta. Cruz 711, Jesús María
Año o rango de años en que se realizó la investigación	Marzo 2020 – diciembre 2022
URL de disciplinas OCDE	Derecho Penal https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.06.02

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Unidad de Post Grado

ACTA DE EXAMEN DE GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO

En la ciudad de Lima, a los doce días del mes de abril del año dos mil veinticinco, siendo las once horas de la mañana, bajo la Presidencia del Dr. José Félix Palomino Manchego y con la asistencia de los Profesores Mg. Ricardo Alberto Brousset Salas, Mg. Miguel Ángel Tapia Cabañin, Mg. Víctor Jimmy Arbulú Martínez, Mg. David Emmanuel Rosales Artica y la postulante al Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales, Bachiller doña **Lady Diana CASTILLO AÑAZCO,** procedió a hacer la exposición y defensa pública de su tesis titulada: **"INCOMPATIBILIDAD DE LA PRUEBA OFICIO CON EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD JUDICIAL EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL".**

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

Aprobado con calificación de Muy Bueno con la nota de diecisiete (17)

A continuación, el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales a la Bachiller en Derecho doña Lady Diana CASTILLO AÑAZCO.

Se extiende la presente acta en dos originales y siendo las doce y treinta minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación.

Dr. José Félix PALOMINO MANCHEGO
Presidente
Profesor Principal

Mg. Ricardo Alberto BROUSSET SALAS
Asesor
Profesor Principal

Mg. Miguel Ángel TAPIA CABAÑIN
Jurado Informante
Profesor Asociado

Mg. Víctor Jimmy ARBULÚ MARTÍNEZ
Jurado Informante
Profesor Asociado

Mg. David Emmanuel ROSALES ARTICA
Miembro
Profesor Invitado

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE
SAN MARCOS
Universidad del Perú, Decana de América

CERTIFICADO DE SIMILITUD

Yo Mg. Ricardo Alberto BROUSSET SALAS, en mi condición de asesor acreditado con el Dictamen N° 132-HART-UPG/FD-2017 de la tesis, cuyo título es **"INCOMPATIBILIDAD DE LA PRUEBA OFICIO CON EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD JUDICIAL EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL",** presentado por la graduanda Lady Diana CASTILLO AÑAZCO, para optar el grado académico de Magister en Derecho con mención en Ciencias Penales **CERTIFICO** que se ha cumplido con lo establecido en la Directiva de Originalidad y de Similitud de Trabajos Académicos, de Investigación y Producción Intelectual. Según la revisión, análisis y evaluación mediante la plataforma PIDS, el documento evaluado cuenta con el 18 % de similitud, nivel **PERMITIDO** para continuar con los trámites correspondientes y para su **publicación en el repositorio institucional.**

Se emite el presente certificado en cumplimiento de lo establecido en las normas vigentes, como uno de los requisitos para la obtención del grado/ titulo/ especialidad correspondiente.

Lima, 12 de Agosto de 2024

Firma del Asesor: _____

Nombres y apellidos del asesor: Mg. Ricardo Alberto BROUSSET SALAS

DNI: 07374260

DEDICATORIA

En primer lugar, a Dios, por permitirme culminar este trabajo tan significativo para mí; a mis padres por brindarse ese apoyo constante en cada reto que emprendo en esta carrera; y finalmente a mis hermanos, por estar siempre a mi lado y confiar en mí sin importar las circunstancias. Los amo con mi vida.

RESUMEN

El objeto de la presente investigación es establecer si la actuación de la prueba de oficio resulta incompatible con el principio constitucional de imparcialidad judicial regulada en el Código Procesal Penal.

Se parte de la premisa que la imparcialidad de los jueces es un principio reconocido constitucionalmente dentro de un Estado de derecho, el cual implica dos aspectos. Por un lado, la independencia que debe tener el tribunal con relación a todo tipo de influencia o presión ya sea esta política o social; y, por otro lado, la relación semejante del juzgador para con las partes, lo que significa que no debe estar comprometido con ninguno de los intereses de las partes en conflicto. Sin embargo, cabe señalar que el actual proceso penal regula la denominada "actuación probatoria oficiosa", trayendo como consecuencia el cuestionamiento de muchos juristas quienes consideran si dicha actuación estuviese afectando el principio constitucional de imparcialidad judicial. Al respecto, se parte del hecho de que, en un proceso penal, uno de los fines es acercarse a la verdad de los hechos que son materia de debate y respecto a los cuales el juez va a emitir pronunciamiento. Es así como, la denominada prueba de oficio es una actuación que el juzgador debe de realizar de manera excepcional y cuando sea estrictamente necesaria, solo una vez culminada la recepción y el debate de las pruebas, siempre y cuando dicha actuación probatoria de oficio resultase indispensable o manifiestamente útil para esclarecer la verdad, cuidando de no reemplazar por este medio la actuación de las partes. Es en este último punto referido a "no reemplazar o sustituir a las partes" es donde reside el peligro de dañar la imparcialidad judicial.

El objeto de esta investigación reside en la incompatibilidad de la prueba de oficio con el principio de imparcialidad judicial en el Código Procesal Penal. Se observó el Sistema Anticorrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia de Lima, tomando en consideración las diversas posturas de operadores de este Sistema, como son jueces, fiscales del distrito fiscal de Lima Centro y abogados. Se trabajó mediante una investigación de carácter analítico, que fundamentalmente consiste en establecer la relación entre las variables que son parte de esta tesis.

PALABRAS CLAVES: Imparcialidad judicial, objetividad, prueba de oficio, ponderación y verdad procesal.

ABSTRACT

The object of the present research is to analyze if the performance of the ex officio test breaks the constitutional principle of judicial impartiality provided for in the Criminal Procedure Code.

Everything starts with premise that judges impartiality is a constitutionally recognized principle within the State of Rights which is implies two aspects. On one hand, the independence of the court from all types of political power and/or social pressure, and on the other hand, the judge's equidistant relationship with the parties, which implies that he should not be committed to any of the interests of the parts in conflict. However, it is important to point out that the actual penal process brings the named ex officio action, which implies the questioning if in such an action, the judge´s impartiality can be affected. Regarding this point, starting with the fact that in a penal process, one of the purpose is getting closer to the truth of the facts in based to which the judge will emit his pronouncement. That's how the denominated ex officio test, through which the judge is habilitated to realize probatory activities and that should be realize only as an exceptional way, can be culminated only once the process of proof reception is done, as long as in the course of the debate they result indispensable or manifestly useful to clarify the truth, taking into account to not replace the actions of the parties by this means. It is in this last point, "to not replace or substitute the parties" in which lies the danger of damage the judicial impartiality.

The object of the investigation resides in the controversy between the ex officio test and the protection of judicial impartiality has been observed in the Anti-Corruption System of Officials of the Superior Court of Justice of Lima, taking into consideration the several positions of legal professionals, between judges, prosecutors and lawyers. It was established with an analytical investigation, which basically consists in establishing the relationship between the variables which are part of this study: the ex officio test and the judicial impartiality.

KEY WORDS: Judicial impartiality, objectivity, official evidence, balance and procedural truth.

ÍNDICE

DEDICATORIA ii
RESUMEN iii
ABSTRACT v
ÍNDICE vii
INTRODUCCIÓN 10
CAPITULO I 13
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN 13
1.1. Descripción del problema de investigación 13
1.2. Formulación del problema de investigación 16
1.2.1. Problema Principal 16
1.2.2. Problemas Secundarios 16
1.3. Objetivos 16
1.3.1. Objetivo principal 16
1.3.2. Objetivo secundario 16
1.4. Justificación de la investigación 17
1.4.1. Justificación jurídica 17
1.4.2. Justificación social 18
1.5. Hipótesis 18
1.5.1. Hipótesis principal 18
1.5.2. Hipótesis secundaria 18
1.6. Identificación de variables 19
1.6.1. Variables de la hipótesis principal 19
1.6.2. Variables de las hipótesis secundarias 19
1.7. Metodología 20
1.7.1. Metodología de la investigación 20
1.7.2. Diseño de la investigación 20
1.8. Población y muestra 21

1.8.1 Población 21
1.8.2. Muestra 21
1.8.3. Técnicas de recolección de datos 22
CAPITULO II 23
APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004..... 23
2.1 Antecedentes de la prueba de oficio en el ordenamiento procesal penal 23
2.2 Relación de la prueba de oficio con el modelo acusatorio del Código Procesal Penal 32
2.3 Regulación actual de la prueba de oficio 36
2.3.1 Condiciones formales 37
2.3.2 Condiciones materiales 41
2.4 Aplicación judicial de la prueba de oficio: Carácter excepcional y sustentación de la decisión..... 47
2.4.1 Alcances de lo excepcional..... 47
2.4.2 Parámetros de sustentación 51
2.4.1.1. Parámetros específicos de sustentación...... 54
2.4.3 Experiencia en el derecho comprado 56
2.4.3.1 *El juez penal y la iniciativa probatoria en los ordenamientos jurídicos de los estados latinoamericanos* 56
2.4.3.2 La iniciativa probatoria del juez penal en los ordenamientos jurídicos de los estados europeos..... 62
2.5 Compatibilidad con la garantía de imparcialidad judicial 64
2.5.1 Definición y alcances del principio..... 64
2.5.2 Su vinculación con el principio de independencia judicial..... 70
2.5.3 La imparcialidad judicial y la prueba de oficio..... 72
2.5.4 Diferencia con el deber de objetividad 75
2.5.5 Con la imparcialidad subjetiva 78
CAPITULO III..... 82
INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS CASOS DE EXCEPCIÓN. 82
3.1 Importancia de identificar casos de excepción 82

3.1.1 Previsibilidad judicial 82
3.1.2 Evita excesos que si quebraría manifiestamente la imparcialidad judicial 84
3.2 Razones por las que se debe regular normativamente o no 85
3.3 Tratamiento jurisprudencial de los casos de excepción 88
3.3.1 Por principios o derechos 88
3.3.1.1 Por la presunción de inocencia 88
3.3.1.2 Por el principio de interés superior del niño 94
3.3.1.3 Búsqueda y esclarecimiento de la verdad 98
3.3.1.4 Derecho a la verdad de las víctimas de delitos de lesa humanidad 102
3.3.2 Por los fines a alcanzar 108
3.3.2.1 Por la eficacia del interés punitivo 108
3.3.2.2 Por el interés de evitar impunidad en determinados delitos 111
3.4 Uso del test de proporcionalidad 115
3.4.1 Principio de idoneidad 117
3.4.2 Principio de necesidad 121
3.4.3 Principio de proporcionalidad 123
3.5 Análisis de opinión de operadores de justicia 125
CONCLUSIONES 130
RECOMENDACIONES 132
REFERENCIAS 135

INTRODUCCIÓN

Como parte de la reforma del proceso penal en el Perú, mediante Decreto Legislativo No. 957 del 2004 entró en vigor el llamado nuevo Código Procesal Penal. Huaura fue el primer distrito judicial que aplicó esta norma; posteriormente se fue aplicando de manera progresiva al resto de los distritos judiciales, incluido el distrito judicial de Lima donde el cual concluyó en el año 2021. Dicha norma procesal se aplicó en su totalidad en todo el país.

Este ordenamiento procesal está inspirado en el sistema acusatorio, en donde el juez está impedido de contaminarse con la actividad probatoria, la cual recae exclusivamente en las partes. Prima uno de los principales principios que consagra su título preliminar, el denominado principio constitucional de "imparcialidad judicial", que se mantiene en la medida que tiene por finalidad limitar los poderes del juez. Dicho principio procesal de relevancia constitucional se encuentra reconocido en la Constitución Política del Perú, inciso 3 de su artículo 139[1]. Se trata de una manifestación del derecho fundamental al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, regulado también en los tratados internacionales de los cuales el Perú es parte, como son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sin embargo, este compendio normativo procesal penal que resguarda la imparcialidad judicial también prevé intervenciones oficiosas del juez solo de manera excepcional, actuación que se encuentra regulada en el artículo 385.2 de la norma en mención. Esto significa que luego de culminada la actuación probatoria que fuera ofrecida por las partes surge la necesidad de que el juez penal de manera excepcional decida realizar actuación probatoria oficiosa, lo que podrá realizar siempre y cuando no reemplace a las partes. Dando lugar aquí a la inquietud académica objeto de esta tesis: **¿Si la actuación de dicha prueba oficiosa resulta incompatible con el principio constitucional de imparcialidad judicial que consagra el Código Procesal Penal de 2004?**

---

[11] Constitución Política del Perú (inci.03 del Ar.139).

Bajo ese contexto, se tiene que, el objetivo de la presente investigación es determinar si la actuación de la prueba de oficio en el proceso reformado resulta incompatible con el principio constitucional de imparcialidad judicial, así como explicar si resulta necesario establecer un criterio de identificación razonable para individualizar los casos excepcionales en los que resulte indispensable su aplicación.

El presente trabajo está conformado por tres capítulos. El primero desarrolla el planteamiento del problema y los objetivos que se han formulado, de qué manera estos últimos se justifican tanto en el ámbito jurídico como en el social y el planteamiento de las hipótesis y variables que determinan los objetos concretos de estudio e investigación.

El segundo capítulo desarrolla la aplicación de la prueba de oficio regulada en el actual Código Procesal Penal, y consta de cinco subcapítulos: los antecedentes en el ordenamiento procesal penal peruano; la relación de la prueba de oficio con el nuevo modelo procesal penal; la regulación actual de la actuación de la prueba de oficio; la aplicación judicial excepcional y sustentada de dicha actuación oficiosa, observando en este ítem la experiencia de su desarrollo en el derecho comparado.

Finalmente, el tercer capítulo se desarrolla la individualización de los casos de excepción; las razones por las cuales estas deberían regularse normativamente; el tratamiento jurisprudencial de estos casos de excepción y la manera de evitar el quebrantamiento manifiesto de la imparcialidad judicial; así como el uso del test de proporcionalidad respecto a su aplicación.

A partir de la información obtenida, en la presente investigación se ha logrado demostrar que la actuación de la prueba de oficio regulada en el Código Procesal Penal vigente no resultaría incompatible con el principio de imparcialidad judicial por las siguientes razones: 1) Es una prueba excepcional, más no obligatoria; 2) Su actuación no está referida a una nueva actuación probatoria, solo respecto a la prueba que surja del debate en el juicio, siempre y cuando dicha práctica sea sometida a límites estrictos y rigurosos que no contravengan el citado principio constitucional en la medida en que conforme se establece, legalmente no suplan deficiencias en la actuación que es propia de las partes.

Tras la conclusión ya expuesta, nuestra investigación establece los parámetros que los magistrados deben respetar cuando se encuentren frente al conflicto entre actuar prueba de oficio y respetar otros derechos constitucionales, en dos principios constitucionales como son: la imparcialidad judicial y el principio constitucional de la presunción de inocencia, cuidando de que dicha actuación no sea ilimitada. Para ello, deberán ponderar los derechos constitucionales en conflicto, analizando cada caso en particular, sin perder la finalidad que busca el proceso, que es conocer los hechos o aproximarse a la verdad de estos, que permitirá emitir una sentencia debidamente motivada y acorde a derecho.

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema de investigación

La sociedad actual muestra un permanente recelo hacia la equidad, imparcialidad o rectitud del juicio de las personas que tienen a su cargo administrar justicia. Tal escepticismo es el resultado de un largo y complejo proceso histórico que deviene en un amargo desencanto hacia el sistema de justicia, especialmente en lo penal.

La colectividad local considera que está permanentemente expuesta a soportar situaciones de impunidad en casos notoriamente graves, y de injusticia o excesos en otros casos. Conscientes de este peligro, nuestros legisladores han previsto ciertas herramientas jurídicas destinadas a garantizar el derecho de toda persona a ser juzgada por jueces justos e imparciales. La inhibición[2] y la recusación[3] son, por ejemplo, dos de esas herramientas que contempla el Código Procesal Penal.

Acorde con las nuevas tendencias de un exigente debido proceso, nuestra norma adjetiva penal se inscribe dentro del moderno sistema acusatorio, que tiene la virtud de separar las funciones de persecución y decisión. El aspecto de mayor relevancia se encuentra precisamente en esa distribución de roles que tiene el Ministerio Público, así como el órgano jurisdiccional, con lo que se pretende mutar de un modelo de sistema

---

[2] La inhibición está referida al apartamiento del juez en el proceso penal por considerar que existen dudas respecto a su imparcialidad, o está incurso dentro de las causales de recusación (Exp. Nº 2894-2003-Arequipa, del 07/01/2004).

[3] Mecanismo utilizado por las partes procesales para separar a un juez de un proceso penal por otro magistrado, sustentado en la existencia de circunstancias que afectarían su imparcialidad judicial (Recusación Nº 04-2005-Lima, del 11/11/2005).
La recusación por el contrario está facultado a las partes, quienes solicitan el apartamiento del juez del procesal penal por considerar que esta incurso en las causales enunciadas en el artículo 29 del Código de Procedimientos Penales; o, en su defecto, cuando tengan motivo fundado que les permite dudar de su imparcialidad" como lo establece el numeral treinta y uno del código adjetivo (R. N. AV Nº 13-2001-(03)A-Lima, del 08/07/2003).

inquisitivo a un modelo de sistema acusatorio, otorgándole al fiscal el papel más relevante de su actuación como es, la carga de la prueba. El artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal señala que la justicia penal se imparte con imparcialidad y en un plazo razonable por los órganos jurisdiccionales competentes. El juez es aquí simplemente un tercero neutral cuya única finalidad es solucionar la controversia surgida, encontrándose equidistante de las partes y, por lo mismo, se encuentra impedido de suplirlas, principalmente cuando se refiere a la actividad probatoria.

Nuestra actual Constitución de 1993 no reconoce el derecho a ser juzgado por jueces imparciales, pero el inciso 3 de su artículo 139 reconoce un derecho implícito derivado de un derecho expreso: el debido proceso, al cual Bernales (1999) denomina como "un derecho que garantiza las reglas de organización judicial, su competencia, trámite de juicios y que las decisiones judiciales, respeten las garantías constitucionales y legales vigentes" (p. 642). Es decir, un proceso judicial que respete las garantías del debido proceso de las partes, bajo la dirección de un juez imparcial que tiene como fin, administrar justicia emitiendo una sentencia acorde a derecho.

Respecto a este derecho implícito comprendido en el debido proceso, en la Sentencia No. 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC el Tribunal Constitucional (2006) peruano ha expresado lo siguiente:

> (…) El juez imparcial es parte del debido proceso y este derecho se deriva de lo establecido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que exige que toda disposición constitucional que reconoce derechos fundamentales se deberá de interpretar y aplicar de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como los tratados y acuerdos internacionales que regulan la materia y que hayan sido ratificadas por el Perú (Fundamento 49).

Uno de los tratados internacionales ratificados por el Estado peruano es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). La cual en su numeral 1 del artículo 8, expresa: "*(…) que toda persona tiene el derecho*

a que se le escuche con las garantías que la ley establece, dentro de un plazo razonable, por un juez competente, independiente e imparcial y que haya sido establecido con anterioridad por la ley." (*cursiva* nuestra)

Se concibe que dentro de las garantías señaladas en nuestra Constitución y en las normas supranacionales de las que el Perú forma parte, el aludido artículo 139 recoge una diversidad de compendios constitucionales que permiten el acceso a la justicia (gratuidad, juicio previo, oralidad, igualdad, etc.), entre los cuales se encuentra precisamente el principio de imparcialidad, que supone resolver la causa mediante el conocimiento, la especialización, y el respeto a las garantías constitucionales que la ley desarrolla.

La característica principal de todo sistema acusatorio moderno se encuentra en la distribución de roles que ejercen sus participantes dentro del proceso penal: así tenemos al fiscal -parte acusadora, encargado de la persecución del delito; por otro lado, tenemos al imputado, quien se opone a la imputación que efectúa el Ministerio Público en su contra, haciendo uso de su derecho a la defensa; finalmente, tenemos al órgano dirimente que es el juez. Esto significa que las funciones procesales en este nuevo modelo están a cargo de diferentes órganos que actúan de manera independiente y conforme a sus funciones y/o atribuciones otorgadas por ley.

Sin embargo, pese a todas estas ventajas que detenta el modelo acusatorio del actual Código Procesal Penal, llama la atención lo señalado en su artículo 385.2 de esta norma, mediante la cual dispone que el juez penal de oficio, de manera excepcional y una vez finalizada la recepción probatoria pueda actuar nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad, actuación que realizará cuidando de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes. Considerando que la carga de la prueba corresponde al Ministerio Público, quien se avoca a reunir los medios probatorios que acrediten su teoría de caso y la responsabilidad del imputado; surge entonces la pregunta, ¿la prueba de oficio a la cual hace

referencia el nuevo código contamina la imparcialidad judicial de la cual se encuentra investido el juez?

1.2. Formulación del problema de investigación

1.2.1. Problema Principal

Si culminada la actuación de pruebas, el juez penal dispone la actuación de prueba de oficio excepcional, actuando nuevos medios probatorios que resulten indispensables o útiles para esclarecer la verdad de un hecho puesto a su conocimiento: **¿De qué manera la actuación de la prueba de oficio no afectaría el principio constitucional de imparcialidad judicial consagrado en el Código Procesal Penal de 2004?**

1.2.2. Problemas Secundarios

¿Qué medida se debe adoptar para evitar que exista un uso indiscriminado de la actuación de la prueba de oficio en el Código Procesal Penal de 2004?

¿Cuáles serían los casos excepcionales para disponer judicialmente la actuación de la prueba de oficio en el Código Procesal Penal de 2004?

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo principal

Analizar de qué manera la actuación de la prueba de oficio no afectaría el principio constitucional de imparcialidad judicial consagrado en el Código Procesal Penal de 2004.

1.3.2. Objetivo secundario

Proponer la medida que se debe adoptar para evitar que exista una actuación indiscriminada de la prueba de oficio regulada en el Código Procesal Penal de 2004.

Identificar los casos excepcionales para disponer judicialmente la actuación de la prueba de oficio en el Código Procesal Penal de 2004.

1.4. Justificación de la investigación

1.4.1. Justificación jurídica

Hablar de imparcialidad judicial, está referido al principio constitucional que atribuye a los jueces esta característica esencial de no contaminación con la actividad probatoria, así como su no vinculación con las partes que pueda menoscabar su neutralidad, al comprometerlo con alguno de los intereses en conflicto. En un plano distinto esta la independencia judicial que está referida a la no intromisión de los poderes del estado en la administración de justicia, es decir, el no sometimiento a cualquier poder o presión sea esta política o social. Sin embargo, pese al avance y evolución que ha tenido nuestro sistema de justicia, a la fecha no ha sido posible garantizar la independencia judicial y, tampoco, la imparcialidad judicial. Pese al avance legislativo, seguimos, como ayer, en un sistema judicial que vive dependiente de otros sistemas y/o actores con intereses particulares que frustran la correcta administración de justicia.

En un Estado de derecho los jueces tienen un rol importante, hacer que el mandato de la Constitución y la ley sea una práctica que se desarrolle diariamente y no un discurso repetitivo sin contenido. Entendiéndose entonces, que los jueces con la finalidad de garantizar la seguridad de un Estado de derecho tienen por finalidad hacer cumplir los mandatos constitucionales y legales a las personas que son parte del proceso, así como a las autoridades que intervienen en él. De allí su responsabilidad con la vigencia del Estado de derecho y la inclaudicable búsqueda por parte de la sociedad de “buena” función judicial comprometida con este objetivo, sin olvidar que no puede existir una

buena función judicial sin buenos jueces, esto es, jueces que apliquen la Constitución y las leyes con honestidad, independencia, imparcialidad y capacidad.

1.4.2. Justificación social

En un Estado democrático de derecho, todo individuo sujeto a un proceso judicial ya sea como acusado o víctima, tienen derecho a un juez imparcial, a un juicio justo, en donde se defiendan sus intereses de manera objetiva, esto es, neutrales en su cargo y sin ningún tipo de prejuicio o interés que pueda generar duda en las partes. Por lo que, la imparcialidad judicial es considerada una garantía fundamental, la cual no solo debe ser, sino también parecer, excluyendo toda duda que pueda surgir al respecto.

La razón radica en que la sociedad necesita tener confianza en sus tribunales, y los tribunales necesitan actuar con independencia de cualquier tipo de injerencia, ya sea este social o política, actuar sólo acorde a Derecho, si esto no es así, dicho magistrado debe ser reemplazado del juicio inmediatamente porque la ley así lo establece. Al respecto, existen muchos pronunciamientos de tribunales nacionales como extranjeros, que señalan que, si se ha producido una ruptura de la apariencia de la imparcialidad, así como de la imparcialidad misma, en consecuencia, existirá desconfianza en el proceso.

1.5. Hipótesis

1.5.1. Hipótesis principal

La actuación excepcional y sustentada de la prueba de oficio no afectaría el principio constitucional de imparcialidad judicial consagrado en el Código Procesal Penal de 2004.

1.5.2. Hipótesis secundaria

La medida para evitar la actuación indiscriminada de la prueba de oficio en el Código Procesal Penal está dada por realizar la identificación de los casos excepcionales de actuación probatoria oficiosa.

Los casos excepcionales de actuación de la prueba de oficio en el Código Procesal Penal son los que se sustentarían en principios de mayor peso que la imparcialidad judicial.

1.6. Identificación de variables

1.6.1. Variables de la hipótesis principal

VD: Actuación de la prueba de oficio	Excepcional
	Sustentada
Imparcialidad judicial	Subjetiva
	Objetiva

1.6.2. Variables de las hipótesis secundarias

Como medida para evitar la actuación indiscriminada de la prueba de oficio en el Código Procesal Penal de 2004, es necesario establecer la identificación de los casos excepcionales.	VD: Actuación de la prueba de oficio	Indiscriminada
		Limitada
	VI: Casos de excepción	Normativamente
		Jurisprudencialmente

Los casos excepcionales de actuación de la prueba de oficio en el Código Procesal Penal de 2004 son los que se sustentarían en principios de mayor peso que la imparcialidad judicial.	VD: Casos excepcionales de actuación de prueba de oficio	Como regla general
		Caso por caso
	VI: Principios de mayor peso que la imparcialidad judicial	Principio de interés superior del niño
		Derecho a la verdad
		Presunción de inocencia

1.7. Metodología

1.7.1. Metodología de la investigación

Nuestro método de investigación será de carácter analítico, que fundamentalmente consiste en establecer la comparación de variables entre grupos de estudio y de control. Además, se refiere a la proposición de hipótesis, las cuales se tratarán de probar o negar.

1.7.2. Diseño de la investigación

Sobre la base del método expuesto, los procesos que utilizaremos para el siguiente trabajo serán los de observación, la deducción, análisis y síntesis.

La observación puede ser considerada como el proceso mediante el cual se perciben ciertos rasgos que existen en la realidad, los cuales serán

consignados por escrito, a partir de la experiencia de la investigadora en procesos penales debido a que se desempeña como fiscal.

En ese sentido, pasaremos a utilizar la deducción a partir de considerar ciertas reglas generales y principios para el análisis de la realidad concreta en el sistema anticorrupción durante el período 2018-2019, tomando en consideración las opiniones de los operadores (jueces, fiscales y abogados) entrevistados.

Asimismo, utilizaremos los procedimientos de análisis y síntesis (ambos se complementan en uno). El primero está referido a la identificación de las instituciones implicadas (Ejemplo: el titular de la acción penal), con la finalidad de poder formar posteriormente relaciones o elementos que componen el sentido de la investigación. El segundo está referido al procedimiento referido a la interrelación que nos permite la identifican del objetivo de la investigación.

1.8. Población y muestra

1.8.1 Población

Teniendo en cuenta el ámbito de la presente investigación, esta está referida a la población sistema anticorrupción de funcionarios en el periodo 2018- 2019, que está constituida por un total de seis (6) magistrados -jueces unipersonales y colegiados-, treinta (30) fiscales y un total de treinta (30) abogados que litigan en el sistema.

1.8.2. Muestra

Del total de operadores entre jueces, fiscales y abogados que se desempeñan en el sistema anticorrupción en el distrito judicial de Lima entre los años 2018-2019, tomamos una muestra no probabilística al azar de sesenta y seis (66) operadores, distribuidos en la siguiente manera:

- 6 jueces unipersonales del sistema anticorrupción.
- 30 fiscales del sistema anticorrupción.
- 30 abogados.

1.8.3. Técnicas de recolección de datos

Para el presente trabajo emplearemos las siguientes técnicas de recolección de datos:

a) El análisis de textos: Normas, libros, artículos, jurisprudencia, páginas web, blogs, entre otros documentos.

b) La entrevista: Técnica mediante la cual sometimos a la muestra a un cuestionario que se anexa en formato, que contiene preguntas abiertas.

CAPITULO II

APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004

2.1 Antecedentes de la prueba de oficio en el ordenamiento procesal penal

Es difícil precisar en qué momento surge la prueba judicial en el mundo. Lo que sí está claro es que su evolución histórica ha ido de la mano con el desarrollo de la sociedad humana, quienes siempre han visto la necesidad de tener que demostrar lo que consideraban correcto cuando su verdad se ha visto afectada. Refiere Ortiz (2013) que: "el ser humano debió siempre haberse visto en la necesidad de tener que demostrar algo, ya sea su posesión sobre un bien, sobre su morada, sobre un territorio, respecto a la responsabilidad de un crimen, etc." (párr. 1). Siendo esta necesidad de querer demostrar lo que para nosotros es verdad, lo que ha hecho que la prueba tenga que haber atravesado por diversas etapas.

En primer término, se tiene la fase étnica o también denominada primitiva, donde los mismos sujetos solucionaban sus controversias a través de la fuerza, tal y conforme lo manifiesta Velloso (2004) cuando señala que: "todo conflicto intersubjetivo terminaba por la fuerza que un coasociado ejercía respecto al otro más débil" (pp. 20-21). La fuerza era el medio que se utilizaba a efectos de resolver sus controversias con la finalidad de hacer justicia. No se evidenciaba en esta etapa ninguna otra regla o parámetros de control a los cuales los sujetos eran sometidos.

Parafraseando a Echandía (2012) afirma que el nacimiento del derecho procesal aparece en circunstancias especiales:

> Cuando se determina que es ilícito que las partes hagan justicia de propia mano, por lo que, surge la necesidad de que sometan su conflicto al denominado jefe del grupo. Comenzando así a aceptar que un tercero que ejerce autoridad administre justicia y resuelva el conflicto, debiendo previamente someterse a las normas (p. 49).

La fuerza es dejada de lado como mecanismo de solución de controversias y se empieza a utilizar otros canales de solución, como es, el designar a un tercero que actuaba como mediador. Velloso (2004) llama a este nuevo mecanismo "el método triangular" (p. 23), que consiste en el enfrentamiento de las partes en situaciones de igualdad de circunstancias y a quienes se adjudicaba la actividad probatoria, frente a un tercero llamado juez, quien según Rodríguez (2013), "se convertía en un espectador que tenía que conservar la imparcialidad al momento de resolver" (pp. 2-3). Las partes buscaban solucionar sus controversias frente a un tercero que no se contaminara con la actividad probatoria. Empezando a evidenciarse una clara división de roles de los sujetos procesales, característica propia del sistema acusatorio.

Posteriormente, las cosas empiezan a cambiar inexplicablemente. Se empieza a hablar de normas, aparece el primer ordenamiento jurídico de la historia que codificó las leyes de su tiempo: el Código de Hammurabi. Sampedro y Barbón (2009) sostienen que este código, "constituye la primera gran recopilación de leyes escritas de la historia de la humanidad, fue esculpido en una serie de estelas que se repartieron por diferentes ciudades del reino" (p. 221). Este ordenamiento jurídico reguló diversas conductas, ya sean estas delitos o faltas que servían como reglas para sus habitantes y eran aplicadas a quienes las infringían, imponiéndoles la sanción correspondiente. Franco (1962) resalta que las sanciones estaban "inspiradas en la ley del talión; pero que en este cuerpo legal se reconoce el principio de que únicamente el Estado es el titular de la justicia" (p. 332). Es decir, las conductas que eran reprochables por su carácter ilícito ya sean estas de carácter doloso o culposo, era el Estado el único que tenía el poderío absoluto para administrar justicia, convirtiéndose así, el Código de

Hammurabi en el primer ordenamiento jurídico de la historia capaz de imponer penas muy fuertes como las denominadas ("ojo por ojo y diente por diente"), así como también aplicar penas leves, como las prestaciones pecuniarias. Independientemente de las sanciones penales que se establecieron, lo cierto es que dicho ordenamiento jurídico fue creado con la finalidad de organizar y controlar a la sociedad.

Si bien se evidenció en el código de Hammurabi un sistema draconiano, también trajo consigo otro aporte muy importante, el respeto a los derechos del acusado, quien no podía ser objeto de acusaciones si es que no contaba con el acervo probatorio que así lo acreditara, ya que, de lo contrario, implicaba que sus delatores también fueran acusados con penas severas por llevar a los tribunales a una persona cuya responsabilidad no tenían como acreditar. Según lo referido por Nieva (2016) esto estaba regulado en "La Ley I del Código de Hammurabi: los acusadores de asesinato habrían de ser condenados a muerte si no consiguen probar la acusación" (p.4). O como también sostiene Pérez (1997), "en mérito al principio del Talión, dicho acusador debía sufrir la misma pena que solicitaba para el acusado" (p.16). Pena que en este caso podía ser hasta la pena de muerte. Evidenciándose de esta manera que, la carga de la prueba recaía únicamente en el sujeto que formulaba la acusación, quien debía acreditar su imputación y no ser esta una mera imputación antojadiza y maliciosa.

El Código de Hammurabi se convirtió en una gran influencia para los sistemas que fueron surgiendo posteriormente, como es el sistema imperativo que tiene como origen a la antigua Grecia y Roma. Parafrasean a Gaitán (2010) dice que en este sistema eran las partes "las que tenían el derecho de disponer y discutir libremente, (…) [las] que promovían el proceso, establecían el conflicto y contribuían con las pruebas que tienen por finalidad confirmar o refutar argumentos (…) [frente a un] juez [que] carece de actuación alguna" (p. 5). Era un sistema que tenía un juez inerte que se limitaba a resolver en mérito a lo que las partes le aportaban, en especial de la parte acusadora (particular), quien tenía la obligación de

acusar. La prueba no recaía en ningún órgano de gobierno denominado *consiliun,* el cual estaba conformado por jueces completamente imparciales y pasivos que no tenían actuación alguna con la prueba. Es más: hasta se les prohibía tener contacto entre sí.

Mientras que, la parte acusada tenía la facultad de defenderse ampliamente respecto de cada una de las imputaciones realizadas en su contra. Velloso (2004) sostiene que con ello se atisba "la primera concepción del juicio penal que exigía que fuera iniciado por un acusador (ya que prevalecía el interés particular del ofendido y sus parientes)" (p. 80). Era el acusador quien tenía que sustentar y probar su acusación convenciendo a ese tercero imparcial de que el acusado es el responsable del hecho que se imputa. El impulso solo se daba a través de las partes, nunca por el juez a quien se le prohibía todo tipo de actuación probatoria, existía la igualdad de armas y si el acusado era declarado responsable, la ejecución de la pena estaba a cargo del juez.

En la Edad Medida empieza a decaer el sistema romano. Roma sufre diversos cambios en su organización política y, por ende, también en su sociedad, debido a los conflictos entre los señores feudales y los monarcas. Esta situación también trajo consigo el decaimiento del sistema instaurado, dando origen a la jurisdicción del sistema inquisitivo, sin embargo, dicho sistema solo tenía como finalidad resolver conflictos religiosos, como bien refiere Canelo (2017), "acabar con las herejías y las doctrinas que iban en contra de los dogmas de la iglesia, así como las practicas judaizantes o luteranas, blasfemias, brujerías, bigamias, y faltas contra la fe católica" (p. 96). Con este sistema desapareció la denuncia ciudadana y da lugar a la denuncia instaurada por los delatores. Las principales características que regulaba este sistema eran: el secreto, la escritura y las funciones de rol y poder centradas en una sola persona. El juez era quien estaba a cargo de la investigación, la prueba estaba relacionada a la confesión del acusado y su finalidad era encontrar la verdad, lo cual no significaba necesariamente la verdad material de los hechos, sino la verdad que le interesaba conocer a la Iglesia Católica o al monarca.

Respecto al sistema inquisitivo, parafraseando a Rodríguez (2103) señala:

> En la Edad Media, en la etapa de la Inquisición, cometer un delito era una ofensa a Dios, por lo que la acusación se efectuaba de manera pública, (…) esta etapa estaba a cargo de las autoridades quienes dirigían la investigación y no permitían que se haga uso del derecho a la contradicción, concibiéndose como un interrogatorio que les permitiera conocer las circunstancias que los había llevado a pecar en contra del señor, lo cual fue determinado por Inocencio III, el mismo que permitió las torturas para los que estaban vinculados con la herejía, la blasfemia o el adulterio, o se sospechaba de ello. Todo esto dio lugar a injusticia respecto a personas contra quienes se consideraba realizaban acciones consideradas reprochables por la Iglesia católica. (p. 5)

Por su parte Neyra (2010) señala que: "la inquisición española utilizó el sistema inquisitivo durante toda la etapa de su existencia, desde el inicio hasta su culminación, y se consideró como una base para nuestra inquisición" (p. 81). Este tipo de proceso cumplió un rol muy importante en la historia, especialmente por el hecho de que la Santa Inquisición surgió del aspecto religioso con la finalidad de garantizar la fe y en donde el inquisidor, aparte de ser juez, era el que se encargaba de investigar a la persona inculpada. Las facultades de investigar y sentenciar se concentraban en una sola persona. Dicha etapa de la historia fue considerada como una de las que más vulneró los derechos humanos de las personas que eran objeto de una acusación, con el pretexto de que se estaba administrando justicia, se sometía a los acusados a graves torturas e incluso hasta la muerte, con la finalidad de que estos "confesaran" y de esa manera encontrar la verdad que tanto buscaban.

Velloso (2004) afirma que es justamente en esta etapa, en los procesos llevados a cabo por la Santa Inquisición, en donde aparece la prueba oficiosa:

> La prueba oficiosa aparece nítidamente en su artículo 65ª en la Instrucción del Márquez de Gerona de fecha mayo de 1854, con la finalidad de subsanar los procedimientos de los asuntos civiles y que fueran legislados. Posteriormente aparece la *ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855 – cumpliendo un rol muy importante en nuestro país y de todo el continente, estableciendo los lineamientos y procedimientos que sirvieron de guía para la ley ideal, ampliándose hasta límites insospechados, detallando en su artículo 48ª la actividad que se le otorgaba al Juez a título de una *facultad más no de deber*. (p.34)

Se evidencia así el rol importante que tuvo el juez en la evolución del derecho positivo, especialmente respecto a sus funciones al momento de resolver la controversia. El artículo 65ª de la Instrucción del Márquez de Gerona estableció textualmente la actuación oficiosa del juez dentro del proceso penal y las facultades que este tercero tenía en la instrucción al momento de resolver el conflicto.

Más tarde, con motivo de la Revolución francesa, que dio lugar a la crítica del sistema inquisitivo, se abrió paso al modelo procesal anglosajón. Respecto de este último, Nieva (2012) dice que "era el modelo vigente en la Inglaterra del siglo XVIII, época en la que el Derecho Ingles influye en los juristas franceses, y de ahí se expande al resto de Europa con las invasiones napoleónicas" (p.10). El sistema anglosajón terminaría convirtiéndose en el modelo más importante e influyente en casi todo el sistema europeo. Tuvo como principal característica que todas las actuaciones procesales eran realizadas por el juez, quien por sí mismo se encargaba "ya sea oficiosamente o a través de denuncia, iniciar el proceso, estar a cargo del proceso de investigación de la prueba, para finalmente, juzgar y dictar sentencia" (Gaitán, 2010, p.5).

Si bien es cierto, que en el sistema anglosajón la actividad probatoria recaía exclusivamente en la parte que acusaba, también nos trae otra novedad. Se advierte el papel importante que cumplen los juristas profesionales, quienes hacen que el silencio del acusado adquiera un valor significativo en el proceso. Ante esta situación, el juzgador es quien debe demostrar la culpabilidad del acusado. Desaparecía la confesión a través de la tortura, el acusado no debía confesar su responsabilidad, por el contrario, se le permitía a través de su defensa defenderse de la acusación realizada por la parte acusadora. En el aludido sistema anglosajón estaba prohibida la autoincriminación del acusado, así como la protección de los testigos de cargos, prevalece el derecho al debido proceso, a la legalidad, así como el derecho a un juicio justo, factor central del proceso que permitía aproximarse a la verdad material de lo ocurrido.

En el sistema anglosajón, adoptado en Latinoamérica, se buscaba encontrar la verdad material de lo que ocurrió a través de un juez activo, un juez que esté convencido de lo que habría ocurrido y que su fallo no esté basado en incertidumbres. Sin embargo, como bien sostiene Gaitán (2010) la actividad de este juez no tiene por finalidad "llenar, cubrir los vacíos o las deficiencias probatorias, que correspondía resolver a las partes o a sus representantes" (p.15). La actividad del juez está dirigida a desvirtuar sus incertidumbres con relación al debate probatorio realizado. El juez no sustituye a las partes, su actuación oficiosa esta direccionada únicamente a complementar las actuaciones probatorias que han sido ofrecidas por las partes y debatidas en el juicio oral, por lo que su oportunidad de actuación será únicamente una vez finalizada el debate. Entendiéndose entonces que, dicha actuación oficiosa no resulta contrario al principio de no contaminación del juez o también denominado principio de "imparcialidad judicial".

En nuestro país, la prueba penal también ha sido objeto de constantes cambios, como primer antecedente normativo se tiene al Código de Enjuiciamiento Penal de 1863. Según San Martín (2004), este código tuvo como base "el Código de José II y el Reglamento de España de 1835; es

decir, con fuentes añejas (…), siendo desarrollado bajo una estructura del sistema inquisitivo, dado por la escritura y de prueba tasada" (p. 28). En donde el juez tenía el control de la actuación probatoria desde la etapa de la investigación. Este código es considerado uno de los primeros antecedentes que trae la denominada prueba de oficio en nuestro país, centra las etapas de instrucción y de enjuiciamiento en una sola persona, llamada juez, quien decidía qué prueba debía actuarse e incorporarse al proceso penal para así poder emitir la sentencia.

El mismo San Martín (2004) nos señala algunas características que trajo consigo este ordenamiento jurídico:

> "Los semblantes característicos que resaltan en el citado Código tendríamos: (1) la accesoriedad del Ministerio Público, (…) considerado solo como *colaborador* en la etapa de la investigación judicial y era parte acusadora en lo que se refiere a delitos públicos; (2) predominaba el juez a quien se le denominaba *Juez del Crimen*—; (3) en la mayoría de casos se aplicaba la prisión preventiva, por lo que se podría decir que era casi obligatoria; (4) los imputados carecían de derechos; (5) existía la prueba tasada la cual se daba efectuando una valoración; y, (6) predominaba la escritura y, el sistema era esencialmente burocrático". (p. 28)

El rol que desempeñaba el juez en ese ordenamiento jurídico era la de un tercero que tenía una actuación activa, ejercía de manera ilimitada la actuación probatoria y los imputados carecían de derechos fundamentales. Su única finalidad era obtener la prueba sin importar las circunstancias de cómo se obtuvo.

Más tarde aparece el Código de Enjuiciamiento Criminal de 1920, que en gran parte mantuvo las mismas características del código antecesor. Este nuevo código, que tenía fuerte influencia francesa, dividió el proceso en dos etapas; la etapa de instrucción y la etapa de juzgamiento, y tuvo como principales características las siguientes: 1) La acción penal recayó

exclusivamente en el Ministerio Público, con excepción de los delitos de carácter privado o de acción popular; 2) Ambas etapas (instrucción y juzgamiento), estaban bajo la dirección del juez, quien tenía una actuación activa en la obtención de la prueba; 3) Siendo el proceso penal reservado y escrito porque el principio de imparcialidad judicial era inexistente al estar el juez involucrado en la búsqueda de la prueba. La primera etapa, la de instrucción, estaba destinada a recolectar los medios de prueba bajo la dirección del juez instructor, quien tenía la facultad de actuar prueba de oficio ilimitada con la finalidad de acreditar la imputación y llegar a la veracidad de los hechos. Luego se pasaba a la segunda etapa, la de juzgamiento, en donde el tribunal resolvía sobre la base del principio de conciencia, fundamentando en el fallo su decisión.

Años después de su vigencia, el Código de Enjuiciamiento Criminal dio paso al Código denominado "Procedimientos Penales de 1940", siendo su fuente principal la normativa procesal española. Este código adoptó un sistema mixto porque optó por reunir tanto al sistema inquisitivo como al acusatorio. Sobre esta fusión, Neyra (2015) dice que el nuevo ordenamiento jurídico que consagró este código tenía tres ejes fundamentales: "1) Los fines que se buscan con la instrucción; 2) La sentencia que ponía fin al proceso debía tener la confesión que realizaba el acusado y las pruebas debatidas en audiencia y, 3) respecto a las actas sumariales, prescindir del sistema de lectura" (p. 93). Con dichas actuaciones se puso en evidencia la falta de garantías del procesado, pues las funciones del juez –investigar y juzgar– se centraban solo en él al no existir la contradicción de la prueba por parte del acusado y esto daba lugar a sentencias arbitrarias con grave afectación a los derechos fundamentales de los acusados, ocasionando graves problemas al debido proceso.

La prueba de oficio en nuestro País ha cumplido un rol muy importante en los códigos de enjuiciamiento de 1863 y 1920, ambos regulados mediante el sistema inquisitivo, donde el juez desempeñaba un rol muy dinámico en el proceso, pues era a la vez juez y parte. Mientras que, el Código de Procedimientos Penales de 1940, si bien era regulado bajo un

sistema mixto donde la prueba recaía en el Ministerio Público, la actuación probatoria se efectuaba bajo la dirección del juez instructor. De aquí que muchos juristas nacionales sostienen que nos encontrábamos ante un sistema inquisitivo disfrazado.

2.2 Relación de la prueba de oficio con el modelo acusatorio del Código Procesal Penal

Con la promulgación del Código Procesal Penal de 2004, el Perú ha sido uno de los últimos países que se ha sumado a la llamada reforma de la justicia criminal en Latinoamérica. Dicha reforma se ha estado implementando de manera progresiva en el país, abandonando así el sistema procesal obsoleto, caduco e ineficaz que lo regulaba.

Nuestro actual código procesal penal es de carácter acusatorio. Neyra (2015) resalta que esta norma contiene: "la estricta separación de funciones, parte acusadora y decisoria, atribuida a diferentes funcionarios. Si el tribunal que decide interviene en la acusación se afecta el denominado principio constitucional de imparcialidad judicial" (p. 234). Se observa una estricta división de roles y funciones, en donde la carga de la prueba recae exclusivamente en el Ministerio Público mientras que el juez asume el control de legalidad y el debido proceso, encontrándose a cargo de la función decisoria, respetando el principio de imparcialidad del juez. Binder (1999) sostiene que el juez "realiza la subsunción de los hechos al derecho" (p.115). Realizar el examen jurídico del hecho respecto del cual va a resolver.

Si bien en este nuevo sistema acusatorio se evidencia la clara distribución de roles de las partes, también trae consigo la denominada "prueba oficiosa" que permite al juez excepcionalmente actuar prueba dentro del proceso, lo cual realizará solo en el modo y forma establecido en el ordenamiento jurídico. Surgen entonces dudas respecto al sistema

procesal penal acusatorio adoptado por el Perú, esto es, estamos frente a un "sistema acusatorio puro" o a un "sistema acusatorio atenuado".

Hablar del sistema acusatorio puro es hablar del enfrentamiento de dos personas antagónicas de igual a igual, que pretenden lograr el convencimiento de un tercero imparcial denominado juez; toda vez que, como bien señala Montero Aroca (Principios del proceso penal, Valencia 1997, ps.86-87) citado por Rosas J (2007): "el juez no puede ser parte del conflicto respecto a la decisión que se somete a su conocimiento y eso es lo esencial de la potestad jurisdiccional" (p.3). De modo que la actuación probatoria recae exclusivamente en el fiscal, como persecutor del delito o, conforme lo manifiesta Calderón (s.f.), "quien ejerce las políticas públicas de persecución penal" (p.116). En el sistema indicado, el juez no puede realizar actuación oficiosa, su actuación es limitada. Surge así la noción de "sujetos procesales", que en la concepción de Velloso (2004) son dos sujetos "naturalmente desiguales que discuten aportando el material que confirma sus pretensiones, frente a un tercero imparcial que no puede efectuar acción de impulso, actúa con autoridad, dirige y regula el debate, y finalmente emite la sentencia" (p. 79). Un tercero pasivo que controlará las actuaciones efectuadas por las partes para posteriormente, en mérito a ellas, resolver la controversia.

Lo anteriormente expuesto pone en evidencia que existe un sistema con fuentes anglosajonas, donde existe dualidad de partes enfrentadas, así como igualdad de armas, frente a un tercero imparcial, independiente y con actuación pasiva, denominada juez. Este juez, según Velloso (2004), no está interesado en "la búsqueda denominada *verdad real,* sino que, mucho más modesta, pero realistamente procura lograr el mantenimiento de la paz social, fijando hechos litigiosos para adecuar a ellos una norma jurídica, tutelando así el cumplimiento del mandato de la ley" (p. 81). Esto significa que el juez debe mantener una actuación imparcial, sin contaminar la prueba, por lo que, debido a dicha pureza, este autor considera que se debe de excluir la prueba de oficio, ya que como bien se ha definido, la prueba es de competencia única y exclusivamente de las partes.

Entre los juristas extranjeros que defienden el sistema acusatorio puro tenemos a Velloso, Superti y Pérez, mientras que el plano local tenemos a Neyra Flores. Todos ellos consideran que, en aras de una igualdad de armas dentro de un proceso penal, la actuación del juez debe ser únicamente la de un tercero imparcial que resolverá con base en las pruebas aportadas por los sujetos procesales.

En relación con el sistema acusatorio atenuado, es importante advertir que, si bien existe una igualdad de armas entre las partes, a los que Calderón (s.f.) denomina "partes adversarias enfrentadas y que cuentan con las mismas posibilidades de intervención" (p.115). La norma procesal penal consagra al mismo tiempo el denominado título de "medidas adoptadas para un mejor resolver", facultades excepcionales para el juzgador, quien en el juicio oral y después de haberse efectuado el debate probatorio puede excepcionalmente actuar prueba de oficio, ordenar determinadas diligencias complementarias, conducentes y necesarias para aclarar ciertas incertidumbres que el debate probatorio haya dejado en él respecto a la verdad de los hechos, actuación que realizará con prudencia, motivación y sujeta a contradictorio, cuidando de no reemplazar a las partes.

Respecto a la actuación oficiosa de material probatorio, Calderón (s.f.), parafraseando a Superti, resalta:

> "Cuando nos referimos a un mejor resolver se está evidenciando las dudas que existen en el juez, entonces si ello es así, ¿para qué se necesita más pruebas? Ante la existencia de dudas y el juez decide actuar prueba de oficio y estas no absuelven al acusado, nada ha podido haber significado para este, igual da una absolución por duda razonable o por certeza negativa; sin embargo, si dichas pruebas actuadas de manera oficiosa logra desvanecer la duda del magistrado, creando así la denominada certeza positiva y finalmente la condena, se debe tener presente que dicha condena se debió a la actuación oficiosa

> que realizó el juez, lo cual debió corresponder incorporar solo al titular de la acción penal". (p.117)

Es necesario precisar que, si bien la carga de la prueba recae exclusivamente en las partes, también es que, el juez tiene como función administrar justicia, es decir, cumplir con la función para la cual ha sido nombrado, pudiendo de esta manera emitir una sentencia justa sobre hechos cuyo debate probatorio le ha creado convicción. En mérito a dicha atribución es que la ley lo faculta actuar prueba de oficio, una actuación excepcional con la finalidad de desvirtuar ciertas incertidumbres y se realizará solo después de concluido el debate probatorio. Sin embargo, esta no es una actuación ilimitada, ya que ello es propio del sistema inquisitivo, sino que, por el contrario, su decisión deberá estar debidamente motivada al tener que justificar su pertinencia, conducencia y utilidad. La prueba oficiosa deberá posteriormente ser sometida a contradictorio por las partes, quienes "pueden cuestionar [la] y alegar, si fuere el caso, su escasa utilidad en cada caso en concreto" (Ore, 2016, p. 470). Esto justifica las razones por las cuales se puede actuar prueba de oficio, su pertinencia para el caso en concreto no está sujeta a arbitrariedades por parte del juzgador y tampoco se pretende subsanar deficiencias de las partes procesales, así como vulnerar el principio constitucional de imparcialidad judicial, por el contrario, su actuación es limitada y excepcional y debidamente motivada, solo cuando tenga por finalidad aclarar incertidumbres que el debate probatorio ha dejado en él, de ahí la diferencia entre juez activo inquisidor y juez activo dentro del sistema acusatorio.

El actual sistema procesal penal, si bien se regula bajo las bases de un sistema acusatorio, es un sistema acusatorio flexible, donde el juez tiene una actuación activa que administra justicia bajo el principio de imparcialidad judicial, que le permite emitir sentencia respecto a los hechos que han sido debidamente probados, ya sea condenando o absolviendo al acusado.

La actuación activa del juez deja de lado su pasividad, a lo que San Martín (2014) llama "un juez distante" (p. 85), que se limite a resolver solo

en mérito a lo que las partes le aporten. O como manifiesta A. O. Pérez (2006), “solo encaminado a resolver conflictos” (p. 44). La actuación activa del juez es característica propia de un juez que administra justicia con la finalidad de resolver con arreglo a ley, sin vulnerar los derechos que le asisten al acusado, como es, el derecho a la presunción de inocencia; o los derechos de la víctima de encontrar justicia cuando sus derechos se han visto afectados. Por lo que, su finalidad es absolver las incertidumbres producto del debate probatorio, desconociendo qué parte resultaría beneficiada.

Entre los juristas que defienden la denominada prueba de oficio como mecanismo de acercarnos a la supuesta verdad, tenemos a Joan Picó i Junoy, Carlos Hernández Rodríguez, Contreras, Pérez, Arbulú Martínez y César San Martin. Estos consideran que el juez puede extenderse excepcionalmente en sus facultades, actuando prueba de oficio, pero no dirigida a establecer la responsabilidad penal del procesado, por el contrario, va dirigida a administrar justicia con veracidad y acorde a derecho, garantizando el goce efectivo de los derechos constitucionales.

2.3 Regulación actual de la prueba de oficio

La prueba de oficio tiene por finalidad que el juez pueda decretar y practicar excepcionalmente pruebas en el desarrollo del juicio oral, lo cual realizará solo una vez concluido el debate probatorio, como pruebas complementarias o pruebas sobre pruebas, con la finalidad de aclarar dudas o nuevas incidencias que hayan surgido del debate probatorio. Cruz (2014) define a la denominada actuación oficiosa, “como la actuación probatoria que realiza el juzgador, (…) fundamental para la resolución de un caso. Agregando el elemento “excepcionalidad”, que (…) desarrollará en la etapa del juicio oral y cuando nos encontremos ante la necesidad de actuar prueba de oficio que nos permita conocer el actuar delictuoso.” (p. 33). Esta excepcionalidad evita que justamente la actuación probatoria no sea ilimitada, se efectuará únicamente conforme al modo y forma que se encuentra prevista por ley en la etapa del juicio oral después de culminado

el debate probatorio y solo sobre ciertas incertidumbres que el juez desea aclarar o complementar actuación que se realizará garantizando los derechos de las víctimas, así como del propio acusado.

La actuación oficiosa a la que nos referimos está regulada en el artículo 385.2 del Código Procesal Penal, facultad excepcional que la ley confiere al juez a efectos de cumplir con su finalidad de administrar justicia respetando los derechos constitucionales de las partes, así como también el derecho de las víctimas, el derecho de conocer qué fue lo que pasó. Hernández (2011) dice que esta actuación oficiosa es considerada un instrumento fehaciente que permite al juez obtener un conocimiento real y veraz de los hechos que va a resolver" (p. 50). Entendiéndose entonces, que si bien la carga de la prueba recae exclusivamente en las partes esto no es óbice para que el juez pueda también ejercer actuación oficiosa, toda vez que, lo que se busca es que el juez tenga pleno convencimiento de cómo ocurrieron los hechos, es decir, la forma y circunstancias de cómo se suscitaron los mismos.

Yáñez y Castellanos (2016) resaltan que será un deber la actuación de la prueba de oficio cuando "El juez [conciba] (…) que en sus manos tiene las necesidades y las tragedias de las personas y no un mero examen sobre técnicas por el abogado" (p. 583). El juez debe ser consciente de que su función es administrar justicia, permitiendo que las víctimas vean resarcido su daño, obtener una reparación integral por el daño ocasionado, y en lo que respecta al acusado, de no encontrarse su responsabilidad pueda obtener su absolución inmediata.

Las condiciones para aplicar la prueba de oficio son las siguientes:

2.3.1 Condiciones formales

a) Judicialidad

A diferencia de los códigos anteriores, el juez tiene en el modelo acusatorio facultades limitadas, no puede interrogar a los testigos, solo puede formular preguntas aclaratorias o complementarias. Esta limitación también se observa en el ofrecimiento, admisión y posterior actuación de la prueba, donde el juez no debe pronunciarse respecto a pruebas que no han sido ofrecidas y debatidas en su debida oportunidad.

Sin embargo, la función principal del órgano jurisdiccional, de conformidad con lo establecido en nuestra Carta Magna así como los tratados internacionales a los cuales nuestro país se encuentra adherido, es la de hacer justicia, emitiendo una sentencia sustentada en la verdad de los hechos, situación que coloca al juez en una situación activa dentro del proceso penal y no de mero árbitro, conforme lo ha establecido por la Corte Constitucional Colombiana (2007) en la sentencia C-396/07, en la cual precisó que: "(…) no se puede considerar un árbitro al juez, él es quien define la responsabilidad penal del implicado de manera justa y garantista, así como los derechos de las víctimas y la sociedad" (Fundamento 19).

El Código Procesal Penal peruano vigente consagra el principio de un juez imparcial que no se contamina con la actividad probatoria al recaer esta exclusivamente en las partes, a quienes García (1996) denomina como: "los únicos que están en la facultad de aportar las pruebas necesarias con la finalidad de producir el convencimiento del funcionario judicial, y así poder proferir su decisión final" (p.180); sin embargo, no es de olvidar que cuando nos referimos a la actuación oficiosa, dicha prueba es una facultad discrecional que recae exclusivamente en el juez con la finalidad de aclarar incertidumbres surgidas del debate, más dicha excepcionalidad no estará destinada a introducir hechos nuevos que no fueron materia de debate, ya que ello convertiría al juez en una parte más del debido proceso, propio del sistema inquisitivo, vulnerado así abiertamente los principios constitucionales del debido proceso que le asiste a las partes quienes recurren al órgano jurisdiccional en busca de justicia.

San Martín -acogiendo la postura de Picoy I Junoy-, citado por Arbulú (2012), afirma que para actuar prueba de oficio se deberá cumplir los siguientes requisitos:

1) El Juez debe estar sujeto a los hechos alegados en el escrito de acusación y defensa, los mismos que han sido materia de discusión en juicio oral. Definiéndose así el principio acusatorio.

2) Deben existir las fuentes de prueba que permitirán al juez efectuar su actividad probatoria. Ello permite proteger la denominada imparcialidad judicial.

3) Las partes procesales son parte de la actuación oficiosa, de su ejecución y al derecho a su contradicción. Con ello se protege el derecho de defensa que le asiste al imputado. (pp. 91-92)

Con estos requisitos, se evidencia la actuación del juez dentro del proceso, no siendo solo la de un tercero ni la de un pasivo inerte que se limita a resolver pese a tener dudas sobre los hechos. Por el contrario, su actuación está destinada a hacer justicia y si para ello decide excepcionalmente aplicar prueba de oficio, su actuación es constitucionalmente válida, ya que de esa manera le permitirá emitir una sentencia acorde a derecho.

b) Oportunidad

El proceso penal vigente en nuestro país tiene un orden respecto a la actuación de los actos procesales y se observa además determinados plazos. Para el tema probatorio, la oportunidad o momento procesal para actuar prueba de oficio surge únicamente en la etapa del juicio oral una vez culminada la actuación probatoria, considerada esta como la fase principal, donde priman los siguientes principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción e igualdad procesal, entre otros. Todo esto delimita claramente la función que corresponde a cada parte dentro del proceso.

Los principios antes expuestos permitirán mantener el irrestricto respeto al debido proceso, así como también la igualdad de armas de los

sujetos procesales, quienes podrán cuestionar y/o contradecir previo debate la pertinencia o no respecto a dicha prueba oficiosa. En razón a ello, el actual sistema procesal penal exige que la actuación oficiosa debe de estar debidamente motivada y fundamentada, precisando la pertinencia, relevancia y finalidad de esta, la cual no estará destinada a actuar prueba nueva sobre hechos que no han sido materia de acusación ni mucho menos de debate, por el contrario, está destinada a complementar y/o aclarar actuaciones probatorias que han surgido de él.

Al ser dicha actuación oficiosa complementaria y/o aclaratoria respecto a ciertas actuaciones probatorias, la actuación del juez se deberá realizar única y exclusivamente dentro de la etapa del desarrollo del juicio oral, una vez culminado el debate probatorio de las pruebas aportadas por las partes; de darse lo contrario, su actuación sería arbitraria e inquisitiva, toda vez que bajo la denominación "búsqueda de la verdad" estaría incorporando pruebas encaminadas a beneficiar a una de las partes, centrando sus funciones de investigación y posterior juzgamiento solo en una persona, desnaturalizando de esta manera el origen mismo del proceso penal acusatorio, que tiene como principio constitucional esencial, la imparcialidad judicial.

c) Resolución motivada

Si después de realizado el debate probatorio en la etapa del juicio oral surge la necesidad de que el juez actúe prueba de oficio, lo podrá hacer a través de una resolución debidamente motivada, debiendo plasmar a través de argumentos jurídicos y racionalmente válidos, de manera expresa e implícita, las razones que lo han motivado a actuar prueba de oficio, tomando en cuenta que por su magnitud, esta es una garantía fundamental establecida en la Carta Magna así como en los tratados internacionales de los que el Perú es parte. El juez actuará estas pruebas cuidando de no reemplazar la función que recae en las partes y solo cuando sea estrictamente necesario ante la exigencia de aproximarse a la verdad de los hechos. En otras palabras, parafraseando a Cristóbal (2017), cuando "la

verdad se le presenta deformada o de manera parcial, ya sea por una actuación dolosa o por una negligencia de las partes" (p. 236). Así se garantiza la finalidad del proceso penal, así como el respeto a los derechos de las partes, quienes deberán ser notificadas a efectos de que exponga lo pertinente respecto a dicha decisión.

En relación con esta facultad del juez, Alfaro (2016) sostiene que: "la vinculación existente entre la motivación y la decisión probatoria del juez no se ubica en una motivación de la decisión sustentada en el derecho (*quaestio iuris*), por el contrario (…) se sustenta sobre hechos y sus premisas fácticas (*quaestio facti*)" (p.77). Es decir, el juez deberá explicar las razones que lo han llevado a actuar, prueba de oficio, las actuaciones probatorias a realizar en el debate oral, así como señalar la finalidad que dicha prueba tendrá dentro del proceso penal.

2.3.2 *Condiciones materiales*

a) Excepcionalidad

Está presente en el actual Código Procesal Penal en situaciones en que limitan algunos derechos fundamentales, como es el caso, por ejemplo, la prisión preventiva, o en una medida de búsqueda de prueba, como la intervención de las comunicaciones o el secreto bancario. Por ello, no nos sorprende que, en la prueba de oficio, que de algún modo puede afectar la imparcialidad, que es una garantía del debido proceso, aparezca nuevamente este presupuesto denominado "excepcionalidad", que le permita buscar la verdad y administrar justicia con objetividad.

La excepcionalidad se da en la medida en que no es una obligación para el juzgador y tampoco debe ser una forma regular de actuar en los procesos penales, se aplicará en casos estrictamente necesarios con la finalidad de poder formar convicción en el juez y se realizara sobre la base de la prueba que ha sido actuada durante el desarrollo del juicio oral, y de esa manera superar aquellos aspectos que no le permitan al juez aproximarse

a la verdad de los hechos, sin que ello implique tener que suplantar la actividad probatoria que es propia de las partes. En ese contexto, Hernández (2011) señala que el juez "no es un mero observador" (p. 52), es decir, un sujeto pasivo a quien se le tenga que impedir actuar prueba cuando este lo considere estrictamente necesario, obligándolo a resolver solo en base a las pruebas que han sido presentadas y actuadas por las partes. De esa manera, se estaría desconociendo en su labor judicial el valor justicia que le ha sido encomendada.

Conforme se ha sostenido en el presente trabajo de investigación, la actuación del juez en el nuevo modelo procesal es la de un juez activo, lo cual no está referido a un juez inquisidor. El actual proceso penal regula la actuación de un juez que, como bien señala Contreras (2007) ve al delito como "un problema respecto al cual, existe detrás un agraviado y un culpable que buscan los mismos intereses, ser amparados por la justicia" (p. 2). Justicia que deberá ser impartida exclusivamente por el juez quien deberá resolver emitiendo una sentencia en base a lo probado, sin importar si su decisión beneficia al agraviado o al acusado. Esta justicia está sujeta a ciertos parámetros que el juzgador deberá de cumplir y de esa manera no vulnerar la imparcialidad judicial que le asiste, principio este último definido por Hernández (2011) como "un derecho de las partes que buscan a un juez que les trate de la misma manera a ambos" (p. 52). Entendiéndose entonces que la prueba de oficio no es una obligación, es una facultad excepcional, subordinada a las reglas establecidas en el Código Procesal Penal respecto a su aplicación, lo cual debe estar sujeta al irrestricto respeto al debido proceso y a los principios constitucionales que le asisten a las partes.

b) Necesidad

La prueba de oficio responde a la necesidad judicial de esclarecer lo actuado hasta ese momento en juicio oral. El Juez ordenará su actuación cuando sea indispensable para averiguar la verdad. Solo de esa manera se podrá concretar la justicia material de las partes, garantizando el goce de sus

derechos. El Juez no poder darle la espalda a la verdad más allá de si esta es conveniente para la defensa o para la fiscalía.

Debe entenderse entonces que, la prueba penal tiene como finalidad cumplir con "el deber de esclarecimiento", despejar toda duda en el juez que no le permita tener certeza sobre lo que va a resolver. Sin embargo, cuando hablamos de prueba de oficio, esta recae exclusivamente en el juez y su actuación está sujeta a limitaciones epistemológicas que se ven desarrolladas en reglas destinadas a poder cumplir con su labor de administrar justicia encomendada por la Constitución. Al respecto, Gastón Abellán, citado por Pisfil (2018), señala que "la averiguación de la verdad es el fin de la prueba" (p. 27), así como también el respeto de otro tipo de valores constitucionales, como es "la eficacia de la tutela" sustentada en los mecanismos de protección de los derechos fundamentales que tengan por finalidad, lograr el respeto de estos derechos que les asisten a las partes. De no ser así, implicaría estar frente a un juez pasivo que no solo no protege los derechos de los sujetos procesales, sino que tampoco estaría dando solución al problema y como consecuencia de ello, no está administrando justicia.

c) Observancia de ciertos límites

Las limitaciones a las cuales está sujeto el juez cuando decida actuar prueba de oficio no solo están referidas a garantizar que no pueda reemplazar la actuación que corresponde exclusivamente a las partes sino velar por mantener la igualdad de armas y el respeto al derecho de defensa.

La actuación del juez se fundamenta en una potestad discrecional destinada a esclarecer un hecho, sin que él pueda tener conocimiento cuál será el resultado que se obtendrá con dicha actuación. Ore (2016) manifiesta al respecto que el juez "está sujeto a ciertos parámetros que lo limitan sin que ello suponga un retorno al sistema inquisitivo" (p. 470). Estos límites hacen que su actuación sea discrecional, es decir, con libertad, pero sin exceder el poder que se le ha conferido, y menos inclinarse a favor o en contra de alguna de las partes. Se busca que pueda emitir una sentencia

justa, dentro de los límites de lo razonable. Entre estas limitaciones tenemos los siguientes:

- **Solo puede referirse a actuaciones nuevas surgidas desde el debate**

Cuando nos referimos a la actuación oficiosa de la prueba, el juez excepcionalmente después de concluido el debate probatorio en el juicio oral ordena la actuación de medios de prueba, con la única finalidad de aclarar o complementar ciertas incertidumbres surgidas del debate. Esto implica que dicha actuación oficiosa solo debe darse de las fuentes de prueba que han aportado las partes y que han sido materia de debate en el juicio oral y respecto a las cuales han surgido dudas en el juzgador. De esta manera se garantizaría el conocimiento de los hechos que han sido materia del proceso en cuestión.

Conforme se ha referido, tales actuaciones probatorias estarán limitadas a pruebas aclaratorias o a pruebas complementarias. San Martín (2006) citado por López Gastiaburu (2015) llama prueba complementaria a aquella "prueba contrastada o destinada a verificar otras pruebas que ya han sido aportadas; reconociendo, asimismo, la Corte su intervención limitada en el interrogatorio respecto a los órganos de prueba en el desarrollo del juicio" (p.75). En este último caso, se trata de una prueba referida al interrogatorio o contrainterrogatorio del acusado o de un testigo y cuya finalidad es aclarar incertidumbres surgidas del debate, o cuando los medios probatorios ofrecidos por cualquiera de ambos requieran ser complementados para lograr su convicción.

No obstante, conforme ya se ha manifestado, dicha actuación oficiosa deberá ser sometida a contradictorios para garantizar la igualdad de armas. No se le permite al juez introducir prueba nueva que no guarde relación con el objeto materia de discusión o que no haya sido objeto de discusión en el juzgamiento, ya que, de ser así, "se estaría supliendo la negligencia en la que hubiera incurrido cualquiera de las partes" (Varela, 1999, p.149), lo que

lo llevaría a incurrir en actos arbitrarios propios del sistema inquisitivo, en donde el juez es investigador y juzgador a la vez.

- **Debe disponerse solo si se justifica debidamente su utilidad**

La utilidad está destinada a determinar la capacidad probatoria, en el sentido, que la prueba demuestre un hecho determinado que es necesario para superar alguna duda o incertidumbre en el juzgador luego del debate probatorio. Además, debe estar relacionada directamente con el objeto de prueba. De esta manera, el juez corroborará la información proporcionada que le ha creado incertidumbre.

El momento de realizar actuación oficiosa es en el juicio oral y solo después de concluido el debate probatorio, y respecto del cual surja la necesidad imperiosa del juzgador de actuar prueba, con la finalidad de aclarar la imputación que ha realizado el Ministerio Público o algún argumento de defensa. De ahí su utilidad, toda vez que le permitirá al juzgador llegar o aproximarse a la verdad de lo que va a resolver, finalidad primordial para poder emitir una sentencia acorde a derecho. Convirtiéndose el proceso penal así en el instrumento que permite alcanzar la efectiva tutela de las partes por parte del Estado.

- **No suplir a las partes**

Conforme se ha manifestado, la actuación probatoria oficiosa es una actuación discrecional excepcional a la que acudirá el juez con la finalidad de aclarar o complementar ciertas dudas surgidas del debate probatorio y así poder dar solución a la controversia, más no tiene por finalidad suplir la función propia de las partes, cuya actuación y función están claramente delimitadas dentro del proceso penal, correspondiendo al juzgador, en mérito al principio de imparcialidad judicial, controlar única y exclusivamente la actuación probatoria aportada por las partes, sin tener que vincularse con esta última.

El juez controla la actividad probatoria en el entendido de que nos encontramos frente a un sistema acusatorio cuya finalidad es aproximar al juez con la verdad de los hechos, lo cual no implica un sistema acusatorio puro, en donde se exige la actuación de un juez pasivo que solo se limitará a resolver en mérito a la aportación probatoria efectuada por las partes procesales. Este último sistema es definido por Ferrajoli, citado por Ore (2016), como "aquel que concibe al Juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes que acuden al proceso en iguales condiciones. Siendo notorio, por tanto, el papel antagónico que desempeña el juez en cada uno de los sistemas" (p. 469).

En mérito a esa concepción del juez como sujeto pasivo, nuestro Código Procesal Penal le confiere discrecionalmente una actuación probatoria oficiosa excepcional, actuación que deberá ser debidamente fundamentada y sustentada, es decir, se deberá exponer las razones que lo motivaron a realizar dicha actuación así como precisar respecto a qué prueba actuada en el debate del juicio oral, recaerá esta última, es decir, sobre qué fuente de prueba debatida recaerá la prueba de oficio, puesto que conforme se ha manifestado, la actuación oficiosa es una actuación excepcional que solo complementa o aclara una prueba que ya ha sido materia del debate probatorio.

d) Búsqueda de la verdad procesal

La verdad procesal siempre debe estar acorde al cumplimiento de los principios que regulan la prueba y está sometida al respeto irrestricto de los derechos fundamentales. La verdad se convierte en una garantía intransferible y perdurable que les asiste a las partes, que de no ser atendida por el juzgador, afectaría la dignidad humana, en especial de la víctima quien tiene derecho a conocer y saber qué fue lo que realmente ocurrió.

Considerando lo anterior, si después de realizado el debate probatorio resultara estrictamente necesario que el juez decida actuar prueba oficiosa a

efectos de poder aclarar dudas manifiestamente fuertes que no le permiten crear convicción sobre lo ocurrido, entonces la actuará. Sin embargo, es necesario que el juez, como dice A. O. Pérez (2006), sea "muy cuidadoso y atento para acudir a la oficiosidad, por lo que solo se dispondrá la práctica de aquellas pruebas cuando estas resulten pertinentes, necesarias, conducentes, útiles, para que apunte, realmente, a la efectiva administración de justicia" (p. 47). Cabe precisar, entonces, que la prueba de oficio no es una regla, es la excepción que se le otorga al juzgador cuando considere que dicha prueba es estrictamente necesaria para poder aclarar ciertas incertidumbres, más no es una actuación antojadiza. Como sostiene Gaitán (2010), "la disposición y ejecución de prueba de oficio no invalida el principio de neutralidad que le asiste al juez" (p.12), sino que, por el contrario, su actuación está destinada a que el juez tenga certeza de los hechos del caso materia de la decisión final, objetivo que solo logrará cuando tenga pleno conocimiento de los hechos que puedan calificarse como verdaderos.

2.4 Aplicación judicial de la prueba de oficio: Carácter excepcional y sustentación de la decisión

2.4.1 Alcances de lo excepcional

Cuando hablamos de "excepcional" nos estamos refiriendo a situaciones que ocurren rara vez, es decir, cuando nos apartamos de lo "ordinario" o de lo "normal". En ese sentido, cuando el sistema procesal penal vigente dispone efectuar prueba oficiosa, ésta se aplicará de manera "excepcional", significa que tal medida solo será dispuesta por el juzgador cuando sea estrictamente necesaria sin incumplir su función de tercero imparcial, ese tercero que tiene como función valorar la prueba cuidando de no reemplazar la labor propia de los demás sujetos procesales. Garantizando así el principio de imparcialidad judicial que le asiste, cumpliendo con el irrestricto derecho constitucional al debido proceso.

Lo excepcional entonces está referido a la necesidad que tenga el juzgador de actuar prueba de oficio con la finalidad de complementar o aclarar un hecho que le ha creado incertidumbre. Esto lo hará por única vez y solo respecto a la prueba que se ha actuado dentro del juicio oral, más no sobre prueba nueva, respetando las limitaciones establecidas en el Código Procesal Penal, numeral 2 del artículo 385º. Comentando estas limitaciones, Hurtado (s/f) refiere que "(…) el juez dentro del proceso penal no puede ser solo observador, una piedra, estático, por el contrario, tiene que ser dinámico y estimado" (pp. 2-3). Esto significa que el juez es un tercero imparcial que administra justicia, y como tal, tiene que utilizar las herramientas legales que nuestro ordenamiento jurídico le brinda a efectos de poder realizar esta tarea con arreglo a ley.

Sin embargo, la prueba de oficio no es generalizada, pues deberá estar sometida a ciertos límites y criterios a los cuales Alfaro (2016) denomina "(…) excepcionalidad, contradictorio y utilidad, siendo su finalidad buscar la verdad" (p. 69). Esto es lo que justamente hace que esa actuación sea una facultad de carácter excepcional y no una obligación, toda vez que radica solo en la necesidad de aclarar hechos debatidos en el juicio oral. Respecto a estos hechos, San Martin (2014) dice que esto se hará siempre y cuando "(…) el Tribunal la considere necesaria para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de acusación o defensa" (p. 615), esto es, aclarar o comprobar las actuaciones probatorias de las partes sin extralimitar sus funciones. Su actuación no debe servir de coartada para ingresar prueba nueva usando como premisa una facultad discrecional.

Como resalta Pico i Junoy, citado por Pisfil (2018), la actuación oficiosa le permitirá al juez adquirir pleno conocimiento de los hechos "al momento de decidir con la sentencia, más no con anterioridad, ya que ello permitiría saber qué parte sería la perjudicada con dicha actuación oficiosa" (p. 29). De esta manera tendrá la certeza de qué fue lo que ocurrió y cómo ocurrió, para posteriormente emitir una sentencia justa que esté sustentada en la verdad material de lo que realmente ocurrió, sin importar si esta es condenatoria o absolutoria.

En mérito a ello y a efectos de evitar presuntas irregularidades, surge la necesidad de que dicha excepcionalidad tenga que ser desarrollada, a efectos de establecer parámetros que limiten su actuación por parte del juzgador para no transgredir el principio acusatorio y como consecuencia de ello, los demás derechos constitucionales del proceso penal.

Considero que los supuestos de excepcionalidad con relación a la prueba de oficio serían los siguientes:

- "Prueba sobre prueba, aquella que no tiene por finalidad probar hechos favorables o desfavorables, su finalidad es verificar su existencia en el proceso, por lo que, puede considerarse neutral y respetuosa con el principio acusatorio" (Pico i Junoy, 2007, p. 142). En los casos en los que se desea valorar o cuestionar al testigo y resulta necesario verificar su capacidad (física, psicológica y/o psiquiátrica), el juez podrá ordenar algunos exámenes y pericias respectivamente y, de igual modo, si se considera necesario para efectos de su versión general o experta.

- La audición de cintas magnetofónicas, cuando su transcripción escrita –documentada– ya consta en los autos del juicio oral. Por ejemplo, en la Casación No. 33-2014 (Ucayali), un caso de actos de violación sexual de menor de edad, la Corte Suprema de Justicia (2015) enfatizó que de manera excepcional se podrá practicar la prueba de oficio, como la escucha del audio, la visualización del vídeo o la oralización del acta donde estaba registrada la primera declaración de la víctima, declaración que debe obrar en instrumento que le permitirá su incorporación. Asimismo, dicha casación resaltó lo siguiente:

"(…) Si, por error, el Fiscal no lo incorporara, (refiriéndose en este caso a la escucha del audio) en mérito al interés superior del niño, de los derechos de los ciudadanos y el artículo trescientos ochenta y cinco del Código Procesal Penal, lo incorporará en la etapa correspondiente (…) (Décimo quinto considerando).

• El interrogatorio de un testigo cuya identidad surgió en el debate del juicio oral, es decir, una actuación oficiosa que tenga como fuente una prueba aportada y debatida dentro del juicio oral, toda vez que el juez no puede solicitar la actuación de pruebas nuevas, es decir, pruebas diferentes de las ya aportadas en la acusación y que fueran discutidas en la audiencia del juicio oral. Esta prueba aportada, en mérito al esquema de igualdad de armas de las partes y al principio de necesidad, será sometida a debate por parte de los demás sujetos procesales (principio de contradicción), situación que le permitirá al juez aclarar situaciones que le han creado incertidumbres. La necesidad de tener que actuar interrogatorio de este testigo cuya identidad se desconocía y surgió en el juicio, tendrá como justificación subyacente el esclarecimiento de los hechos o la búsqueda de la verdad".

Que, como bien se ha referido, la prueba de oficio busca la "veracidad", "autenticidad" o "integridad" de cierto medio probatorio actuado en el juicio oral, o la idoneidad de este, esto es, aproximarse a la verdad de los hechos, actuación que no implica vulneración al principio de imparcialidad judicial. Por lo que, como bien refiere Hernández (2011), "la imparcialidad no se pierde con su actuación, más, por el contrario, lo ayuda a tomar su decisión" (p. 52). Siendo entonces que, al tener el juez plena convicción de lo que va a resolver, es lo que hace que estemos frente a un juez más trascendental y no uno que se limite a resolver conflictos a título de autoridad.

Respecto a la prueba de oficio, A. O. Pérez (2006) también manifiesta que, esta última, "no está en pro del acusado, ni de la víctima, sino en pro de hacer justicia, tratando de superar cualquier duda, toda vez que, por mandato constitucional, su tarea es hacer justicia y no meramente resolver conflictos" (pp. 43-44). De ahí que la actuación oficiosa tiene por finalidad buscar la verdad cuando esta se le ha sido presentada al juez de manera deficiente; más, no busca subsanar errores de los sujetos procesales, lo cual, sí, desnaturalizaría el sistema acusatorio.

2.4.2 *Parámetros de sustentación*

Al tratarse de una aplicación excepcional y que podría poner en cuestión la imparcialidad judicial, será necesario que cuando se disponga este tipo de actuación el juez realice una justificación especial, debiendo precisar los parámetros o criterios a tomar en cuenta para dicha tarea.

Creemos que los parámetros de sustentación respecto a la prueba de oficio están referidos a las garantías y libertades de orden constitucional en torno a su aplicación dentro del proceso penal, toda vez que, conforme se ha sostenido, el objetivo final que busca el juez penal es lograr "hacer justicia", esto es, lo que Pico i Junoy (2007) denomina "alcanzar la convicción esperada que le permita resolver el problema, no quebrándose con ello la imparcialidad judicial" (pp. 145-146). Este último principio es fundamental en el sistema penal acusatorio.

A efectos de evitar que con la actuación probatoria oficiosa dichas garantías y libertades pueden verse afectadas, es necesario conectar su ejercicio con otros derechos de igual magnitud, siempre y cuando no se afecte su contenido principal, debiendo para ello tener presente los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Tal situación permitirá al juez cumplir con la finalidad del proceso, que consiste en acercarse a la verdad de los hechos, esa verdad que le asiste a las partes procesales. Como bien manifiesta el magistrado Nilson Pinilla Pinilla en la sentencia Radicado N.24.468 de 2006, citado por Patiño, Ospina y Molina (2017), "el juez administra justicia y un juez que no absuelve las dudas, no puede cumplir con el cometido social y, la prohibición absoluta, es contraria a las normas constitucionales" (p. 172).

Cabe precisar entonces que, la actuación probatoria de oficio está sujeta a los siguientes principios: pertinencia, utilidad, oportunidad; asimismo, establece parámetros que son inminentes a su ejercicio, los cuales son derivados de su propia naturaleza. Esto no significa, como manifiesta Ore (2016), que se tenga que "cambiar el objeto que busca el proceso, toda

vez que, dicha limitación consiste que, en mérito al principio acusatorio, la iniciativa probatoria de oficio debe limitarse a lo que es objeto de debate" (p. 472). Para ello es necesario determinar los parámetros generales y los parámetros específicos de sustentación respecto a su aplicación.

- **Parámetros generales**

Los parámetros generales de sustentación que deberá tener en cuenta el juez cuando excepcionalmente decida aplicar prueba de oficio son la motivación suficiente, congruente y acorde con el debido proceso, respondiendo a las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia. Tal como lo señalan Patiño, Ospina y Molina (2017), también "debe mantener su legalidad, publicidad, y debe respetarse su contradicción" (p. 172), esto es, que no sean actuaciones antojadizas del juzgador, ya que ello implicaría estar frente a un sistema inquisitivo disfrazado, con actuaciones arbitrarias que vulnerarían el debido proceso.

Lo indicado en el párrafo precedente establece la importancia de dichos parámetros, los cuales deben estar limitados a buscar la justicia. Al respecto, Taruffo, citado por Pico i Junoy (2007), resalta que una decisión es justa cuando se sustenta en la realidad de los hechos, no en hechos erróneos o inexistentes" (p. 153). Por lo que, el juez debe saber que fue lo que pasó o al menos aproximarse a dicha verdad, objetivo que logrará a través de la prueba de oficio. Sin embargo, esta no es la regla, sino la excepción, que debe estar debidamente motivada, respetando el debido proceso y el derecho de las partes de aportar prueba, precisando los criterios que lo llevaron a tomar dicha decisión, y no dar por sentada o aceptada la misma sin mayor reflexión, o como bien refiere Alfaro (2016) "no debe ser entendida como una mera vinculación formal" (p. 60). Por el contrario, es necesario que el juez exteriorice las deducciones evidénciales; ya sea de manera conjunta o individual que lo ha llevado a dicha conclusión.

Aunado a lo anterior, la actuación oficiosa debe ser congruente, es decir, tener por finalidad aclarar al juez un hecho que le creó incertidumbre

y que debe guardar relación en todo momento con el objeto del debate en el juzgamiento. En ese sentido, el juez no debe de apartarse de los hechos y las pretensiones controvertidas expuestas por las partes e ir más allá de lo pretendido y controvertido. Conforme lo ha establecido en su Sentencia No. 02605-2014-PA/TC, el Tribunal Constitucional (2017) cuando ha señalado que: "el principio de congruencia está referido a la obligación que tiene el órgano jurisdiccional de pronunciarse sobre cada una de las pretensiones que han postulado las partes" (…) (Fundamento 9). Por lo que, el juez está en la obligación de pronunciarse respecto de cada una de las pretensiones que se han postulado y si, para aclarar las dudas que en el debate probatorio le hayan surgido con relación a estas. No debemos de olvidar que, en mérito al sistema acusatorio, el único que puede establecer los aspectos fácticos del debate penal es el Ministerio Público.

La actuación que se efectúe respecto a la prueba de oficio no es ilimitada. Parafraseando a Ore (2016) resalta que tiene un límite y su sustento está en su complementariedad. Para su aplicación debe de existir actividad probatoria aportada por las partes y respecto a la cual han surgido dudas con relación a hechos que se requiere demostrar" (p. 4). Así, su actuación está limitada solo a buscar la justicia, sin que esto implique reemplazar la actuación probatoria que solo corresponde a las partes, siendo que, en el juicio el juez debe sustentar las fuentes probatorias que llevaron a dicha actuación y así garantizar la imparcialidad del tribunal sentenciador" (Pico i Junoy, 2007, p. 156). De esa manera se evitará un retorno al sistema inquisitivo, sistema que se caracterizó por ser abusivo o patológico al momento de actuar prueba, que podría generar una pérdida de imparcialidad del juez en el proceso.

Aunado a lo anterior, se tiene también la discrecionalidad que surge del sistema de la sana crítica, el cual responde a la denominada categoría intermedia, la cual existe entre el sistema de libre convicción que tiene el juzgador y el denominado sistema de prueba legal o tasada. Esto es, con la sana critica el juez tiene una discrecionalidad limitada.

A efectos de profundizar más este concepto de la sana crítica, parafraseando a Couture, citado por Landoni (1998), expresa:

> Las reglas de la sana crítica son un precioso estándar jurídico en el ámbito de la prueba, abarcando dos estándares, uno referido específicamente a la lógica formal y otra sustentada en la máxima de la experiencia del juez, que tiene como finalidad administrar justicia de los particulares. (p. 117)

En principio, se debe precisar que las reglas de la sana crítica abarcan todo el campo de la prueba, salvo aquellos medios de prueba en donde la ley establece su ineficacia, como es la prueba ilícita o prohibida.

La sana crítica es aplicada por el juez que ya está conociendo un juicio y que al final de la fase de actuación probatoria ya tiene formado un prejuicio, que tal vez requiere ser mejorado o completado con información que provenga de la actuación de pruebas que no han sido aportadas por los sujetos procesales, siempre y cuando, haya surgido del debate probatorio en la audiencia del juicio oral. Tales pruebas son consideradas necesarias por el juez para lograr el esclarecimiento de lo sucedido y resguardar principios o derechos de mayor valor que la imparcialidad, como es el caso, el derecho a la verdad, concretamente el derecho de las víctimas de encontrar justicia, o de sus familiares de saber qué fue lo que pasó específicamente en los delitos de lesa humanidad o el interés superior del niño.

2.4.1.1. Parámetros específicos de sustentación.

La actividad probatoria está inspirada en el principio referido a la aportación de parte o principio dispositivo, esto es, las pruebas son aportadas exclusivamente por las partes. Conforme ha manifestado Ore y Avalos (2005), se entiende que “Los sujetos procesales no pueden ser considerados auxiliares de la justicia, sino protagonistas esenciales del proceso” (p. 163). Estos sujetos son quienes ofrecen dicha actuación probatoria a un tercero completamente imparcial denominado “juez”, quien no se encuentra relacionado con los intereses de alguna de las partes ya sea

el acusado o la víctima, ni vinculado personalmente con ninguno de estos. Aguiló (2012) conceptúa al juez como "director jurisdiccional, resolviendo los casos puestos a su conocimiento, aplicando el derecho en cumplimiento de las normas" (p.161). Su actuación debe ser realizada con total independencia e imparcialidad, respetando las garantías procesales del debido proceso.

Parafraseando a Velloso, Meroi (2007) resalta que la imparcialidad judicial como principio se despliega en tres ámbitos:

> El primero es que el juez no debe ser parte, el segundo es que el Juez debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio y el tercer ámbito, es el de la independencia, según el cual el juez debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes. (p. 384)

Considerando lo indicado por Meroi, se entiende al juez como un tercero ajeno al proceso que solo se limitará a solucionar la controversia a través de un proceso que imponga la verdad y legitimidad en el fallo con total neutralidad, toda vez que, como refiere Castillo-Córdova (2007), "el derecho al juez imparcial puede ser considerado como manifestación del derecho al juez predeterminado por ley, [que] está orientado a asegurar la independencia e imparcialidad de los jueces" (pp. 123-124). Según esta concepción, un juez debe carecer de prejuicios o parcialidades con la actuación probatoria, siendo ello necesario para lograr la confianza de los tribunales por parte de la sociedad.

Aun cuando un juez debe cumplir con el requisito básico de ser imparcial y carecer de prejuicios en el momento de decidir, hay que tener en cuenta que nuestro Código Procesal Penal de 2004 también regula dentro de la actuación probatoria la llamada "actuación oficiosa", la cual debe ser actuada exclusivamente por el juzgador**,** respetando ciertos parámetros de excepción, es decir, cuando sea estrictamente necesaria y por única vez, a efectos de no ser utilizada como suplencia y/o sustitución ante las

deficiencias en la actividad de aportación probatoria. Citando a Nieva, Ore (2016) resalta que lo que se busca es "un juicio de carácter adversarial, pudiendo el juez practicar prueba de oficio luego de finalizada la actuación probatoria, y hayan surgido dudas que, a [su] parecer (…), resulta necesario desvirtuar" (p. 475). De lo señalado por este autor, se advierten dos condiciones que permitirían evitar la sustitución o suplir a las partes: 1. La oportunidad, que se presenta después de haberse efectuado el debate del juicio; es decir, al final de la actuación probatoria generada por las partes; y 2. El juez encuentra incógnitas o dudas a partir de lo realizado por las partes en el debate probatorio, es decir, aclarar ciertas incertidumbres que las pruebas actuadas hayan dejado en el juez, lo cual efectuará a través de pruebas complementarias o pruebas sobre pruebas.

Es importante advertir que, aunque nuestro actual sistema procesal penal está regulado por un sistema penal de corte acusatorio, la prueba de oficio no contraviene este sistema, ya que una de sus características es la búsqueda de la verdad, por lo que dicha actuación probatoria oficiosa solo se aplicará cuando las pruebas aportadas por las partes hayan creado en el juez incertidumbre, es decir, cuando no le permita formar convicción respecto al caso que va a resolver. Ore (2016) pone énfasis en que, aun acudiendo a la prueba de oficio, no se debe dejar de observar el principio de contradicción y de defensa que les asiste a los litigantes" (p. 473). Es decir, que la decisión asumida por el juez podrá ser materia de cuestionamiento por alguno de los sujetos procesales que, si bien no pueden apelar, sí podrán dejar constancia del exceso del juzgador si este no considera los límites expuestos en este trabajo. De evidenciarse este exceso en instancia de revisión se podría generar la nulidad de lo actuado.

2.4.3 Experiencia en el derecho comprado

2.4.3.1 *El juez penal y la iniciativa probatoria en los ordenamientos jurídicos de los estados latinoamericanos*

La manera cómo se ha regulado la denominada prueba de oficio, tanto en los códigos penales latinoamericanos como europeos son completamente distintos entre sí, toda vez que estos últimos permiten la iniciativa probatoria por parte del juez penal, mientras que en el sistema latinoamericano las normativas de enjuiciamiento criminal suelen limitarse.

Dentro de las legislaciones que prohíben la iniciativa probatoria por parte del juzgador en el proceso, tenemos los códigos de Colombia, Nicaragua, Chile y Bolivia.

En Colombia, el Código de Procedimiento Penal de ese país, promulgado en el año 2004, en su integridad regulado por el "principio acusatorio", establece una nítida distinción entre la acusación y el enjuiciamiento, este último que se desarrollará sobre los hechos que han sido materia de acusación; por lo que, el juez decidirá en mérito al acervo probatorio aportado por las partes procesales. Prohíbe tajantemente la actuación probatoria como iniciativa del juez: "Bajo ningún contexto el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio" (Código de Procedimiento Penal Colombiano, 2004, art. 361). En consecuencia, la iniciativa probatoria se atribuye solo a las partes, pudiendo intervenir el juez solo durante la práctica de esa iniciativa.

Si bien el procedimiento penal colombiano prohíbe tajantemente dicha facultad, la jurisprudencia se ha encargado de desarrollarla. Así, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, con la ponencia del magistrado Edgar Lombana Trujillo, aprobada por el Acta No. 28 de fecha 30 de marzo de 2006, ha limitado la rigidez de esta norma, estableciendo que, en términos generales, el juez penal tiene la obligación de acatar el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, esto es, la prohibición de actuar pruebas de oficio; ya que se trata de una norma sustentada que Colombia ha adoptado en mérito al sistema acusatorio. No obstante, si existen circunstancias que se encuentren sustentadas en la Constitución y que surja la necesidad en el juez de actuar prueba de oficio, lo debe de hacer fundamentando su decisión del porqué realizará dicha actuación oficiosa.

Por su parte, el Código Procesal Penal Nicaragüense asume todas las notas que son propias del proceso penal con corte acusatorio, esto es, prohibición del juez para procurar pruebas. En ese sentido, prescribe: “que el ejercicio de la acción penal es distinto al de la función jurisdiccional. Los jueces no pueden proceder la investigación, ni persecución, ni acusación de ilícitos penales” (Código Procesal Penal de la República de Nicaragua, 2001, art. 10).

En el sistema acusatorio nicaragüense se marcan con claridad las funciones que tiene cada parte en el proceso penal. La carga de la prueba es de competencia exclusiva del Ministerio Publico, titular de la acción penal, mientras que el juez es el tercero imparcial que resolverá la litis del proceso sustentado en las pruebas que han presentado las partes, sin poder, bajo ningún contexto de la norma, participar en el interrogatorio a testigos y peritos o la recepción de pruebas para mejor proveer. La norma procesal en mención también excluye expresamente la posibilidad que el juez acuerde de oficio: “Si para conocer los hechos se hace necesaria una inspección ocular, se dispondrá, pero sólo a solicitud de las partes, y ordenará las medidas necesarias para llevarla a cabo en presencia del jurado y las partes” (Código Procesal Penal de la República de Nicaragua, 2001, art. 310). En otras palabras, las actuaciones probatorias sólo se efectuarán a solicitud de las partes.

El Código Procesal Penal chileno, que fuera promulgado en el año 2000 está basado en el sistema acusatorio, dispone a las partes acusadoras (fiscal y acusado) quienes deben proporcionar las pruebas al tribunal que conocerá del juicio oral, con la finalidad de desvirtuar la presunción de inocencia de la que goza todo imputado, conforme se establece en el art. 4 de su contenido. Sin embargo, este mismo sistema permite al juez “prueba de oficio”.

Es así como, la norma procesal penal de Chile prescribe: “Si dentro del proceso surge una prueba cuya controversia se debe de aclarar, el

tribunal puede autorizar la presentación de nuevas pruebas, aunque ésta no haya sido ofrecida oportunamente y resulte indispensable para esclarecer los puntos respecto al cual hayan surgido dudas" (Código Procesal Penal de Chile, 2000, art. 336 -segundo párrafo-).

En la misma dirección que la norma procesal penal chilena, el Código de Procedimiento Penal de Bolivia también abandona la vieja estructura inquisitiva y acoge un modelo acusatorio de justicia penal, cuando establece que: "Los jueces son imparciales e independientes, están sometidos únicamente a la Constitución, las convenciones y tratados internacionales vigentes y a las leyes" (Código de Procedimiento Penal de Bolivia, 1999, art. 3). En esta misma norma se dispone que la carga de probar recae exclusivamente en el Ministerio Publico: "La carga de probar corresponde a los acusadores, se prohíbe toda presunción de culpabilidad" (Código de Procedimiento Penal de Bolivia, 1999, art. 6). De esta manera, se prohíbe al juez actuación probatoria de oficio, esto es, inicie y realice la instrucción de oficio.

En otros estados latinoamericanos también se ha permitido la iniciativa del juez en actuar de manera excepcional prueba, como sucede en el caso peruano. En nuestro país, dicha iniciativa parte de la iniciativa de los litigantes, toda vez que, la solicitud de admisión de pruebas sólo corresponde al Ministerio Público o demás sujetos procesales (…)" (Código Procesal Penal, 2004, art. 155 -numeral 2-). Del mismo modo, también señala que "La Ley establecerá, por excepción, los casos en los cuales se admiten pruebas de oficio" (Código Procesal Penal, 2004, art. 155 -numeral 3-)- Finalmente, también dispone:

1. El juez tiene por finalidad conocer los hechos. Si del debate resultaran dudas de oficio o a pedido de parte puede disponer actuación probatoria, pero la misma se deberá realizar previo debate con las partes y cuando la misma resulte manifiestamente indispensables y no haya sido posible actuarla en la etapa de la investigación preparatoria o la misma resultare insuficiente, ya sea ésta una reconstrucción o una inspección judicial.

2. Si después de culminada la aportación de pruebas y su posterior debate respecto al cual surgen dudas en el juez que requiere aclarar, excepcionalmente a pedido de parte o de oficio puede disponer prueba oficiosa. El juez penal en todo momento cuidará de no reemplazar a las partes.
3. Dicha resolución que autoriza la actuación de la prueba de oficio no es recurrible" (Código Procesal Penal, 2004, art. 385.2).

En otros códigos de enjuiciamiento criminal de corte más inquisitivo se prevé de forma más amplia la iniciativa en el ámbito probatorio que tiene el juez penal. Así, en Argentina se prevé en los siguientes términos:

La recepción de las pruebas por parte del tribunal se efectuará de manera oportuna, para posteriormente efectuar su admisibilidad rechazando la que resulte sobreabundante e impertinente. Si, por el contrario, no se ofreciera prueba, el juez puede disponer su recepción si la misma resulta útil y pertinente y se haya dado en la etapa de la instrucción. (Código Procesal Penal de la Nación Argentina, 1991, art. 356)

Esta misma norma procesal penal dispone también que "Si del transcurso del debate aparecen nuevas pruebas que resultan indispensables, el juez puede disponer su recepción de oficio". (Código Procesal Penal de la Nación Argentina, 1991, art. 388).

Por otro lado, en el sistema procesal brasileño se ha establecido la iniciativa probatoria *ex –oficio iudicis*:

La prueba de la acusación corresponderá a quien la formula; sin embargo, se facilitará al juez oficial: I - Ordenar, incluso antes del inicio de la acción penal, la producción anticipada de las pruebas que se consideren urgentes y pertinentes, observando la necesidad, adecuación y proporción de la medida; II - determinar, en el curso de la instrucción, o antes de dictar sentencia, la realización de medidas para resolver dudas sobre un punto relevante (Código de Processo Penal Brasileiro, 1941, art. 156).

En líneas generales, puede decirse que en la legislación latinoamericana el proceso penal está regulado por el principio acusatorio. Al respecto, Gómez (2010) dice que se trata de "dos partes con igualdad de armas, enfrentadas en el desarrollo del juicio público, frente a un juez absolutamente imparcial y ajeno al conocimiento de los hechos" (p. 263). Sin embargo, también puede afirmarse que esta legislación tendría un modelo procesal penal mixto, cuyo origen está en el Code *d´instruction criminelle* napoleónico de 1808.

En efecto, los ordenamientos jurídicos latinoamericanos han experimentado una evolución en su legislación, pues se evidencia que en muchos países se ha difuminado la línea divisoria entre lo inquisitivo y lo acusatorio. Países como Colombia, Nicaragua, Chile y Bolivia han optado por modelos en apariencia más adversarial en los que se le da al juez una actuación más pasiva en el desarrollo del denominado proceso penal, considerando que aquel no debe contaminarse con la prueba. Sin embargo, en otros países del mismo sistema latinoamericano, como Perú, Argentina y Brasil, si bien se encuentran regulados por el sistema acusatorio, de manera muy limitada también se otorga ciertas facultades al juez penal dentro de la actuación probatoria, es decir "actuar prueba de oficio", lo cual realizará solo y únicamente cuando tenga por finalidad crear convicción judicial de los hechos, ya que el propósito del juez dentro del proceso es la de administrar justicia, emitiendo una sentencia en donde no exista duda e incertidumbre respecto a su decisión.

Conforme se evidencia, cada Estado ha diseñado el modelo procesal que considera acorde a los principios constitucionales y convencionales que ha asumido, sin dar la espalda a la realidad imperante, que, en algunos casos, es totalmente contraria a una cultura adversarial o viceversa. Es importante entonces que cada Estado tome consciencia del modelo que quiere adoptar y de las pautas concretas que lo harán posible, creándose así nuevas instituciones que tendrán por finalidad resguardar no solo los derechos de

las partes procesales respecto al sistema adoptado, sino también la finalidad que este tendrá frente a la lucha contra el crimen y la aproximación y vigilancia de la sociedad en la administración de justicia.

2.4.3.2 La iniciativa probatoria del juez penal en los ordenamientos jurídicos de los estados europeos

El principio acusatorio que permite la iniciativa probatoria rige en la mayoría de los países en los que se han promulgado recientemente nuevas leyes de enjuiciamiento criminal o se ha efectuado su reforma respecto a las ya existentes. En lo que respecta a los códigos europeos, tenemos Alemania, el Código de Procedimiento Penal de dicho país establece que es un deber esclarecer la verdad, por lo que a efectos de lograr la misma se faculta al juez actuar prueba de oficio.

En la misma línea, en Italia, el art. 507 del Código de Procedimiento Penal (1988) de ese país dispone que el juez tiene la facultad oficiosa de integrar las actuaciones probatorias solicitadas por las partes (defensora y acusadora): “Finalizada la obtención de las pruebas en el debate, el juez, si es estrictamente necesario, puede ordenar de oficio la actuación de nuevas pruebas” (Caso, 2003, p. 7).

En el caso de Portugal, su ordenamiento penal también dispone la actuación de prueba oficiosa: “El tribunal ordena, de oficio o previa solicitud, la aportación de todas las pruebas que resulte necesario para el descubrimiento de la verdad y la buena resolución del caso” (Código do Processo Penal do Portugal, 1987, art. 340 -numeral 1). Además, este mismo código dispone que “Si el tribunal estima necesario aportar prueba que no forme parte de la acusación, pronunciamiento o defensa, informará a los sujetos procesales lo antes posible y lo hará constar en acta” (Código do Processo Penal do Portugal, 1987, art. 340 -numeral 2).

Por su parte, el ordenamiento procesal penal de Francia tiene similitudes con sus homólogos, italiano y portugués: “El presidente está

investido de un poder discrecional, sin embargo, en virtud de su honor y a su conciencia, puede tomar las medidas que considere necesarias para descubrir la verdad" (Code de Procédure Pénale Français, 1958, art. 310).

El sistema que regula el bloque de países europeos antes mencionados es el sistema jurídico de *civil law* o continental, que se caracteriza principalmente por contar con una fase de instrucción regulada bajo el control judicial, la cual tiene por finalidad efectuar una investigación destinada a reconstruir de forma exhaustiva lo que ocurrió, investigación que se plasma en un expediente escrito, que será de gran trascendencia en la fase del juicio oral. Se evidencia así el "hibrido" del sistema entre lo inquisitivo y lo acusatorio.

Es importante indicar que, respecto a Holanda, el juez adquiere especial protagonismo en el desarrollo del juicio oral, formando parte activa en ella, ya que es quien determina cómo se lleva a cabo, formula la mayoría de las preguntas y puede coordinar la prueba de oficio.

Pese al origen de este sistema, se debe precisar que el principio acusatorio se deduce en el hecho de que únicamente la fiscalía tiene el poder de proceder judicialmente contra una persona. Sin embargo, si bien el juez solo debe decidir respecto a los hechos conforme se le han sido presentados, la fiscalía en su requerimiento acusatorio adquiere una especial participación durante la vista del juicio oral, especialmente en el interrogatorio, y en donde, además, puede ordenar actuaciones de oficio. Lo visto en este caso nos lleva a concluir que no existe un modelo acusatorio puro, incluso en un estado de tradición anglosajona se han adoptado medidas que empoderan al juez.

Desde un enfoque de orden internacional global, también se puede apreciar la actuación oficiosa, como es, en los sistemas destinados a la protección de derechos humanos, se puede observar la actuación oficiosa de pruebas. En ese contexto, en los países que son parte de la Organización de

los Estados Americanos (OEA) se tiene el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

"La Corte puede actuar prueba de oficio en cualquier estado del proceso, siempre y cuando considere que la misma resulta útil y necesaria. Incluso puede oír a las víctimas, los testigos, y hasta los órganos de prueba como los peritos, así como a cualquier otra persona cuyo testimonio resulte fundamental". (Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009, art. 58 -literal a-).

Así, cuando la Corte estime que dicha actuación oficiosa resulta útil o necesaria y pertinente para el análisis del caso puesto a su conocimiento, procederá a incorporarla de oficio. Esto significa que, pese al resguardo de la imparcialidad de los jueces, siempre existirán supuestos que abran las posibilidades de actuación oficiosa, como sucede en los casos de derechos humanos, donde se moviliza la actuación de pruebas, la búsqueda de la verdad y el resguardo del derecho a las víctimas.

En el mismo sentido, se tiene que el Estatuto de Roma que instauró la Corte Penal Internacional le reconoce la facultad para poder ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves y que son de trascendencia internacional y con carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales, que pese a reconocer el principio de imparcialidad judicial también establece la prueba de oficio: "La Corte estará facultada para pedir todas las pruebas que considere necesarias para determinar la veracidad de los hechos" (Estatuto de la Corte Penal Internacional, 1998, art. 69 -numeral 3-). Como se observa, en este caso el reconocimiento es de discrecionalidad absoluta, en el entendido de no dejar en impunidad ningún crimen de este nivel.

2.5 Compatibilidad con la garantía de imparcialidad judicial

2.5.1 Definición y alcances del principio

La imparcialidad está referida a que el juez, funcionario del Estado, que tiene poder para solucionar un litigio puesto a su conocimiento por terceras personas, no puede estar vinculado ni mucho menos influenciado por ninguno de los sujetos partes del proceso, ni tampoco tener interés en lo que es el objeto litigioso, específicamente en lo referido a la valoración de los elementos de convicción que han sido recaudados y sustentados en el proceso de la investigación. De esta manera, los tribunales generan confianza a la sociedad que es parte de un Estado democrático de derecho, que busca conocer la verdad como herramienta indispensable para llegar a la justicia.

Es de precisar que, si bien, el principio imparcialidad judicial no está regulado en la Constitución Política del Perú, más si se encuentra como fundamento dentro del debido proceso y la tutela judicial efectiva, lo cual ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional de nuestro país, como un derecho implícito que forma parte de un derecho expreso, conforme se advierte del inciso 3) del artículo 139 de nuestra Constitución, el *status* del derecho al juez imparcial que forma parte del debido proceso.

La cuarta disposición transitoria de nuestra norma fundamental exige que toda disposición de carácter constitucional y que a su vez reconoce derechos fundamentales se deberá interpretar y aplicar de conformidad a la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 así como de los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias que hayan sido reconocidas por el Estado peruano.

En virtud de esa norma de interpretación se tiene que el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito en Nueva York en diciembre de 1966, vigente desde el 3 de marzo de 1976, así como el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, reconocen la necesidad de un tribunal imparcial e independiente, esto es, un juez libre de toda contaminación. Por su parte, Nataren (1999) nos menciona la sentencia 299/1994, mediante la cual el Tribunal Constitucional de España estableció lo siguiente

> El derecho a un Juez imparcial…, conforme ha sido reiterativo en la diferente doctrina del Tribunal, siguiendo la corriente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sentada en su [doctrina] (Sentencias de 26 de octubre de 1984, caso De Cubber, y de 1 de octubre de 1982, caso Parsec), por lo que sin duda respecto a la administración de justicia constituye una garantía fundamental (artículo 1.1 CE). (p. 74).

En lo que corresponde a nuestro país, en la Sentencia No. 02465-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional (2004) sostuvo que "la imparcialidad como garantía se vincula a las exigencias que son propias dentro del proceso penal, referidas a la independencia que debe tener el juez para con las partes y el objeto mismo del proceso. Por lo que ambas en su conjunto son una totalidad (…) (Fundamento 9) (Subrayado nuestro). Del mismo modo, respecto al derecho a ser juzgado por un juez imparcial, en la Sentencia No. 04298-2012-PA/TC nuestro Tribunal Constitucional (2013) ha expresado lo siguiente:

> En la sentencia recaída en el Expediente 0004-2006-PI/TC, FJ. 20, que (…) se ha establecido que el *principio de imparcialidad* judicial (…) tiene dos acepciones: a) La denominada *Imparcialidad subjetiva*, referida al interés del juez que pueda tener en el proceso, así como su vinculación con las partes; b) mientras que, la *Imparcialidad objetiva*, (…) está referida al aspecto o influencia negativa que pueda tener el juez dentro de la estructura y desarrollo del proceso (…). (Fundamento 8).

Cabe precisar la gran importancia que cumple el citado principio constitucional dentro del sistema jurídico, principio que tiene por finalidad principal tutelar los derechos fundamentales de las personas, aplicando el derecho objetivo al caso concreto. Por ser la imparcialidad un componente fundamental de la justicia, aquella se vería quebrantada cuando el juez, en ciertas circunstancias dentro del proceso, pretende servir a una de las partes o servirse a sí mismo, situación que no le permitirá cumplir realmente con la

función que se le ha encomendado. Como bien es sabido, la sociedad espera que los jueces sean árbitros imparciales, de manera que sus conflictos se decidan de acuerdo con la ley, respetando las bases normativas de cualquier concepción de justicia. Meroi (2007) dice que "cuando hablamos de imparcialidad nos estamos refiriendo a que el juez debe poner entre paréntesis todo tipo de subjetividades y solo sumergirse en el objeto mismo del proceso". (p. 384).

Uno de los valores primarios que debe de tener la jurisdicción debe ser la imparcialidad, la cual no puede verse contaminada con ninguna de las circunstancias que pueda darse en el proceso, esto es, libre de toda influencia que de alguna manera pueda afectar la decisión del juez. El juez no solo debe ser imparcial, sino también debe parecerlo, ya que es esto lo que va a trasmitir a la sociedad. En relación con esa imparcialidad, Talavera (2006) dice:

> Un elemento representativo del Derecho, íntimamente conectada con las exigencias de justicia y valores jurídicos básicos de la imparcialidad, son: la certeza, igualdad y la equidad. Es decir, la intervención de un *tercero imparcial* para la resolución de controversias, denominado por excelencia juez. (p.15)

Por su parte, Picó i Junoy (1998) sostiene "la imparcialidad judicial tiene, como una de sus garantías más firmes, el de una decisión justa, siendo por ello dicho principio un elemento constitucional" (pp. 25-26). De aquí que una de las características fundamentales del debido proceso es la imparcialidad judicial, un juez no contaminado con la prueba, lo cual hace que se convierta en una garantía constitucional para las partes procesales.

Tanto Talavera como Picó i Junoy consideran que la imparcialidad judicial es parte fundamental de la justicia y base de toda sociedad que espera árbitros imparciales, independientes en la administración de justicia. Los conflictos deben tener una respuesta legal que aspire a ser justa.

Complementando lo dicho por los dos autores anteriores respecto a la imparcialidad, Burgos (2013) agrega que esta "no solo es una calidad, sino también impone un deber a todos los que participan en la actividad jurisdiccional de proteger tal estado, compromiso que alcanza a los sujetos interesados en el conflicto contenido en el proceso judicial" (p. 592). La imparcialidad implica pues, que los jueces deben de juzgar libres de toda influencia, esto es, libre de factores externos ajenos a la causa a resolver.

La imparcialidad judicial debe entenderse como una garantía de rango constitucional de la administración de justicia, que no puede verse afectada por ciertas incertidumbres que puedan surgir del proceso, al obtener el juez, como bien refiere Pisfil (2018), "la condición de tercero desinteresado (…) de no ser parte, ni tener prejuicios a favor o en contra [. Esto se] manifestará en la neutralidad que mantiene en el proceso (…)" (p. 22). Solo así podremos decir que estamos frente a un juez imparcial, independiente y libre de toda contaminación, y que las decisiones que este emita las efectuara acorde a derecho, conforme lo manifiesta Escobar-Martínez (2009) cuando sostiene que: "el juez está en la obligación de dictar sentencia acorde a derecho y los principios que regulan una sociedad de derecho, no puede verse contaminado por prejuicios o subjetividades personales" (p. 188). En mérito a ello, se debe entender que un juez imparcial es un juez neutral, es decir, un juez que aplica el derecho, valorando la prueba con objetividad e imparcialidad. Se considera así que la neutralidad e imparcialidad son sinónimos en su aplicación, ya que como bien sostiene Cabanellas (2008), ser neutral significa "imparcialidad. Indiferente; por no ser de uno ni de otro de los contendientes o discrepantes (…)" (p.524)

Dentro de la actividad probatoria, el actual Código Procesal Penal regula la denominada actuación oficiosa, es decir, otorgar ciertas facultades probatorias al juez, actuación probatoria que muchos juristas consideran como una actuación disfrazada del sistema inquisitivo, toda vez que, otorgar facultades probatorias al juez significaría que este se vea contaminado con el acervo probatorio, situación que no le permitirá resolver con objetividad

la causa puesta a su conocimiento. Sin embargo, esto no es correcto, ya que la actuación probatoria judicial no menoscaba la imparcialidad judicial, toda vez que su actuación es excepcional que le permitirá resolver con objetividad, solo tiene por finalidad aclarar ciertas circunstancias que le permitirán crear convicción respecto a lo que va a resolver, por lo que su actuación es una actuación limitada que deberá motivar, precisando la pertinencia, conducencia y utilidad de esta.

Comparto las opiniones vertidas por los juristas que consideran que la prueba de oficio no quebranta el principio de imparcialidad judicial, al ser considerada un elemento constitucional del proceso penal, a efectos de emitir una sentencia justa, respetando, como bien sostiene Talavera (2006), "los valores jurídicos básicos de la imparcialidad (…): (…) igualdad y la equidad" (p. 15). Esto permitirá al juzgador emitir una sentencia acorde a derecho, sin prejuicios personales, máxime si como bien se ha señalado, lo que se busca dentro del proceso es una sentencia sustentada en la verdad de los hechos presentados por el Ministerio Público o al menos aproximarse a ellos. En ese sentido, nuestro Código Procesal Penal brinda las herramientas necesarias a efectos de que el juez, en su calidad de director del proceso, pueda participar en casos excepcionales en la actividad probatoria, disponiendo actuaciones oficiosas. Empero, dicha actuación oficiosa deberá estar debidamente fundamentada.

No comparto, por el contrario, lo sostenido por Meroi (2007) en el sentido de que el juez "debe introducirse en el objeto [del proceso], de manera objetiva y olvidándose de quién es él, su personalidad" (p. 384). En ese sentido, si bien es cierto que el sistema exige un juez imparcial, también lo es que su finalidad es administrar justicia emitiendo una adecuada decisión judicial teniendo pleno conocimiento de lo que va a resolver, situación que le permitirá actuar prueba de oficio solo en casos excepcionales y cuando sea estrictamente necesario. No obstante, a efectos de no extralimitar las facultades del juez, surge la necesidad de establecer parámetros que limiten su actuación, conforme se ha desarrollado precedentemente.

La definición y alcance de la imparcialidad judicial que asumimos es de una garantía constitucional del proceso penal, la cual no solo se encuentra sustentada en la Constitución dentro de la tutela jurisdiccional efectiva, sino también en los instrumentos internacionales de los que nuestro país es parte. En donde se exige una actuación judicial libre de toda contaminación en la actuación de la prueba, la cual corresponde solo a las partes. Tal y conforme señala Pico i Junoy (2007), cuando sostiene que: "son las partes quienes traen a juicio todo el material factico, no pudiendo el juez realizar ni alterar la actividad tendente a investigar o aportar otros hechos" (p. 156). Esto a efectos de evitar que el juez se vea influenciado con tales pruebas.

Sin embargo, no debemos de olvidar que el juez también tiene como finalidad administrar justicia, es decir, emitir una sentencia justa y acorde a derecho, ya sea condenando o absolviendo al acusado, y si para ello debe excepcionalmente actuar prueba de oficio, lo podrá realizar; dicha actuación no está transgrediendo el principio de imparcialidad judicial, al no tener dicha actuación oficiosa la finalidad de beneficiar alguna de las partes, su única finalidad es llegar a la verdad. Solo así el juez podrá cumplir con la labor que le ha sido encomendada.

Finalmente, se entiende entonces que en lo que respecta al denominado principio de imparcialidad judicial que regula el proceso penal acusatorio no se verá afectado cuando el juez excepcional y debidamente fundamentado disponga actuar prueba de oficio, en la medida que no se manifieste un interés indebido en el caso que beneficie alguna de las partes o que supla su deficiente actuación.

2.5.2 *Su vinculación con el principio de independencia judicial*

La independencia judicial implica ver al juez en el desarrollo de sus funciones, esto es, que en su actividad se garantice la autonomía y libertad individual del magistrado al momento de juzgar y decidir, lo cual no deberá

ser ilimitado o arbitrario, al tener como único referente la Constitución y la ley, por lo que de existir una contravención de garantía constitucional el proceso quedará viciado con la consecuente sanción de la conducta lesiva. En ese sentido, Pisfil (2018) señala que "La independencia judicial significa también que los órganos que administran justicia deben tener una mínima capacidad de autodeterminación que les permita cumplir con sus funciones dentro del marco legal y constitucional (…)" (p. 25). Dicho de otra manera, significa garantizar su independencia y libertad en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, sin injerencia de organismos externos e incluso internos, como lo son los demás órganos jurisdiccionales de mayor jerarquía.

Según Guarnieri, citado por Picó i Junoy (1998, p. 30), la situación anterior le permitirá al juzgador "la posibilidad de decidir en mérito a la conciencia y las máximas de la experiencia siguiendo las indicaciones de la norma". En otras palabras, resolver el caso puesto a su conocimiento con plena conciencia y voluntad, ciñéndose a una válida interpretación y aplicación de las leyes y la Constitución, obligándolo a olvidarse de sus convicciones, ya sean estos de carácter personal - moral, política y/o religiosa, etc.-, ya que esto le permitiría generarse un juicio anticipado de los hechos, que daría lugar a la pérdida de su objetividad y de esta manera una ineficacia en el desarrollo del proceso respecto a sus fines.

Aguiló (1997) por su parte, considera el principio de independencia como un deber de los jueces para administrar justicia (p.74). La independencia del juez implica también independencia con las partes, es decir, la posibilidad que tiene el juez de tomar sus propias decisiones sin verse influenciado por nadie ya sea por sus superiores jerárquicos o por presiones externas provenientes de personas jurídicas o naturales, situación que se lograría mediante un correcto nombramiento o consolidando la estabilidad como garantía en el cargo y ante posibles presiones que pudieran ejercerse sobre él.

La imparcialidad es una garantía procesal que se manifiesta dentro del proceso, el cual exige un juez obligado a dictar sentencia conforme a ley, respectando el debido proceso, sin prejuicios y convicciones personales, así como tampoco verse influenciado con la actividad probatoria, la cual corresponde única y exclusivamente a las partes.

Se concluye entonces que independencia e imparcialidad están vinculados necesariamente, sin independencia no podríamos hablar de imparcialidad, por lo que la relación es de implicación de un valor con otro.

2.5.3 La imparcialidad judicial y la prueba de oficio

La decisión del juez de actuar prueba de oficio puede definirse como una potestad excepcional que le es otorgada para actuar prueba dentro del proceso penal en el modo y forma establecido por ley en el juicio oral, la misma que se actuará en casos estrictamente necesarios, orientada a la búsqueda de la verdad y no como una simple resolución de conflictos. Así descrita, esta actuación no vulnera derechos constitucionales como es, el principio de imparcialidad judicial. El juez como director del proceso tiene una actuación dirigida a emitir una sentencia justa, respetando las garantías y derechos fundamentales de cada uno de los sujetos procesales.

Ricci, citado por Canelo (2017), afirma que "la prueba, en efecto, no es un fin por sí mismo, es un medio dirigido a un fin, destinado al hallazgo de la verdad" (p. 48), verdad que en el proceso penal está traducida a la verdad material, es decir, el juzgador deberá tener pleno convencimiento de que los hechos han ocurrido tal y conforme son plasmados en su sentencia. Sin embargo, como bien sostiene Gastón Abellán, citado por Pisfil (2018) que: "(…) La prueba judicial no es una actuación libre, por el contrario, está sujeta a reglas que, junto a la verdad, están destinadas a proteger otro tipo de valores" (p. 27), así como otros principios como son: unidad, comunidad, contradicción, inmediación, oralidad, originalidad de la actividad probatoria, ineficacia de la denominada prueba ilícita y el principio del *favor probatione*. Todos estos principios son considerados esenciales respecto a

su ofrecimiento, admisibilidad, conducencia y la valoración de su eficacia respecto a las pruebas presentadas en juicio; por lo que, la actividad probatoria recae exclusivamente en los sujetos procesales, en mérito a los principios de aportación de parte e imparcialidad judicial. Sobre este último principio, San Martín (2014) señala que: "permite garantizar una limpia e igualitaria contienda procesal, permite al Juez desempeñar un papel *supra parte;* por lo que su fin último es proteger la efectividad del derecho a un proceso con todas las garantías" (p. 85). Significa que el juez, como director del proceso, tiene una actuación orientada a respetar los derechos constitucionales del acusado como de los agraviados, sin involucrarse en el conflicto en sí mismo, al ser supra parte, está por encima de lo que se actúa en el proceso sobre cual tiene que decidir.

Sin embargo, Fajardo (2012) señala que "partiendo de la premisa del fin del proceso que garantiza la justicia y la paz social, se forja la concepción que el juez no debe ser un simple 'espectador'" (p. 165). Esto se traduce en el hecho de que el juez no debe convertirse en un ser inerte, que va a desempeñar un rol pasivo, mudo frente al conflicto, que no tiene contacto alguno con el acervo probatorio, el cual recae exclusivamente en las partes. Por el contrario, si bien el proceso penal actual exige la actuación de un juez imparcial, también es que, su actuación debe ser la de un juez activo. Por esta razón, el artículo 385.2 del Código Procesal Penal señala que, excepcionalmente, en casos estrictamente necesarios y debidamente motivados y justificados, el juez puede también practicar prueba de oficio, siempre y cuando la misma esté destinada a aproximarse a la verdad.

Lo expuesto en el párrafo precedente no es compartido por Velloso (2004). Para este autor, el juez es un tercero "que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio, más no posesión de parte, es decir, no puede ser juez y parte al mismo tiempo" (p. 146). Velloso sostiene que la actuación del juez debe ser la actuación de un juez inerte, pasiva, la de un tercero imparcial, que solo se limite a resolver en mérito a las pruebas aportadas por los demás sujetos procesales; posición que no es acogida por el sistema acusatorio flexible que regula nuestro actual sistema procesal

penal, toda vez que, si bien, conforme a los principios constitucionales de aportación de parte e imparcialidad judicial el juez no debe contaminarse con la prueba; también lo es que, en lo que respecta a este último principio, por sus propias características y a su concepto amplio en cuanto a su definición, no se pierde cuando el juez decide realizar actuaciones oficiosas.

Esto en mérito a lo señalado por el profesor Oré quien resalta (2011) que "un juez no puede tener interés en el proceso ni estar influenciado por ninguna de las partes" (p. 113). Su único interés debe estar orientado a administrar justicia y emitir una sentencia sujeta a derecho, en donde las partes no importando el rol que desempeñen dentro del proceso, si es agraviado o acusado, deben conocer lo que realmente pasó. Situación que hace que la misma sea ineludible en toda actividad jurisdiccional.

Sin embargo, como toda actuación probatoria también está sujeta a límites, no es absoluta, debe responder a una necesidad de tutela efectiva que buscan los justiciables, siendo uno de estos límites su excepcionalidad, lo que permite que el juez pueda disponer actuación oficiosa cuando sea estrictamente necesario sin tener que inclinarse a favor ni en contra de alguna de las partes; su único objetivo está destinado a aclarar incertidumbres que ha dejado el debate probatorio. El otro límite es la temporalidad, por ello el propio Código Procesal Penal establece una oportunidad en la cual debe de ser aplicada, siendo solo en la etapa de enjuiciamiento y únicamente después de haberse realizado el debate de la actuación probatoria propuesta por las partes, decisión que debe estar sujeta a contradictorio. Su ubicación después de concluida la fase probatoria hace evidente su excepcionalidad, pues funcionaría como un complemento de lo ya actuado.

La iniciativa probatoria que se le otorga al órgano jurisdiccional se enfrenta a fuertes críticas, siendo una de ellas la referida a la perdida de la institución de la carga de la prueba, aunado a que vivimos en una sociedad conflictiva y desconfiada de la conducta del magistrado, lo que hace que no tenga la seguridad de que el proceso se resolverá dentro de lo establecido

por el ordenamiento jurídico, poniendo en cuestionamiento su pronunciamiento final. No obstante, es de precisar que, si bien se da al juez cierta actuación probatoria, esta es una actuación limitada, por lo que su actuación no está destinada a suplir la actividad propia del acusado y del Ministerio Público, su actuación está destinada a diluir cualquier duda e incertidumbre respecto al debate probatorio o como bien sostiene Pisfil (2018), "corroborar ya sea la idoneidad, veracidad o integridad de algún medio de prueba. Siendo incluso ello una facultad del juzgador (y no una obligación), y de carácter muy excepcional" (p. 29). Por lo que dicha actuación oficiosa no es una actuación antojadiza y arbitraria por parte del juzgador, su finalidad es brindar una efectiva y real atención a los hechos materia de conflicto.

Respecto a la excepcionalidad de la prueba de oficio en nuestro país, se tiene la Casación No. 33-2014 (Ucayali) emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (2015) la cual ha enfatizado que el juez puede realizar la incorporación del audio o visualización que registre la primera declaración de la víctima en los casos de delitos contra la libertad sexual, el cual debe contar con un soporte que permita su incorporación; esto en mérito al interés superior del niño siempre y cuando por alguna razón el fiscal no lo incorporara (Décimo quinto considerando).

Según la casación precedente, el objetivo final de la función jurisdiccional es lograr "hacer justicia", por lo que el sistema exige la actuación de un juez activo, otorgándole así ciertas atribuciones probatorias limitadas, debiendo para tal efecto realizar una correcta ponderación a efectos de no ver sacrificados otros principios constitucionales que también forman parte de la estructura dogmática de nuestra Constitución, como es la justicia material. Con la actuación de la prueba de oficio no se busca suplir a ninguno de los sujetos procesales, sino que el juez tenga certeza y convicción respecto a lo que va a resolver.

2.5.4 *Diferencia con el deber de objetividad*

La objetividad se contempla como un deber del fiscal, sin que la norma procesal realice una mención sobre este deber en la tarea judicial, sin embargo, la objetividad está vinculada con la imparcialidad, de modo tal que, si decimos que le juez debe ser imparcial, de algún modo también debe ser objetivo.

El deber de objetividad es una dimensión del principio de imparcialidad judicial. Según Castillo-Córdova (2007), este principio radica en "las garantías que debe presentar el juez para excluir toda duda que pueda surgir respecto al proceso" (p.129). En otras palabras, garantizar tanto al acusado como al agraviado que no existe ninguna duda razonable sobre prejuicios o prevenciones en el órgano judicial. De aquí que sus decisiones no solo se emitirán valorando las circunstancias perjudiciales para el imputado, sino también las favorables a él, preservando la igualdad procesal.

Es de entender que, el principio de objetividad se tiene en cuenta en la intervención de los jueces en los asuntos sometidos a su conocimiento, resolviendo de manera correcta, esto es, en respeto al principio de legalidad. La actuación objetiva no solo es una expectativa del ciudadano que acude a buscar justicia, sino que es un medio para los propios magistrados, puesto que su observancia les permitirá evitar cualquier cuestionamiento respecto a sus actuaciones y que pueden acarrear posibles vicios en el proceso.

En relación con ese principio de objetividad, Orrego (2009) sostiene que "Tan objetivo será el Derecho cuan objetivos sean los jueces en el cumplimiento de su función, pues el juez es el paradigma del cual participa quien quiera que deba conocer el Derecho" (p. 600). Esto quiere decir que un juez objetivo es un juez que aplica el derecho correctamente, que se limita a resolver con acuerdo al acervo probatorio actuado. Ahora bien: "algo es 'objetivo' en cuanto que está ahí frente a nosotros (…) y, por ende, lo objetivo no es todo lo real, sino aquellos aspectos de lo real que se conmensuran con nuestro conocimiento" (Orrego, 2009, pp. 609-610). Es decir, un juez objetivo es un juez con un pleno sometimiento de lo que la ley

y el derecho establecen, y quien, conforme sostiene San Martín (2015) deberá: “elaborar la sentencia previa, observación directa, examen crítico del aporte probatorio que se obtiene respecto al acusado, así como de los medios de prueba que la sustentan” (p. 82). Dicho, en otros términos, resolver de acuerdo con lo discutido y debatido dentro del proceso penal sin permitir que circunstancias ajenas influyan en su decisión final, es decir, la sentencia.

Tanto Orrego como San Martín sostienen que el deber de objetividad es el deber fundamental de todo operador jurisdiccional al momento de administrar justicia, esto es, un tercero que tiene el deber de resolver con objetividad (aspecto que forma parte de la imparcialidad judicial), lo que le permitirá realizar una actuación correcta. Para ello, la labor jurisdiccional debe carecer de subjetividades.

Por otro lado, es de precisar que, en el Perú, el Ministerio Público es el ente llamado a respetar la objetividad de las investigaciones durante el proceso penal, es decir: “El Fiscal tiene la obligación de actuar con objetividad, para lo cual debe investigar los hechos, materia de delito, a fin de determinar la responsabilidad o inocencia del imputado. (…)” (Código Procesal, 2004, art. IV -numeral 2-). Esta objetividad no es la misma que regula a los operadores jurisdiccionales, pues la diferencia entre ambos radica en la actuación respecto al rol que desempeñan en el proceso penal. El Ministerio Público actúa con objetividad respecto de la investigación preparatoria, También continua en la etapa intermedia y el juicio oral con relación a la carga de la prueba, ponderando todas aquellas probanzas y situaciones que puedan perjudicar o favorecer al investigado. Siendo que, en la etapa conclusiva del debate, es precisamente donde el fiscal pierde parcialmente objetividad, toda vez que, es la etapa en donde el fiscal solicita una sentencia condenatoria. Sin embargo, pese a ello, rige nuevamente el deber de objetividad, en el entendido de que dicha pena solicitada debe estar sustentada en varios aspectos del proceso, entre los que figura el comportamiento del imputado, la calidad de los elementos de convicción determinantes y las condiciones subjetivas de aquel. Dentro de ese examen,

si existen circunstancias favorables para el imputado, estas deben ser motivo de análisis por el titular de la acción penal. La aplicación del principio de objetividad no es un valor atinente a la función, sino un deber normativo a lo largo del proceso penal y que corresponde primeramente al Ministerio Público.

En la fase jurisdiccional el principio de objetividad tiene otro matiz. Este principio radica en la valoración del juzgador en los hechos y probanzas puestas en su conocimiento por las partes o sujetos procesales, las cuales deben ser objetivas, libres de todo prejuicio de carácter personal que pueda influenciar en su decisión. Asimismo, tampoco debe estar contaminado con el proceso, es decir, en la medida de lo posible y cuando llegue el momento de tomar una decisión, el juzgador no debe tener conocimiento previo del asunto a conocer. De lo contrario, podría vulnerarse los principios intrínsecos a su función como son: objetividad e imparcialidad; los cuales funcionan como garantía de los derechos de las partes intervinientes, sobre todo respecto a los derechos fundamentales del acusado.

2.5.5 *Con la imparcialidad subjetiva*

Conforme se ha señalado, la imparcialidad se muestra en dos dimensiones: imparcialidad objetiva e imparcialidad subjetiva. En el presente caso nos avocaremos a esta última, a la imparcialidad subjetiva, la cual está referida a las concepciones personales que se hace el juez ya sea respecto a las partes o al caso que va a resolver. En la Casación No. 106-2010 (Moquegua) la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (2011) invocó la posición que asumió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso Piersack C. Bélgica) referida a que: " (…) la imparcialidad subjetiva está referida a la convicción personal que habría tenido el juez respecto al caso o a las partes, por lo que la imparcialidad subjetiva se presume, hasta que no existas prueba en contrario", Casación 106-2010- Moquegua (2011, 03 de agosto) Corte Suprema de la República, Sala Penal Permanente, fundamento 4.

Por su parte, en la Sentencia No. 00512-2013-PHC/TC, nuestro Tribunal Constitucional (2013) sostuvo lo siguiente:

La imparcialidad subjetiva, está referido a las exigencias que deben de existir dentro del proceso, es decir, independencia del juez para con las partes (Fundamento 3.3.4.)

En esa línea, queda claro que la imparcialidad subjetiva está referida a los aspectos o prejuicios de índole personal que existe en el juzgador y que podrían motivar que este se incline favorablemente respecto hacia una de las partes o hacia los fines del proceso, resolviendo conforme a sus intereses. En ese sentido, el compromiso con las partes procesales o con el resultado del proceso al que se hace referencia se verifica a través de relaciones que vinculan al juez con uno de los sujetos litigiosos, tales como el parentesco, la amistad, relación comercial o contractual, animadversiones o enemistades e incluso un interés netamente propio de aquel en el resultado del proceso.

Cabe precisar que mediante la Ejecutoria emitida en el Recurso de Nulidad No. 233-2019 (Ventanilla) la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (2020) sentó su posición sobre la imparcialidad en el extremo subjetivo. En esa misma ejecutoria, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia (2020) resalta que al haberse declarado la vulneración del principio de imparcialidad corresponde la nulidad de todo lo actuado y se emita nuevo pronunciamiento (…)". (Cuarto considerando)

El juez solo puede impartir justicia en las causas que le sean totalmente ajenas. No puede existir en él siquiera un mínimo de interés de índole personal en el resultado del proceso que vicie su deber de actuar con objetividad en su labor jurisdiccional. Ergo, la imparcialidad subjetiva se puede definir a través de la máxima "nemo iudex in causa sua", que alude a que el juez no puede intervenir en un proceso en el que tenga intereses personales. Por el contrario, es su deber comportarse como un tercero imparcial, ejerciendo su labor en asuntos que le son ajenos.

Es importante advertir que la imparcialidad subjetiva se asume en tanto no se demuestre lo contrario de manera indubitable. Asimismo, de verificarse dicha situación, el actual Código Procesal Penal peruano prevé mecanismos que permite a la parte afectada poder cuestionar si advierte que no existe imparcialidad en el juez, como es la recusación prevista en el artículo 54 del referido código adjetivo, así como las causales establecidas en numeral 1 del artículo 53 del mismo ordenamiento, como es el caso de la relación conyugal o parental siendo en este último caso, las referidas hasta el cuarto grado de consanguinidad y el segundo de afinidad, la enemistad o amistad manifiesta, las relaciones obligacionales de acreedor o deudor, entre otros.

Por otro lado, es de precisar que, dicha actuación oficiosa constituye una potestad del tribunal de averiguar la verdad, potestad prevista en la norma adjetiva para casos excepcionales tal y conforme se encuentra contemplados en los numerales 1 y 2 del artículo 385 del actual Código Procesal Penal. Estas excepciones habilitan la posibilidad de que el juzgador pueda actuar prueba, ya sea por propia iniciativa o a instancia de parte, o cuando resulte indispensable otras diligencias y que éstas no se hayan realizado en la investigación preparatoria por desconocimiento y hayan surgido del debate probatorio, o de las ya realizadas, se advierta que resultan insuficiente, como es, una inspección o diligencia de reconstrucción. La prueba oficiosa también es viable en el supuesto de que su necesidad y utilidad surja del propio debate para esclarecer la verdad.

Pues es evidente que la prueba de oficio no cubre las deficiencias de las partes ni mucho menos tiene por finalidad reforzar sus posiciones en controversia. Su finalidad está referida estrictamente a circunstancias o cuestiones surgidas del debate oral y que estén destinadas a aclarar las dudas que se han generado con la finalidad de alcanzar el correcto esclarecimiento de los hechos. Siendo este el único móvil que lleva al juez a disponer un acto procesal de índole excepcional.

No resulta válido convertir al juez en parte del proceso respecto al cual le asista la carga de la prueba, toda vez que, conforme a las reglas del sistema acusatorio, dicha actuación probatoria recae exclusivamente en el Ministerio Público, mientras que el juez en mérito al principio de imparcialidad judicial, referida a la imparcialidad subjetiva, le asiste la facultad de resolver con independencia y libre de toda contaminación, sin embargo, ello no significa que se le otorgue cierta actuación probatoria limitada en casos estrictamente excepcionales. La imparcialidad judicial subjetiva se encuentra sustentada en dos razones: En primer lugar, se configura por causales extra-proceso que inciden en el ámbito personal del juzgador; en segundo lugar, porque las pautas contenidas en el actual proceso penal respecto a la actuación del juez de disponer actuación probatoria, lo que permite garantizar que su actuación no se dará de manera deliberada para reforzar la posición de las partes o cubrir sus deficiencias; su actuación es excepcional y solo ante circunstancias que han sobrevenido del debate oral. La actuación probatoria oficiosa tiene un resultado incierto respecto a su resultado, su única finalidad es que el juez pueda acercarse lo máximo posible al conocimiento de la verdad, sin poder prever a qué posición respaldará dicha prueba.

En consecuencia, concluimos en que no existe contravención entre prueba de oficio y la denominada imparcialidad subjetiva. No se podría sostener una afectación entre ambas instituciones si dicha actuación probatoria cumple con los estándares que prevé la norma adjetiva para su aplicación, esto es, que su necesidad surja del debate oral y que sea indispensable para crear certeza en el juez sin vulnerar los derechos constitucionales de las partes. Precisamente en dicho criterio radica la compatibilidad entre la imparcialidad subjetiva y la prueba de oficio.

CAPITULO III

INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS CASOS DE EXCEPCIÓN

3.1 Importancia de identificar casos de excepción

3.1.1 Previsibilidad judicial

La previsibilidad está referida a acontecimientos futuros que pueden ser conocidos o supuestas hipótesis que pueden conocerse por intermedio de señales o indicios. La previsibilidad nos plantea el conocimiento anticipado que puede tenerse de un hecho determinado. Cuando nos referimos a la previsibilidad judicial estamos hablando de la "previsibilidad de las decisiones emitidas por los órganos judiciales", esto es, a la toma de decisiones prudentes sobre la base de la concepción de certeza-previsibilidad, la cual presupone la formación de expectativas sobre la situación de un hecho futuro esperado tomando como referencia cierta información extrajurídica que le es proporcionada.

La prueba de oficio se encuentra regulada en el numeral 2 del artículo 385 del Código Procesal Penal peruano. Por lo que su actuación deberá ser realizada de manera estricta e independiente en cada caso en concreto ya que dicha actuación le permitirá obtener una visión más completa de los hechos, analizando su pertinencia y su aporte y así poder tomar una decisión debidamente informada y corroborada, lo que le permitirá al juez emitir una sentencia con argumentos jurídicos sólidos y coherente con arreglo a ley, sustentado en la normas y principios constitucionales; de esa manera se

evitaría presuntas arbitrariedades que pueda crear inseguridad jurídica y como consecuencia de ello una actuación oficiosa ineficaz. Surge entonces la necesidad de tener que fijar casos estrictamente excepcionales en los cuales el juez pueda actuar prueba de oficio y de esa manera evitar que con su actuación se puedan efectuar cambios de criterio y discrecionalidad ilimitada.

Los casos de excepción estarían limitados exclusivamente sobre la prueba producida durante el juicio oral y cuando de por medio existan conflictos de derechos constitucionales que deberán ser ponderados, como es el caso del interés superior el niño, tenemos también el denominado derecho a la verdad que le asiste a las víctimas o a sus familiares respecto a los delitos de lesa humanidad, quienes tienen derecho a saber qué fue lo que pasó, cómo se suscitaron dichas violaciones. O también respecto al acusado, cuando se haya efectuado una defensa ineficaz que no se le haya permitido poder defenderse de la imputación que efectuara el titular de la acción penal.

Considerando lo antes expuesto, se tiene que, la actuación oficiosa solo estaría referida a las pruebas que tengan por finalidad complementar o corroborar los hechos que han surgido del debate, o pruebas sobrevinientes que hayan surgido del mismo, como lo sería, por ejemplo, cuando el juez se vea obligado a tener que llamar a testigos a declarar con la finalidad de corroborar información discutida en el debate, quien posteriormente podrá ser interrogado por las demás partes. O, simplemente, interrogar a un testigo ofrecido por las partes con la finalidad de aclarar un hecho que le haya producido alguna duda.

Solo de esta manera se podrá argumentar que, de ser posible que el juez decida realizar actuación oficiosa dentro del proceso, lo realizará con la finalidad de buscar la verdad de los hechos de lo que realmente habría ocurrido o al menos aproximarse a ellos, ponderando y armonizando los derechos en conflicto. Con dicha actuación excepcional el juez se plantea decisiones prudentes sobre la base de la concepción de certeza y conocimiento que debe de tenerse respecto a un hecho determinado. Siendo

finalmente esta la misión esencial del órgano jurisdiccional cuando administra justicia, tener certeza o convencimiento respecto de lo que va a resolver, ya que, de lo contrario, cuando el juez alberga dudas que no pueda eliminar, y se abstiene de ordenar actuaciones oficiosas a fin de no vulnerar su imparcialidad, no estaría cumpliendo con la misión encomendada por nuestra Constitución.

3.1.2 Evita excesos que si quebraría manifiestamente la imparcialidad judicial

Los excesos en los cuales se quebraría de forma manifiesta la imparcialidad judicial se producirían cuando el juez, utiliza su facultad para realizar actuación oficiosa realizando actividad probatoria de corte inquisitivo, esto es, una actuación probatoria activa ilimitada, reemplazando la actuación que la ley otorga exclusivamente a las partes. Esto ocurriría, como señala Pico i Junoy (2007), cuando "se le otorga al juez amplias facultades al extremo de participar en la actuación probatoria e incluso el interrogar al acusado, testigo, así como a los órganos de prueba" (p.150). O cuando el juez otorga "otro valor distinto a los medios probatorios acordados ex officio" (Pico i Junoy, 2007, p. 151). Hablar de un juez activo no es lo mismo que hablar de un juez inquisidor, el juez activo administra justicia y si para ello tiene que realizar actuación probatoria lo va a realizar en casos estrictamente excepcionales y limitada, que le permita tener convencimiento de lo que va a resolver; mientras que, el juez inquisidor va a buscar la prueba de manera ilimitada reemplazando la función exclusiva de las partes.

La actuación ilimitada del juez estaría evidenciando que ya no estamos frente a un juez imparcial, sino frente a un tercero con intereses que busca que una de las partes, resulte beneficiada con su decisión final (la sentencia). Cruz (2014) sostiene que estas extralimitaciones respecto a la prueba de oficio podrían estar referidas a: "Prueba oficiosa para determinar la sanción penal (…); prueba de oficio para reemplazar al fiscal sin poder combatirla" (p. 50). Esto es lo que precisamente se debe de evitar, el tener

que reemplazar la función propia de las partes y que esta se vea en situación de privilegio, de supremacía, respecto a la otra parte.

Esta actuación ilimitada del juez evidenciaría un abuso de poder que debe de evitar, sopesando con claridad cuál es su actuación dentro del proceso respecto al rol que desempeña. Esta labor del juez debe estar encaminada a una labor netamente imparcial, toda vez que, como bien manifiesta Ore (2016), "el juez con su aplicación no realiza labor de investigación, ni extralimita los límites del principio acusatorio y de imparcialidad, solo complementa la actividad probatoria proporcionada por las partes" (p.462). Su actuación no va dirigida a realizar actuación probatoria, su actuación solo debe estar referida a complementar la actuación probatoria ya existente.

Entendiéndose entonces que, la prueba de oficio tiene por finalidad aclarar incertidumbres que el debate probatorio le ocasionó, sin que esto implique vulnerar los derechos fundamentales de los sujetos procesales, a lo que Fernández (2005) denomina "el poder garantizar la participación de las partes en dicha actuación con igualdad y contradicción" (p. 344). De esa manera se evita que el juez efectúe una actuación subrogada y arbitraria, lo cual traería como consecuencia la distorsión del sistema acusatorio dando paso al sistema inquisitivo, con lo cual no solo entraría en crisis el principio de imparcialidad judicial, sino también la igualdad de armas que le asiste a los demás sujetos procesales y como consecuencia de ello, la vulneración del principio de imparcialidad.

3.2 Razones por las que se debe regular normativamente o no

Si bien es cierto el Código Procesal Penal peruano es de corte acusatorio, su finalidad es aproximarse a la verdad de los hechos, razón por la cual exige la actuación de un juez activo. Un juez que, como bien sostiene Castaño (2010), tenga una "función natural (…) que sea más importante que la de emitir sentencias: (…) esto es, la de un juez que 'hace justicia'" (p.

181), un juez que administre justicia conforme a las funciones que le han sido encomendadas.

En mérito a ello, el artículo 385.2 del Código Procesal regula la excepcionalidad de la actuación oficiosa, la cual, conforme la propia ley lo establece, se efectuará en casos estrictamente "necesarios"; sin embargo, hasta el momento no se han establecido límites específicos respecto a su aplicación. Al ser abierta e ilimitada su aplicación, puede convertirse en una herramienta arbitraria y contraria a los derechos fundamentales.

Este vacío normativo exige la necesidad de establecer los parámetros de obligatorio cumplimiento que el juez debe cumplir a efectos de evitar arbitrariedades. No obstante, se debe admitir que la regulación de dichos límites hace surgir incertidumbres respecto a su desarrollo, ya sea en la jurisprudencia como en el propio Código Procesal Penal.

Conforme a las entrevistas que se han realizado a los propios magistrados del Poder Judicial para efectos de la presente investigación, estos han señalado que los casos de excepcionalidad respecto a la prueba de oficio no deben ser establecidos dentro del Código Procesal Penal, toda vez que, ello implicaría limitar su actuación propia de discrecionalidad cuando decidan excepcionalmente recurrir a dicha actuación oficiosa. Más bien, sostienen que los parámetros de limitación deben ser desarrollados en la jurisprudencia del Poder Judicial a través de un precedente vinculante, el cual tendrá por finalidad desarrollar criterios vinculantes o persuasivos que deberán cumplir las cortes u órganos judiciales en caso tengan la necesidad de realizar prueba de oficio. Estos casos de actuación oficiosa serían los siguientes:

- La excepcionalidad judicial, toda vez que la actuación oficiosa es limitada, no existe una posibilidad abierta de actuar cualquier prueba de oficio respecto a los hechos, materia de acusación. Por el contrario, el juez está en la obligación de "ceñirse solo a los hechos que han sido objeto de discusión en el desarrollo del juicio oral"

(Pico i Junoy, 2007, p.156). Solo a hechos que son materia de acusación fiscal.

- Solo se efectuará cuando sea estrictamente necesario y tenga por finalidad contrarrestar o verificar las fuentes de prueba que son justamente las actuaciones propuestas por los sujetos procesales. No se debe "incluir prueba que no hayan sido ofrecidas por las partes, pues ello inclinaría la balanza, ya sea a favor como en contra del acusado". (Burgos, 2013, p. 613)
- Deberán ser pertinentes y conducentes sin que ello implique que con dicha actuación se pretenda reemplazar al fiscal o a la defensa.
- Todos los participantes intervinientes partes del proceso participan en la práctica de dicha prueba y de esa manera poder cuestionarla si lo consideran pertinente. "Con este límite se resguarda escrupulosamente el denominado derecho de defensa" (Pico i Junoy, 2007, p. 159).
- "Prueba sobre prueba". Al respecto, Montero, citado por Burgos, Bustamante y Espinoza (2019), refiere que "su finalidad no es probar hechos a favor o en contra para el acusado, sino de verificar su existencia en el proceso; es decir, comprobar los hechos" (p.73). Es decir, la prueba de oficio se actuará única y exclusivamente sobre las pruebas que han sido aportadas al juicio bajo el principio de legalidad y que han sido materia de discusión en mérito al principio de contradicción; la cual tendrá por finalidad comprobar si el hecho es o no fiable, no afectando de esta manera la imparcialidad objetiva.

Es importante traer a colación la opinión de Fernández (2005), quien afirma que el juez no puede predicar "la ausencia de toda intervención judicial dentro del proceso penal, por lo que es necesario tratar de conjugar el carácter acusatorio con la tendencia a la búsqueda de la verdad" (p. 327). Esto porque la actuación oficiosa permitirá al juzgador, con las debidas garantías constitucionales que regula el proceso penal, formar convicción respecto a los hechos, materia de acusación, lo cual le permitirá emitir una sentencia debidamente motivada y sustentada en la verdad de los hechos. Tal situación no implica vulnerar el principio de imparcialidad judicial, por

cuanto estamos frente a una actuación limitada que no está en contra de la acusación o de la defensa ni tampoco está destinada a favorecer a una de las partes. Su finalidad será únicamente la de crear convicción del juez y así poder otorgar una efectiva tutela judicial.

3.3 Tratamiento jurisprudencial de los casos de excepción

3.3.1 Por principios o derechos

3.3.1.1 Por la presunción de inocencia

Considerado un derecho constitucional que le asiste al acusado, frente a posibles ataques indiscriminados que pueda ejercer la acción estatal y que como consecuencia de ello se afecte sus bienes o derechos constitucionales, es decir, se deben respetar las reglas del debido proceso. Por lo que, toda persona que es sometida a un proceso penal debe ser considerada inocente mientras no exista sentencia judicial que determine su responsabilidad.

Hay que entender que, aunque el Estado tiene a cargo la represión delincuencial, la presunción de inocencia es una limitación a dicha represión del *iuspunendi*, salvaguardando así la libertad y dignidad del acusado, convirtiéndose en el papel central de objeto de derechos del proceso penal. En ese sentido, Brown (2007) afirma que "la prueba debe ser valorada por el juez tomando en cuenta la presunción de inocencia del acusado, el cual debe ser rebatido o destruido con prueba y luego ser plasmada en la sentencia" (p. 41). Así, si bien el acusado ingresa al proceso penal con una acusación fiscal en su contra, esta no determina su responsabilidad, toda vez que, como bien manifiesta Brown, existe un procedimiento que se debe de cumplir en donde es la prueba debatida y discutida, respetando las garantías constitucionales la que finalmente desvanecerá o determinará su responsabilidad.

Este derecho constitucional está reconocido por nuestra Constitución, cuando señala que, mientras no se determine la responsabilidad penal a través de una sentencia, toda persona debe ser considerada inocente"

(Constitución Política del Perú, 1993, art. 2 -numeral 24, literal e-). A lo que San Martín (2014) considera "como un derecho subjetivo que le asiste a todo imputado durante todo el proceso, mientras no exista prueba, aunque sea mínima para destruir dicha presunción" (p.102). Por lo que el procesado no puede ser considerado culpable mientras no se determine dicha culpabilidad en una sentencia.

Conforme se ha referido anteriormente, la presunción de inocencia está reconocido en nuestro país, en la Constitución Política y a nivel internacional, en los tratados internacionales a los cuales el Perú se ha adherido. He aquí como está reconocida expresamente esta garantía:

- "Se presume la inocencia de toda persona que es inculpada de un delito, mientras su responsabilidad no sea legalmente establecida. (…)". (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, art. 8 -numeral 2-).
- "Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que la presunción de inocencia se presume, mientras que la culpabilidad se prueba (…)". (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, art. 11)
- "Derecho constitucional que es amparado bajo los mismos términos por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, (1948, art. 26)
- "Así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, (art. 14 -numeral 2-)

Como se observa, este principio constitucional se ha convertido en directriz para el control de la actuación persecutoria iniciada por el Ministerio Público, el cual deberá ser respetado en el transcurso de todo el proceso penal por los operadores de justicia. Siendo este como bien señala Fernández (2005), "el equilibrio entre la represión de la delincuencia por parte del Estado y el considerar a una persona inocente durante todo el trámite del proceso" (p.120). Esto significa tratar de encontrar el nexo

lógico entre ambas características: por una parte, evitar generar impunidad, buscando garantizar la eficacia de los derechos de control judicial; y por otra, evitar presuntas arbitrariedades que puedan afectar al imputado.

Al relacionar este derecho constitucional con el tema objeto de investigación se encuentra el siguiente supuesto:

- **Frente a una duda a partir de una situación sobreviniente**

La presunción de inocencia siempre ha sido materia de análisis *ut supra*, de lo que se colige que constituye una garantía que le asiste a toda persona sometida a un proceso penal. En virtud de esta garantía, una persona será considerada y tratada como inocente mientras su culpabilidad no haya sido acreditada plenamente a través de una sentencia, cuando se haya superado el estándar de duda razonable y declarada a través de una sentencia judicial debidamente motivada.

Sin embargo, este derecho no es absoluto, para que sea enervado se requiere como condición necesaria que la responsabilidad penal del imputado haya sido demostrada más allá de toda duda razonable, fruto de la prueba actuada en el juzgamiento y con el debido respeto de las garantías constitucionales nacionales e internacionales que le asisten al imputado.

Partiendo de esa premisa, se tiene que, es el Ministerio Público quien, tiene la carga de la prueba al ser titular de la acción penal, la misma que será aportada al proceso a través de la acusación y debatida por los sujetos procesales en el desarrollo del juicio oral, es dicha prueba actuada la que determinará la culpabilidad o inocencia del sujeto sometido al proceso penal. En lógica consecuencia, no resulta legítimo la condena a una persona basada en simples sospechas o sin pruebas que permitan generar en el juzgador convicción de la ilicitud del hecho incriminado y como consecuencia de ello su responsabilidad penal, ya que ello implicaría vulnerar abiertamente la presunción de inocencia que le asiste a todo acusado o procesado.

Por lo expuesto hasta aquí, podemos apreciar que la presunción de inocencia exige la realización de una actividad probatoria suficientemente capaz de generar convicción en el juzgador, lo que implica que, ante la duda, se deberá absolver al imputado. Conforme se encuentra plenamente establecido en el numeral 1 del artículo II del título preliminar del vigente Código Procesal Penal peruano.

De otro lado, es necesario señalar que, la presunción de inocencia permite delimitar el *onus probandi* en el ámbito penal, siendo que, la carga de la prueba recae exclusivamente en el titular de la acción penal, denominado órgano persecutor, en tanto que el imputado si bien no está en la obligación de demostrar su inocencia, ello no significa que este no tenga el derecho de acreditar hechos que le permitan desvirtuar la hipótesis acusatoria, lo puede efectuar en mérito al derecho de defensa que le asiste así como el derecho de contradicción en el proceso instalado en su contra.

Siendo así que, el fiscal deberá ofrecer las pruebas de cargo que permitirán acreditar su hipótesis incriminatoria para su actuación y su posterior debate en la etapa del juicio oral. Por su parte, el imputado, a través de su defensa, tiene el derecho de aportar todas las pruebas que considere relevantes para desvirtuar dicha hipótesis si asume una estrategia activa y no se ampara en la presunción de inocencia. Sin embargo, dichos ofrecimientos deben ser efectuados conforme al principio de preclusión, que impone a las partes procesales la obligación de ofrecer sus medios de prueba en las oportunidades señaladas en la norma procesal y, en su defecto, esos medios de prueba no serán admitidos para su actuación.

La obligación de ofrecer medios de prueba de forma oportuna sanciona con la imposibilidad de ofrecerlos con posterioridad a aquellos que, pudiendo haberlo hecho en la etapa legalmente prevista para ello, no lo realizaron, ya sea por omisión dolosa o por negligencia, lo cual permite llevar a cabo un proceso ordenado y sin dilaciones. Respecto a la

oportunidad que se tiene para poder ofrecer las pruebas dentro del proceso, es en la etapa intermedia.

Ofrecida y admitida que fuera la prueba, se inicia la etapa del juicio oral, quedando así establecido el objeto de debate; siendo esta la forma como regularmente funciona un juzgamiento. Sin embargo, también se puede presentar datos o hechos omitidos o nuevos en el desarrollo del juicio oral, colocando al juzgador en una situación de incertidumbre respecto a la culpabilidad del imputado o cualquier aspecto nuclear de la imputación. Hay que precisar que, estas posibilidades se presentan en escenarios predeterminados por ley: 1) Al inicio del juzgamiento en el ofrecimiento de nueva prueba; 2) Cuando se formula una acusación complementaria; y 3) Con la disposición de prueba de oficio.

Estas cuestiones sobrevenidas ameritan una actividad probatoria que permita al juez tomar decisiones fundadas en datos y hechos debidamente acreditados. Siendo esta posibilidad y ante presuntas dudas que el juez desea aclarar, lo que le permite actuar la denominada prueba de oficio.

Como ejemplo, tenemos el caso en el que un sujeto es procesado por la comisión del delito de violación a la libertad sexual, respecto del cual, para el juzgamiento se tiene la existencia de un hijo, cuya identidad genética no corresponde al supuesto autor del hecho, lo cual ha sido científicamente corroborado en el curso de la actividad probatoria a través de una prueba de ADN. También podemos imaginar el hecho de que la víctima de violencia física o psicológica presente una declaración jurada en el juicio para retractarse de los cargos inicialmente realizados. Esto exigiría al director de debates la necesidad de actuar, prueba que permita establecer la veracidad o falsedad del contenido de dicha declaración jurada. O la presencia de un puño gráfico diferente al del presunto autor en documentos que se le atribuyen.

De ambos ejemplos, se aprecia que la duda surgida en el desarrollo del juicio determina la necesidad judicial de tener más información o un

complemento, y en aras de una aproximación a la verdad, el juzgador puede disponer actuación probatoria oficiosa pertinente y útil. Frente a estos casos, considero legalmente válido que el juzgado recurra a su potestad de actuar prueba de oficio que le permita corroborar o descartar este nuevo dato surgido en el debate o duda sobreviniente, decisión que evidentemente no afecta en nada el principio constitucional de imparcialidad judicial que le asiste al juez, toda vez que su finalidad es aproximarse a la verdad de los hechos, desconociendo realmente cuál será el resultado de dicha actuación probatoria.

Por el contrario, si el juez dejara pasar desapercibida dicha situación, y pese a ello se pronuncia en contra del imputado, considero que sí se estaría afectando el principio de presunción de inocencia, toda vez que se estaría condenando a una persona, pese a existir una duda razonable.

Cabe mencionar que, conforme al principio acusatorio, la carga de la prueba recae exclusivamente en el Fiscal como titular de la acción penal, también es que, dicha norma adjetiva habilita que, ante circunstancias sobrevinientes que pudieran darse, el juez también puede realizar actividad probatoria de manera excepcional, cuidando siempre de no reemplazar a las partes.

Como sostiene Sánchez (2009), “Conforme al Código Procesal Penal, si se pretende conocer debidamente los hechos en el juicio oral, se considera importante la actuación de la prueba de oficio” (p. 193). Por su parte, San Martín (2015) indica que:

> “(…) la primacía de aportación de parte prima en el juicio oral (art. 353.2c NCPP). Empero, en mérito a la relevancia del interés público, más no excepción al principio de investigación, se permite al órgano jurisdiccional actuación probatoria, iniciativa que respondería a los principios de oficialidad y legitimidad de llevar a cabo actuación probatoria que le permita

> tener certeza sobre los hechos que vienen alegando las partes (…)" (pp. 61-62).

En ese sentido, conforme lo establece el actual Código Procesal Penal, existe la posibilidad que después de efectuado el debate, el juez pueda actuar prueba de oficio, siempre y cuando la misma resulte útiles y pertinente para aproximarse a esa verdad que busca el proceso penal (Código Procesal Penal, 2004, art. 385 -numeral 2-). San Martín (2015) resalta que el citado artículo consagra dos requisitos que limitan la potestad del juzgador para actuar prueba de oficio: "i) que estos sean indispensable y necesarios para conocer la verdad; y, ii) que dicha actuación no reemplace a las partes" (p. 62).

De lo expuesto en el párrafo precedente, se advierte que nuestro legislador ha priorizado la búsqueda de la verdad en la actuación judicial dentro del proceso penal, por lo que al emitir un pronunciamiento definitivo sin aclarar las dudas o cuestiones surgidas del propio debate se estaría vulnerando, en algunos casos, el derecho de que las victimas puedan conocer la verdad y/o sus familiares o la sociedad, y en otros casos, también se estaría afectando la presunción de inocencia que le asiste al acusado.

Por lo expuesto, es de concluir que, si el juez decide actuar prueba de oficio en los supuestos planteados, ello no implica definitivamente que tenga que suplir la actuación de una de las partes y vulnere su imparcialidad, toda vez que únicamente estaría procurando alcanzar el nivel de certeza que le permita emitir su decisión final sin un ápice de duda. En otras palabras, se estaría dando cumplimiento al deber de esclarecer la verdad a través de medios de prueba manifiestamente útiles.

3.3.1.2 Por el principio de interés superior del niño

Este principio constitucional se encuentra consagrado dentro de nuestro ordenamiento jurídico -artículo IX del título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes-, así como en los instrumentos internacionales

de los cuales nuestro país es parte, como lo es, la Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art.19.

Asimismo, en su Sentencia No. 01665-2014-PHC/TC el Tribunal Constitucional (2015) de nuestro país ha reconocido la prioridad del principio del interés superior del niño, señalando que: "Los jueces que resuelvan casos donde se tenga que decidir derechos y deberes relacionados con niños y adolescentes deberá aplicar las disposiciones que aseguren al máximo el disfrute de sus derechos fundamentales (…)". (Fundamento 23)

Se puede inferir de la normatividad citada, que el Estado y la administración de justicia en general, ya sea esta la nacional como internacional, al momento de emitir sus decisiones judiciales y en donde se encuentren involucrados menores de edad, deberán tener como prioridad "el interés superior del niño" sobre cualquier otro derecho constitucional. Sobre este particular, Aguilar (2008) afirma que "no solo existe una protección especial para con los menores, toda vez que estos son también sujetos derechos (…)" (p. 234). Es decir, los niños son sujetos de derechos que deberán ser reconocidos a plenitud por las autoridades jurisdiccionales al momento de decidir una causa. Lo que se busca dentro de un proceso en el cual se encuentre involucrado un menor de edad, es proteger los derechos de su infancia.

Debe entenderse que cuando la Convención sobre los Derechos del Niño establece que el interés superior del niño debe prevalecer ante cualquier otro derecho constitucional, está estableciendo que existen derechos que pueden ser restringidos a efectos de garantizar la eficacia de los derechos del niño y del adolescente. Como resalta, Freedman (2005):

> La Convención establece que existen derechos respecto a los cuales no se permite su limitación, y que perduran frente a derechos colectivos y de terceros, denominados "núcleo duro" constituyendo ello un límite para la actuación estatal, estos derechos están referidos específicamente a los siguientes derechos: vida, identidad, salud, nacionalidad, educación, nivel de vida adecuado, recreación, etc., así

> como también al respeto a las garantías establecidas en el derecho penal y procesal penal. (p.117).

Muchos autores han enfatizado respecto al carácter de “prioridad” que se le ha dado al referido principio constitucional. En ese sentido, han manifestado que tal situación no debe llevar a interpretaciones diversas en los magistrados al momento de emitir resoluciones judiciales en las que se tenga que adoptar decisiones que conlleven a la afectación del citado principio constitucional, ya que ello generaría inseguridad jurídica en el sistema judicial, puesto que, su carácter de “prioritario” no solo ha sido reconocido dentro del sistema de justicia nacional, sino también en el ámbito internacional.

En contraposición, otros juristas lamentan que la Convención recogiera dicho principio amparado en el principio del “interés superior del niño” porque consideran que tanto a los organismos nacionales como internacionales se les estaría permitiendo un amplio margen de discrecionalidad que puede traer como consecuencia la afectación de derechos constitucionales de igual magnitud. El resultado de esta situación tendría como consecuencia la debilitación al derecho de la tutela procesal efectiva que buscan los sujetos procesales.

Sin embargo, es una realidad que muchos menores de edad se encuentran en estado de vulnerabilidad en nuestra sociedad, lo cual hace que sean blanco y/o presas fáciles de diversos delitos, como delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, de abuso sexual, delito de violencia física o psicológica, delito de trata de personas o delitos de lesa humanidad, siendo sus agresores, en la mayoría de veces, parte del vínculo familiar y/o hasta incluso organizaciones criminales, y en donde muchas veces solo ellos son testigos de dichas agresiones, denominados estos como “delitos clandestinos”. Esta situación exige que el sistema les brinde amparo legal y protección correspondiente, debiendo para tal efecto los operadores de justicia otorgar las garantías necesarias y pertinentes capaz de proteger su integridad, ya sea física y/o emocional, y coadyuvar al esclarecimiento de

los hechos, evitando siempre su revictimización, permitiéndoles encontrar justicia y de alguna manera resarcir el daño ocasionado.

El actual Código Procesal Penal es la expresión de un sistema procesal penal acusatorio en el que existe igualdad de armas a fin de evitar superioridad y/o privilegios respecto a las partes, mientras la actuación del juez es regulada por el principio de imparcialidad judicial. Sin embargo, Fernández (2005) sostiene que "no puede predicarse una ausencia total de la intervención judicial respecto a los objetivos que este persigue, debiendo para tal efecto unir el carácter acusatorio con la denominada encontrar la verdad" (p. 327). Precisamente, este es el objetivo que busca el proceso penal, llegar a la verdad o al menos aproximarse a dicha verdad.

A efectos de poder garantizar la eficacia del derecho de control judicial en especial cuando estamos frente a agraviados que son menores de edad, el actual proceso penal faculta al juez actuar de manera excepcional prueba oficiosa en el desarrollo del juicio oral, lo cual se efectuará solo cuando esta sea estrictamente necesaria. Casos de estas pruebas documentales serían, por ejemplo, la entrevista de una menor de edad ante la cámara Gesell, como ya lo he señalado en un caso referido al delito de violación sexual resuelto mediante la Casación No. 33-2014 (Ucayali), en donde el juez decidió introducir al juicio oral la entrevista de la menor brindada ante la cámara Gesell. Mediante esta actuación, el juzgador trató de buscar la verdad priorizando el principio constitucional del interés superior del niño respecto a los demás derechos constitucionales, con lo que de esta manera evitó que la menor agraviada vuelva a ser revictimizada respecto a un hecho que por su naturaleza ya ocasionó un grado daño emocional en su persona. Otro caso podrían ser los informes periciales que tengan por finalidad de complementar o aclarar exámenes médicos o psicológicos, certificaciones o constataciones, que pueda llevar a duda sobre el hecho o sobre la víctima.

El juez, aunado a las máximas de sus experiencias y sana crítica, deberá adoptar los mecanismos necesarios que prioricen los principios y

derechos constitucionales que protegen a los menores cuando dicho principio y derechos entren en conflicto con otros derechos y principios de igual magnitud. Al respecto, en su Observación General No. 7 (Realización de los derechos del niño en la primera infancia), el Comité sobre los Derechos del Niño ha expresado lo siguiente: "Que todas las medidas que afecten a menores de edad, se aplicara el principio del interés superior del niño, exigiendo medidas activas, destinadas a proteger sus derechos, así como promover su supervivencia, crecimiento y bienestar (…)". (Unicef, 2014, p. 104).

El juez podrá resolver de manera razonada para lograr que los menores -niños y adolescentes- víctimas de delitos que atentan contra su vida, integridad física, emocional y hasta sexual y que ven afectado su desarrollo emocional– puedan obtener una eficiente tutela judicial.

A manera de conclusión, se puede decir que si bien el actual proceso penal acusatorio peruano garantiza la imparcialidad del juez, su característica no es su pasividad probatoria, ya que ello lo convertiría en exclusivo garantista del acusado, convirtiéndose en meros árbitros pasivos del aparato estatal, desconociéndose el verdadero valor de la justicia, máxime si conforme se ha manifestado que de por medio existen menores de edad que buscan justicia y un amparo legal y cuyos derechos fundamentales son considerados "núcleos duros" del sistema internacional, por lo que sus derechos deberán ser priorizados por la administración de justicia. La actuación oficiosa del juez no debe entonces estar destinada a establecer la responsabilidad penal del procesado, sino más bien destinada a garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales y constitucionales de los menores de edad.

3.3.1.3 Búsqueda y esclarecimiento de la verdad

La palabra "verdad" deriva del latín *veritas,* la cual es definida por Cabanellas (2008) como "adecuación entre la palabra y el pensamiento, como veracidad o sinceridad (v). Juicio que no cabe negar racionalmente.

La realidad (v). Los hechos ciertos de una causa o proceso" (p. 344). Sin embargo, el concepto "verdad" es tan amplio y complejo que ha sido materia de estudio de muchos filósofos, entre ellos Platón, quien fuera citado por Canelo (2017), sostiene que verdad es "una propiedad de nuestro pensamiento y nuestro lenguaje (verdad lógica). Indica que nuestros juicios se conforman, en cuanto a su contenido con la realidad que quieren reflejar" (p.27). Por su parte, Zamora Acevedo (2014) citando a Taruffo (2010) la define como "la cualidad de muchas personas que inspira confianza y son de fiar, y su correspondiente prohibición de mentir" (p.152). En este último caso, se trata de una verdad subjetiva, ya que está basada en la característica interna de la persona, en su modo de transmitir lo que dice y piensa, respecto a lo que ocurrió.

Empero, si hablamos de verdad desde el ámbito jurídico, esta verdad estaría referida a la que se transmite a través de la prueba, cuya finalidad estaría destinada a lograr el convencimiento del juez penal en el proceso. Una verdad que Superti (1998) denomina "verdad real de lo acontecido" (p. 219). Esta denominación no es compartida por Canelo (2017), quien considera que la finalidad de la prueba no es descubrir la verdad, "esta verdad tiene como finalidad lograr el convencimiento del juez. El juzgador solo emite una sentencia cuando está convencido de que los hechos sucedieron de ese modo, la certeza no es necesariamente la verdad" (p. 43). Esto último significa que el director de debates de acuerdo con las pruebas que han sido aportadas por cada uno de los sujetos procesales y estrategia utilizadas obtiene un convencimiento de lo discutido y debatido en el juicio, lo cual no significa que ello sea lo que realmente ocurrió.

Esta verdad denominada verdad material o "verdad procesal", ya que las partes, a través de la recolección de datos proporcionados y debatidos dentro del proceso, narran la forma y circunstancia del hecho materia de controversia y quiénes serían los presuntos responsable del mismo. No obstante, conforme se ha manifestado, tal verdad no es absoluta, puesto que como bien sostiene Canelo (2017), "dicha verdad es inalcanzable debido a la relatividad de su definición; por el contrario, su finalidad es lograr el

convencimiento del juez" (p. 41). O, dicho de otra manera, lo que las partes pretenden lograr a través del acervo probatorio presentado es que el juez crea en sus respectivas historias.

No se puede hablar entonces de una verdad absoluta, en donde el juez es juez y parte, ya que esta es propia del sistema inquisitivo, en donde debido al poder que este ejercía se valía de todos los medios para encontrar su verdad, tomando el juez un papel protagónico activo en el proceso ya sea como investigador y acusador al mismo tiempo, sin respetar los derechos fundamentales que le asistían al acusado. Es decir, el juez tenía una actuación activa e ilimitada en la actuación probatoria. Justamente esta es la diferencia entre la verdad real y la verdad material, también denominada procesal.

La verdad real, conforme se ha manifestado, es propia del sistema inquisitivo, mientras que la verdad material o procesal tiene por finalidad "esclarecer la verdad", a eso que Galain (2013) denomina "verdad histórica limitada normativamente" (p.74). Una verdad que se centra en una sucesión de hechos sujeta a limitaciones que garantiza el respeto irrestricto de los derechos constitucionales, sucesión denominada "investigación oficial de la verdad", y a la que Arbulú (2015) dice "se le asigna un alto rango de interés estatal y público" (p. 11).

Es importante precisar que para obtener la "verdad procesal", el Código Procesal Penal vigente ha otorgado al juez cierta participación limitada en la obtención de la prueba, conforme lo señala Ore (2016), cuando refiere que "se justifica la proposición de nuevos medios probatorios ya sean los aportados por las partes, e incluso los que decida actuar el juez" (p. 458). Esta actuación probatoria se realizará excepcionalmente de manera motivada y sometida a contradictorio una vez culminado el debate probatorio con la única finalidad de aclarar o completar ciertas incertidumbres en el juez producto del debate probatorio, para de esa manera corroborar ciertas hipótesis. No solo tiene por finalidad reconocer los derechos que le asiste a la parte agraviada o documentar los hechos

considerados violentos en una sociedad, sino también llegar a esa verdad que le asiste al imputado con relación a su participación o no en el hecho imputado, verdad que Picó i Junoy (2007) denomina "'verdad procesal' o 'verdad judicial', esa verdad que se circunscribe a la realidad fáctica acotada en los escritos de calificación, a la que todo proceso intenta llegar en base en lo que en él conste y se discute" (p.154). Es decir, tener plena convicción de lo que ocurrió, permitiéndole de esa manera emitir una sentencia debidamente motivada.

En relación con la búsqueda de la verdad material, Bovino (2005) dice:

> Que el objeto del procedimiento penal es averiguar la verdad material con las oportunidades que la ley le prefije, por lo que no necesariamente debe conformarse con lo que el Ministerio Público y el imputado le aporten, lo cual no implica que los jueces sean responsables de la actividad probatoria que tiene por finalidad destruir el estado jurídico de inocencia del acusado, pues ello "significa poner en riesgo su imparcialidad, convirtiéndolo en acusador"; lo que el juez busca es "encontrar la verdad denominada verdad objetiva, esto es, conocer la hipótesis planteada dirigida contra una persona. (p. 62).

La gran importancia que tiene el juez cuando decide actuar "prueba de oficio" la podemos apreciar especialmente cuando se encuentra frente a los casos de transparencia pública, en donde, por conflicto de guerra o secreto de Estado, nuestra norma procesal vigente le otorga ciertas facultades probatorias al juez conforme lo establece el art.165-numeral 3-del Código Procesal Penal.

Esta regulación se debe a que, como bien se sabe, muchas entidades del Estado se niegan a entregar la documentación correspondiente con el argumento de secreto o la confidencialidad.

En otro ámbito, se tiene que los procedimientos de búsqueda de la verdad que la ley establece no son definitivos e inimpugnables. Ticona

(2011) resalta que todo proceso, por contener un procedimiento de contenido objetivo que sirve para buscar la verdad, “tiene que ser revisable pero inaccesible a intromisiones no objetivas, como órdenes, consideraciones personales, etc.” (p. 23). Esto significa que debe ser sujeto a un control constitucional respecto a su aplicación, ya que como se ha manifestado, estas actuaciones son “excepcionales” y no “obligaciones” que podrá aplicar el juez de manera independiente, valorando la sana crítica y el debido proceso. Al respecto, parafraseando a Echandía (2012) se sostiene:

> La sentencia que emite el juez tiene que estar sustentada con lo que esté debidamente probado de acuerdo con las pruebas aportadas y debatidas en el proceso, de ahí la importancia de otorgarle facultades para que pueda realizar actuación oficiosa, situación que le permitirá decidir con absoluto conocimiento y convencimiento de la causa, es decir, de lo que realmente habría pasado y conforme a derecho. (p. 59)

La emisión de un fallo basado en una verdad resulta ser una “verdad procesal al surgir del proceso, a la cual el juez deberá de ceñirse siendo justa y legal, aunque estemos frente a una realidad diferente” (Echandía, 2012, p. 59). Considerando lo expuesto, cabe precisar que la verdad procesal es la verdad que se obtiene de las pruebas presentadas y debatidas en el desarrollo del juicio oral, y sobre las cuales el juez efectúa una libre valoración, conforme a la sana crítica, la lógica, la ciencia y la experiencia. Esto le permitirá llegar a la denominada certeza judicial sobre el hecho jurídico penalmente relevante, para posteriormente emitir una sentencia, ya sea afirmando que está probada la comisión del delito y la responsabilidad del acusado o, caso contrario, absolviendo a este de la acusación fiscal.

3.3.1.4 Derecho a la verdad de las víctimas de delitos de lesa humanidad

Cuando nos referimos a la verdad como un derecho, queremos explicar que está vinculado principalmente con los derechos humanos, un derecho internacional el cual protege el derecho de las víctimas violentadas de manera directa o de sus familiares, como sucede en los

> casos de desapariciones forzosas por ejecuciones extrajudiciales, homicidios políticos y las torturas. En estos casos, las víctimas se enfrentan al propio Estado con la finalidad de conocer qué fue lo que ocurrió y de esa manera evitar que sus causas no sean archivadas por falta de esclarecimiento o deficiencia en la investigación, exigiendo así un correcto juzgamiento y, como consecuencia de ello, una sanción.

Aunque actualmente este derecho no está plasmado como un derecho autónomo en el sistema jurídico peruano ni en los tratados internacionales de los que nuestro país es parte, más si se encuentra desarrollado en la jurisprudencia que emitiera la Corte Internacional de Derechos Humanos, ya que, como bien señala la Resolución N° 9 /11 de las Naciones Unidas, se destaca su gran importancia cuando señala que:

> "La comunidad internacional reconoce el derecho que le asiste a las víctimas, a sus familiares y a la sociedad en general que es víctima de violación que afecte los derechos humanos, así como las graves violaciones al derecho internacional humanitario. A conocer la verdad respecto a dichas violaciones, así como el que conozcan la identidad de sus autores y como se suscitaron dichas violaciones" (p.3).

Por otra parte, en su documento oficial OEA/Ser.L/V/II.152 (Doc. 2), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que el denominado derecho a la verdad ha surgido como parte de la falta de respuesta por parte de los estados a las graves violaciones de los derechos humanos, lo cual se ha visto plasmado debido a una deficiente investigación, juzgamiento y como consecuencia de ello la falta de sanción frente a estas vulneraciones". (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2014, p. 17 -numeral 4-).

Considerando los instrumentos internacionales anteriores, surgen dos interrogantes: 1) ¿Cuál es la función del Estado frente a tales afectaciones?; 2) Si en muchos de estos casos tenemos como principal actor de este tipo de delitos al propio Estado, ¿de qué manera se puede garantizar el

cumplimiento de este derecho fundamental? Tal vez sea por cuestiones como estas que nuestro sistema de administración de justicia tiene un rol protagónico en la investigación de delitos comunes o delitos de lesa humanidad, los cuales traen como consecuencia la desaparición forzada de sus víctimas, lo que hace surgir así la incertidumbre e interrogante de sus familiares, de "qué pasó con las víctimas", el "cómo y por qué ocurrieron dichos hechos", para finalmente preguntarse "dónde están". Preguntas estas que merecen una respuesta por parte del ámbito jurisdiccional y de esa manera pueda satisfacer esa inquietud.

Frente a la responsabilidad del Estado en supuestos de desapariciones forzadas, en el instrumento oficial OEA/Ser.L/V/II.152 (Doc. 2) se ha insistido en las obligaciones que le corresponden de conformidad con los instrumentos internacionales. En ese sentido, "es una obligación que los Estados de oficio realicen una efectiva búsqueda que tenga por finalidad ubicar a las víctimas desaparecidas forzosamente con la finalidad de establecer la verdad de lo que realmente ocurrió" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2014, p. 29 -numeral 64-). (…) "Considerado este como un elemento fundamental y condicionante que tiene por finalidad la protección de ciertos derechos fundamentales, como son, la libertad personal, la integridad física, la vida y el reconocimiento a la personalidad jurídica" (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2014, p. 28 -numeral 61-).

Conforme se advierte, los instrumentos internacionales permiten la actuación oficiosa dentro del proceso penal con la única finalidad de conocer qué fue lo que ocurrió, es decir, conocer la verdad, un derecho que le asiste a las víctimas, lo cual le permitirá al juez emitir una sentencia justa, permitiendo que estas o sus familiares tengan el derecho a conocer qué fue lo que pasó. Y en el caso de haberse consumado la desaparición forzada, saber cuál es el paradero de sus víctimas, de ser el caso, darles cristiana sepultura y sancionar a los responsables.

Aquí es importante advertir que tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostienen que existe una relación entre el derecho a la verdad y los derechos a las garantías judiciales:

> El derecho a la verdad está vinculado de manera directa con los derechos a las garantías y protección judicial, derechos que se encuentran regulados en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana y los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. Asimismo, en algunos supuestos, el derecho a la verdad está relacionado con el derecho de acceso a la información, establecido en el artículo IV de la Declaración Americana y el artículo 13 de la Convención Americana. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2014, p. 6 -numeral 13-).

Tales garantías judiciales están referidas al cumplimiento irrestricto del debido proceso, lo cual ha sido reiterado en la jurisprudencia internacional. En mérito a esa verdad, el juez está facultado para realizar prueba oficiosa si conforme a lo debatido y discutido en el proceso se considere pertinente. Con ello no se está vulnerando los derechos fundamentales del acusado, como la "presunción de inocencia" e "imparcialidad judicial", tal y conforme lo sostienen muchos juristas, puesto que dicha actuación oficiosa es una actuación limitada que solo tiene como finalidad encontrar esa verdad que se busca cuando se está frente a crímenes de lesa humanidad. Además, en estos delitos existe una regla imperativa de evitar la impunidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que las autoridades encargadas de investigar deben ordenar las medidas oportunas y necesarias encaminadas a la búsqueda del paradero de las víctimas cuando este se desconoce. En ese contexto, la Comisión ha expresado que cualquier investigación que se desarrolle en el ámbito judicial "debe desarrollarse correctamente, exhaustiva, breve e imparcial, y todas las líneas de investigación deben estar orientadas a identificar a los autores vinculados en la comisión del referido ilícito penal, solo de esa manera pueda ser sometido

a un juzgamiento que nos dará lugar a una sanción". (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2014, p. 36 -numeral 77-)

Según lo expuesto en el párrafo precedente, la investigación debe ser efectuada de manera oportuna, disponiéndose las actuaciones probatorias pertinentes, explotando todas las líneas de investigación posibles, lo cual permitirá al magistrado resolver en el menor tiempo posible la investigación, ya que es bien sabido que estos delitos son complejos, y que muchas veces las víctimas no encuentran la justicia esperada.

Es por ello que la Comisión interamericana sostiene que de acuerdo a los bienes jurídicos que recaen en este tipo de investigaciones, obliga a que se tenga que duplicar los esfuerzos que permita lograr el objetivo que busca la investigación, puesto que el paso del tiempo en algunos casos, imposibilita obtener las pruebas y/o testimonios, haciendo que resulte ineficaz las diligencias probatorias destinadas a esclarecer los hechos, que nos permita identificar a los presuntos responsables del hecho incriminado, a los partícipes si los hubiera, solo de esa manera se podrá determinar la responsabilidad penal y como consecuencia de ello su respectiva sanción. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2014, p. 40 -numeral 62-)

Son muchos los bienes jurídicos que pueden verse afectados dentro de un proceso. Pueden ser la vida, la integridad física, entre otros. Si bien en muchos casos su afectación resulta irremediable, también lo es que, la finalidad del juez es administrar justicia, y para ello, como bien sostiene la Corte Interamericana, se debe de redoblar esfuerzos con la finalidad de aclarar lo que ocurrió, finalidad que no solo logrará con la aportación de prueba. También se requerirá de actuaciones oficiosas excepcional cuando sea estrictamente necesario con la finalidad de aclarar incertidumbres en el juzgador, respetando los derechos que por ley asiste a los demás sujetos procesales.

Es importante señalar que en lo que respecta a los instrumentos internaciones, tenemos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos

quien ha insistido en la necesidad que tienen las autoridades de asegurar el curso de las investigaciones, señalando que:

> "Se puede garantizar la efectividad de las investigaciones partiendo de una línea lógica, tomando en cuenta su complejidad, y la estructura en la que se encuentran ubicadas las personas vinculadas, evitando así, presuntas omisiones que se puedan suscitar en la investigación". (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2014, p. 36 - numeral 78-).

Como conclusión, podemos decir que la verdad como "derecho", si bien no se encuentra reconocido explícitamente por nuestro ordenamiento jurídico (dicho derecho ha sido desarrollada en sus sentencias por el Tribunal Constitucional) así como en la jurisprudencia internacional en donde tiene cierto protagonismo, especialmente en los delitos internacionales, como son los delitos de lesa humanidad, en donde se han producido violaciones masivas y sistemáticas de los derechos fundamentales por parte de diversos estados y en los cuales las víctimas o sus familiares esperan tener un juicio justo. Delitos en los cuales el Estado es la parte acusada. También es que, el Estado tiene la obligación de investigar, procesar y finalmente castigar a quienes resulten responsables, revelar a las víctimas y a la sociedad lo que ocurrió, identificando su paradero y/o, de ser el caso, la indemnización de estas en caso de que hayan quedado en un estado de incapacidad total que les impida desarrollarse libremente y lograr su proyecto de vida.

Es importante precisar que la imparcialidad judicial es un principio constitucional del procesal penal, el cual no se verá afectado con la actuación oficiosa, porque la finalidad de los operadores es hacer justicia, buscan conocer "la verdad del hecho", respetando el debido proceso. Sin embargo, esta finalidad en muchos casos se ve frustrada cuando se solicita al Estado a revelar información respecto a circunstancias y los motivos que habrían llevado a la comisión de dichas violaciones masivas y sistemáticas, información que en muchos casos se niega a proporcionar escudándose en el llamado "secreto de Estado", obligando entonces al operador judicial a

adoptar las medidas apropiadas que contribuyan a la lucha contra la impunidad y restauración de la democracia, respetando todas las garantías, exigiendo de esta manera un correcto juzgamiento y, como consecuencia de ello, una sanción.

3.3.2 Por los fines a alcanzar

3.3.2.1 Por la eficacia del interés punitivo

Hablar de interés punitivo es hablar del *ius puniendi*- capacidad que tiene el Estado para poder identificar como punibles ciertas conductas humanas y establecer las sanciones correspondientes, respetando los límites propios del ordenamiento jurídico, como es, el debido proceso y el respeto irrestricto de los derechos fundamentales del ser humano, para así poder lograr la paz social que se busca en un Estado de derecho.

Actualmente, vivimos en una sociedad con un alto índice de criminalidad, en donde los legisladores, con la finalidad de contrarrestar dichas cifras, se han visto en la necesidad de endurecer las penas cada vez más. Sin embargo, dicha decisión solo ha traído como consecuencia una sobrepoblación carcelaria descontrolada y una población cada vez más insegura que no cree en el sistema de justicia al ver que sus intereses se están vulnerando. Frente a estas críticas al sistema punitivo penal, surgen las siguientes interrogantes: ¿Realmente estamos frente a un sistema eficaz? ¿Se cumplen con las funciones de prevención, ya sean estas de carácter general y especial? ¿Se logra con la finalidad de resocialización de quienes infringen la ley?,

El sistema punitivo eficaz está referido al conjunto de normas y procedimientos que tienen por finalidad regular un Estado derecho. Así, tenemos un Código Penal que tipifica los delitos y faltas, y un Código Procesal Penal que regula dicho procedimiento, sujeto a las garantías constitucionales que el referido ordenamiento jurídico exige. Asimismo, se tiene a las personas que vinculan la normativa citada con dicha función, es

decir, los jueces, todo ello con la finalidad de lograr una eficiente administración de justicia.

Tal sistema cumplirá con las funciones de prevención general y especial cuando el juzgador, a través de las técnicas empleadas, los bienes jurídicos a proteger y las sanciones penales a aplicar dentro de un proceso penal, impone las sanciones correspondientes contra sus infractores. Sanciones que no deberán ser decisiones antojadizas e infundadas, sino que más bien deben estar debidamente fundamentadas y acreditadas, respetando los principios y reglas que establezca el sistema constitucional en materia penal. El estándar de legitimidad que busca el derecho penal en la forma de ejercer el poder sancionador debe provenir de un marco valorativo que el respectivo modelo fija en nuestra Constitución.

Queda claro, entonces, que las decisiones que emita el juzgador debe adoptarlas teniendo plena convicción de los hechos, así como también de la responsabilidad penal del acusado, situación que le permitirá castigar eficazmente, imponiendo la sanción correspondiente a quienes han violentado bienes jurídicos. Al respecto, parafraseando a Perdomo (2005) sostiene que "el Estado a través del *ius puniendi* podrá imponer una pena siempre y cuando la responsabilidad el acusado se encuentre acreditada" (p. 54). Es decir, cuando la actuación probatoria presentada y debatida por el Ministerio Público haya sido lo suficiente como para viciar la presunción de inocencia del acusado y, por tanto, resulta merecedor de una sanción penal. Con esto se evitaría que muchos delitos queden impunes.

Si, por el contrario, después de efectuado el debate probatorio surgieran dudas respecto a las circunstancias de cómo se habrían suscitado los hechos, el juez podrá aclarar dicha incertidumbre disponiendo actuar prueba de oficio excepcional, solo cuando sea estrictamente necesario, conforme a lo previsto en el Código Procesal Penal, al ser esta una facultad que la ley otorga al juez pero que la misma deberá actuarse de manera discrecional, sin tener que reemplazar la actuación de las partes. En este supuesto, el tribunal garantizará que en casos excepcionales donde se

requiera actuación de la prueba de oficio se obtendrían resultados punitivos efectivos. Todo ello aunado a la sana crítica y tomando en consideración que con dicha actuación no se vulneren derechos fundamentales.

Nuestro Código Procesal Penal vigente nos presenta un nuevo desafío. De aquí que sea necesario estudiar el rol que desempeña cada uno de sus protagonistas dentro del proceso penal y de esa manera lograr que el proceso penal cumpla su finalidad y así evitar que estemos frente a un sistema jurídico ineficaz. Es de entender entonces que, la carga de la prueba recae estrictamente en el titular de la acción penal garantizando la defensa y cumplimiento de los derechos fundamentales del acusado sobre la base de un poder limitado sujeto a los principios de necesidad, exclusiva tutela de bienes jurídicos y protección de derechos humanos (derecho penal garantista). Por su parte, el juez es el director del proceso y tercero independiente que se limitará a aplicar la praxis jurídica con la concientización de la función política de juzgar y aplicar la norma vigente, controlando la actividad represiva del Ministerio Público. Asimismo, el juez garantizará el respeto a los principios regidores del derecho criminal sustantivo y adjetivo, así como el cumplimiento irrestricto de los derechos que le asiste a los sujetos procesales, especialmente en lo que respecta a la carga de la prueba en el juicio oral. Siendo importante resalta que, siempre se debe respetar el principio constitucional de presunción de inocencia del acusado, el cual representa, como dice Andrés (1983) “el verdadero banco de pruebas de la calidad del [proceso penal]” (p. 292). Por lo que este principio es crucial para determinar un debido proceso, esto es, si se respeta adecuadamente la presunción de inocencia, estamos frente a un proceso judicial justo y legítimo.

Debiendo entenderse entonces que la actuación del juez dentro del proceso penal, no es la de un juez pasivo, ya que como sostiene Chica (s/f), esto “dejaría la puerta abierta o la invitación a los asociados para que arreglen sus diferencias por su propia cuenta, porque el mecanismo provisto por el Estado es ineficaz e inviable” (p. 20). Por el contrario, la actuación del juez dentro del proceso penal es la de un juez activo- lo cual no significa

un juez inquisidor- es la de un juez que buscará resolver teniendo plena convicción de los hechos, respetando los derechos constitucionales de los sujetos procesales.

Partiendo de las premisas anteriores, se puede concluir que estamos frente a un Código Procesal Penal que asume como uno de sus fines la eficacia punitiva, finalidad que se alcanzará cuando el juez y el fiscal actúan de acuerdo con sus funciones, desempeñando cada cual el rol que le corresponde dentro del proceso penal. Nuestra norma adjetiva penal también establece los dispositivos legales que le permiten al juez aclarar ciertas incertidumbres con la finalidad de aproximarse a la verdad de los hechos y así poder emitir una sentencia acorde a derecho, evitando de esta manera que muchos delitos queden impunes y se pueda alcanzar la justicia y, como su lógica consecuencia, la paz social de nuestra sociedad.

3.3.2.2 Por el interés de evitar impunidad en determinados delitos

La impunidad es uno de los obstáculos más serios y graves que atraviesa nuestra administración de justicia, no solo por afectar el adecuado disfrute de los derechos humanos, sino también la paz social dentro de un Estado de derecho. La impunidad debe ser entendida como la incapacidad o la negativa de las autoridades de investigar, perseguir, juzgar y sancionar conductas reprochables penalmente y, como consecuencia de ello, que los presuntos agraviados queden en indefensión y no puedan obtener una posible reparación civil por el daño ocasionado.

Las conductas que el derecho penal reprocha penalmente son las conductas que denomina “delitos” y que están prescritos en un código penal. La comisión de estos delitos activa el aparato estatal, iniciando la etapa de la investigación, persecución y, de ser el caso, la correspondiente sanción penal. De aquí la relación existente entre el derecho penal y la norma procesal, ya que como manifiesta Perdomo (2005), “no se puede entrar al estudio procesal sin partir de las instituciones propias del derecho penal que establece el principio de culpabilidad” (p. 53). No se puede hablar de

proceso penal si previamente no se ha infringido la norma penal, la cual está referida a los fundamentos penales materiales que traen como consecuencia la obligatoriedad de la sanción punitiva del Estado. Es decir, como bien sostiene Aros et al. (2017), se debe entender al derecho penal como "un instrumento creado por el Derecho para juzgar y no necesariamente para condenar" (p. 151). El derecho penal da lugar a la instauración del proceso penal, en el cual se presentará y debatirá la acusación presentada por el Ministerio Público cuya actividad probatoria será debatida conjuntamente con la actividad probatoria presentada por la defensa en el desarrollo del juicio oral, lo que le permitirá al juez tener pleno convencimiento de los hechos respecto a los cuales va a resolver y así poder emitir la sentencia correspondiente.

Sin embargo, en los últimos años se ha evidenciado la "impunidad" como un problema grave dentro de un Estado de derecho, convirtiéndose en un obstáculo no solo para un adecuado disfrute de los derechos fundamentales y la paz social, sino también porque ha afectado gravemente el sistema económico del país. El código procesal penal moderno brinda las herramientas e instrumentos necesarios que permiten al juez actuar con total imparcialidad y con todas las garantías judiciales y constitucionales que el proceso penal acusatorio exige para merituar y valorar las pruebas aportadas, y de ser el caso, aplicar excepcionalmente y cuando lo considere estrictamente necesario la actuación oficiosa, cuya finalidad está destinada solo a complementar o aclarar incertidumbres como consecuencia del debate probatorio.

Aquí es importante precisar que la participación del juez en la actuación probatoria es limitada, es una actuación excepcional legal, la cual, se actuará en la etapa pertinente, siendo, en este caso, en la etapa del desarrollo del juicio oral, después de efectuado el debate probatorio y solo en casos estrictamente necesarios cuando existan dudas que se requieren aclarar con la única finalidad de aproximarse a la verdad de los hechos.

Pico i Junoy (2007) sostiene que “Si el tribunal decide excepcionalmente actuar prueba de oficio, lo efectuará desconociendo qué parte va a resultar beneficiada con la misma; lo contrario implicaría infringir su deber de imparcialidad” (p. 149). Esto significa que su actuación solo estará limitada a administrar justicia, evitando así que el derecho penal entre en crisis. Del mismo modo, se evitará crear impunidad, especialmente cuando nos encontramos frente a delitos complejos, como el delito contra la vida, el cuerpo y la salud- homicidio, delitos de lesa humanidad, trata de personas, así como los delitos referidos a la libertad sexual. Estas situaciones darán lugar a que la prueba aportada al proceso y debatida en el desarrollo de la etapa del juicio oral, en la mayoría de los casos, necesite ser aclarada o complementada por el juzgador.

El juez no debe de olvidar que lo que se busca a través del proceso penal es aproximarse al derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a que las víctimas obtengan una reparación (F. Gómez, 2008). El derecho a conocer qué fue lo que ocurrió y de esa manera ver resarcido el daño ocasionado. En ese sentido, Castaño (2010) trae a colación dos grandes interrogantes: “la prueba oficiosa judicial en materia penal (…), ¿acaso (…) atenta el proceso? o ¿efectuando una ponderación, hasta qué punto puede primar los derechos fundamentales denominados de estirpe individual frente a los derechos fundamentales de carácter social?” (p. 176).

Respecto a la primera interrogante, se tiene que la actuación oficiosa no vulnera el debido proceso, pues ella es una facultad legal establecida en el código procesal penal destinada específicamente a complementar o aclarar incertidumbres que el debate probatorio ha dejado en el juez, mas no se trata de una actuación con rasgos inquisitivos en la que el juez también estaba a cargo de la prueba, acción que recae exclusivamente en el Fiscal. Ore (2016) sostiene que en el caso de disponerse actuaciones oficiosas “se deberá previamente sustentar su pertinencia, conducencia y utilidad” (p. 365). De esa manera, las partes puedan ejercer su derecho de defensa, situación que permitirá cumplir con los fines del proceso garantizando la

eficacia de los derechos que son objeto de control judicial. Materializándose de esta manera, la justicia.

En cuanto a la segunda interrogante, esta está referida estrictamente al derecho que le asiste a las partes, siendo que, los de estirpe individual están referidos exclusivamente a los derechos que le asiste al acusado, siendo, en este caso, el derecho a tener un juez imparcial y el derecho a que se respete su presunción de inocencia, mientras que los derechos fundamentales de carácter social están referidos a la defensa de la sociedad, a la protección de sus bienes jurídicos. Al entrar en conflicto ambos derechos constitucionales (los de carácter individual y los derechos de carácter social), el juez deberá efectuar el test de ponderación tomando en cuenta el "principio de efectividad de los derechos", con lo que se evitaría así la impunidad en determinados delitos de cierta complejidad.

Castaño (2010) sostiene "que el juez no solamente debe perfilarse garantista en lo que respecta a los derechos de los justiciables, del individuo en sí, sino que, también lo debe de ser para los "garantista de los derechos sociales" (p. 177). Para lograr tal finalidad, hará uso de todos los mecanismos que el código procesal penal le otorga, aunado a la sana crítica, y de esa manera brindar un sistema de justicia eficaz. Citando a Pérez, Castaño (2010) agrega que de ninguna manera el juez "ha sido creado para ser un juez estático destinado a aplicar leyes, jurisprudencia y/o recordar normas, así como hacer una remembranza de los principios generales del derecho. Un juez ha sido concebido por la Constitución para 'administrar justicia y de esa manera culminar con la incertidumbre y así poder lograr la paz pública (…)" (p. 181). Se trata de un juez capaz de resolver conflictos con imparcialidad y sujeto a derecho, valiéndose de las herramientas que el propio código penal le otorga, como es la actuación oficiosa la cual es actuada de manera excepcional y por única vez cuando el juez lo considere estrictamente necesario y útil para resolver el proceso, emitiendo así una sentencia con plena convicción de los hechos. Solo de esta manera se puede decir que el juez cumple con la finalidad para la cual ha sido nombrado.

3.4 Uso del test de proporcionalidad

El test de proporcionalidad es un instrumento que nace en los tribunales constitucionales europeos. Su objeto es valorar si las limitaciones o restricciones impuestas a un derecho fundamental por cualquier norma infra constitucional es adecuada o acorde a la Carta Fundamental. Dicho análisis se realiza a partir de la concepción de que ningún derecho es absoluto, aplicando para ello el test de proporcionalidad basado en los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En el ordenamiento peruano, el test de proporcionalidad ha sido aplicado por los órganos jurisdiccionales y, principalmente, por nuestro Tribunal Constitucional. En relación con esta aplicación, surge una interrogante: Frente a un conflicto de derechos constitucionales de estirpe individual y los demás derechos constitucionales de igual nivel de eficacia, ¿hasta qué punto priman los primeros respecto a los segundos mediante el desarrollo del test de proporcionalidad? Respecto a esta interrogante, es importante traer a colación lo dicho por Bernal Pulido (2014):

> El principio de proporcionalidad es un principio de carácter mundial aplicado en el ámbito jurisdiccional, su finalidad radica en aplicarlo cuando nos encontramos frente a controversias que lesionan derechos fundamentales, por lo que dicho principio se subdivide en tres subprincipios: i) la necesidad de ponderar dos derechos constitucionales en conflicto, ii) La idoneidad, esto es, si es idóneo sacrificar uno de dichos derechos constitucionales, y iii) Si ello es necesario sustentado en el mandato de ponderación. La finalidad es que con cada subprincipio se pueda satisfacer la limitación que se efectuará respecto a cada limitación de un derecho fundamental en conflicto. (p. 34)

Dentro del proceso, el juez no solo adopta un papel protagónico respecto a las funciones que desempeña como director del proceso, sino que también debe cumplir con las funciones que por ley se le han encomendado. En mérito a estas facultades, cuando el juez está frente a un conflicto entre

un derecho fundamental y la restricción de este derecho, necesariamente deberá aplicar el test de ponderación, y la finalidad es determinar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de los derechos en conflicto, test que le permitirá determinar si dicha afectación resulta constitucional. Díaz (2011) sostiene que dicha medida "tiene por finalidad evaluar la constitucionalidad de las medidas que restringen los derechos fundamentales (…). Examen que permitirá encontrar de manera eficaz una correcta decisión judicial" (p. 174).

A través del test de proporcionalidad, el juzgador evaluará la relación de correspondencia, equivalencia o equilibrio entre los valores o principios constitucionales y su afectación a través de alguna medida. Después de efectuado dicho examen y superado este, el juez estará en condiciones de decidir si aplicará dicha afectación por resultar legalmente viable. Esta decisión deberá estar debidamente motivada y teniendo plena convicción de que el beneficio obtenido con la afectación de un derecho fundamental tendrá mayor o igual intensidad que la afectación del otro derecho constitucional.

Una situación controversial se evidencia cuando el juez, después de realizado el debate probatorio, le surge la necesidad de tener que actuar prueba de oficio, con la finalidad de aclarar ciertas cuestiones que le permitan tener el convencimiento y/o certeza de lo que va a resolver en la sentencia. Para ello se debe tener presente que el juez no solo es un tercero imparcial, es un tercero que, sobre todo, administra justicia, por lo que sus decisiones deben estar debidamente motivadas y sustentadas en lo que realmente habría ocurrido. Por lo que, la controversia que surge entre algunos juristas de que la actuación judicial oficiosa, es considerada un retroceso al extinto sistema inquisitivo, no sería lo correcto, toda vez que, la prueba de oficio cumple una finalidad y está sujeta a parámetros que el juez debe de cumplir, sin perder su rol de tercero imparcial así como el estricto cumplimiento de los principios de contradicción e imparcialidad judicial, mientras que el sistema inquisitivo convierte al juez, en juez y parte al mismo tiempo, teniendo una actuación ilimitada dentro del proceso penal.

Ahora bien, si con dicha actuación probatoria dispuesta por el juez, entran en conflicto dos derechos constitucionales como son: el denominado principio constitucional de presunción de inocencia (considerado este derecho de estirpe individual), frente al derecho constitucional del interés Superior del Niño, (considero derecho de estirpe colectivo), corresponderá al juez realizar el test de ponderación respecto a los derechos constitucionales en conflicto, debiendo para tal efecto establecer su idoneidad, su necesidad así como la proporcionalidad en sentido estricto respecto a la medida que se va a adoptar.

Tal medida en nada vulnera la imparcialidad judicial, por el contrario, más bien le permitirá al juez encontrar el equilibrio existente entre el beneficio y el fin constitucionalmente protegido y los bienes jurídicos que podrían verse afectados. Sin embargo, dicha decisión sí exigirá al juez una debida fundamentación y motivación respecto al derecho constitucional que se va a adoptar frente al derecho constitucional que se ha sacrificado y que corresponde a la misma estimación o escala de protección.

Por su parte, Alexy (2011) sostiene que, respecto a los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad, existen dos tesis: “la que afirma la existencia de algún tipo de conexión necesaria; y la (…) que sostiene la [inexistencia] de una conexión necesaria entre los derechos fundamentales y el principio proporcionalidad” (pp. 11-12). En este caso, nos inclinamos por la primera tesis, puesto que, conforme se ha manifestado, el principio de proporcionalidad tiene como finalidad ponderar dos derechos constitucionales de igual magnitud que entran en conflicto entre sí, siendo dicha relación de equivalencia y/o conexión necesaria la que obliga al juez a aplicar el test de proporcionalidad, a efectos de examinar si su intervención es una medida idónea, necesaria y proporcional respecto al caso planteado, adoptando la mejor decisión, ya que, como bien se ha manifestado, será el juez quien hará posible la materialización de la justicia.

3.4.1 Principio de idoneidad

Hablar de “idoneidad” es hablar de la capacidad y suficiencia que se tiene de algo o de alguien para un fin determinado. Parafraseando a Cabanellas (2008) la define del siguiente modo:

> Circunstancias que nos permite controlar las condiciones que van desde lo físico o reglamentario que tiene como finalidad demostrar lo posible o imposible. Otras circunstancias se limitan solo en la práctica basada en experiencias satisfactorias que tienen por finalidad acreditar la idoneidad de lo que se ha decidido emplear. (p. 331)

Por lo que este principio debe entenderse entonces como la satisfacción y/o utilidad para un fin determinado, es decir, establecer si el medio empleado permitirá realmente conseguir el fin deseado.

Ahora bien, cuando se habla de idoneidad en el sistema jurídico, se alude a la medida adoptada por el juez a través del test de proporcionalidad, para la solución de un conflicto. Esto es, determinar si la medida adoptada es objetivamente idónea para el fin que se persigue.

Al respecto, Ruiz (2019) sostiene que cuando se analiza la idoneidad se comprende dos aspectos: 1) Si la restricción es idónea para concretar los bienes jurídicos, ii) y si esa medida es idónea frente a la protección de otros derechos de carácter constitucional. (Análisis del subprincipio de idoneidad, párr. 11)

El primer momento está referido al análisis de la proporcionalidad y ponderación de la medida que adoptará el juez frente a un conflicto entre dos derechos constitucionales de igual magnitud, en donde surgirá la necesidad de tener que sacrificar uno de los derechos en conflicto, a efecto de alcanzar el fin constitucionalmente perseguido. Por su parte, el segundo momento está orientado a determinar si el sacrificio de uno de los derechos constitucionales en contienda era lo realmente idóneo para el caso concreto.

Es decir, determinar a través del test de ponderación si la medida que se ha adoptado es la realmente idónea para el caso a resolver.

Esta situación se produce, por ejemplo, cuando el juez decide actuar prueba de oficio, actividad procesal considerada por muchos juristas contraria al sistema acusatorio, bajo el argumento de que dicha actuación estaría vulnerando abiertamente el principio de imparcialidad judicial que le asiste al juez, así como el principio de presunción de inocencia que le asiste al acusado. Resulta necesario recordar que, conforme se ha señalado líneas previas, el objeto del proceso penal es que el juez administre justicia emitiendo una sentencia teniendo pleno convencimiento de lo que habría ocurrido, siendo irrelevante qué parte resulta ganadora, por esta razón, es que el propio ordenamiento jurídico otorga al juez ciertas facultades excepcionales y estrictamente necesarias que le permiten actuar prueba de oficio; sin embargo, dicha actuación deberá estar previamente sustentada con el test de ponderación a fin de determinar si la medida es idónea, necesaria y proporcional para el caso a resolver, especialmente cuando se encuentre en conflicto con otros derechos constitucionales de igual magnitud, como es el interés superior del niño en los delitos que atentan contra su libertad sexual en el que es posible incorporar al juicio el acta de la entrevista del menor que ha brindado ante la Cámara Gessel, de esa manera el juez pueda valorar los parámetros de su declaración, sin que la misma sea revictimizada al ser conducida al juicio oral; y el principio de presunción de inocencia que le asiste al acusado.

Efectuado el test de ponderación, el juez deberá de adoptar la medida idónea y pertinente, tomando en estos casos como premisa que en los supuestos de los delitos contra la libertad sexual de menor de edad no vuelvan a ser revictimizados obligándolos a acudir a los tribunales judiciales, así como la actitud negativa que ello puede ocasionar en el niño, máxime si el agresor pertenece al entorno familiar, como es el padre y/o cualquier otro familiar– cercano, que dé alguna manera evidencia una dependencia y subordinación que pueda dar lugar a presiones en los pequeños, orientándolos a modificar su declaración con la finalidad de

evitar que el familiar vaya a prisión. O en los supuestos en que se requiera de una prueba científica a efectos de determinar la responsabilidad penal del imputado.

Otro supuesto de conflicto entre dos derechos de índole constitucional también lo encontramos en los denominados delitos de lesa humanidad, donde las víctimas buscan que de alguna manera su daño sea resarcido. O, a falta de estos, sus familiares tengan derecho a saber qué fue lo que pasó con la víctima. En este supuesto, el conflicto sería entre imparcialidad judicial y el derecho a la verdad.

Por lo hasta aquí expuesto, queda claro que el principio de idoneidad resulta de suma importancia en el test de ponderación, test que, como sostiene Perelló (1997), tiene como finalidad comprobar "si la medida enjuiciada supera el oportuno juicio de adecuación, (…) si la relación medio-fin resulta adecuada e idónea (…) que dicho en negativo estaría referido a que la medida en restricción no lo sea (…) absolutamente inútil para alcanzar el fin" (p.70). Es decir, que al efectuar el examen de ponderación, se llegue a determinar que el sacrificio de un derecho constitucional que se encuentra en equivalencia con otro de igual magnitud es el realmente adecuado para el caso planteado; pues conforme expresa García Amado (2009) que: "la idoneidad determina como límite que frente al conflicto de dos derechos constitucionales, el sacrificio de uno de ellos solo será válido si su sacrificio favorece al derecho constitucional ponderado (u otro principio constitucional)" (p. 253).

Conforme se ha sostenido, ningún derecho es absoluto. A este criterio se adhiere Ugarte (2011) quien sostiene que:

> "Los derechos fundamentales ponderados pueden restringirse, sin embargo, ello no puede ser definitivo, admitiéndose la posibilidad que en un futuro puedan restringirse ante un eventual conflicto con otro derecho constitucional" (p. 19).

En ese sentido, el principio de idoneidad demanda que las medidas que se adopten frente a un conflicto entre dos derechos constitucionales de igual magnitud deben superar el test de proporcionalidad y, por lo tanto, serlo suficiente y estrictamente necesarias para la finalidad que el juez intenta conseguir.

Por su parte, Covarrubias (2012) dice que "este subprincipio expresa dos requisitos diversos: la idoneidad del medio y la licitud del fin" (p. 450). Esto significa que toda injerencia en los derechos fundamentales de una persona debe ser adecuada para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, una vez efectuado el test de ponderación, se determine que la medida adoptada sea la realmente apta para el caso planteado y a su vez lícita, lo cual implica que el sacrificio de un derecho constitucional en conflicto tenga que salvaguardar al de mayor valor en el caso planteado.

3.4.2 Principio de necesidad

Respecto a este subprincipio, se tiene que la medida adoptada por el juzgador será constitucional, siempre y cuando, realizado el test de ponderación, no existe otra medida alternativa menos gravosa respecto a los derechos constitucionales afectados. Por ello, el juez debe analizar todos los medios existentes, ponderando los mismos a efectos de escoger la más beneficiosa, conforme lo ha señalado Ruiz (2019) al comentar la sentencia "Curva del Diablo", en donde se concluyó que la medida adoptada en ese caso en específico era idónea, necesaria y proporcional para el fin que se pretendía satisfacer.

En ese contexto, al elegir uno de los dos derechos en conflicto, se garantiza que esto no signifique un sacrificio innecesario respecto al otro. Por el contrario, implica realizar el examen correspondiente para priorizar o comprobar los medios alternativos para determinar que no existe otro medio mejor al elegido. En este sentido señala Alexi (2011) que:

> Este principio exige que frente al conflicto de dos medios considerados ambos idóneos P1, corresponderá elegir al menos lesivo

> respecto a P2. Sin embargo, si existiese la intervención de otro medio igualmente idóneo, existe la posibilidad de realizar la toma de una posición sin tener que sacrificar al otro. (p.14)

Como su propio nombre lo indica, "necesidad" implica agotar todos los medios alternativos a efectos de determinar el medio menos gravoso que permita lograr la finalidad que se persigue dentro del proceso penal, para lo cual, siguiendo lo expresado por Lopera (2004), se efectuará un "examen de necesidad, donde se verifica que entre los diversos medios igualmente idóneos [llamados intervenciones legislativas,] para satisfacer [la protección ya sea de un derecho fundamental o un bien colectivo expresado en un principio] sea escogido el que resulte más benigno" (p. 214). El juez deberá de realizar un análisis para establecer la relación de medio a fin, siendo que, a través del principio de necesidad, se efectuará la comparación entre el medio constitucionalmente elegido y aquel que ha podido haberse elegido para poder alcanzar el fin constitucional requerido, desechando de esta manera el medio menos útil para los fines planteados.

Que, si bien la prueba de oficio, es una actuación constitucionalmente válida y legalmente establecida en el sistema procesal penal actual toda vez que, se encuentra regulada en el Código Procesal Penal, también es que, su actuación puede abrir las puertas a que se entre en conflicto con otros principios de igual rango constitucional; correspondiendo entonces al juez, a través del test de proporcionalidad, evaluar la necesidad de dicha medida que se pretende a adoptar a efectos de determinar si no existen otros medios hipotéticamente alternativos menos gravosos que el que se pretende elegir para satisfacer el derecho invocado, esto es, identificar el medio más idóneo y más eficaz, y desechar el innecesario. Debiendo para tal efecto efectuar un cotejo de la medida que se ha adoptado con relación a otros medios alternativos en conflicto.

A manera de conclusión, es importante resaltar que la prueba de oficio, o también denominada actuación oficiosa, es una actuación denominada de ultima ratio o también llamada excepcional, que solo se

actuará cuando el caso así lo amerite, cuando resulte pertinente y va a ayudar a una correcta y verdadera reconstrucción de los hechos, respetando las garantías constitucionales del debido proceso. Por lo que, su actuación se efectuará única y exclusivamente cuando no existan otras alternativas menos gravosas que pueda afectar el principio constitucional de imparcialidad judicial y/o el derecho de defensa.

3.4.3 Principio de proporcionalidad

Por último, cabe señalar la gran importancia del principio de proporcionalidad cuando el juez decide realizar el test de ponderación en donde se requiera la necesidad de una intervención en los derechos fundamentales que de alguna manera presuponga su afectación y se busque una satisfacción equivalente entre ambos. Borowski (2000) denomina a este principio, como un examen que se efectúa en sentido estricto, al desarrollarse entre los principios constitucionales que entran en colisión" (p.38). Con ello se hace alusión a una técnica de ponderación, el cual está referido al sacrificio de un derecho constitucional con la finalidad de que se va a tener la satisfacción mayor de otro derecho constitucional.

Respecto al test de proporcionalidad, Ruiz (2019) expresa:

> Que solo será proporcional si después de realizado el test de proporcionalidad se advierte que la afectación de los derechos fundamentales y/o bienes jurídicos constitucionales que han sido materia de comparación será de menor intensidad que la satisfacción del derecho o bien jurídico constitucional que se intenta obtener con la medida que se ha propuesto. (Análisis del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, párr. 31)

Siendo el test de proporcionalidad un parámetro respecto al examen constitucional de la intervención en los derechos constitucionales de los actos públicos. De esa manera, la denominada iniciativa probatoria otorgada al juez, señalada en el actual proceso penal como prueba de oficio, rescata su validez frente a los demás derechos y principios constitucionales en

conflicto, conforme se ha señalado líneas arriba, referidos al principio del interés superior del niño; el derecho a la verdad de las víctimas; en lo que respecta al acusado, el derecho a su presunción de inocencia; así como el principio de imparcialidad judicial. Son principios constitucionales que, hacen que dicha actuación judicial sea una actuación probatoria judicial limitada que solo se basará respecto a derechos que han sido discutidos en el proceso penal. Con dicha actuación no se pretende ingresar al proceso judicial hechos nuevos (actuación propia del sistema inquisitivo); ya que la misma debe garantizar la defensa de todas las partes, siempre y cuando se determine que la medida resulta idónea y necesaria, y responda a objetivos de interés general, como es la aproximación a la verdad de los hechos. Se evidencia entonces que una vez efectuada la ponderación del caso en concreto y en mérito a una correcta administración de justicia, resulta válido que, ante un conflicto de dos derechos constitucionales, el juez tenga que sacrificar el derecho constitucional menor afín al objetivo que se persigue.

El objetivo descrito se logrará siguiendo los siguientes pasos respecto a los principios y/o derechos constitucionales en conflicto: i) identificar la medida que deberá ser sometida a control; ii) cuáles son los fines que la misma persigue; iii) evaluar su idoneidad teleológica; y, finalmente iv) evaluar su idoneidad técnica. A través del referido examen de ponderación, se puede demostrar que el principio o valor constitucional adoptado por el juez es el pertinente o adecuado a la finalidad propuesta. O, cuanto mayor es la afectación de un derecho, mayor tiene que ser la importancia respecto al otro que ha sido sacrificado.

Bernal Pulido (2014) resalta la gran importancia del principio de ponderación, ante el test o pasos previos realizados por el juzgador frente a dos principios constitucionales en conflicto (p. 25). Por lo que, la ponderación está referida a que el examen de proporcionalidad que se va a realizar da lugar a la optimización y disputa de los derechos constitucionales y fundamentales que regulan el debido proceso, si bien es admisible su restricción, cuando dicha medida resulte idónea para promover un derecho fundamental o bien jurídico constitucional (regla de adecuación) al no

existir medida alternativa considerada menos lesiva para dicho derecho (necesidad) dicha actuación será constitucionalmente válida. Esto significa que se ganará más con los derechos promovidos que los derechos restringidos se pierdan (regla de ponderación).

3.5 Análisis de opinión de operadores de justicia

Se entrevistó a magistrados (6) de la Corte Superior de Justicia de Lima pertenecientes al Sistema Anticorrupción y fiscales (30) pertenecientes al distrito fiscal de Lima Centro, así como también a abogados (30) que litigan en dicho sistema. A todos ellos se les preguntó su opinión sobre los temas que veremos seguidamente.

En relación con los jueces, se obtuvo las siguientes apreciaciones:

- **Sobre conceptualización de la prueba de oficio introducida por el Código Procesal Penal de 2004**

Los entrevistados coincidieron que la actuación oficiosa que realiza el juez es una facultad excepcional a efectos de disponer ciertas diligencias probatorias que resulten indispensables y realmente útiles para poder esclarecer los hechos que han sido puestos de su conocimiento, la cual puede efectuarse no solo a iniciativa del juez, sino también de las partes. Dicha actuación en ninguna manera suplantará la actuación que es propia de las partes.

- **Sobre conceptualización de la imparcialidad judicial**

Los entrevistados manifestaron que este es un derecho propio de la administración de justicia que impide al juez tener que identificarse con las controversias de las partes, precisamente a fin de garantizar el derecho al juez imparcial. Si bien la función del juez es resolver con lo que aporten las partes, tampoco no se debe de olvidar que la finalidad del proceso es la búsqueda de la verdad de los hechos.

- **Si la prueba de oficio, tal y conforme se encuentra prevista en el artículo 385.2 del Código Procesal Penal, vulnera el principio de imparcialidad judicial**

Todos los entrevistados contestaron que no, ya que la posibilidad que otorga la ley al juez de practicar prueba de oficio no implica que se esté suplantando la labor propia de las partes, toda vez que su actuación solo está destinada a esclarecer los hechos.

- **Teniendo en cuenta que el fin del proceso es aproximarse a la verdad, ¿consideran que la prueba de oficio es una herramienta útil para que el juzgador pueda aproximarse a la verdad sin vulnerar el principio de imparcialidad judicial?**

Todos los entrevistados respondieron que sí es útil y permite aproximarse a la verdad, toda vez que esta actuación surge del debate.

A modo de conclusión, se tiene que, desde la perspectiva judicial, los magistrados entrevistados en su totalidad consideran que la actuación de prueba de oficio regulada en el actual proceso penal no vulnera el principio acusatorio, por el contrario, su actuación le permite aproximarse a la verdad de los hechos absolviendo las incertidumbres que haya dejado en él el debate probatorio, y de esa manera justificar su decisión. Sin embargo, señalaron que su regulación, tal y conforme se encuentra establecida, puede ocasionar ciertas ilimitaciones en su actuación, temor que hace que muchos de ellos no puedan aplicarlo, razón por la cual todos consideran que debe existir una regulación respecto a los parámetros a seguir, los mismos que deben de ser desarrollados no en el mismo ordenamiento jurídico, sino más bien en la jurisprudencia a través de un pleno jurisdiccional por parte de la Suprema Corte de la República.

En lo que respecta a fiscales y abogados, se obtuvo los siguientes resultados:

- **La aplicación de la prueba de oficio afecta el principio de imparcialidad judicial**

Mayoritariamente, respondieron respecto a la aplicación de la prueba de oficio que esta no afecta el principio constitucional de juez imparcial, por cuanto se trata de una acción limitada y excepcional al no suplir la actuación propia de las partes. Por el contrario, dicha actuación responde a la esencia misma del proceso, que es aproximarse a la verdad de los hechos.

No obstante, doce de los profesionales entrevistados consideraron que la actuación oficiosa sí afectaría el principio de juez imparcialidad, pues resaltaron que, si bien es una actuación excepcional, con dicha actuación se estaría supliendo la actuación que le corresponde a las partes, contaminándose de esa manera la actuación probatoria.

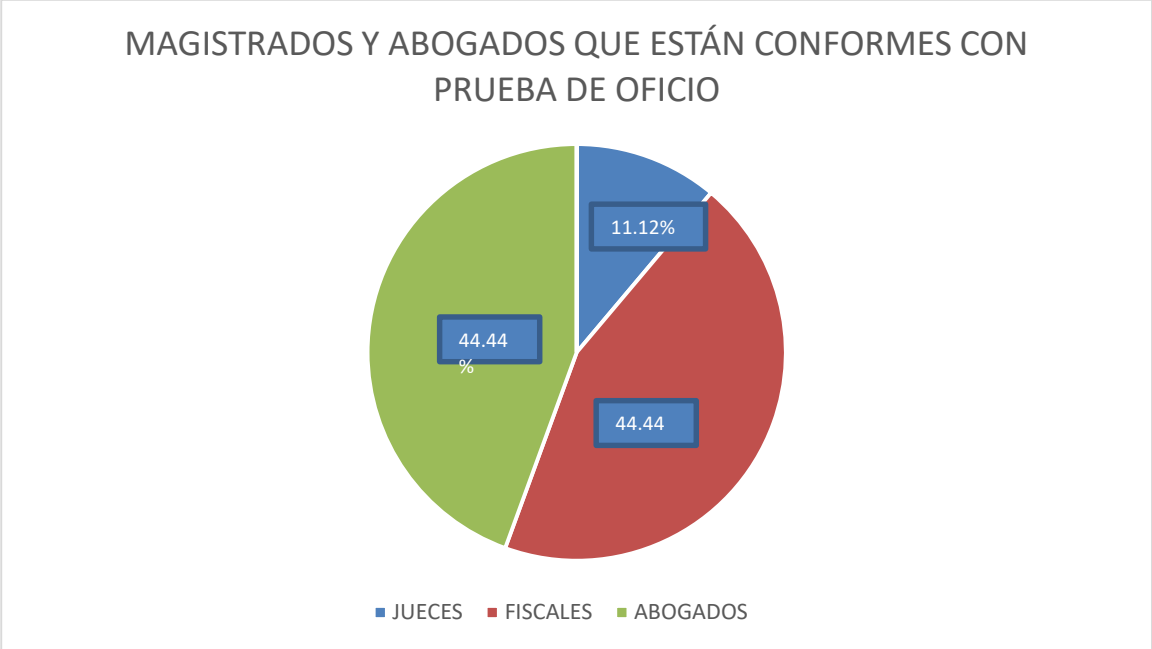
- **Necesidad de identificar los casos de excepción para la aplicación de la prueba de oficio**

Fiscales y abogados entrevistados que estuvieron de acuerdo con que el juez pueda actuar prueba de oficio, también respondieron respecto a la necesidad de identificar los supuestos de su actuación limitada y excepcional a fin de evitar su uso indiscriminado, lo cual podría perjudicar el normal desarrollo del proceso.

A modo de conclusión, desde la perspectiva fiscal y de la defensa libre, todos los entrevistados consideraron que la actuación probatoria de la juez regulada en el actual Procesal Penal, no vulnera el principio acusatorio, por cuanto se trata de una actuación limitada y excepcionalidad que el propio código establece. Tampoco suple la actuación propia de las partes, pues responde a la cuestión esencial que se busca en el proceso, referido a la aproximación a la verdad de lo que realmente ocurrió. No obstante, han señalado que existe la necesidad de identificar los supuestos de su actuación limitada y excepcional, ya que como bien manifestaron los magistrados del Poder Judicial, su regulación, tal y conforme se encuentra establecida, puede

ocasionar un uso indiscriminado que podría perjudicar el normal desarrollo del proceso penal.

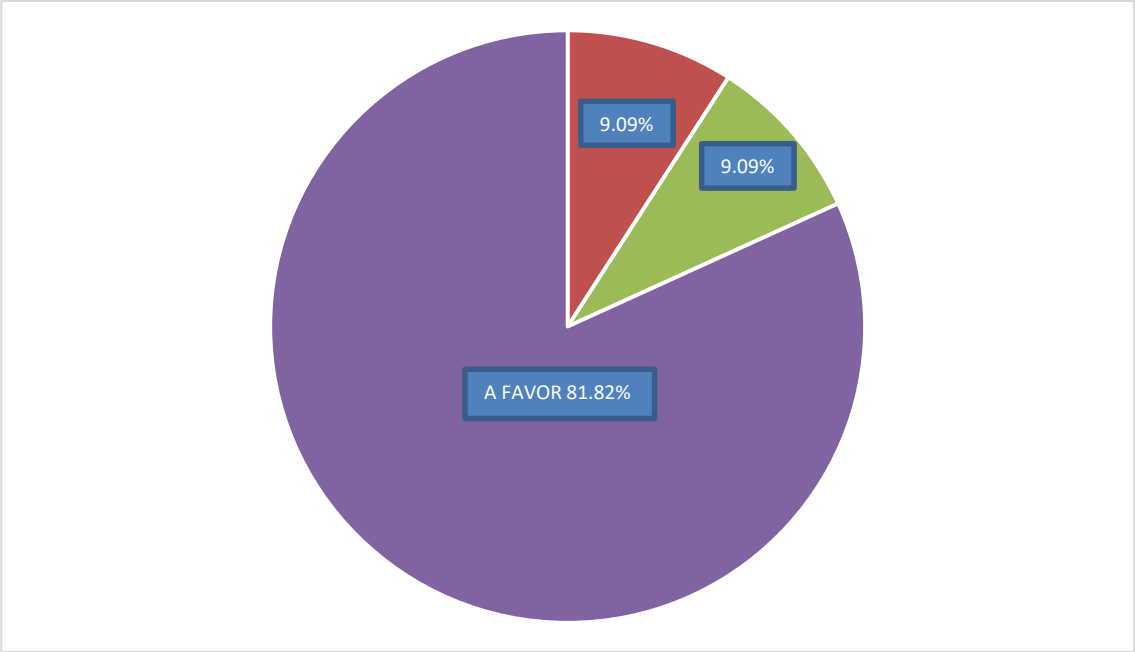
Resultando un total de 66 entrevistados:



Leyenda:

JUECES	: 11.12%
FISCALES	: 44.44%
ABOGADOS	:44.44%

ENTREVISTADOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA PRUEBA DE OFICIO



Leyenda:

FISCALES EN CONTRA DE LA PRUEBA DE OFICIO : 9.09%

ABOGADOS EN CONTRA DE LA PRUEBA DE OFICIO : 9.09%

JUECES, FISCALES Y ABOGADOS A FAVOR DE LA PRUEBA DE OFICIO :81.82%

CONCLUSIONES

1. Si el juez decide actuar de manera excepcional y debidamente sustentada actuación probatoria, ello no afecta el principio constitucional de imparcialidad consagrado en el Código Procesal Penal de 2004. Toda vez que, su objetivo es permitirle cumplir eficazmente con la función jurisdiccional que le asigna nuestra Carta Magna, que es el de administrar justicia, emitiendo una sentencia, teniendo pleno convencimiento de cómo se habrían suscitado los hechos, lo más próxima posible a la verdad material que se busca dentro del proceso penal, pudiendo dicha sentencia ser una sentencia condenatoria o una sentencia a través de la cual se absuelve al acusado de la acusación fiscal.

2. Lo que busca la prueba de oficio es evitar que por la pasividad del justiciable frente a determinados casos se pueda crear impunidad, pudiendo en muchos casos emitirse sentencias injustas, ya sean estas condenatorias o absolutorias. Por lo que, no se puede argumentar el quebrantamiento de imparcialidad judicial objetiva, en la medida que cuando el juzgador dispone actuación probatoria, ésta se encuentra válidamente sustentada, precisándose cuál es su pertinencia y utilidad y se someta al contradictorio respectivo, con el fin de esclarecer los hechos que son materia de acusación.

3. Como medida para evitar que dicha actuación se efectúe de manera indiscriminada, es necesario establecer e identificar los casos excepcionales en los que esta se pueda aplicar, siendo estos los siguientes: el derecho de protección de niños, niñas y adolescentes víctimas de violación sexual; el derecho a la verdad, así como castigar actos tipificados como delitos de lesa humanidad; sin que ello implique el tener que vulnerar el derecho a la presunción de inocencia que le asiste a toda persona sometida a un proceso judicial.

4. Cundo nos referimos a los casos excepcionales de actuación probatoria de oficio, estos deben estar sustentados en principios de mayor peso que el

principio constitucional de imparcialidad judicial, para tal efecto es necesario que el juez disponga la aplicación del test de proporcionalidad, lo cual implicará expresar en la motivación de la decisión la idoneidad, necesidad y ponderación efectuada en el caso concreto que lo ha llevado a tener que realizar dicha actuación probatoria.

5. De acuerdo con las entrevistas efectuadas a los operadores jurisdiccionales, la actuación probatoria que realiza el juez no afecta el principio constitucional de imparcialidad del juez, siempre y cuando la misma sea una actuación excepcional. Sin embargo, consideraron necesaria la regulación de los supuestos de aplicación.

RECOMENDACIONES

1. Convocar a un pleno de magistrados supremos de acuerdo con los alcances establecidos en el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con el fin de unificar criterios sobre la actuación probatoria que decida realizar el juez de manera excepcional en los procesos penales en los que rige el Código Procesal Penal de 2004. Para dicha convocatoria, se tendrá en consideración la necesidad de generar doctrina jurisprudencial que permita superar contradicciones que existen sobre dicha actuación probatoria, sin que ello implique distorsionar el sistema predominantemente acusatorio ni el marco constitucional sobre el debido proceso, pero además determinar en qué casos correspondería excepcionalmente su uso a través de la ponderación.

2. El acuerdo plenario contendrá tres propuestas:

A. Sobre si se permite o no la actuación excepcional de la prueba oficio en el Código Procesal Penal: Sí, porque permite al juez aproximarse a la verdad material de los hechos.

B. Sobre si existen contradicciones en su aplicación: Si por una posición de negación absoluta, y otra posición de aplicación limitada y finalmente, amplia. La propuesta seria de aplicación limitada por las siguientes razones: 1) La actuación probatoria que decida realizar el juez debe ser excepcional, solo cuando provenga de una fuente de prueba presentada y debatida en el proceso y tenga como objetivo aclarar o complementar un hecho y de esa manera coadyuvar a la reconstrucción correcta de los hechos; 2) La prueba de oficio debe a su vez, asegurar el contradictorio entre las partes, como un mecanismo de control a efectos de que las partes manifiesten lo pertinente respecto a la misma debiendo el juez tomar la decisión en dicho acto; 3) Debe ser pertinente, es decir, su actuación de ser limitada solo con relación a los hechos de controversia y que son materia de discusión en la actuación de pruebas que realizan las partes en el desarrollo del juicio oral; 4) La decisión judicial mediante la cual se disponga su actuación debe estar debidamente motivada.

3. Los casos de excepción aplicando la ponderación. La aceptación de este supuesto se limitaría a la consideración de interés en conflicto concebidos, específicamente como derechos fundamentales:

Primer caso: La imparcialidad judicial frente al derecho de protección de niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual.
Segundo caso: Imparcialidad judicial frente al derecho a la verdad cuando existen testimonios o pericias que no esclarecen debidamente o tiene sustento científico-técnico suficiente.
Tercer caso: La imparcialidad judicial frente al derecho a castigar actos de lesa humanidad.

La ventaja de realizar o establecer estos criterios vía un pleno y no una modificación legislativa.

Propongo que la Corte Suprema de Justicia de la República elabore un precedente vinculante a través del cual se establezcan los criterios sobre la actuación probatoria que realiza el juez excepcionalmente dentro del proceso penal.

Prueba de Oficio.

1. ¿Qué criterios de ponderación deben de aplicarse el juez penal cuando decida actuar prueba de oficio?

   En mérito al principio de aportación de partes, la actuación probatoria que realiza el juez se sustentará en la exigencia de la búsqueda de la verdad, por lo que deberá de incorporarse bajo los criterios de excepcionalidad, necesidad y complementariedad después de concluida la actuación probatoria y previa contradicción de las partes. Para ello, el juez deberá motivar su decisión sustentando su pertenencia, conducencia y utilidad.
2. ¿Establecer criterios de ponderación con los principios constitucionales, como el principio de presunción de inocencia, cuando se decida aplicar prueba de oficio?

   De efectuar una ponderación frente a los derechos en conflicto. Primero, el interés que tiene el estado a través de sus operadores de justicia de efectuar

una persecución eficaz y válida cuando se han vulnerado bienes jurídicos fundamentales y la respectiva sentencia sustentada en una verdad válidamente corroborada, y segundo, el respetar los derechos fundamentales y constitucionales de las víctimas de que se conozca la verdad de lo ocurrido y del acusado de que su derecho a la presunción de inocencia no se vea vulnerado. Frente a ello es que surge la necesidad de otorgarle al juez cierta actuación probatoria excepcional. De aquí que en mérito a una correcta administración de justicia y ante un conflicto de dos derechos constitucionales, surge la necesidad de que el juez efectúe el test de proporcionalidad, decisión que deberá ser debidamente motivada y fundamentada.

Si bien es cierto, la actuación oficiosa excepcional del juez regulada en el actual proceso penal, también es que, a la fecha no existen parámetros claros respecto a su aplicación, surge la necesidad de desarrollar dicho extremo a través de la jurisprudencia o establecer un precedente vinculante que establezca tales parámetros, los cuales permitirán a los jueces que de aplicar la prueba de oficio, esta se efectúe correctamente, y no surja el riesgo de que su aplicación se efectúe de manera ilimitada suplantado la actuación probatoria propia de las partes, y que ello traiga como consecuencia la vulneración de derechos de carácter constitucional, como es el caso de la presunción de inocencia y la imparcialidad judicial. Por esta razón, propongo que la Corte Suprema de Justicia de la República tenga a bien elaborar un pleno jurisdiccional a través del cual se desarrollen los parámetros de la aplicación de la prueba de oficio por parte del juez penal, los cuales servirán como guía a los magistrados en el momento que surja la necesidad de actuar prueba oficiosa excepcional.

REFERENCIAS

LIBROS

Alvarado V., Adolfo (2004). *Debido proceso versus prueba de oficio*. Editorial Temis S.A.

Arbulú M., V. J. (2012). *La prueba en el nuevo proceso penal*. Librería y Ediciones Jurídicas.

Arbulú M., V. J. (2015). *Derecho procesal penal*. *Un enfoque doctrinario y jurisprudencial* (Vol. 2). Gaceta Jurídica S.A.

Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. *El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Universidad Externado de Colombia.

Bernales B., E. (1999). *La Constitución de 1993*. *Análisis comparado* (5.ª ed.). Editora RAO S. R. L.

Binder, A. M. (1999). *Introducción al derecho procesal penal* (2.ª ed.). AD-HOC S.R.L.

Binder, A. M. (2005). *Introducción al derecho procesal penal* (2.ª ed.). AD-HOC S.R.L.

Bovino, A. (2005). *Principios políticos del procedimiento penal*. Editores del Puerto.

Brown, G. (2007). *Límites a la valoración de la prueba en el proceso penal*. *Sistemas probatorios*. *Garantías constitucionales*. *Análisis jurisprudencial*. Editorial Jurídica Nova Tesis.

Burgos A., J. D., Bustamante R., J. F. y Espinoza G., N. (2019). *Crimen organizado y corrupción de funcionarios*. *Breves apuntes dogmáticos y procesales*. A&C Ediciones Jurídicas.

Canelo R., R. B. (2017). *La prueba en el derecho procesal*. *Su valorización testimonial*, *documental*, *pericial y sucedáneo*. Editora y Librería Jurídica Grijley.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2014). *Derecho a la verdad en América*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)-Organización de los Estados Americanos (OEA).

Echandía, H. D. (2012). *Teoría general del proceso*. *Aplicable a toda clase de procesos* (3.ª ed.). Editorial Universidad.

Fernández L., Mercedes (2005). *Prueba y presunción de inocencia*. Iustel Portal Derecho S.A.

García Amado, J. A. (2009). El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica. En García Manrique, Ricardo (Ed.). *Derechos sociales y ponderación* (2.ª ed.) (pp. 249-331). Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

García V., J. I. (1996). *Las pruebas en el proceso penal*. *Parte general* (2.ª ed.). Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.

Neyra F.,J.A (2010). Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral. Editorial Idemsa.

Nieva F., J. (2012). *Fundamentos de derecho procesal penal*. Editorial IB de f.

Neyra F., J. A. (2015). *Tratado de derecho procesal penal* (Vol. 1). Editorial Idemsa.

Oré G., A. (2011). *Manual de derecho procesal penal* (Vol. 1). Editorial Reforma.

Oré G., A. (2016). *Derecho procesal penal peruano*. *Análisis y comentarios al Código Procesal Penal* (Vol. 2). Gaceta Jurídica.

Pérez P., A. O. (2006). *El juez penal*, *juicio oral y pruebas de oficio* (Vol. 2 de *Estudios sobre el sistema penal acusatorio*). Universidad Externado de Colombia.

Picó i Junoy, J. (1998). *La imparcialidad judicial y sus garantías*: *La abstención y la recusación*. J. M. Bosch Editor.

Picó i Junoy, J. (2007). *El juez y la prueba*. *Estudio de la errónea recepción* del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, not secundum conscientiam *y su repercusión actual*. J. M. Bosch Editor.

Rodríguez V., M. A. (2013). *La casación y el derecho de recurrir en el sistema penal acusatorio*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Sánchez V., P. (2009). *El nuevo proceso penal*. Editorial Idemsa.

San Martin C., C. E. (2004). La reforma procesal penal peruana: Evolución y perspectivas. En J. Hurtado P. (Dir.) y C. San Martín C. (Coord.). *La reforma del proceso penal peruano*. *Anuario de derecho penal 2004* (pp. 27-68). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú – Universidad de Friburgo.

San Martin C., C. E. (2014). *Derecho procesal penal* (3.ª ed.). Editorial Grijley.

Superti, H. (1998). *Derecho procesal penal*: *Temas conflictivos*. Editorial Juris.

San Martín Castro, César (2015). *Derecho procesal penal*. *Lecciones*. Fondo Editorial INPECCP y Fondo Editorial CENALES, pp. 61-62.

Unicef México (2014). *Observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño*. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef) México.

Varela, C. A. (1999). *Valoración de la prueba*. *Procedimiento civil*, *comercial y penal* (2.ª ed.). Editorial Astrea.

ARTÍCULOS EN REVISTAS

Aguilar C., G. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios constitucionales*, *6* (1), 223-247.

Aguiló, J. (1997). Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica. *Isonomía*, (6), 71-79.

Aguiló R., J. (2012). Aplicación del derecho, independencia e imparcialidad. *Revista NEJ – Electrónica*, *17*, (2), 161-172. https://core.ac.uk/download/pdf/19492386.pdf

Alexy, R. (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista española de derecho constitucional*, (91), 11-29.

Alfaro V., L. (2016). La motivación y la prueba de oficio: Racionalidad de la iniciativa probatoria del juez. *Revista de la Maestría de Derecho Procesal Penal*, *6*, (1), 2-36. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/58-92/15612

Andrés I., P. (1983). Qué eficacia y para qué justicia (A propósito de nuestro sistema punitivo). *Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho*, (2), 279-297.

Aros, L. H., Caro, N. R., y Plazas E., R. (2017). El proceso penal frente al estándar denominado «más allá de toda duda razonable»: Un análisis a partir del rol del contador público. *Revista Republicana*, (23), 149-166.

Borowski, M. (2000). La restricción de los derechos fundamentales. *Revista española de derechos constitucionales*, (59), 29-56.

Burgos A., José D. (2013). Principios fundamentales del nuevo proceso penal. *Gaceta penal & procesal penal*, primera edición junio 2013, (581-617)

Chica B., A. J. (s.f.). La necesidad de la prueba de oficio en la resolución de los conflictos sociales. Academia.edu, pp. 1-25. Recuperado de https://www.academia.edu/3744479/LA_NECESIDAD_DE_LA_PRUEBA_DE_OFICIO_EN_LA_RESOLUCI%C3%93N_DE_LOS_CONFLICTOS_SOCIALES_TRABAJO_FINAL_CORREGIDO_

Calderón S., A. (s.f.). Los rasgos del sistema inquisitivo en el nuevo Código Procesal Penal peruano. YACHAQ, 6, pp. 114-120. http://www.ciedcusco.com/wp-content/uploads/2018/08/yachaq6-parte8.pdf

Castaño Z., L. O. (2010). La carga de la prueba en el proceso penal: La disyuntiva judicial entre la prevalencia de los intereses sociales-institucionales o los del justiciable. *Opinión jurídica*, *9*, (18), 173-192.

Caso, G. (2003). El sistema procesal penal italiano (Ventajas y dificultades). *Revista Dikaión*, *17*, (12), 1-20.

Castillo-Córdova, L. (2007). El derecho fundamental al juez imparcial: influencias de la jurisprudencia del TEDH sobre la del Tribunal Constitucional español. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, (1), 121-145. https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/30367/27409

Contreras G., M. E. (2007). Modelo acusatorio con tendencia adversarial en el nuevo Código Procesal Penal. *Revista internauta de práctica jurídica*, (20), 1-5.

Covarrubias C., I. (2012). La desproporción del test de proporcionalidad: Aspectos problemáticos en su formulación y aplicación. *Revista chilena de derecho*, *39* (2), 447-480.

Cruz V., G. A. (2014). La prueba de oficio en el proceso penal: Los riesgos de su aplicación en el Perú. *Gaceta penal & procesal penal*, (58), 30-52.

Díaz G., I. (2011). La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (36), 167-206.

Escobar-Martínez, L. M. (2009). La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro. *International Law*, *Revista colombiana de derecho internacional*, (15), 181-214.

Fajardo M., M. (2012). Aspectos relevantes sobre la iniciativa probatoria del juez civil. *Derecho & Sociedad*, (38), 163-168.

Franco, G. (1962). Las leyes de Hammurabi. *Revista de ciencias sociales*, (3), 331-356.

Freedman, D. (2005). Funciones normativas del interés superior del niño. *Jura Gentium*, (2), 114-127.

Gaitán G., L. A. (2010). La prueba de oficio en el proceso civil: ¿Imparcialidad del juez e igualdad de las partes? *Revista de derecho privado*, (43), 3-22.

Galain P., P. (2013). Relaciones entre el "derecho a la verdad" y el proceso penal: Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Penal México*, (4), 65-85.

Gastiaburú N.L (2015). Las pruebas de oficio en el nuevo código procesal penal peruano. UCV-SCIENTIA, 7(1), 73-76.

Gómez G., J. A. (2010). La prueba de oficio en el sistema acusatorio colombiano. En Gómez G., C. A. y Suárez L., C. A. (Coordinadores). *Estudios de derecho penal* (pp. 263-282). Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.

Gómez I., F. (2008). El fenómeno de la impunidad: Luces y sombras en América Latina. *Pensamiento iberoamericano*, (2), 163-185.

Hernández R., C. (2011). Juez y prueba de oficio. Juez imparcial y descubrimiento de la verdad en el proceso penal peruano. *Actualidad jurídica* (*Información especializada para abogados y jueces*), (217), 49-54.

Hurtado Poma, Juan. ¿Son convenientes las pruebas de oficio en el sistema acusatorio peruano? Instituto de Ciencia Procesal Penal. http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/convenientespruebasdeoficio.pdf.

Landoni S., A. (1998). Principio de razonabilidad, sana crítica y valoración de la prueba. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, *23*, (23-24), pp. 101-128.

Lopera M., G. P. (2004). Los derechos fundamentales como mandatos de optimización. *DOXA* (*Cuadernos de filosofía del derecho*), (27), 211-243.

Meroi, A. A. (2007). Iura novit curia y decisión imparcial. *Revista Ius et Praxis*, *13* (2), 379-390.

Natarén N., C. F. (1999). Imparcialidad objetiva y creación de causas de recusación no expresamente mencionadas en la ley. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 53 (239), 73-83. http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/61332/54041

Nieva F., J. (2016). La razón de ser de la presunción de inocencia. *InDret* (*Revista para el análisis del derecho*), (4), 1-23. https://indret.com/wp-content/uploads/2018/05/1203_es.pdf

Cristóbal T., T.C. (2017). La prueba de oficio vs. el principio in dubio pro-reo en el proceso penal peruano. *Gaceta Jurídica*, 95, pp.232-243

Oré G., A. y Loza A., G. (2005). La estructura del proceso común en el nuevo Código Procesal Penal peruano. *Derecho & Sociedad*, (25), 163-177.

Orrego S., C. (2009). La objetividad del derecho como función de la subjetividad/objetividad del juez. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, *33*, (2), 599-619.

Ortiz N., M. H. (15 de noviembre de 2013). Los antecedentes más antiguos de la prueba. Recuperado de http://blog.pucp.edu.pe/blog/nuevoprocesopenal/2013/11/15/los-antecedentes-mas-antiguos-de-la-prueba/

Patiño G., J., Ospina H., G. A. y Molina A., I. I. (2017). Aproximaciones legales y jurisprudenciales a la prueba de oficio, en el procedimiento penal adversarial con tendencia acusatoria en el ordenamiento colombiano. *Revista dos mil tres mil*, 19, 161-178.

Perdomo T., J. F. (2005). Fundamentación penal material para el ejercicio procesal del "ius puniendi" y su renuncia. *Derecho Penal y Criminología*, *26*, (78), 53-86.

Perelló D., I. (1997). El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. *Jueces para la democracia*, (28), 69-75.

Pisfil F., D. A. (2018). Imparcialidad judicial y prueba de oficio: ¿entre la discrecional y obligatoriedad de los poderes judiciales en el proceso penal peruano? *Revista Sapere*, (16), 20-33 http://docplayer.es/136322654-Imparcialidad-judicial-y-prueba-de-oficio-entre-la discrecionalidad-y-obligatoriedad-de-los-poderes-judiciales-en-el-proceso-penal peruano.html.

Ruiz M., J. C. (2019). El test de proporcional como herramienta para analizar la constitucionalidad de las medidas de fuerzas en contexto de protestas sociales. *La ley* (El ángulo legal de la noticia). https://laley.pe/art/7594/el-test-de-proporcionalidad-como-herramienta-para-analizar-la-constitucionalidad-de-las-medidas-de-fuerzas-en-contexto-de-protestas-sociales

Rosas, J. (2007). Sistema Acusatorio en el Nuevo Código Procesal Penal. Recuperado de h *http://www. mpfn. gob. pe/ncpp/files/dfbaaa_articulo% 20dr.% 20rosas% 20yataco. pdf*.

Sampedro, A., y Barbón, J. J. (2009). Los ojos en el Código de Hammurabi. *Archivos de la Sociedad Española de Oftalmología*, *84*, (4), 221-222.

Talavera F., P. A. (2006). Imparcialidad y decisión judicial en el Estado constitucional. *Revista boliviana de derecho*, (2), 15-42.

Ticona P., V. (2011). La motivación como sustento de la sentencia objetiva y materialmente justa. *Cuadernos de investigación y jurisprudencia*, (9), 1-25.

Ugarte C., J. L. (2011). Privacidad, trabajo y derechos fundamentales. *Estudios constitucionales*, *9* (1), 13-36.

Yáñez-Meza, D. A., y Castellanos-Castellanos, J. A. (2016). El derecho a la prueba en Colombia: Aspectos favorables y críticos de la reforma del Código General del Proceso en el derecho sustancial y procesal. Vniversitas Bogotá, *65*, (132), 561-610.

Zamora-Acevedo, M. (2014). La búsqueda de la verdad en el proceso penal. *Acta Académica, 54(mayo*), 147-186.

DICCIONARIO JURÍDICO

Cabanellas, Guillermo (2008). *Diccionario enciclopédico de derecho usual* (Vol. 8) (29.ª ed. rev.). Editorial Heliasta.

TESIS

Pérez Gil, Julio (1997). *La acusación popular* [Memoria de Tesis para la obtención del grado de Doctor, Universidad de Valladolid]. Archivo digital.

https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/62/TESIS14-090326.pdf;jsessionid=10CF98D02872D898142A0F47834ED894?sequence=1

CASACIONES Y SENTENCIAS NACIONALES CONSULTADAS

Casación No. 106-2010 (Moquegua) (2011, 3 de mayo). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (José Antonio Neyra Flores, M. P.). En Secretaria Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal (2012). *Casaciones y acuerdos plenarios*. *Código Procesal Penal* (*Decreto Legislativo No. 957*) (pp. 201-205). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Casación No. 33-2014 (Ucayali) (2015, 28 de octubre). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (José Antonio Neyra Flores, M. P.).

https://lpderecho.pe/casacion-n-33-2014-ucayali-doctrina-jurisprudencial-sobre-reglas-de-admision-etapa-intermedia-y-juicio-oral-y-actuacion-de-declaraciones-previas-en-caso-de-menores-victimas-de-delitos-sexual/

Recurso de Nulidad No. 233-2019 (Ventanilla) (2020, 25 de febrero). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (Sequeiros Vargas, M. P.).

http://estudiocastilloalva.pe/2020/07/07/imparcialidad-judicial-su-violacion-genera-la-nulidad-de-la-sentencia/

Sentencia No. 01665-2014-PHC/TC (2015, 25 de agosto). Tribunal Constitucional del Perú.

https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/01665-2014-HC.pdf

Sentencia No. 06149-2006-PA/TC y 06662-2006-PA/TC (2006, 11 de diciembre). Tribunal Constitucional del Perú. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06149-2006-AA%2006662-2006-AA.pdf

Sentencia No. 02465-2004-AA/TC (2004, 11 de octubre). Tribunal Constitucional del Perú.

https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02465-2004-AA.html

Sentencia No. 04298-2012-PA/TC (2013, 17 de abril). Tribunal Constitucional del Perú. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/04298-2012-AA.html

Sentencia No. 00512-2013-PHC/TC (2013, 19 de junio). Tribunal Constitucional del Perú.

https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00512-2013-HC.html

SENTENCIAS DE TRIBUNALES INTERNACIONALES CONSULTADAS

Sentencia C-396/07 (2007, 23 de mayo). Corte Constitucional de la República de Colombia (Marco Gerardo Monroy Cabra, M. P.). https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2007/C-396-07.htm#:~:text=La%20Corte%20Constitucional%20%E2%80%9Cno%20tiene,respetada%20por%20el%20juez%20constitucional.

6. Resolución Nos. 9/11, "El derecho a la verdad", de 24 de septiembre de 2008 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

https://www.google.com/search?q=9%2F11.+El+derecho+a+la+verdad&rlz=1C1SQJL_esPE927PE927&oq=9%2F11.++El+derecho+a+la+verdad&aqs=chrome..69i57j33i160.818j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8

LEYES Y DOCUMENTOS LEGALES NACIONALES CONSULTADOS

Constitución Política del Perú (1993, 30 de diciembre). Congreso Constituyente Democrático.

http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

Código Procesal Penal (2004, 29 de julio). Poder Ejecutivo.

http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

LEYES E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES CONSULTADOS

Código de Procedimiento Penal Colombiano (2004, 31 de agosto).

http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20190708_03.pdf

Código do Processo Penal do Brasil [Código Procesal Penal Brasileño] (1941, 3 de octubre).

https://web.oas.org/mla/en/Countries_Intro/bra_pt_proc_penal.pdf

Código Procesal Penal de Chile (2000, 29 de septiembre).

https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595

Código de Procedimiento Penal de Bolivia (1999, 25 de marzo).

http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/PDF/BO/codigoprocedimiento_penal.pdf

Code de Procédure Pénale Français [Código de Procedimiento Penal Francés] (1958, 23 de diciembre). https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006071154/LEGISCTA000006167465/2008-06-26/#LEGIARTI000006576177

Código do Processo Penal do Portugal [Código de Procedimiento Penal Portugués) (1987, 17 de febrero). Diário da República No. 40/87. https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/139876418/202101090452/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=indice

Código Procesal Penal de la Nación Argentina (1991, 4 de septiembre). http://www.oas.org/juridico/PDFs/arg_ley23984.pdf

Código Procesal Penal de la República de Nicaragua (2001, 13 de noviembre). https://web.oas.org/mla/en/Countries_Intro/Nica_intro_textfun_esp_2.pdf

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre, 1969, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre, 1989, https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948, http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp#:~:text=Todos%20los%20hombres%20nacen%20libres,exigencia%20del%20derecho%20de%20todos.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre, 1948, https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/

Estatuto de la Corte Penal Internacional, 17 de julio, 1998, https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre, 1966, https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx

Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de enero, 2009, https://www.cidh.oas.org/basicos/basicos12.htm