

*¿Acaso la iniciativa probatoria del Juez Penal en el NCPP vulnera el “Principio Acusatorio”, como parte integrante del debido proceso? Reflexiones entre garantismo y activismo en materia probatoria*

David Hans Nietzsche Ibarra Delgado\*

\* Alumno del XI ciclo de la Escuela de Derecho de la Universidad Alas Peruanas. El presente artículo corresponde a la ponencia presentada por el autor al XI Congreso Nacional de Derecho Constitucional, realizado en Iquitos en el presente año.

Lex



“Intentar de nuevo reducir al juez a la posición de espectador pasivo e inerte del combate entre las partes es un anacronismo que no encuentra fundamento en el propósito de asegurar a los litigantes el goce de sus legítimos derechos y garantías.”

(BARBOSA MOREIRA)

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo reviste actualidad, pues con la puesta en vigencia del NCPP cierto sector de la doctrina procesal nacional y extranjera critica la permanencia de la iniciativa probatoria del juez penal, opinión que no compartimos. En el presente se desarrollará dicho problema, analizaremos por qué debemos estar a favor de dicha actividad y cómo esta promueve una solución justa del proceso. Al finalizar, presentaremos nuestras conclusiones y una propuesta. Esperamos cubrir sus expectativas.

### EL PRINCIPIO ACUSATORIO COMO PARTE INTEGRANTE DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

El debido proceso, como derecho constitucional procesal,<sup>1</sup> como bien señala Blanco Gómez, es la “precisión de las mínimas garantías que deben observarse en las actuaciones judiciales y administrativas, como una manifestación del Estado Social de Derecho frente al individuo. Su carácter es eminentemente instrumental e incorpora diferentes principios que cobran un incuestionable relieve en el campo del proceso (...)”.<sup>2</sup> En ese sentido, el principio acusatorio es parte integrante del debido proceso, y este a su vez del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Con la puesta en vigencia de manera progresiva del Nuevo Código Procesal Penal del 2004 (NCPP) en los distintos distritos judiciales del país, y con el tan aclamado principio acusatorio, es evidente que el proceso penal ha mejorado notablemente. Este principio parte de la premisa de que la función acusatoria y de juzgamiento no puede recaer en una sola persona —el Juez—, a efectos de no vulnerarse el principio de imparcialidad.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Inc. 3 del art. 139° de la Constitución Política del Perú señala que son principios y derechos de la función jurisdiccional: “La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.”

<sup>2</sup> BLANCO GÓMEZ, José Luis, “La controversia de la prueba en materia civil”, en: XXX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, Universidad Libre, 2009, p. 685.

<sup>3</sup> “Este principio va erosionando el sistema inquisitivo donde el juez investiga y también falla, buscando que en la resolución de una controversia ninguna institución invada los roles de otra”. ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy, “*Estudio crítico de los precedentes penales vinculantes de la Corte Suprema*”, Lima, Gaceta Jurídica, 2009, p. 173.

La jurisprudencia nacional ha tenido ya la oportunidad de pronunciarse sobre este principio,<sup>4</sup> así como también la doctrina nacional, que señala como sus elementos configurantes:<sup>5</sup> i) la investigación es confiada necesariamente a un órgano distinto del Poder Judicial, ii) la carga de la prueba recae sobre el Ministerio Público, iii) las partes dinamizan el desarrollo de la actividad probatoria, iv) *Nulla judicium sine acusatione*, v) la adopción de medidas restrictivas, privativas y limitativas necesitan ser solicitadas por las partes, y vi) el órgano judicial está sujeto al objeto del proceso propuesto por el Ministerio Público en la acusación.<sup>6</sup>

De otro lado, si bien es cierto que la carga<sup>7</sup> de la prueba corresponde al Ministerio Público, este no es absoluto, pues el juez tiene de manera excepcional iniciativa probatoria, como veremos a continuación.

### LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ EN EL NCPP

Las diligencias para mejor proveer es una institución española que se difundió en Iberoamérica. Esta se encontraba contenida en el art. 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.<sup>8</sup> Creemos que la iniciativa probatoria del juez penal en el NCPP encuentra su inspiración en esta institución de cuño español.

Así pues, la carga de la prueba pertenece también al juez.<sup>9</sup>

El legislador peruano, con buen tino, ha adoptado de manera excepcional la iniciativa probatoria del juez en materia probatoria, que se encuentra regulada en el inciso 3 del art. 155° del NCPP, que prescribe lo siguiente: “La ley establecerá por excepción, los casos en los cuales se admita prueba de oficio”; asimismo, el art. 385° del mismo cuerpo normativo señala: “Si para conocer los hechos, siempre que sea posible, que no se haya realizado dicha diligencia en la investigación preparatoria o esta resultare manifiestamente insuficiente, el juez penal, de oficio o a pedido de parte, previo debate de los intervinientes, ordenará la realización de una inspección o de una reconstrucción, disponiendo las medidas necesarias para llevarlas a cabo”.

<sup>4</sup> Exp: 02005-2006-PHC/TC; QUEJA N° 1678-2006-Lima; Exp: N° 3031-2010-PHC/TC-TUMBES.

<sup>5</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2da. ed., Lima, Rhodas, 2010, p. 49-54.

<sup>6</sup> Según PICÓ I. JUNOY, el principio de la prohibición de la reforma en perjuicio también sería parte integrante del principio acusatorio. PICÓ I. JUNOY, Joan, “El principio acusatorio y la iniciativa probatoria del juez penal. Reflexiones en el derecho comparado”, en: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, tomo 14, Lima, Communitas, 2009, p. 459.

<sup>7</sup> La carga de la prueba como imperativo del propio interés. CAVERO RUÍZ, Hugo. “El garantismo del Profesor James Goldschmidt: vigencia de un pensamiento viejo y bueno, o vigencia del pensamiento de un viejo bueno”, en: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, tomo 14, Lima, Communitas, 2009, p.16.

<sup>8</sup> VÁSQUEZ SOTELO, José Luis, “Iniciativas probatorias del juez en el proceso civil”, en: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, tomo 14, Lima, Communitas, 2009, p. 541.

<sup>9</sup> El fundamento de la carga de la prueba es la prohibición *non liquet*, que significa “no está claro”. Es propia del Derecho medieval. Es una situación en la que no es aplicable el Derecho, y entonces el juez se abstenía de sentenciar. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Estudios de Derecho Probatorio*, Lima, Communitas, 2009. p. 101-102.

En el siguiente párrafo se señala que “El Juez penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultan indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El juez penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes.” Esta iniciativa probatoria es una facultad del juez, y por lo tanto, no puede ser exigido por las partes, ni su omisión conlleva una vulneración del derecho a probar cuando la parte ha solicitado al juez dicha actuación.

Entre los argumentos en contra de la iniciativa probatoria del juez –según cierto sector de la doctrina– podemos citar: la protección del principio acusatorio y la imparcialidad del juez. No obstante, ni lo uno ni lo otro se ven vulnerados, como detallaremos más adelante.

### LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ EN EL DERECHO COMPARADO<sup>10</sup>

Veamos si la iniciativa probatoria ha sido acogida en las principales legislaciones procesales del mundo.

**En Europa.** En Alemania, por ejemplo, el 274.II de la *Strafprozessordnung* de 1975 consagra el *Aufklärungs-pflicht* (deber de averiguación), que establece que “El tribunal ampliará de oficio, con el fin de indagar la verdad, la práctica de las pruebas a todos los hechos y medios de prueba que fueran de importancia para la resolución”.<sup>11</sup> En Italia, el art. 507° del *Codice di Procedura Penale*<sup>12</sup> también señala que el juez de oficio puede practicar nuevos medios de prueba.

Asimismo, en Portugal, el art. 340° del Código Procesal Penal de 1987 señala que “El Tribunal ordenará, de oficio o a petición de parte, la práctica de todos los medios de prueba que crea necesarios para el descubrimiento de la verdad y la justa decisión de la causa”.<sup>13</sup> En Holanda, el juez se encarga de realizar la mayoría de preguntas, y puede ordenar prueba de oficio.<sup>14</sup> En Francia, el art. 310° del Código Procesal Francés señala que “El Presidente está investido de un poder discrecional por el que puede, por su honor y conciencia, tomar las medidas que cree útiles para descubrir la verdad”.<sup>15</sup>

**En Latinoamérica.** Podemos agruparlas en 3: a) países que no admiten la iniciativa probatoria por ningún motivo, b) países que la admiten de modo excepcional, y c) países que sí permiten la iniciativa probatoria del juez.

<sup>10</sup> Los países que citaremos a continuación adoptan el principio acusatorio, algunos con más, otros con menos intensidad.

<sup>11</sup> PICÓ I. JUNOY, Joan, *op. cit.*, p. 464-465.

<sup>12</sup> “Art. 507. Ammissione di nuove prove. Terminata l’acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di ufficio l’assunzione di mezzi di prova relativi agli atti acquisiti al fascicolo per il dibattimento a norma degli articoli 431, comma 2, e 493, comma 3.”

<sup>13</sup> PICÓ I. JUNOY, Joan, *op. cit.*, p. 465.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 465.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 465.

a) *Países que no admiten la iniciativa probatoria.* El art. 348° del Código Procesal Penal de Panamá señala: “El juez de Garantías y el Tribunal de Juicio no podrán decretar, en ningún caso, pruebas de oficio”.<sup>16</sup> La misma situación se da en Colombia, que en su art. 361° del Código de Procedimiento Penal de 2004 prescribe: “En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de prueba de oficio”.<sup>17</sup> Al respecto se ha pronunciado la Sala Plena de la Corte Constitucional, con la ponencia de Marco Gerardo Monroy Cabra, en la que se reafirma la constitucionalidad del art. 361° antes señalado –lastimosa decisión, por decir lo menos–. Del mismo parecer es el Código Procesal Penal de Nicaragua, que señala en su art. 10°: “(...) los jueces no podrán proceder a la investigación, persecución ni acusación de ilícitos penales.” Posteriormente, en su art. 317° señala que solo las partes pueden solicitar instrucciones adicionales en el juicio oral, no el juez.<sup>18</sup> En Ecuador, el art. 301° del Código de Procedimiento Penal, que establecía la iniciativa probatoria del juez, ya se encuentra derogado en la actualidad.<sup>19</sup> Finalmente, en Bolivia, el art. 342° de su Código de Procedimiento Penal niega tajantemente la posibilidad del juez de producir prueba de oficio.<sup>20</sup>

b) *Países que admiten la iniciativa probatoria de manera excepcional.* En Venezuela, el art. 359° del Código Orgánico Procesal Penal de 2001 permite la iniciativa probatoria del juez.<sup>21</sup> En Honduras, el art. 333° del Código Procesal Penal también otorga dicha iniciativa probatoria a favor del juez.<sup>22</sup> De igual manera, nuestro país ha adoptado la iniciativa probatoria, como señalamos líneas arriba.

c) *países que sí permiten la iniciativa probatoria del juez.* Tenemos a Argentina, que en su

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 466.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 467.

<sup>18</sup> “Art. 317. **Derecho a proponer instrucciones adicionales.** En cualquier tiempo antes de iniciar los alegatos conclusivos, las partes podrán formular por escrito y presentar al juez propuestas de instrucciones adicionales al jurado, con copia a la parte contraria. Si el juez deniega cualquier instrucción propuesta por las partes, fundamentará su decisión verbalmente y se dejará constancia de ello en el acta de juicio.”

<sup>19</sup> Derogado. “Art. 301. **Otras pruebas.** El presidente tendrá la facultad de llamar a cualquier persona para interrogarla y de ordenar que se exhiban ante el tribunal los objetos o documentos que considere necesarios para esclarecer el hecho o alguna circunstancia alegada por las partes.”

<sup>20</sup> “Art. 342. **Base del juicio.** El juicio se podrá abrir sobre la base de la acusación del fiscal o del querellante, indistintamente. Cuando la acusación fiscal y la acusación particular sean contradictorias e irreconciliables, el tribunal precisará los hechos sobre los cuales se abre el juicio.

En ningún caso el juez o tribunal podrá incluir hechos no contemplados en alguna de las acusaciones, producir prueba de oficio ni podrá abrir el juicio si no existe al menos una acusación. El auto de apertura del juicio no será recurrible.”

<sup>21</sup> “Art. 309. **Nuevas pruebas.** Excepcionalmente, el tribunal podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen hechos o circunstancias nuevos, que requieren su esclarecimiento. El tribunal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes.”

<sup>22</sup> “Art. 333. **Diligencias para mejor proveer.** Durante el juicio solamente podrán evacuarse los medios de prueba oportunamente propuestos por las partes. El Tribunal podrá, sin embargo, a petición de parte o de oficio, ordenar que se practiquen otras pruebas si durante el juicio se ha puesto de manifiesto la omisión de un elemento de prueba antes no conocido. Dichas pruebas podrán ser ordenadas también por el juez en la audiencia inicial.”

art. 356<sup>o23</sup> y art. 388<sup>o24</sup> otorga la iniciativa probatoria del juez *ex officio*. De igual manera, Brasil en su Novo Código de Processo Penal en su art. 156<sup>o</sup> –modificado por Decreto Ley N° 11690– establece que el juez podrá de oficio producir pruebas para resolver sus dudas respecto a un punto relevante.<sup>25</sup> Y por último, Panamá, que en su Código Judicial de 1984 prevé la iniciativa probatoria del juez sentenciador en el propio acto de juicio (art. 2259<sup>26</sup>) e incluso en cualquier momento antes de dictar sentencia (art. 2407).<sup>27</sup>

### FINALIDAD DEL PRINCIPIO ACUSATORIO

Tal como señala Dinamarco, el Derecho Procesal ha llegado a un nivel de cientificidad muy alto, de modo tal que los conceptos de cada una de las instituciones jurídico-procesales que lo conforman se encuentran en un nivel más que aceptable de desarrollo, tanto así que resultaría ocioso y hasta cansino seguir concentrando los esfuerzos de los estudiosos en el derecho procesal si no se aborda este bajo una visión teleológica del mismo. Es así que cabe preguntarnos cuál es la finalidad del principio acusatorio.

La finalidad del principio acusatorio es mantener la *imparcialidad en el juez*,<sup>28</sup> pues un juez que investigue y acuse y luego juzgue se vería contaminado con el producto de su propia investigación y sencillamente no podría emitir su decisión con imparcialidad.

### ¿POR QUÉ LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ PENAL NO VULNERA EL PRINCIPIO ACUSATORIO?

Podemos señalar como argumentos justificantes de la iniciativa probatoria *ex officio* del juez penal las siguientes:

a) **Porque el valor justicia es un valor supremo del ordenamiento jurídico.** El proceso no sirve únicamente para resolver conflictos; es necesario que esta solución contenida en la sentencia sea justa. De igual manera, no será suficiente que el proceso se realice con la

<sup>23</sup> “Art. 357. **Instrucción suplementaria.** Antes del debate, como noticia de las partes, el presidente, de oficio o a pedido de parte, podrá ordenar los actos de instrucción indispensables que se hubieren omitido o denegado o fuere imposible cumplir en la audiencia o recibir declaración a las personas que presumiblemente no concurrirán al debate por enfermedad u otro impedimento.”

<sup>24</sup> “Art. 388. **Nuevas pruebas.** Si en el curso del debate se tuviera conocimiento de nuevos medios de prueba manifiestamente útiles, o se hicieren indispensables otros ya conocidos, el tribunal podrá ordenar, aún de oficio, la recepción de ellos.”

<sup>25</sup> “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

<sup>26</sup> “Art. 2259. El juez examinará, por sí mismo, los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos, para la más segura comprobación de la verdad.”

<sup>27</sup> PICÓ I. JUNOY, Joan, *op. cit.*, p. 471.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 458.

intervención de las partes –asegurando de esta manera el contradictorio–; tampoco que a lo largo del proceso se respeten los derechos fundamentales de las partes, sino que el juez llegue a la certeza respecto al objeto del proceso. En ese sentido, la finalidad de la prueba entonces será el convencimiento judicial<sup>29</sup> y no, como se sigue sosteniendo, que es la verdad, y se busca a través de ella “la solución equitativa o más aceptable, aunque siempre tomando como marco de referencia a la ley”.<sup>30</sup>

b) **Es totalmente constitucional.** Y ello es así porque se inspira en el valor justicia y en la tutela jurisdiccional efectiva. Y de ese parecer es el legislador al concretar dicha iniciativa en el art. 385º, pues mientras más importante es un enunciado –tutela jurisdiccional– más genérico es su contenido.<sup>31</sup>

c) **Dicha actividad debe encontrarse limitada.** Puede vulnerarse el principio acusatorio cuando el juez pueda variar la pretensión penal punitiva realizada por el fiscal, esto es, la acusación fiscal. Entonces el juez debe circunscribirse y estar sujeto a ella. Las limitaciones a dicha iniciativa son las siguientes:

1) La prueba debe ceñirse a los elementos fácticos objeto del proceso y no podrá modificarlos.<sup>32</sup>

2) La actividad probatoria del juez tendrá como base las fuentes de prueba aportadas y posteriormente introducidas en el juicio oral.<sup>33</sup> Así pues, dicha actividad será complementaria a la efectuada por las partes, y no debe haber existido negligencia en la aportación de la prueba y quebrantarse la igualdad de las partes.

3) Deberá respetarse el principio de contradicción, el derecho de defensa de las partes, y el derecho a la actuación de los medios de prueba ya admitidos.<sup>34</sup>

d) **La imparcialidad del juez no se ve vulnerada.** Cuando el juez posee la iniciativa de producción de pruebas, y hace uso de ella, no sabe a qué parte beneficiará el acto procesal que está realizando. Entonces, ¿de qué imparcialidad lesionada estamos hablando?

<sup>29</sup> Al respecto, PICÓ I. JUNOY señala que la finalidad de la prueba no es la verdad, porque el concepto de verdad es muy ambiguo y este cambia de acuerdo al momento histórico en que se viva. Además se habla tanto de verdad histórica, procesal, real, material, etc., que es preferible optar por el término convencimiento judicial. *Ibidem* p. 486-489

<sup>30</sup> PARODI REMÓN, Carlos. “La Prueba en el garantismo y en el activismo”, en: XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal, UAP, p. 59.

<sup>31</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan, “Comentarios a la ley Procesal del Trabajo”, en: *Revista de Derecho*, tomo 58, Themis, p. 167.

<sup>32</sup> PICÓ I. JUNOY, Joan, *op. cit.*, p. 491.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 492.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 493.



e) **El proceso penal debe ser eficaz.** Comenta Picó I. Junoy al respecto que “Un proceso penal no es más acusatorio o más garantista si niega la iniciativa probatoria del juez; lo que sí será, probablemente, es menos eficaz”.<sup>35</sup>

f) **En otros órdenes jurisdiccionales sí se admite la iniciativa probatoria del juez.** Solo por mencionar, en el Código Civil<sup>36</sup> y en la Nueva Ley Procesal de Trabajo<sup>37</sup> sí se admite dicha actividad. Y entonces, ¿por qué sí admitir la iniciativa probatoria en materia civil y laboral y no en la penal?

## GARANTISMO Y ACTIVISMO

Sobre el garantismo<sup>38</sup> –identificado con el sistema privatístico<sup>39</sup>–, Gozaini –citado por Parodi Remón– sostiene que “El proceso es un problema entre partes, y de este modo, cualquier conflicto celebrado ante jueces o tribunales se rige por el principio dispositivo, según el cual *nemo iudex sine actore y ne procedat ex officio*, es decir, que no hay proceso sin

<sup>35</sup> Enunciado que hacemos nuestro. PICÓ I JUNOY, Joan, *op. cit.*, p. 495.

<sup>36</sup> “Art. 194. **Prueba de oficio.** Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes (...).”

<sup>37</sup> “Art. 22. **Prueba de oficio.** Excepcionalmente, el juez puede ordenar la práctica de alguna prueba adicional, en cuyo caso dispone lo conveniente para su realización, procediendo a suspender la audiencia en la que se actúan las pruebas por un lapso adecuado no mayor a treinta (30) días hábiles, y a citar, en el mismo acto, fecha y hora para su continuación. Esta decisión es inimpugnable. Esta facultad no puede ser invocada encontrándose el proceso en casación. La omisión de esta facultad no acarrea la nulidad de la sentencia.”

<sup>38</sup> Entre los defensores de esta posición tenemos a Alvarado Velloso, quien sostiene que son muchas las tareas que tiene que realizar el juez –en lo administrativo, en lo impositivo fiscal, en la tributación parafiscal, en lo judicial, al momento de sentenciar–, que se pregunta ¿cuándo tiene tiempo para sentenciar? Por ello, él opta por un juez que no tenga “aptitudes paternalistas” con las partes, tareas que no le incumben de acuerdo con la Constitución. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Debido Proceso versus pruebas de oficio*, Bogotá, Temis, 2004; el italiano Franco Cipriani a partir de su obra *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel regno de d'Italia* (1866-1936); VÁSQUEZ SOTELO, José Luis, *op. cit.*, p. 542; el maestro colombiano Marco Gerardo Monroy Cabra; el argentino Rubén A. Chaia, quien a su entender es el acusador quien debe probar los extremos de su acusación y luego se pregunta cuál será la actividad de ese tercero llamado a resolver la contienda. Su posición se ve revelada con el siguiente párrafo: “Si queremos jueces que sean solamente jueces, no tenemos más alternativa que impedirles cargar contra los sospechosos o decretar medidas de oficio que puedan llevarlos a una segura condena”. CHAIA, Rubén A., *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, p. 84; Juan Montero Aroca –que hasta hace algunos años era partidario del activismo, y justifica su cambio de posición como a un simple “pecado de juventud”; VÁSQUEZ SOTELO, José Luis, *op. cit.*, p. 543; y Luigi Ferrajoli, quien señala que “la primera característica del sistema acusatorio impide que esa carga pueda ser asumida por sujetos diversos de la acusación: ni por el imputado al que compete el derecho opuesto de la refutación ni tampoco el juez, que tiene la función de juzgar libremente la fiabilidad de las verificaciones o refutaciones expuestas.” Así pues, queda demostrada su postura. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta; entre otros.

<sup>39</sup> Entre sus defensores tenemos al profesor colombiano Parra Quijano, quien señala que “No solamente el juez civil colombiano tiene la facultad de decretar pruebas de oficio para esclarecer la verdad de los hechos objeto de la controversia, sino que además puede exigirse que una determinada parte colabore de una manera especial para el esclarecimiento de los mismos (...)”. PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de Derecho Probatorio*, Ediciones Librería del Profesional, p. 192. Devis Echandía, para quien la carga de la prueba (*onus probandi*) se ve satisfecha no importando quién la haya presentado, inclusive si proviene de actividad oficiosa del juez. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, tomo I, p. 484; Joan Picó I. Junoy; la mayoría de la doctrina brasileña, entre otros.

petición de partes y no puede el juez promover él mismo un conflicto entre partes”. Más adelante señala el maestro argentino que “La prueba de las partes se convierte en una suerte de juego de persuasiones, porque hay que convencer al juez de la razón, antes que demostrarle la verdad auténtica de las realidades”.<sup>40</sup>

Entre sus características tenemos: i) el proceso se inicia a instancia de parte, ii) el juez debe atenerse a las pruebas ofrecidas por estas, iii) el juez no debe tener iniciativa probatoria alguna, iv) la sentencia que emita el juez debe estar enmarcada al objeto del proceso.<sup>41</sup>

De otro lado, tenemos al activismo –identificado con el sistema publicístico–, en el que se sostiene que el proceso judicial es una actividad del Estado y que por tanto, este tiene el poder de resolver el conflicto.<sup>42</sup> Entre sus características tenemos las siguientes: i) el proceso se inicia de oficio, ii) el juez impulsa de oficio el proceso, iii) el juez tiene la iniciativa probatoria y escruta hasta donde le es posible para llegar al convencimiento judicial.<sup>43</sup>

Ya definidos los conceptos, pasemos a tomar posición por uno de ellos.

### ¿QUÉ POSICIÓN TOMAR EN MATERIA PROBATORIA?

Queda claro que el problema entre activismo y garantismo versa sobre el grado de intervención que tenga el juez en el proceso. Sin embargo, nosotros vamos a dedicarnos solo a la parte probatoria.

Según nuestro parecer, la más idónea es la del activismo pero con ciertos matices que expondremos a continuación:

i) El juez no va a incorporar hechos nuevos, pues estos son incorporados por las partes y con las pruebas que estas han aportado. Entonces hay una complementación probatoria, como señalamos líneas arriba.<sup>44</sup>

ii) Dicha iniciativa probatoria complementaria no afecta el derecho material de las partes, más bien con ello se busca una solución más justa arribando al convencimiento judicial.<sup>45</sup>

iii) Una vez realizada la iniciativa probatoria, esta no será inaudita parte, el juez pondrá en conocimiento de ellas dicha iniciativa a fin de que no se vulnere su derecho de defensa.<sup>46</sup>

<sup>40</sup> PARODI REMÓN, Carlos, *op. cit.*, p. 59.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p.59-60.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 61.

iv) Por último, con esta iniciativa probatoria del juez –al necesitar mayores elementos de convicción para sentenciar– se puede inferir que este es un juez conocedor del expediente, y que se ha tomado la dedicación –propia de su función– de indagar en cada rincón del mismo con la finalidad de que su sentencia no sea solo legal sino justa.<sup>47</sup>

## CONCLUSIONES

A la luz de todo lo expuesto, podemos señalar las siguientes conclusiones:

1. La adopción de la iniciativa probatoria del juez es de lo más acertada, y se deben tener en cuenta sus límites a fin de no afectar la imparcialidad y el derecho de contradicción de las partes.
2. La imparcialidad del juez no se ve enervada con la iniciativa probatoria del juez.
3. Un activismo judicial en materia probatoria con ciertos matices es la opción ideal no solo para nuestro ordenamiento procesal penal sino para nuestro ordenamiento procesal en general.
4. La sentencia no solo debe ser legal, sino ante todo justa, por ser el valor “justicia” un valor supremo del ordenamiento jurídico.

## PROPUESTAS

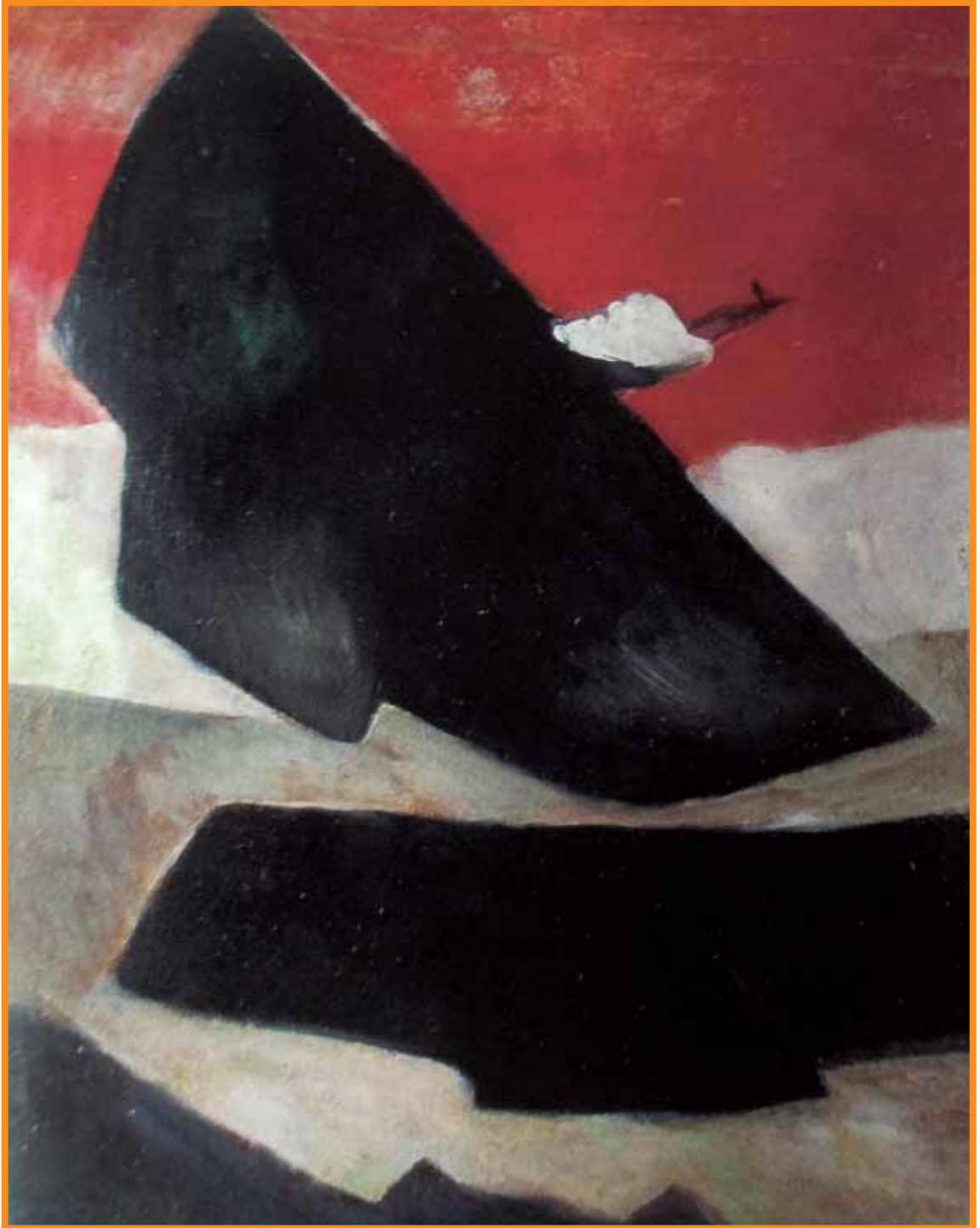
Puede darse el caso de que se cuestione la constitucionalidad del art. 385º del NCPP. Nosotros creemos que tanto el Poder Judicial –al realizar el control difuso– como el Tribunal Constitucional –al efectuar el control concentrado– deberán reafirmar su constitucionalidad, por las razones antes expuestas: la búsqueda de la justicia como valor supremo, la no transgresión del principio acusatorio y menos aún de la imparcialidad del juez. No podemos permitir que el juez se convierta en un simple espectador, un mero árbitro que solo vele porque las reglas de juego se cumplan en el proceso.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 62.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BLANCO GÓMEZ, José Luis. “La controversia de la prueba en materia civil”, en: XXX Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, Universidad Libre, 2009.
- ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy, *Estudio crítico de los precedentes penales vinculantes de la Corte Suprema*, Lima, Gaceta Jurídica.
- PICÓ I. JUNOY, Joan. “El principio acusatorio y la iniciativa probatoria del juez penal. Reflexiones en el Derecho Comparado”, en: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, tomo 14, Lima, Communitas, 2009.
- CAVERO RUIZ, Hugo. “El garantismo del profesor James Goldschmidt: vigencia de un pensamiento viejo y bueno, o vigencia del pensamiento de un viejo bueno”, en: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, tomo 14, Lima, Communitas, 2009.
- VÁSQUEZ SOTELO, José Luis. “Iniciativas probatorias del juez en el proceso civil”, en: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, tomo 14, Lima, Communitas, 2009
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Estudios de Derecho Probatorio*, Lima, Communitas, 2009.
- PARODI REMÓN, Carlos. “La prueba en el garantismo y en el activismo”, en: XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal, UAP.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. “Comentarios a la ley Procesal del Trabajo”, en: *Revista de Derecho*, tomo 58, Themis.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Debido proceso versus pruebas de oficio*, Bogotá, Temis, 2004.
- CHAIA, Rubén A., *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta.
- PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de Derecho Probatorio*, Ediciones Librería del Profesional.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, tomo I.





*Cóndor. Colección particular.*