

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ


**PRUEBA DE OFICIO Y PROCESO: UNA MIRADA
DESDE EL ESTADO CONSTITUCIONAL**

**TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE MAGÍSTER
EN DERECHO PROCESAL**

PRESENTADO POR:
LUIS CARLOS WILFREDO CORREA ONTIVEROS
CÓDIGO: 20143599

ASESOR: LUCIANO LÓPEZ FLORES

LIMA - 2019



A mis padres y a mi familia por haberme forjado como la persona que soy en la actualidad: todos mis logros se los debo a ellos.

Al profesor Luciano López Flores, quien inculcó en mí las ganas de adquirir nuevos conocimientos desde el principio y a todos aquellos que hicieron posible la presentación de esta tesis.

RESUMEN EJECUTIVO

En estos tiempos, la constitucionalización de los derechos -y del proceso- ha llevado a que los estados reformulen el modo de comprender y actuar del Derecho. Y es, justamente, bajo ese contexto que nace el paradigma de Estado constitucional, cuyos principales postulados son: i) la defensa de los derechos fundamentales; y, ii) el fortalecimiento de la institucionalidad democrática.

Es así que, bajo dicho paradigma, esta tesis buscará, en primer lugar, describir el impacto que el Estado constitucional tiene sobre el proceso, el juez y las partes procesales; y más concretamente, sobre la prueba de oficio en el marco de una *litis*.

A partir de ello, pretendemos también sentar las bases de un nuevo modelo de proceso, que dejando atrás el procesalismo científico, y en concordancia con la tesis denominada “Constitucionalización del Derecho Procesal”, no es más que un Modelo de Proceso Garantista (o “Constitucionalismo Procesal”); que nos permitirá identificar al Juez como: a) Garante de los derechos - garantías en el proceso (por ejemplo: imparcialidad, debido proceso u otros); y, b) Garante de los derechos que protege el proceso en relación a las partes (por ejemplo: derecho a la identidad, a la pensión, a alimentos, etc.).

Reconociéndole, igualmente, en el juzgador la obligatoriedad de evaluar los derechos en litigio, a efectos de decretar prueba de oficio en un estadio procesal predecible (etapa de saneamiento) que les permita a las partes el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones. Para lo cual, también se planteará un modelo de razonamiento para que dicho accionar (incorporación de una prueba de oficio) tenga como finalidad la tutela de los derechos fundamentales de forma oportuna, idónea y eficaz.

Finalmente, ponemos a consideración de la comunidad jurídica los argumentos expuestos en la presente investigación; donde describiremos, en líneas generales, el traspaso de la clásica “prueba de oficio” vista como un poder exclusivo-unilateral del juez hacia un modelo racional - argumentativo. Lo cual ciertamente implica todo un verdadero cambio de nuestra cultura jurídica procesal, que modestamente esperamos sea corregida a fin de tener un proceso dúctil y justo, en el marco de un Estado constitucional.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
CAPITULO I: ESTADO CONSTITUCIONAL, PROCESO Y ROL DEL JUEZ....	12
1. ESTADO CONSTITUCIONAL: APROXIMACIONES	12
2. ¿EL ESTADO PERUANO COMO “ESTADO CONSTITUCIONAL”?	24
2.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO: ¿QUÉ NOS DICE?	24
2.2. POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	27
2.3. NUESTRA DEFINICIÓN.....	29
3. FINALIDAD DEL PROCESO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.....	30
3.1. PROCESO COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL	33
3.1.1. MODELO DE PROCESO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL: SEGÚN LA DOCTRINA.	35
4. FUNCIONES DEL JUEZ EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL	37
4.1. JUEZ COMO GARANTE DE LA LEY, DERECHO Y JUSTICIA.....	41
4.2. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD JUDICIAL: UNA NUEVA MIRADA.	44
5. DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL	47
5.1. DIGNIDAD DE LA PERSONA Y SEGURIDAD JURÍDICA COMO FUNDAMENTOS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEL PROCESO.	54
5.2. DERECHO FUNDAMENTAL AL PROCESO JUSTO.....	55
5.2.1. LAS LEYES PROCESALES COMO MEDIO PARA LA CONCRETIZACIÓN DEL DERECHO AL PROCESO JUSTO....	57
5.2.2. TITULARIDAD Y DESTINATARIOS.....	57
5.2.3. TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y DEBIDO PROCESO.	57
5.2.4. EL DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS.	61
6. CARÁCTER NO ABSOLUTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.....	64
7. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	66
7.1. DECISIÓN JUDICIAL Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.....	69
7.2. CONTEXTO DE DESCUBRIMIENTO Y CONTEXTO DE JUSTIFICACIÓN - RAZONES JURÍDICAS.....	70
7.3. DISCRECIONALIDAD JUDICIAL Y DECISIÓN JUSTA	71
8. CONTROL CONSTITUCIONAL COMO CONSECUENCIA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	72
9. CONTROL CONSTITUCIONAL Y LA PONDERACIÓN DE INTERESES.....	79

CAPITULO II: ESTADO DE LA CUESTIÓN SOBRE LA PRUEBA DE OFICIO	83
1. LA PRUEBA: DEFINICIÓN.....	83
1.1. EL DERECHO A PROBAR COMO DERECHO FUNDAMENTAL	86
1.2. ROL CONSTITUCIONAL DE LA PRUEBA	88
1.3. PRINCIPIOS DEL DERECHO A LA PRUEBA.....	90
1.4. VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	91
1.5. PRUEBA Y DEBIDA MOTIVACIÓN.	92
1.5.1. FUNCIONES DE LA MOTIVACIÓN.	94
2. DERECHO A LA PRUEBA EN SENTIDO SUBJETIVO Y OBJETIVO.....	95
3. OBJETO, NECESIDAD, FUENTES Y MEDIOS DE PRUEBA	96
4. CLASIFICACIÓN DE LAS PRUEBAS	99
5. MANIFESTACIONES CONSTITUCIONALES DE LA PRUEBA: CARGA DE LA PRUEBA Y EXCEPCIONES	101
5.1. PRINCIPIO DE LA CARGA DE LA PRUEBA	101
5.2. EXCEPCIÓN: INSUFICIENCIA PROBATORIA.....	104
6. LA PRUEBA DE OFICIO: INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ.....	106
6.1. PRUEBA DE OFICIO: FACULTAD.....	108
6.2. PRUEBA DE OFICIO: DEBER JURÍDICO-OBLIGACIÓN.....	109
6.3. PRUEBA DE OFICIO: LEGISLACIÓN NACIONAL	110
6.4. PRUEBA DE OFICIO: LEGISLACIÓN EXTRANJERA	112
6.5. PRUEBA DE OFICIO: JURISPRUDENCIA NACIONAL.....	113
6.6. PRUEBA DE OFICIO: ESBOZANDO UN CONCEPTO.....	114
6.7. PRUEBA DE OFICIO: FINALIDAD.....	115
6.8. PRUEBA DE OFICIO: LÍMITES	115
6.9. CONCEPTOS CONEXOS A LA PRUEBA DE OFICIO.....	117
6.9.1. PRUEBA DE OFICIO Y VERDAD.	117
6.9.2. PRUEBA DE OFICIO Y JUSTICIA.....	117
6.9.3. EL JUEZ Y LA PRUEBA DE OFICIO: IMPARCIALIDAD	117
CAPITULO III: RECONOCIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DEL JUEZ A MERITUAR CASO POR CASO LOS DERECHOS INVOCADOS A EFECTOS DE DECRETAR LA PRÁCTICA DE PRUEBA DE OFICIO (DESARROLLO DE LA HIPÓTESIS	119
1. RECONOCIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DEL JUEZ A MERITUAR CASO POR CASO LOS DERECHOS INVOCADOS A EFECTOS DE DECRETAR LA PRÁCTICA DE PRUEBAS DE OFICIO.....	120
1.1. DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	120
1.2. LA INDEPENDENCIA - IMPARCIALIDAD JUDICIAL.....	122
1.3. LA IGUALDAD DE "ARMAS" DE LAS PARTES	124

1.4. LA PRESTACIÓN IDÓNEA DEL SERVICIO PÚBLICO DE LA JUSTICIA COMO PARTE DE LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA	125
2. OBLIGATORIEDAD DEL JUEZ DE MERITUAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LITIGIO EN EL CASO CONCRETO.....	128
3. INTERÉS PÚBLICO: CONCEPTO QUE SUSTENTA LA OBLIGATORIEDAD DEL JUEZ A MERITUAR LOS DERECHOS INVOCADOS CASO POR CASO 134	
3.1. APROXIMACIONES CONCEPTUALES	134
3.2. POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	136
3.3. LAS ACCIONES DE INTERÉS PÚBLICO: DERECHO DE INTERÉS PÚBLICO.	138
3.4. CASOS DE INTERÉS PÚBLICO: SU DETERMINACIÓN.	139
3.5. INTERÉS PÚBLICO Y DERECHOS HUMANOS.....	140
4. RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL	140
4.1. SENTENCIA ARBITRARIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL	141
5. DECANTANDO LA HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.....	144
CAPITULO IV: MODELO DE RAZONAMIENTO PARA DECRETAR PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO DESDE EL MARCO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL (DESARROLLO DE LA HIPÓTESIS).....	176
1. PLANTEAMIENTO PARA UN ADECUADO RAZONAMIENTO AL MOMENTO DE DECRETAR PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO DESDE EL MARCO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL	177
1° PASO: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS EN LITIGIO EN EL CASO EN CONCRETO: CASO CONSTITUCIONAL	179
2° PASO: DETERMINAR SI ESTAMOS EN UN CASO EN CONCRETO CON INSUFICIENCIA PROBATORIA O NO.....	187
3° PASO: EL EMPLEO DE LA TESIS DE LA PONDERACIÓN COMO EJE DEL CONTROL CONSTITUCIONAL	189
4° PASO: COMPATIBILIDAD O INCOMPATIBILIDAD CONSTITUCIONAL DE LA PRUEBA DE OFICIO	192
2. APORTE A LA TEORÍA JURÍDICA DEL PROBLEMA INVESTIGADO.....	195
CONCLUSIONES.....	199
BIBLIOGRAFÍA	203

INTRODUCCIÓN

El derecho, sin duda alguna, cambia constantemente al no ser ajeno a las circunstancias sociales, económicas y culturales de los países. Una prueba de ello, es la constitucionalización de los derechos y del proceso, que ha llevado consigo, en los diferentes sistemas jurídicos del mundo, la apremiante necesidad de redefinir las clásicas instituciones y reglas jurídicas procesales; esto es, que los estados reformulen el modo de comprender (concebir) el Derecho y actuarlo (hacer) en la realidad. Y es, justamente, bajo ese contexto que nace el paradigma de Estado constitucional, cuyos postulados principales son: i) la defensa de los derechos fundamentales; y, ii) el fortalecimiento de la institucionalidad democrática (separación de poderes, independencia de los órganos jurisdiccionales, control entre los órganos y soberanía popular).

Aquí, por tanto, el Estado toma gran relevancia y ocupa un lugar preponderante en la agenda pública-jurídica de las naciones; y el Perú, no es ajeno a los avances que vienen remeciendo el ámbito jurídico en cuanto al modelo de Contrato Social que suscriben los pueblos; así tenemos que, el concepto de Estado constitucional -como nuevo paradigma- viene calando hondo en el quehacer diario de los legisladores como en los operadores de justicia; tal como lo vemos en las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en los expedientes STC N° 005-2007-PI/TC, STC N° 5854-2005-PA/TC y otros.

Es así que, bajo dicho paradigma, esta tesis buscará describir el impacto que tiene sobre el proceso, el juez y las partes; y más concretamente, sobre la prueba de oficio, entendida ésta como un elemento transcendental para el cumplimiento de las funciones de cada actor procesal dentro de la *Litis*, independientemente de la materia o el objeto en la que nos encontremos; buscando con ello, que dicha evaluación y repercusiones puedan ser aplicables a las distintas especialidades del derecho procesal.

En consecuencia, en el primer capítulo, se proporciona a la comunidad jurídica nacional aquellos elementos históricos, dogmáticos y comparados (características esenciales) del Estado constitucional, constituyéndose este concepto en el eje medular y transversal por donde transitará el desarrollo de

nuestro marco teórico (estado de la cuestión); a efectos de que se logre su mejor comprensión conforme a los postulados teóricos vigentes, que nos permitan apreciar claramente su naturaleza, fines y consecuencias.

Asimismo, desarrollaremos conceptualmente el tipo de proceso y el rol que la judicatura debiera tener ante este paradigma constitucional; tomando como referencia las principales líneas teóricas del debate positivista y post-positivista (neoconstitucionalistas), que son justamente las posiciones doctrinales que reseñan el tránsito del Estado de derecho al Estado constitucional. Y esbozadas dichas características en este paradigma, abordaremos posteriormente el tema de los derechos fundamentales en el Estado constitucional (en relación a las partes procesales), así como su carácter no absoluto. Finalmente, concluiremos este primer capítulo señalando la necesidad de utilizarse la interpretación y el control constitucional -de actos- en el ejercicio de las funciones de la judicatura, a efectos de tener decisiones judiciales más justas y razonables.

Luego, en el capítulo segundo, se desarrollará el estado de la cuestión de la prueba y de la prueba de oficio, determinándose no solo su concepto, finalidad, características o límites como institución procesal esencial del derecho; sino también se establecerá, en la medida de lo posible, si conceptos como los derechos fundamentales (derechos en litigio), el interés público o la finalidad del proceso, también influyen en su ámbito de aplicación; y si ello, cualquiera fuera la respuesta, se enmarca o no en un Estado constitucional; lo cual al formar parte integrante también de nuestro estado del arte, nos permitirá explicar más adelante las hipótesis de investigación.

En el tercer capítulo, pretendemos también sentar las bases de un nuevo modelo de proceso, que dejando atrás el procesalismo científico, y en concordancia con la tesis denominada “Constitucionalización del Derecho Procesal”, no es más que un Modelo de Proceso Garantista (o “Constitucionalismo Procesal”); que nos permitirá, en primer lugar, identificar al Juez como: a) Garante de los derechos - garantías en el proceso (por ejemplo: imparcialidad, igualdad de armas, debido proceso u otros); y, b) Garante de los derechos que protege el proceso en relación a las partes (por ejemplo: derecho a la identidad, a la pensión, a alimentos, etc.); reconociendo,

además, en el juzgador la obligatoriedad de evaluar caso por caso los derechos en litigio, a efectos de decretar prueba de oficio en un estadio procesal predecible (saneamiento) que les permita a las partes el ejercicio de sus derechos en igualdad de oportunidades y condiciones (con garantías máximas).

Igualmente, se denotará la relación que existe entre el proceso, el juez y la prueba de oficio, plasmando una propuesta que busque redefinir el modo en que -en sede nacional- se ha estado acostumbrado a ver a dichas instituciones procesales a efectos de construir un mejor y más democrático proceso judicial donde primen las garantías procesales, tales como: i) La defensa de los derechos fundamentales: tutela efectiva de derechos; ii) La independencia – imparcialidad judicial: como instrumentos dirigidos a la tutela jurisdiccional de derechos privados, sino además como medio para cumplir una función pública del Estado; iii) La igualdad de “armas” de las partes: garantía del debido proceso; y, iv) La prestación idónea del servicio público de justicia como parte de la tutela jurisdiccional efectiva: servicio al ciudadano; donde, además, conceptos como debida motivación e, incluso, ponderación tendrán real relevancia, conforme a los parámetros establecidos en el Estado constitucional; con lo que el juzgador en este nuevo modelo de proceso, será sometido a: i) un autocontrol constitucional al momento de decidir o no la admisión de prueba de oficio en el caso concreto; y, ii) a un control constitucional posterior de sus actos por parte de un órgano jurisdiccional correspondiente.

Posteriormente, y partiendo de estas premisas básicas, en el último capítulo se ofrecen algunos criterios de aplicación que permitan al juez el decretar prueba de oficio como efecto de un adecuado ejercicio de sus funciones en el marco del Estado constitucional; a estas pautas las denominaremos: modelo de razonamiento para decretar prueba de oficio en el marco de este nuevo paradigma constitucional. Aquí, es donde el juez constitucional deberá analizar una serie de criterios que puedan salvar el medio probatorio de oficio y éste pueda ser válidamente admitido en un proceso judicial; esto es, buscar algún sentido interpretativo que salve su uso y halle una compatibilidad que permita justificar la validez de la prueba de oficio, así como determinar su admisión al proceso u otros; consecuentemente, la idea de este objetivo es

hacer viable la articulación de tal función con los criterios y/o límites establecidos por la doctrina constitucional -y jurisprudencial-, que permita mañana más tarde tener decisiones debidamente motivadas y más justas.

Más aún, si sabemos, que en este nuevo paradigma los intérpretes de la Constitución, los jueces, no solo deben tutelar y/o salvaguardar el respeto a los derechos fundamentales de forma oportuna, idónea y eficaz, sino también buscar la uniformización de sus actuaciones (jurisprudencia) en torno al tratamiento de la “prueba de oficio”, puesto que, en el proceso, lo que se pretende no solo es estar lo más próximo a la verdad material, entendida ésta como verdad jurídica, sino también a la predictibilidad de sus decisiones; con lo cual las mismas servirán como herramientas para el control constitucional (procurando tener sentencias razonables), así como para resolver posibles antinomias en el caso concreto (a través de la ponderación); a efectos que se pueda obtener un resultado con cierto grado de previsibilidad; es decir, un fallo conforme a derecho.

Es por tal motivo, que se desarrollará la admisión constitucional de la prueba de oficio como resultado del análisis interpretativo del modelo de Control Constitucional que plantearemos (modelo de razonamiento); es decir, evaluaremos cuál es su desarrollo y aplicación, así como su relevancia y exigencia, que permita la realización de un mecanismo de control sobre dicho accionar (interno y externo), a fin de poder buscar algún sentido interpretativo que salve su uso y halle una compatibilidad que permita justificar la validez de la prueba de oficio, así como determinar su admisión al proceso u otros; en otras palabras, determinaremos los parámetros para dicho ejercicio.

Finalmente, ponemos a consideración de la comunidad jurídica los argumentos expuestos en la presente investigación; esperando poder contribuir a renovar el modo de comprender la actividad jurisdiccional en nuestro país; al describir, en líneas generales, el traspaso de la clásica “prueba de oficio” vista como un poder exclusivo y unilateral del juez (Estado de derecho) hacia un modelo racional-argumentativo donde impere la protección de los derechos fundamentales (Estado constitucional). Lo cual ciertamente implica, todo un verdadero cambio de nuestra cultura jurídica

procesal respecto al tema en cuestión, que modestamente esperamos sea corregida a efectos de tener un proceso judicial mucho más dúctil y justo.



CAPITULO I

ESTADO CONSTITUCIONAL, PROCESO Y ROL DEL JUEZ

1. ESTADO CONSTITUCIONAL: APROXIMACIONES.

En primer término, cabe señalar que el paradigma de Estado constitucional se erige sobre la base del reconocimiento y defensa de la dignidad de la persona humana -como fin supremo de la sociedad- y de la institucionalidad democrática -como expresión ideológica, institucional, programática y cultural de un pueblo-.

Desde este nuevo concepto la Constitución devenga en un conjunto de normas reguladoras jurídicas - políticas vinculantes y obligatorias para los agentes públicos (todos los poderes estatales) y los ciudadanos en general; lo que en palabras del profesor LOPEZ FLORES implica "(...) un nuevo marco de relaciones entre el Estado y los ciudadanos (...)" (2016, pág. 499).

Sin embargo, para entender de manera ordenada y clara el paradigma de Estado constitucional, consideramos que resulta oportuno desarrollar previamente el concepto de Estado de derecho, el cual no solo puso fin al absolutismo (eliminación de la arbitrariedad) sino también dio inicio al poder de la burguesía entre los siglos XVII y XVIII.

Sobre el particular, el profesor ZAGREBELSKY ha señalado que:

El Estado liberal de derecho tenía necesariamente una connotación sustantiva, relativa a las funciones y fines del Estado. En dicha forma de Estado, señalaba el citado autor, lo que destacaba en primer plano era la protección y promoción del desarrollo de todas las fuerzas naturales de la población, como objetivo de la vida de los individuos y de la sociedad. Y la ley, de ser expresión de la voluntad del Estado capaz de imponerse incondicionalmente en nombre de intereses trascendentes propios, empezaba a concebirse como instrumento de garantía de los derechos (1999, pág. 21).

Agregando que, en dicho tipo de Estado, se caracteriza por la concepción de la ley como acto deliberado de un Parlamento representativo y se concreta en:

- i) La supremacía de la ley sobre la Administración; ii) La subordinación a la ley, y sólo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la Administración puedan incidir sobre ellos; y, iii) Con la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y sólo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre éstos y la Administración del Estado (Zagrebelsky, 1999, pág. 22).

Por otro lado, SANTIAGO VALADES expone que el Estado de derecho “(...) es una respuesta al Estado absolutista, caracterizado por la ausencia de libertades, la concentración del poder y la irresponsabilidad de los titulares de los órganos del poder (...)” (2004, pág. 18); por su parte, TORSTEN STEIN sostiene que, “(...) el Estado de derecho significa que el ejercicio del poder estatal sólo es admisible en base a la Constitución y a leyes dictadas constitucionalmente desde el punto de vista formal y sustancial, con el único objetivo de garantizar la dignidad humana, la libertad, la justicia y la seguridad jurídica (...)” (1994, págs. 5-13).

Así tenemos que, la primigenia noción del Estado de derecho comprendió lo siguiente:

- i) La renuncia a toda idea u objetivo transpersonal del Estado (concentración y abuso del poder), resaltándose los principios de legalidad, de jerarquía normativa, de publicidad normativa, de irretroactividad de las normas, de seguridad jurídica y de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los órganos de poder del Estado; ii) Los objetivos y tareas del Estado estaban dirigidos a afirmar la libertad, la igualdad, la propiedad, la seguridad y el desarrollo individual (por ejemplo: Constitución de EE.UU de 1787 o la Declaración de los Derechos y libertades del ciudadano de 1789¹); y, iii) La organización del Estado y la regulación de su actividad se establecía conforme a principios

¹ Ver artículo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2010), “El Control Difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional”, donde se desarrolla el paradigma de la supremacía jurídica de la Constitución y del control de constitucionalidad de las Leyes a nivel supranacional.

racionales (división de poderes, sometimiento de los ciudadanos y de los poderes al Derecho, entre otros) (García Toma, 2010, págs. 158-163).

Sin embargo, este modelo fue cuestionado por tres (03) causas importantes: “(...) i) No respondía al interés de la sociedad; ii) Estaba orientado manifiestamente a mantener los intereses tanto políticos como económicos de ciertos grupos sociales (contradicción con lo político-constitucional); y, iii) servía como medio de defensa del orden y el sistema existentes (...)” (Cabrera Leonardini, 2009).

Y fue tras estos cuestionamientos -al Estado de derecho-, y luego de la Primera Guerra Mundial, que se da el surgimiento de los tribunales constitucionales (modelo kelseniano) y el reconocimiento de la Constitución como fuente de principios y valores con eficacia directa -como perfeccionamiento del paradigma de supremacía constitucional-, tomando gran relevancia el “constitucionalismo”, el “neoconstitucionalismo” o el “postpositivismo”; y todo ello, teniendo como marco la Revolución mexicana de 1910, la Revolución Socialista Soviética de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919; donde predominaron los denominados derechos sociales, tales como: el derecho a la salud, a la educación, al trabajo, a la vivienda, así como los derechos culturales, de defensa del medio ambiente, entre otros.

Ahora, respecto al paradigma de Estado constitucional (de Derechos y Garantías), tenemos que surgió tras la Segunda Guerra Mundial². Es decir, luego de las atrocidades cometidas por los regímenes fascista y nazi en Europa, los pueblos del mundo reconocieron la dignidad de la persona como fundamento del Estado y del Derecho; reconociéndose en los profesores ZAGREBELSKY y HÄBERLE como los principales gestores de esta nueva forma de pensar y practicar el Derecho; así como a los profesores FERRAJOLI, GUASTINI, ALEXY, entre otros, desde la corriente del positivismo incluyente; quienes de una u otra manera han señalado que este

² Siendo sus manifestaciones más palpables: las Constituciones italiana (1947) y alemana (1949), así como las de Portugal (1976) y de España (1978), y en Latinoamérica las constituciones brasileña de 1988 o la colombiana de 1991; caracterizándose fundamentalmente por la inclusión de un conjunto de elementos materiales en la Constitución, dejando de ser esta exclusivamente una forma de organización del poder o de establecimiento de competencias, para dirigirse a la concreción de una serie de fines sustantivos (valores y principios).

paso del Estado de derecho al Estado constitucional no solo representa una mejor protección a los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna -tutela efectiva de derechos- sino que encuentra en el operador jurídico -juez- el máximo garante que debe asumir el desafío de constituirse en el principal protector de los mismos y el creador cotidiano del derecho, a través de la interpretación -ponderación- de la norma desde la Constitución.

Sobre el particular, el profesor ZAGREBELSKY ha señalado que:

La importancia de la transformación [de Estado de derecho a Estado constitucional] debe inducir a pensar en un auténtico cambio genético, más que en una desviación momentánea en espera y con la esperanza de una restauración. La respuesta a los grandes y graves problemas de los que tal cambio es consecuencia, y al mismo tiempo causa, está contenida en la fórmula del «Estado constitucional». La novedad que la misma contiene es capital y afecta a la posición de la ley. La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. De por sí, esta innovación podría presentarse, y de hecho se ha presentado, como una simple continuación de los principios del Estado de derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la completa sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa (a excepción, por tanto, sólo de la función constituyente). Con ello, podría decirse, se realiza de la forma más completa posible el principio del gobierno de las leyes, en lugar del gobierno de los hombres, principio frecuentemente considerado como una de las bases ideológicas que fundamentan el Estado de derecho. Sin embargo, si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado de derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho (1999, págs. 33-34).

Resaltando, el citado autor sostiene que, la transformación sería notoria en cuanto a que si bien los órganos de la administración del Estado tienen la tarea de desplegar sus facultades en el ámbito que les corresponde, también tienen el deber de establecer la línea de separación entre su autoridad y la

libertad de los sujetos, lo cual inevitablemente conducirá a una pérdida de la posición originaria de los particulares frente a la ley ya que no obedecerán a la premisa liberal de la “(...) autonomía como regla y del límite legislativo como excepción (...)” (Zagrebelky, 1999, pág. 35); derivándonos a lo que denominó “legalidad constitucional” (Zagrebelky, 2009, pág. 41).

En este punto, es donde se ubica la conocida “pulverización del derecho” o “la pulverización de las leyes” donde las normas ordinarias comenzaban a perder su rol protagónico; es decir, se da la reducción de la generalidad y abstracción de las leyes (con lo cual las normas y las otras fuentes, consideradas en su conjunto, no podían constituir de por sí un ordenamiento); empezándose a notar, con ello, “(...) la heterogeneidad del derecho en el Estado Constitucional (...)” (Zagrebelky, 1999, pág. 40); lo cual implica un conjunto de principios y valores constitucionales que sean de carácter universal en el Derecho (función unificadora de la Constitución) y que obedezcan a un consenso social de visible alcance al ser orientados por la prevalencia de los derechos fundamentales ante las anomalías existentes entre la ley y el derecho legislativo (parlamento).

Al respecto, PETER HABERLE manifiesta que:

El Estado constitucional no sólo es el Estado en el que todos los actos del poder se encuentran sujetos a la constitución, sino además, el Estado en el que se respetan ciertos valores y principios, sin los cuales a pesar de tener una Constitución sería imposible sostener que nos encontramos ante un Estado constitucional: dignidad de la persona humana, separación de poderes, protección de los derechos fundamentales, independencia de los órganos jurisdiccionales, control entre los órganos y soberanía popular (2003, pág. 3).

Aquí conviene precisar que HABERLE considera que el Estado social de derecho forma parte -como elemento- del Estado constitucional. Esta tesis no debe ser confundida con la propuesta de ZAGREBELSKY, en tanto que el autor italiano plantea el concepto de “(...) Estado constitucional de derecho como alternativo frente al de Estado de derecho (...)” (2003, págs. 86-87). En el caso de HABERLE, no se sugiere “(...) la sustitución de un concepto por otro, sino subsumir uno en el otro (...)” (2003, pág. 24 y ss.).

Por otro lado, el profesor FERRAJOLI señala que:

Actualmente existe una crisis del derecho (o de razón jurídica) que puede percibirse en 3 aspectos: i) la crisis de la legalidad (ausencia o ineficacia de los controles, y, por tanto, en la variada y llamativa fenomenología de la ilegalidad del poder: corrupción u otros); ii) la inadecuación estructural de las formas del Estado de derecho a las funciones del Welfare State (Estado de bienestar); y, iii) la crisis del Estado nacional que se manifiesta en un debilitamiento del constitucionalismo; para lo cual plantea como alternativa de solución “la progresiva expansión del paradigma constitucional” (“la doble sujeción del derecho al derecho” o “sistema garantista”) a través de los ordenamientos supranacionales, dado que estos organismos internacionales debidamente asociados con las normas internas contribuirán a la construcción de un sistema de garantías constitucionales plenamente uniforme (2004, págs. 15-33).

Es en este marco, que FERRAJOLI manifiesta respecto al Estado Constitucional -y para los fines de esta tesis-, lo siguiente:

Modelo de derecho basado en la rígida subordinación a la ley de todos los poderes y en los vínculos impuestos a estos en garantía de los derechos, con preferencia de los derechos fundamentales sancionados por la constitución. En este sentido, el Garantismo es sinónimo de «Estado Constitucional de Derecho», es decir de un sistema que toma el paradigma clásico del estado liberal ampliándolo en dos direcciones: por un lado, a todos los poderes (...) y por otro, a todos los derechos (2004, págs. 19-24).

Esto, según el citado autor, conllevaría una alteración en diversos planos del modelo positivista clásico:

i) En el plano de la teoría del derecho, donde esta doble artificialidad supone una revisión de la teoría de la validez, basada en la disociación entre validez y vigencia y en una nueva relación entre forma y sustancia de las decisiones (así, una norma que viola el principio constitucional de igualdad, por más que tenga existencia formal o vigencia, puede muy bien ser inválida y como tal susceptible de anulación); ii) En el plano de la teoría política, donde comporta una revisión de la concepción puramente procedimental de la democracia y el reconocimiento también de una

dimensión sustancial a favor de los ciudadanos (es decir, como garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos; donde se admitiría la posibilidad de antinomias y de lagunas generadas por la introducción de límites y vínculos sustanciales como condiciones de validez de las decisiones de la mayoría); iii) En el plano de la teoría de la interpretación y de la aplicación de la ley, al que incorpora una redefinición del papel del juez y una revisión de las formas y las condiciones de su sujeción a la ley (asignando, para ello, a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos); y, iv) Por último, en el plano de la metateoría del derecho, y, por tanto, del papel de la ciencia jurídica, que resulta investida de una función no solamente descriptiva, sino crítica y proyectiva en relación con su objeto (es decir, se debe buscar la realización de la unidad, la coherencia y la plenitud del ordenamiento jurídico: Constitución) (Ferrajoli, 2004, pág. 20).

Por su parte, ROBERT ALEXY señala que:

El Estado constitucional democrático se caracteriza por seis principios fundamentales que han hallado en la Ley Fundamental una clara expresión. Se trata de los principios fundamentales de la dignidad humana (art. 1.1 LF), de la libertad (art. 2.1 LF) y de la igualdad (art. 3.1 LF), así como los principios relativos a la estructura y los fines del Estado de derecho, democrático y social (arts. 20.1; 28.1, frase 1 LF) (1997, pág. 31).

En esta misma línea, GUASTINI destaca las siguientes como condiciones de la constitucionalización de los Estados:

i) El orden jurídico cuenta con una Constitución rígida que incorpora una relación de derechos fundamentales (por rigidez se entiende inmodificabilidad o resistencia a su modificación); ii) Está prevista la garantía jurisdiccional de la Constitución (la rigidez desemboca en una genuina jerarquía normativa y en una efectiva imposición de la Constitución sobre la ley); iii) Se reconoce fuerza normativa vinculante a la Constitución (todos los enunciados de la Constitución se interpretan como normas jurídicas aplicables que obligan a sus destinatarios); iv) Se produce una «sobreinterpretación» de la Constitución (se huye de la interpretación literal en favor de una interpretación extensiva, de manera

que del texto constitucional pueden extraerse gran cantidad de normas y de principios implícitos); v) Se considera que las normas constitucionales son susceptibles de ser aplicadas directamente (se entiende que todos los jueces, en todo tipo de casos, pueden aplicar las normas constitucionales); vi) Se impone el modelo de la interpretación de las leyes conforme a la Constitución (el juez debe descartar todas aquellas que vulneren la Constitución); y, vii) Se produce una fuerte influencia de la Constitución en el debate y el proceso políticos (2005, págs. 49-73).

AGUILÓ REGLA, igualmente, establece que cuando se habla de “Estados constitucionales” se alude a sistemas jurídico-políticos que reúnen tres características:

i) La existencia de una Constitución rígida o formal, diferenciada de la forma legal ordinaria; ii) El concepto de Constitución responde a las pretensiones normativas del constitucionalismo político, relativas a la limitación del poder político y la garantía de los derechos; y, iii) Debe ser una Constitución que realmente sea practicada (eficaz); es decir, haberse consolidado una práctica jurídica y política que permita afirmar que de hecho en torno a la Constitución se ha producido la estabilización de las conductas jurídicas y políticas de la comunidad de referencia, de forma que ella pueda ser considerada norma fundamental: (2004, págs. 450-452).

Posteriormente, este mismo autor, respecto al tránsito del paradigma legalista al paradigma del Estado constitucional, señala los siguientes rasgos que ayudan a definir mejor este último:

i) Del modelo de las reglas pasamos al modelo de los principios y las reglas (donde los principios toman especial relevancia constitucional); ii) Del modelo de las relaciones lógicas entre normas al modelo de las relaciones lógicas y las relaciones de justificación (se recurre a la idea de coherencia valorativa –ponderación-); iii) De la correlatividad entre derechos y deberes a la prioridad justificativa de los derechos (el reconocimiento de derechos justifica la imposición de deberes, mientras que la imposición de deberes no sirve para justificar la titularidad de los derechos); iv) Del modelo de la subsunción al modelo de la subsunción y de la ponderación –de principios- que permita resolver el caso concreto; v) Del modelo de la oposición fuerte entre «crear» y «aplicar» normas al

modelo de la continuidad práctica de las diferentes operaciones normativas (lo cual supone la sustitución del canon interpretativo de interpretación de la Constitución conforme a la ley al canon interpretación de la ley conforme a la Constitución); vi) De los juicios formales de validez de las normas a la distinción entre validez formal y validez material de las normas; vii) De la distinción «casos regulados/casos no regulados» a la distinción «casos fáciles/casos difíciles» (un caso es fácil cuándo la solución es el resultado de aplicar una regla del sistema y dicha solución es consistente; por el contrario, un caso es difícil cuándo la solución no proviene directamente de la aplicación de una regla del sistema, sino que hay que buscarla como la respuesta a una cuestión práctica que requiere desplegar una intensa actividad deliberativa y justificativa); viii) De la separación tajante entre el lenguaje del Derecho y el lenguaje sobre el Derecho a un discurso reconstructivo del Derecho mismo; ix) De la distinción tajante entre estática y dinámica jurídicas a la concepción del Derecho como práctica (el Derecho tiende a verse como una realidad social muy compleja y fluida que desborda por completo el anterior marco de objetivación); y, x) De «enseñar Derecho es transmitir normas (contenidos)» a «enseñar Derecho es desarrollar ciertas habilidades» (donde los principios tienen un potencial explicativo y racionalizador del Derecho muchísimo más alto que el de las reglas) concepto (Aguiló Regla, 2007, págs. 669-675).

Por otro lado, ELIAS DIAZ, bajo el termino de Estado Democrático de Derecho considera al Estado Constitucional como un “Estado de justicia” (1981, págs. 111-154); es decir, el Estado que aparece actualmente como legítimo, como justo, en función precisamente de unos determinados valores históricos como son: i) la democracia, ii) el socialismo, iii) la libertad, y, iv) la paz; con lo cual, el autor señala que el encuentro entre los problemas de la democracia y los problemas del socialismo constituirían la base para el entendimiento y la transformación real e ideológica de la sociedad actual; por lo que, es exactamente ahí donde surgiría la base de la democracia como parte esencial del cumplimiento real y efectivo de los derechos y libertades del hombre; exigiéndose, a su vez, la participación real de las masas en el control de las decisiones y en los rendimientos de la producción; ya que sin esa variable no habría sociedad democrática (1981, pág. 178).

De lo expuesto, y siguiendo los postulados de BARRIGA PEREZ, consideramos que:

El Estado Constitucional de Derecho, es un modelo indicado para afrontar los retos que presentan los Estados Modernos, los cuales se encuentran en la encrucijada del reconocimiento constitucional de los derechos humanos, el crecimiento económico, el desarrollo socio-cultural, la globalización y la tecnología, y garantizar el real disfrute de los derechos civiles, políticos y sociales de todos los ciudadanos parte de una misma sociedad. Pues si bien, la tarea no es fácil, uno de los objetivos o fines del Estado Constitucional es crear espacios de inclusión y armonización de los intereses contrapuestos presentes en una sociedad, así, como garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos (2013, pág. 3).

Agregando, que:

Para el desarrollo de un modelo de Estado Constitucional de Derecho se necesitan dos prerequisites, como son: primero, la democracia, entendida como el sistema político que permite el desarrollo del rol dual de los ciudadanos, elegir y ser elegido, y además promueve y respeta los derechos humanos como límite frente a las acciones del Estado. Segundo, el fortalecimiento de las instituciones estatales, concebida como la capacidad del Estado para desarrollar políticas públicas, garantizar los derechos de los ciudadanos y hacer cumplir el ordenamiento jurídico, pues de lo contrario cuando se rompe la armonía entre las diferentes ramas del poder, se genera un debilitamiento institucional sensible a los problemas de corrupción y exceso de burocracia estatal (2013, pág. 3).

Asimismo, en este punto cabe distinguir tanto el aspecto formal como el material del Estado constitucional, que en palabra del profesor PRIORI POSADA implica que "(...) el Estado constitucional en sentido formal es aquel que tiene como norma suprema a la Constitución, de la cual se derivan los poderes y sus límites. En cambio, el Estado constitucional en sentido material supone que esa Constitución debe recoger una serie de principios y valores materiales propios del constitucionalismo, (...), sin los cuales es

inadmisible considerar un Estado como constitucional, por más que tenga una Constitución (...)" (Priori Posada, pág. 913).

Aquí resulta conveniente precisar también que a nivel Latinoamericano, el Estado constitucional -como paradigma- es un concepto que debe estar relacionado, para el Perú, recién al momento de formar parte de la Convención Americana de Derechos Humanos³ - CADH de 1969, el cual entró en vigor en nuestro país en el año 1978; donde en palabras de FERRER MAC-GREGOR⁴, trae consigo no solo "(...) la constitucionalización del derecho internacional (...)" (2010, págs. 33-35) sino también el concepto del "(...) control difuso de convencionalidad (...)" (2010, págs. 33-35), el cual para el citado autor, consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tienen que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales⁵ y la jurisprudencia de la CIDH; reconociéndole, por tanto, la fuerza normativa de

³ Ver la STC recaída en el expediente N° 2730- 2006-PA/TC (ff. jj. 12-13), que dispone que la cualidad constitucional de esta vinculación derivada directamente de la CDFT de la Constitución, tiene una doble vertiente en cada caso concreto: a) reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y efi caz protección; y, b) preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la CIDH, de las que, lamentablemente, nuestro Estado conoce en demasía. Es deber de este Tribunal y, en general, de todo poder público, evitar que este negativo fenómeno se reitere.

⁴ El citado autor, agregó, que con el advenimiento del derecho internacional de los derechos humanos, a partir de la segunda posguerra, se advierten repercusiones trascendentales en los Estados nacionales, que implican nuevas y complejas relaciones en los años recientes, con motivo de la aparición en el ámbito interamericano de la doctrina del control de convencionalidad; como por ejemplo: Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la Convención Americana de Derechos Humanos (1978), los pactos Internacional de Derechos Civiles y Políticos, e Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales vigentes desde 1976. En el plano regional, la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en vigor desde 1978, a la que se une, hacia 1988, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos del Hombre en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asimismo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y la Carta Africana de Derechos Humanos.

⁵ Ver la STC recaída en el Expediente N° 2730-2006-PA/TC (f. j. 9), mediante la cual señala que los tratados internacionales sobre derechos humanos no solo forman parte positiva del ordenamiento jurídico nacional (artículo 55 de la Constitución), sino que la Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT) de la Constitución, en cuanto dispone que los derechos fundamentales reconocidos por ella se interpretan de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, exige a los poderes públicos nacionales que, a partir del ejercicio hermenéutico, incorporen en el contenido protegido de los derechos constitucionales los ámbitos normativos de los derechos humanos reconocidos en los referidos tratados.

tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el citado órgano internacional; esto, en concordancia con lo dicho por el maestro FERRAJOLI quien señala que "(...) el modelo de Estado constitucional, lejos de ser obsoleto, desvela aquí todas sus potencialidades: está necesariamente destinado a expandirse más allá de las fronteras estatales, y a proyectarse en un constitucionalismo mundial (...)" (2016, pág. 278).

Por su parte, el magistrado Francisco Távara Córdova, al reseñar las características del Estado constitucional, expresa las siguientes: "(...) i) más principios que reglas; ii) más ponderación que subsunción; iii) omnipresencia de la Constitución; iv) Omnipotencia judicial que se manifiesta en la labor interpretativa; v) Coexistencia de una constelación plural de valores; y, iv) Se reclama también una más meditada y compleja teoría de la interpretación, alejada desde luego del formalismos decimonónico, especialmente del juez constitucional (...)" (2012, págs. 12-13).

Igualmente, debemos señalar que en base a este paradigma no es necesario -no implica- que se tenga que formular nuevas Constituciones sino que los principios, garantías y derechos plasmados en las mismas tendrán que ser reevaluados y concordados a fin de que no colisionen y/o se opongan con este nuevo modelo de organización político - jurídico; esto en concordancia con lo señalado por PIETRO SANCHIS, quien expresa que, el modelo de "(...) Estado constitucional de derecho es una fusión de los principales elementos de las dos grandes tradiciones constitucionales, como es: i) el fuerte contenido normativo de la tradición europea; y, ii) la garantía jurisdiccional de la tradición anglosajona (...)" (2005, págs. 123-158).

De esta forma, el modelo de Estado Constitucional *per se* no generaría los cambios estructurales deseados de inclusión social, garantía de derechos humanos y crecimiento económico, sino que necesitaría complementarse o poner énfasis en conceptos, prerrogativas o modo de pensar (como por ejemplo: **"(...) máxima optimización de los valores y principios**

constitucionales (...)⁶ o **“(…) principio de maximización de los derechos fundamentales (...)**⁷) que le permita a los operadores de justicia desempeñar adecuadamente su labor a fin de tener un proceso judicial mucho más justos y fundado en derecho; y dicho proceso -para fines de la presente investigación- consideramos podría centrarse en 4 pilares, como por ejemplo: i) la defensa de los derechos fundamentales; ii) la independencia – imparcialidad judicial; iii) la igualdad de “armas” de las partes; y, iv) la prestación idónea del servicio público de justicia como parte de la tutela jurisdiccional efectiva; lo cual llamaríamos “modelo de proceso garantista”, como más adelante detallaremos; sirviéndonos, además, dichos postulados como base para la reformulación de las funciones del Juez y de las partes procesales (referente a su derecho a probar) en el marco de este nuevo paradigma constitucional.

2. ¿EL ESTADO PERUANO COMO “ESTADO CONSTITUCIONAL”?

2.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO: ¿QUÉ NOS DICE?

La Constitución Política hace referencia al “modelo” de Estado peruano, en los siguientes términos:

- La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes (Artículo 43°);
- Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el

⁶ Término acuñado por el profesor PIORI POSADA en su trabajo denominado “La constitucionalización del derecho procesal”.

⁷ Término acuñado por el profesor PIORI POSADA en su trabajo denominado “El Proceso Dúctil” (2015).

desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior (Artículo 44°);

- El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición (Artículo 45°);
- Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes. La población civil tiene el derecho de insurgencia en defensa del orden constitucional. Son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas (Artículo 46°);
- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado (Artículo 51°); y,
- El territorio del Estado es inalienable e inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre. El dominio marítimo del Estado comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de doscientas millas marinas medidas desde las líneas de base que establece la ley. En su dominio marítimo, el Estado ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de acuerdo con la ley y con los tratados ratificados por el Estado. El Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y el mar adyacente hasta el límite de las doscientas millas, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de conformidad con la ley y con los tratados ratificados por el Estado (Artículo 54°).

Ahora, como norma jurídica suprema del Estado, la Constitución de 1993, tanto desde un punto de vista objetivo - estructural (artículo 51°) como desde el subjetivo - institucional (artículos 38° y 45°), vincula al poder político con los particulares (democracia: separación de poderes). Esta

vinculación comprende, claro está, los derechos que contiene; por tanto, los operadores de justicia están supeditados al mandato constitucional, más aún si la Constitución atribuye a los jueces el control difuso –y concentrado de por sí-, esto es, el poder - deber de preferir la Constitución a las leyes, en caso de que exista incompatibilidad insalvable entre ambas.

Asimismo, vemos que nuestra Carta Magna no solo reconoce, protege y promueve el goce de derechos (como: libertad, la seguridad y la igualdad ante la ley) sino que también pretende conseguir su mayor eficacia (protección), dotándolos de una base y un contenido material. Por ende, ello supone la existencia de un conjunto de principios - valores constitucionales que instrumentalicen las instituciones políticas, fundamenten el sistema jurídico nacional y sustenten sus funciones de acuerdo a la dignidad humana y la institucionalidad democrática previstas en nuestra Carta Magna.

En ese orden de ideas, y respecto al reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, podemos señalar que en nuestra Constitución vemos las siguientes características (artículos 1° y 44° de la Constitución):

- i) la existencia de condiciones materiales idóneas para alcanzar sus presupuestos teleológicos y axiológicos, lo cual exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado, así como una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; ii) la identificación del Estado con los valores institucionales y prácticas derivadas de la ideología democrática, y con los fines de su contenido social, de forma tal que se pueda evaluar con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tomarse en un obstáculo para el desarrollo social; y, iii) la conjunción de programas gubernamentales con contenido social y la creciente participación ciudadana en los asuntos de interés general (García Toma, 2013, pág. 942).

2.2. POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

En constante y uniforme jurisprudencia del Tribunal Constitucional podemos encontrar, cuando menos, las siguientes referencias al Estado peruano:

- i) Estado de derecho (EXP. N° 0090-2004-AA/TC); ii) Estado constitucional de Derecho (EXP. N° 00010-2014-PI/TC); iii) Estado Democrático de Derecho (EXP. N° 1417-2005-AA/TC); iv) Estado Democrático y Social de Derecho (EXP. N° 0023-2005-PI/TC); v) Estado constitucional y democrático de Derecho (EXP. N° 03302-2012-PA/TC);
- vi) Estado Unitario (EXP. N° 0024-2006-PI/TC); vii) Estado Descentralizado (EXP. N° 047-2004-AI/TC); viii) Estado Social (EXP. N° 03258-2010-PA/TC); entre otras (Rubio Correa, 2011, pág. 70).

Respecto a la concepción de Estado Constitucional se tiene que en la Sentencia recaída en el Expediente N° 05854-2005-PA/TC (Caso Pedro Lizama), de fecha ocho de noviembre del año dos mil cinco, el máximo intérprete de la Constitución señaló que:

- i) El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto (fundamento 4); ii) La Constitución, en este marco, es, pues, norma jurídica y, como tal, vincula. De ahí que, con acierto, pueda hacerse referencia a ella aludiendo al “Derecho de la Constitución”, esto es, al conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos (fundamento 5); y, iii) Bajo tal perspectiva, la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51°), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45°) o de la

colectividad en general (artículo 38º) puede vulnerarla válidamente (fundamento 6) (CASO PEDRO LIZANA PUELLES, 2005).

Asimismo, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 00005-2007-PI/TC (Caso Colegio de Abogados de Lambayeque), de fecha veintiséis de agosto del año dos mil ocho, expresó que:

i) La fuerza normativa de la Constitución implica a su vez: a) una fuerza activa, entendida como aquella capacidad para innovar el ordenamiento jurídico; y, b) una fuerza pasiva, entendida como aquella capacidad de resistencia frente a normas infraconstitucionales que pretendan contravenir sus contenidos [Exp. 00047-2004-AI/TC FJ 56] (fundamento 7); ii) Si bien todo el conjunto de normas que componen la Constitución es vinculante y poseen la misma jerarquía normativa, es el Estado el que debe privilegiar la plena vigencia de los derechos fundamentales (artículo 44º, Const.), así como los bienes y principios constitucionales que se desprenden de estas disposiciones (fundamento 8); iii) Respecto al rol que tienen hoy los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia de organismos jurisdiccionales internacionales de protección de los derechos humanos, es coadyuvar a la materialización de los derechos fundamentales, mediante un conjunto de garantías judiciales mínimas, entre otros (fundamento 9); iv) En cuanto al rango constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos, señaló que no solo son parte del ordenamiento jurídico peruano, sino que, además, detentan rango constitucional [00047-2004-AI/TC FJ 61 y 00025-2005-AI/TC FFJJ 25 y ss.] (fundamentos 10 y 11); v) Los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (fundamentos 12 y 13); vi) Respecto al principio democrático en el Estado constitucional, expresó, que dicho principio, inherente al Estado constitucional, alude no solo al reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular) y de su voluntad plasmada en la Norma Fundamental del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional), sino también a la necesidad de

que dicho reconocimiento originario se proyecte como una realidad constante en la vida social del Estado, de manera tal que, a partir de la institucionalización de los cauces respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa “en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”, según reconoce y exige el artículo 2º y 17º de la Constitución. (fundamento 14); vii) En el Estado constitucional, si bien se exige el respeto al principio democrático también se exige el control y balance entre los poderes del Estado (fundamento 15); viii) Respecto al principio de separación de poderes y el control y balance entre estos, señaló, que la doctrina de la separación de poderes tiene por esencia evitar, entre otros aspectos, que quien ejerza funciones administrativas o legislativas realice la función jurisdiccional, y con ello se desconozcan los derechos y las libertades fundamentales (fundamento 16); ix) Dentro de esta forma de concebir la organización del Estado, la función jurisdiccional merece una especial atención, toda vez que constituye la garantía última para la protección de la libertad de las personas frente a una actuación arbitraria del Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “(...) uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces (...)”. [Caso del Tribunal Constitucional, Parágrafo 73] (fundamento 19); y, x) Si bien nuestra Constitución reconoce las aludidas funciones básicas del Estado (legislativa, ejecutiva y jurisdiccional), no puede asumirse: a) que estas sean las únicas funciones; b) que existan distinciones nítidas y rígidas entre tales funciones básicas del Estado; y c) que se encuentren en un rango superior a las funciones de los órganos constitucionales - fundamentos 20, 21, 22 y 23- (CASO COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE , 2008).

2.3. NUESTRA DEFINICIÓN.

Una vez definido el **concepto de Estado constitucional**, revisado sus orígenes, establecido sus principales características y desarrollado los elementos que lo identifican, no nos cabe duda, que dicho paradigma es más que todo un nuevo modo de pensar (concebir) y practicar (actuar) la Constitución -o de comprender y hacer el Derecho-, donde prime la defensa de la dignidad humana(derechos fundamentales) como el

fortalecimiento de la institucionalidad democrática; superándose con ello la concepción de Estado de derecho; consolidándose, por el contrario, “(...) *la máxima optimización de los valores y principios constitucionales (...)*” como producto de la “(...) *Constitucionalización del Derecho Procesal (...)*” de acuerdo a lo señalado por el profesor PRIORI POSADA (pág. 914); o lo que el profesor la GONZALES MANTILLA denomina como la “(...) *magistratura de los derechos fundamentales (...)*” (2009, pág. 82).

Es aquí donde debemos reflexionar sobre el impacto que este paradigma constitucional genera al proceso (su finalidad), al rol del juez y a las partes procesales (referente a su derecho a probar), más aún si centramos dicha mecánica respecto a instituciones procesales, como por ejemplo: prueba de oficio; en las que llevan por esencia no solo derechos individuales sino también factores sociales o colectivos (interés público); que nos permitan mañana más tarde tener un sistema jurídico, donde prime: i) jueces imparciales e incorruptibles; ii) la designación democrática de los jueces; iii) jueces competentes y profesionales; iv) derecho comprensible y conocible; v) justicia accesible; vi) justicia humana (valores); vii) sistema legal basado en el consentimiento público; y, viii) la crítica razonable a la judicatura, en palabras de VAN CAENEGEM (2011, págs. 176-188).

3. FINALIDAD DEL PROCESO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.

Para ello, es preciso comprender la dimensión epistémica del mismo desarrollada por el profesor TARUFFO, cuando señala que “(...) el proceso es un conjunto estructurado de actividades encaminadas a obtener conocimientos verdaderos sobre los hechos relevantes para la solución de la controversia (...)” (2010, pág. 155).

En efecto, este descubrimiento de la verdad significará, a criterio del citado autor, apreciar al proceso como un instrumento epistemológicamente válido y racional; donde debe tenerse presente, además, que “(...) la verdad (judicial) [si bien] es un fin esencial del proceso y una condición necesaria de la justicia de la decisión, no sería la única finalidad que el proceso perseguiría, puesto que en un proceso también se aplican normas, se produce el reconocimiento de derechos, se tutela intereses, se efectúan elecciones económicas, se asignan recursos, entre otros (...)” (2010, págs. 155-159); con lo cual desde

la óptica del Estado constitucional nos permitiría afirmar que el centro de atención de todo proceso sería la protección máxima de los derechos fundamentales; y esto, a su vez, de la mano con la búsqueda de la verdad, la elección económica, la vía idónea de protección, etc.; que en concordancia con lo señalado por PRIORI POSADA, sería que “(...) En la concepción del proceso en el Estado constitucional, no es posible concebir la existencia de un derecho sin la existencia de un proceso previsto para su tutela (...)” (2015, pág. 997).

Aquí conviene señalar también lo expresado por el profesor PROTO PISANI, quien respecto a su finalidad -del proceso-, manifiesta que: “(...) el proceso no es por ello un fin en sí mismo, sino un medio de tutela que debe adecuarse a las necesidades de protección de todos y cada uno de los derechos (...)” (2014, pág. 200 y ss.). Por su parte, MARINONI sostiene que: “(...) En el Estado constitucional se exige que el proceso brinde una protección idónea, oportuna y efectiva para la protección de las situaciones jurídicas que en concreto son llevadas al proceso (...)” (2010, pág. 193).

A nivel nacional, sobre este tema, tenemos que el profesor MORALES GODO ha señalado que, “(...) la finalidad de todo proceso no se agota con la resolución del conflicto o la incertidumbre con relevancia jurídica puesta en conocimiento de algún juzgador, sino que también incluye o supone la obtención de un clima de paz social con justicia (...)” (2010, págs. 22-27); lo cual convertiría al juzgador, a nuestro entender, como un verdadero mediador dentro de los parámetros jurídicos e incluso dentro de los parámetros de los hechos, según sea el caso concreto.

A esta definición podemos agregarle lo expresado por el profesor PRIORI POSADA, respecto a que “(...) el proceso no es más considerado como una secuencia de actos predeterminados legalmente, sino como un sistema de garantías constitucionales, orientados a la protección de las situaciones jurídicas que se alegan están siendo lesionadas o amenazadas (...)” (pág. 589).

A nivel jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia de la República en uniforme y constante decisiones, como la Sentencia Casatoria N° 2813-10-

LIMA (Caso Roly Dávila Arenaza), de fecha dos de junio del año dos mil once, ha señalado respecto a la finalidad del proceso y su relación con el Juez que:

DECIMO TERCERO.- Que, este Supremo Tribunal, no puede dejar de destacar que conforme a lo previsto en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia. Esto implica que no puede aplicar ni interpretar de manera rígida las normas procesales, ni desarrollar la actividad procesal sin tener en consideración que su finalidad última, es resolver el conflicto de intereses planteado por las partes. Para ello **el Juez como director del proceso, se encuentra no solo facultado, sino en alguna medida razonablemente compelido a agotar todos los medios que le permitan esclarecer los hechos y resolver el conflicto, obviamente sin que esto signifique sustituirse a las partes.** En tal sentido si el Juez quería lograr aquella finalidad del proceso, debía actuar los medios probatorios necesarios para llegar a esclarecer los hechos afirmados por las partes. Que tal obligación de esclarecer debidamente los extremos de la litis deviene de su calidad de director del proceso, contemplado en el artículo II del título Preliminar del Código Procesal Civil, así como de la facultad contenida en el artículo 194 del mismo cuerpo normativo, mediante el cual le corresponde la actuación de los medios probatorios que considere pertinentes y que le permitan resolver el conflicto de intereses con relevancia jurídica puesta a su conocimiento. [Resaltado nuestro] (CASO ROLY DÁVILA ARENAZA, 2011).

Con lo cual tenemos que la **finalidad principal del proceso**, en el marco de un Estado constitucional, deberá consistir: en la concretización del derecho - garantizando la defensa de los derechos fundamentales lesionados o amenazados-, que no implique solo la búsqueda de la verdad o la resolución de conflictos sino que propugne hacer que el orden jurídico se realice a cabalidad en los casos concretos, de acuerdo con la ley, la moral, los principios generales del Derecho, la equidad y la realidad de los hechos; es decir, bajo los parámetros de un proceso como sistema de garantía de la persona humana -instrumento para la tutela de los derechos-, dotándole al juzgador de todos los medios (prorrogativas - acciones) que le permitan

esclarecer los hechos y generar certidumbre a efectos de que los justiciables tengan un proceso justo (derecho a la tutela jurisdiccional efectiva⁸); esto es, un proceso que brinde una protección idónea, oportuna y efectiva, a lo cual el profesor PRIORI POSADA denomina: “(...) un proceso dúctil (...)”⁹ (2015, pág. 986).

3.1. PROCESO COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL.

En el marco del paradigma del Estado constitucional se ha dado el reconocimiento programático de principios y valores de derechos; entre ellos: los procesales, los cuales hoy inciden directamente en el conjunto de derechos de la persona humana y de las garantías a que ella se hace acreedora; viéndose reflejado directamente en el contenido de la tutela jurisdiccional efectiva y del debido proceso (como derechos coexistentes).

Sin embargo, esto nos lleva a preguntarnos ¿cómo es que se podría vincular el proceso con la Constitución? Sobre el particular, CALAMANDREI expresa la necesidad de estudiar el proceso a partir de la Constitución -ya que ello se deriva del carácter público del proceso-, en los siguientes términos: “(...) Y, finalmente, no se debe olvidar que, para poder comprender la reforma del proceso civil en todo su alcance histórico, no basta ponerla en relación con la codificación de derecho sustancial, al cual el proceso deberá servir, sino que es, además, necesario considerarla en función al ordenamiento constitucional, dentro del cual la administración de justicia encuadra (...)” (1962, pág. 102).

Asimismo, CALAMANDREI, citado por PRIORI POSADA, ha señalado los siguientes aspectos respecto a dicha vinculación -entre proceso y Constitución-:

⁸ El profesor PRIORI POSADA en “El Proceso Dúctil” señala que el conjunto de garantías conforme lo que se denomina el derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, el cual es un conjunto de derechos fundamentales que garantiza a todo ciudadano el acceso a los órganos jurisdiccionales para que a través de un proceso en el que se respeten ciertas garantías se dicte una resolución que se pronuncie sobre el fondo del asunto motivadamente, de manera definitiva, y que esté en aptitud de producir efectos en la realidad.

⁹ Cuando Zagrebelski define lo que entiende por ductibilidad, expresa que es partir de la necesaria coexistencia de valores y principios que caracterizan el paradigma de Estado constitucional, es que se exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, debiendo ser compatibles con aquellos otros con los que debe vivir.

i) Esta vinculación implica la prohibición de la autodefensa; ii) Implica la vigencia de los principios fundamentales de la organización del sistema de justicia, como son: la pluralidad de órganos instituidos para el ejercicio de la función jurisdiccional -principios de independencia e imparcialidad-; iv) Implica también la vinculación del Juez a las reglas del ordenamiento jurídico al momento de resolver un caso concreto (denominado “*principio de maximización de los derechos procesales fundamentales*”¹⁰); e, v) Implica que el proceso está unido al hombre (entendiendo que el proceso es también estudio del hombre) (págs. 921-922).

Igualmente, PRIORI POSADA ha acuñado el término “(...) **Constitucionalización del Proceso (...)**”, el cual a su entender puede ser explicado de la siguiente manera:

i) La nueva disciplina es estudiada a partir de principios constitucionales (que en esencia son: los de independencia de los órganos jurisdiccionales, la tutela jurisdiccional efectiva y la responsabilidad de los magistrados por el ejercicio de sus funciones); ii) Esos principios, por lo demás, no están jerarquizados entre sí, tampoco existen entre ellos una relación de temporalidad o especialidad que haga que *a priori* se pueda establecer la prevalencia de uno sobre el otro (los conflictos que pudieran existir entre ellos se resuelven teniendo como norte el principio de maximización de los derechos fundamentales, a través de la técnica de ponderación –idoneidad, necesidad y proporcionalidad-); iii) El juez en este paradigma es el protagonista (responsable de la realización de los derechos fundamentales que encarna el proceso); y, iv) En el Estado constitucional se exige que el proceso brinde una protección idónea, oportuna y efectiva para la protección de las situaciones jurídicas que en concreto son llevadas al proceso (págs. 927-932).

En esta misma línea, COUTURE sobre el tema ha expresado que “(...) el proceso es, por sí mismo, un instrumento de tutela del derecho. Lo grave, se ha dicho, es que más de una vez, el derecho sucumbe ante el proceso y el instrumento de tutela falla en su cometido (...)” (2010, pág. 120); por otro lado, MITIDIERO señala que “(...) Desde el punto de vista del Estado constitucional, el fin del proceso civil solo puede ser reconducido a la tutela

¹⁰ Término acuñado por el profesor PRIORI POSADA en su trabajo denominado “El Proceso Dúctil” (2015).

de los derechos mediante la emanación de una decisión justa y la formación y respeto a los precedentes (...)” (2016, pág. 193).

El profesor LOPEZ FLORES, por su parte, ha manifestado que:

La idea de un Estado Constitucional, el proceso no puede ser más un modelo estático, concebido en un tubo de ensayo del laboratorio de los juristas, con finalidad loables –sin duda– pero que se diseñan de espaldas a la realidad. El proceso, en la política pública judicial, visto desde el Estado Constitucional, debe ser dúctil como bien lo anota Priori Posada. Y esto, en mi concepto, liga con la concepción de que el proceso es un instrumento por demás importante en las políticas públicas judiciales. El modelo de proceso del Estado Constitucional es uno constitucionalizado y, por ello, su diseño debe estar al servicio ciudadano. La constitucionalización del proceso y la política pública judicial, son, pues, dos caras de una misma moneda. En el Estado Constitucional, la garantía de los derechos impulsa a que los alcances de las políticas públicas respondan a las necesidades de la colectividad y, con ello, se superen las situaciones de inequidad. (2016, pág. 172).

Lo cual nos permite afirmar que, desde el Estado constitucional, **el proceso** se constituye en una herramienta dúctil a través del cual los justiciables buscarán la tutela efectiva de sus derechos, bajo un marco de respeto al debido proceso, a efectos de conseguir una decisión justa (verdad objetiva procesal) de modo oportuna, idónea y eficaz.

3.1.1. MODELO DE PROCESO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL: SEGÚN LA DOCTRINA.

Ahora, definido la esencia del proceso -dúctil-, nos compete señalar cuáles deberían ser sus características en el marco del Estado constitucional.

En palabras del profesor PRIORI POSADA, el proceso en el Estado constitucional, debería tener las siguientes características, las cuales reseñaremos brevemente a continuación:

Debe ser un proceso idóneo y especial para la protección de cada una de las necesidades de tutela de las diversas situaciones

jurídicas, es decir, debe adecuarse a la naturaleza de cada situación de ventaja, a la naturaleza de la infracción de la situación jurídica de ventaja y establecer procesos especiales para controversias simples o complejas; así como debe dar respuestas igualmente satisfactorias a quienes discuten sobre controversias de poco valor económico, que a aquellos que discuten sobre controversias de mayor valor económico (págs. 932-933).

Debe permitir el libre acceso en condiciones de igualdad de todos los ciudadanos -de las partes procesales y terceros legitimados-; así como debe ser tramitado necesariamente ante el Juez predeterminado por la ley -establecido por normas de competencia-; y las partes deben tener igualdad en las posibilidades de alegación, prueba e impugnación (pág. 933).

Debe evitar tiempos muertos, de modo que el proceso se lleve a través de actos continuos, sin dilaciones y con concentraciones, en concordancia con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; las reglas procesales deben ser flexibles de modo que asegure el ejercicio pleno del íntegro de derechos procesales a las partes; y se debe desechar el formalismo extremo en el proceso judicial (pág. 934).

Se debe evitar que se dicte una decisión incapaz de resolver el problema de fondo; así como que la validez de una sentencia se deba a que esté debidamente fundamentada en el derecho y los hechos, con base a una adecuada valoración de la prueba; y la ejecución de las resoluciones judiciales debe ser rápida y eficaz (págs. 934-935).

En cuanto al sistema de impugnación, este modelo de proceso, debe respetar los demás principios y derechos fundamentales, evitando que la revisión termine lesionando a la otra parte; y en cuanto al recurso de casación debe permitirse un control de constitucionalidad (ex post) de las decisiones judiciales; entre otras. (págs. 934-935).

4. FUNCIONES DEL JUEZ EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL.

Desde el paradigma del Estado constitucional las funciones del juez vienen siendo reevaluados y modificadas. Los principios y valores constitucionales hacen necesario que sus competencias sean reformuladas, haciendo que su labor se centre en la protección de los derechos fundamentales (reconocimiento de la dignidad humana, como premisa antropológico-cultural) y el fortalecimiento de la institucionalidad democrática (consensos sociales); debiendo para ello que sus decisiones estén fundadas en derecho.

Esto -la defensa de los derechos fundamentales-, en palabras del profesor PRIORI POSDA, viene llevando al juzgador a adecuar discrecionalmente los procedimientos previstos por el legislador o a establecer aquellos que, "(...) el legislador olvidó (flexibilización del proceso); respetando, claro está, principios como: acceso a la justicia, imparcialidad, defensa e igualdad de las partes frente a ella y efectividad, la determinación del procedimiento para el caso concreto, debida motivación (test de ponderación), entre otros; ya que lo contrario haría que no estemos en un marco de Estado constitucional (...)" (2015, pág. 998).

Desde la lógica del positivismo incluyente, tenemos que FERRAJOLI sobre el nuevo rol del juez expresa que:

Se altera el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley solo si es constitucionalmente válida y cuya interpretación y aplicación son siempre, por esto, también un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional. De aquí se deriva, tanto para la cultura jurídica como para la jurisdicción, una dimensión pragmática y una responsabilidad cívica, desconocidas para la razón jurídica propia del viejo iuspositivismo formalista: el señalamiento de las antinomias y las lagunas y la promoción de su superación por medio de las garantías existentes o la proyección de las garantías que falten (2010, págs. 18-19).

Por otro lado, el profesor MORALES GODO ha expresado sobre este tema, que:

¿Cuál es el papel del juez en un Estado constitucional? Evidentemente, no es el mismo papel que ha desempeñado en un tradicional Estado de derecho. En un Estado constitucional, cobra preponderancia su actuación. La norma no es un modelo acabado que se trasplanta a la realidad. La norma es una propuesta del legislador, cuyos contenidos tienen que ser acabados por el juzgador cuando la aplica a un caso concreto. En ese sentido, el actor principal en el derecho resulta siendo la función jurisdiccional y no la legislativa, el juez y no el legislador. Como lo ha señalado Fernando de Trazegnies, el legislador ha muerto (2010, pág. 342).

Agregando, el citado autor que:

En un Estado constitucional, la interpretación es un tema esencial. Los métodos de interpretación en general son útiles para encontrar los argumentos que justifiquen una decisión. Ningún método es mejor que el otro. Todos los métodos son buenos si nos brindan los argumentos para justificar una decisión que debe ser razonable, socialmente aceptable y justa. La relación norma-caso es fundamental. La interpretación debe relacionar estos dos aspectos: la ley y el caso concreto. Solo la norma nos conduciría a teorizar sin mayor concreción con la realidad; solo el caso, convertiríamos el derecho en un tema casuístico, sin parámetros definidos. La jurisprudencia debe ser la consecuencia del cotejo entre la norma y la realidad. Por ello se afirma que la manera natural de evolución del derecho es la jurisprudencia, evidentemente, cuando relaciona la ley con la realidad. (Morales Godo, 2010, pág. 343).

Señalando, a su vez, que:

Lo cierto es que el advenimiento del Estado constitucional deja un amplio margen de discrecionalidad a los operadores del derecho para poder fundar sus decisiones de acuerdo con lo que consideren justo en cada caso. Así, los casos denominados fáciles (casos de evidente injusticia de una posible decisión conforme con la ley) son susceptibles de una ponderación a través de los test de razonabilidad y proporcionalidad, para poder resolver de acuerdo con el sentir común de justicia. Mayor aún es la discrecionalidad en los casos llamados difíciles (casos donde cualquiera de las decisiones es controvertible), ya que no estará el

intérprete vinculado a un sentir común de justicia (Morales Godo, 2010, pág. 348).

Asimismo, sobre este tema GONZÁLES MANTILLA señala que:

El Estado constitucional presupone la existencia de una Constitución democrática que se advierte como límite al ejercicio del poder y como garantía para el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales en términos de igualdad. Supremacía política, pero también supremacía jurídica, hacen de la Constitución una herramienta de legitimidad esencial para el Estado y el derecho. El Estado constitucional -según se ha visto-, supone que todos los sujetos del ordenamiento, incluyendo al legislador, se encuentran sometidos a la Constitución. La misión de los jueces, por ello, estará signada por su lealtad hacia la defensa de los derechos fundamentales y de las minorías frente a las instituciones político representativas y a las eventuales mayorías que las controlan: los jueces tienen la tarea de afirmar el valor de la Constitución aún en detrimento de la ley, y más aún, tienen la posibilidad de desarrollar las concepciones que orientan las bases del sistema legal gracias al carácter normativo de la propia Constitución, que los obliga a interpretarla en los casos concretos, sea a través del control de constitucionalidad, siempre más determinante en el contexto de las democracias contemporáneas, o bien de la actuación cotidiana de los principios constitucionales” (2009, págs. 86-87).

Por su parte, BLUME ROCHA expresa que:

El juez se configura entonces como el protagonista sobre la escena del Estado constitucional democrático contemporáneo; en efecto, la naturaleza del objeto que interpreta (la Constitución), la explicación de funciones particulares (establecer la escala de valores considerada justa), las específicas consecuencias de su actividad interpretativa (su particular impacto jurídico-político), hacen de él uno de los principales órganos políticos de la moderna organización estatal, transformándolo contemporáneamente en el gestor del constitucionalismo moderno (2013, pág. 362).

Igualmente, MONROY GÁLVEZ, sobre este punto, ha manifestado que, “(...) los fines de la jurisdicción (como deber – poder) son tres: i) solucionar

conflictos intersubjetivos con relevancia jurídica; ii) controlar las conductas antisociales; y, iii) controlar la constitucionalidad normativa (...)" (2007, págs. 425-426).

Sobre el particular, el profesor LOPEZ FLORES ha expresado que:

La jurisdicción: (i) es una manifestación del poder político del Estado, dado que constituye un atributo de la soberanía estatal; (ii) es una función pública de carácter obligatoria del Estado para con los particulares; (iii) articula un derecho público subjetivo de los ciudadanos de recurrir al Estado para que ejerza su poder de resolver conflictos intersubjetivos (de allí que el derecho a la jurisdicción o, como se denomina en España, el derecho a la tutela judicial, sea un derecho prestacional); (iv) discurre u opera a través del proceso en el que comparecen las partes que protagonizan el conflicto de intereses ante un tercero (Juez) quien representa el poder estatal de resolver dicho conflicto; (v) el proceso en el que se ejerce la función jurisdiccional debe tramitarse respetando ciertas garantías mínimas (debido proceso) y debe culminar con una decisión (resolución) definitiva (cosa juzgada) en la cual el Juez: a) dice el derecho (*iuris dictio*) aplicable con el cual resuelve el caso concreto, b) su decisión jurisdiccional es inmutable y, c) ejerce, de ser necesario, sus poderes coactivos (*coertio*) para hacerla cumplir; (vi) controla las conductas antisociales, dado que la sola existencia de la función jurisdiccional determina la proscripción de la autotutela, por un lado, y, por otro, obliga a que el Estado genere predictibilidad en las decisiones jurisdiccionales que adopte; y, (vi) controla la constitucionalidad normativa, puesto que en el Estado Constitucional, el juez es el garante de los derechos ciudadanos que pueden verse amenazados o vulnerados por normas contrarias a la Constitución (2016, págs. 154-155).

En consecuencia, el **rol de juez** sufre cambios importantísimos con este nuevo paradigma, pues conllevará un vínculo especial entre la función judicial y el respeto a la dignidad humana (tutela efectiva de los derechos fundamentales); es decir, una conexión necesaria entre Derecho y moral; donde éstos últimos serán las directrices esenciales de la labor jurisdiccional en el marco del Estado constitucional; y ello se denotará en la doble vinculación que vienen adquiriendo en este paradigma, como es: i) con la Constitución y los derechos fundamentales que de ella deriven; y, ii) con las

normas compatibles con la Ley fundamental; donde la función de control constitucional pondrá en especial relieve la labor de interpretación constitucional (vía *test de proporcionalidad*).

4.1. JUEZ COMO GARANTE DE LA LEY, DERECHO Y JUSTICIA.

Respecto a concebir al Juez como garante de la Ley, Derecho y Justicia, el profesor ZAGREBELSKY ha expresado que:

Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y cualquier «señor del derecho» hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos (1999, pág. 153).

Consecuentemente, también cabe agregar, que ya no es posible concebir al Juez como un mero “*aplicador de la ley*” o “*boca de la ley*” (Zagrebelky, 1999, pág. 34); ni mucho menos que no pueda apartarse de la ley, ni aún a pretexto de consultar su espíritu, o donde los pasajes oscuros de la misma deben ser interpretados por medio de leyes similares (principios); surgiendo, por el contrario, “ (...) un juez diferente, un juez director del proceso, que lo impulsa e interviene activamente o, en suma, gobierne (...)” (Ticona Postigo, 1998, pág. 145).

Esto, en palabras de PRIORI POSADA, implicaría que el juez debería actuar en caso se encuentre en cualquiera de estas posibles situaciones -falencias normativas-:

- i) La regla procesal (ley) establecida por el legislador viola un derecho fundamental procesal;
- ii) La regla procesal (ley)

establecida por el legislador es el resultado de un juicio de ponderación equivocado; iii) La regla procesal (ley) establecida por el legislador no viola un derecho fundamental procesal, pero su aplicación al caso concreto, sí; iv) La regla procesal (ley) establecida por el legislador no es resultado de un juicio de ponderación equivocado, pero en el caso concreto a otros derechos fundamentales (procesales y materiales) que incorporados al juicio de ponderación determinan una respuesta inconstitucional; v) El legislador ha omitido establecer una regla procesal que desarrolla un principio constitucional; vi) El legislador ha omitido regular la situación de conflicto de derechos procesales fundamentales que se le presenta al juez en el caso concreto; y, vii) El proceso establecido por el legislador no es adecuado para la protección de un derecho material (2015, págs. 997-998).

De este modo, agrega el citado autor, “(...) el legislador propone un modelo de proceso que luego el juez verifica que sea el adecuado o idóneo para (i) la efectividad del derecho material y para (ii) que todas las garantías procesales fundamentales sean efectivas (...)” (Priori Posada, 2015, pág. 998).

Por ello, el gran triunfo del Estado constitucional, como paradigma, consideramos, es establecer que el papel de los jueces se plasme más bien en la concreción del derecho, el cual no se agota más en la ley, puesto que ya “(...) no es garantía absoluta y última de estabilidad, sino que ella misma se convierte en instrumento y causa de inestabilidad (...)” (Zagrebelky, 1999, pág. 38); y esto en postulados de CALAMANDREI sería que “(...) cuando el legislador permanezca inerte, los jueces pueden hacer que el espíritu de la Constitución viva en sus sentencias; puedan ponerse en directo coloquio con ella, y escucharle sus sugerencias; pueden traducirlas día a día, a la realidad de las relaciones humanas (...)” (1962, pág. 248).

Admitiéndose, por tanto, a nuestro entender, la utilización de una pluralidad de fuentes (doctrina, jurisprudencia, costumbre, etc.), así como permitirle que frente a una norma escrita pueda ir mucho más allá bajo una interpretación desde la Constitución; en concordancia con el

conjunto de principios y valores constitucionales superiores sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio, que le permitirá tener legitimidad y validez, bajo un enfoque de interés público; de tal modo que otro aspecto que debe rescatarse es que dentro del Estado constitucional no existe poder sin responsabilidad; con lo cual el Juez si bien tiene mayor poder discrecional tiene también la obligación-deber de aplicar la ley en consonancia con los derechos y garantías proclamados por la Constitución: justificando sus decisiones, en su calidad de garante de la cabal protección de los derechos fundamentales y de la necesaria y dúctil coexistencia entre la ley, los derechos y la justicia.

Asimismo, cabe señalar que, en este nuevo modelo de Estado, el Juez no puede negar la protección de los derechos que le son solicitados escudándose en la ausencia o la deficiencia de la normativa vigente (o de pruebas, según sea el caso), que lo lleven a no juzgar. Por lo que, hoy, “(...) los derechos deben ser tutelados por los jueces y tribunales, aunque esos derechos no aparezcan reconocidos en la ley, cediendo así el paso a la Constitución, convirtiéndose ella misma en objeto de medición -principio de constitucionalidad y jerarquía constitucional- (...)” (Zagrebelky, 1999, pág. 39). Y ese desafío sólo podrá tener éxito, en la medida que, “(...) jueces y tribunales asuman su nuevo rol y responsabilidad, como principales protectores de los derechos fundamentales, vía la interpretación jurídica de la norma o regla adecuada al caso concreto (...)” (Zagrebelky, 1999, pág. 133), ya sean estos “(...) casos de rutinas o críticos (...)” (Zagrebelky, 1999, pág. 139).

En resumen, podemos señalar que **el rol protagónico del Juez** radica en conseguir -principalmente- la real eficacia de los derechos fundamentales involucrados en un caso concreto y sus decisiones basarse en juicios argumentativos acordes a la Constitución; donde si bien el legislador propondría un modelo de proceso, le corresponde al juzgador evaluar si el mismo es adecuado o idóneo para la protección de los derechos de las personas así como si las garantías procesales son acordes o no a un proceso justo.

4.2. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD JUDICIAL: UNA NUEVA MIRADA.

Las condiciones en que se debe llevar a cabo el idóneo ejercicio de la función jurisdiccional, es sin duda, con independencia e imparcialidad; sin embargo, desde el paradigma del Estado constitucional cabe establecer su implicancia o alcance.

Así tenemos, que FERRAJOLI manifiesta al respecto que:

En esta sujeción del juez a la Constitución, y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo, aunque sean —o precisamente porque son— poderes de mayoría. (...). En consecuencia, el fundamento de la legitimación del poder judicial y de su independencia no es otra cosa que el valor de igualdad como igualdad en *droits*: puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquéllos se ejercen (2004, págs. 26-27).

Es en este escenario, que la **independencia** ya no viene predeterminada solo por la naturaleza normativa del acto jurisdiccional (por ley), sino también por el espacio funcional que el Poder Judicial ocupa en la dinámica del Estado en democracia; en tal sentido, "(...) la independencia se amplía, y a la vez se circunscribe tanto a la libertad de acción, como a las garantías de esa libertad (...)" (Garrido Carrillo, 2016, pág. 133); entendiéndose ésta, en principio, como:

i) Una de carácter negativa, el cual hace referencia a la no subordinación jerárquica del juez en el ejercicio de su función jurisdiccional respecto de ningún otro órgano o sujeto y por virtud del cual actúa sin más vinculo que el que se deriva de las previsiones legales (independencia orgánica); y, ii) Una de carácter positivo, por lo que se alude a la especial posición del juez,

consecuencia del mandato general del ordenamiento que prohíbe cualquier interferencia sobre su actuación jurisdiccional, dentro del cual el juez actúa con plena libertad; donde la independencia como posición jurídica y las garantías de la independencia forman un todo determinante del estatuto jurídico judicial (independencia subjetiva y funcional).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha establecido en la Sentencia recaída en el Expediente N° 00004-2006-AI/TC (Caso Fiscal de la Nación), de fecha veintinueve de marzo de dos mil seis, que el principio de independencia judicial debe entenderse desde tres perspectivas:

i) Como garantía del órgano que administra justicia (independencia orgánica), por sujeción al respeto al principio de separación de poderes; ii) Como garantía operativa para la actuación del juez (independencia funcional), por conexión con los principios de reserva y exclusividad de la jurisdicción; y, iii) Como capacidad subjetiva, con sujeción a la propia voluntad de ejercer y defender dicha independencia (CASO FISCAL DE LA NACIÓN CONTRA EL CONGRESO, 2006).

Otro aspecto importante de resaltar es la relación que existe entre independencia y democracia, al respecto el profesor GONZALES MANTILLA expresa que, en el "(...) Estado constitucional, la independencia judicial, se define por la defensa de los derechos fundamentales; lo cual va de la mano con el concepto de democracia, puesto que forma parte de su cuota de responsabilidad política, a través de un desempeño activo en la defensa de los derechos ciudadanos (...)" (2009, pág. 85). Agregando, el citado autor, que:

La función judicial, en este sentido, se conecta con la noción de legitimidad. En efecto, aquella implica la capacidad atribuida y garantizada a un tercero –el juez– para que, en el ámbito del ordenamiento jurídico, adopte decisiones, a través de la interpretación, en relación con los principios del ordenamiento constitucional, con el fin de resolver un conflicto o litis. (...). En ese orden de ideas, el poder del juez, para ser tal, debe garantizar que sus fallos se basen en argumentos en los que se demuestre que la opción asumida está

fundada sobre el derecho y la razón (Gonzales Mantilla, Los Jueces. Carrera Judicial y Cultura Jurídica, 2009, pág. 86).

Por otro lado, el concepto de **imparcialidad** se encuentra muy relacionado con el derecho al juez imparcial, en el cual podemos identificar dos vertientes: “(...) i) subjetiva, la cual asegura que el juez u órgano llamado a decidir sobre el litigio no tenga ningún tipo de interés personal; y, ii) objetiva, según la cual toda persona tiene derecho a ser juzgada en el marco de determinadas condiciones orgánicas y funcionales que aseguren la parcialidad del juzgador (...)” (Landa Arroyo, 2012, págs. 70-71).

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 04298-2012-PA/TC (Caso Roberto Torres), de fecha diecisiete de abril de dos mil trece, ha señalado, en relación al derecho a ser juzgado por un juez imparcial, que:

Sobre el derecho a ser juzgado por un juez imparcial.

8. Sobre el derecho a ser juzgado por un juez imparcial, este Colegiado ha tenido ocasión de precisar en la sentencia recaída en el Expediente 0004-2006-PI/TC, FJ. 20, que mientras el principio de independencia judicial, en términos generales, protege al juez frente a influencias externas al proceso, ya sea que provengan de fuera de la organización o de dentro de ella, el principio de imparcialidad, estrechamente ligado al principio de independencia funcional, se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso. Así, el principio de imparcialidad judicial posee dos acepciones: a) Imparcialidad subjetiva, se refiere a cualquier tipo de compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o en el resultado del proceso; b) Imparcialidad objetiva, está referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable (CASO ROBERTO TORRES GONZALES, 2013).

En este punto, se hace necesario también expresar la diferencia que existe entre estos dos conceptos: **independencia e imparcialidad**; es así, que para GALÁN GONZÁLEZ la “(...) independencia e

imparcialidad son dos aspectos de la Jurisdicción complementarios. La primera hace referencia a la Jurisdicción como potestad entendida como facultad que se concede en régimen de monopolio a los Juzgados y Tribunales integrantes del Poder Judicial. La imparcialidad se refiere a la Jurisdicción como función, es decir, en cuanto ejercicio de esa facultad o potestad dentro de un proceso concreto (...)” (1988, pág. 75); debiéndose, agregar, como bien lo ha expresado el profesor LOPEZ FLORES, que para “(...) ejercer la función jurisdiccional se requiere que el ordenamiento constitucional y legal garantice dicho binomio (...)” (2016, pág. 166).

Esto nos permite afirmar que bajo estas premisas, donde el accionar de los jueces -como colectivo y de forma individual- se encuentra vinculada a la imagen y credibilidad del Poder Judicial, la sociedad exigirá a sus operadores de justicia no solo conocimiento del derecho y de la vida, sino también una ardua formación doctrinal-jurídica que coadyuve a tener una sociedad con paz social, en concordancia con un sistema donde la tutela efectiva de los derechos y el fortalecimiento de la institucionalidad democrática sean relevantes constitucionalmente; emergiendo, de este escenario, la necesaria independencia e imparcialidad de los tribunales de justicia, ya descritos precedentemente, las cuales serán parte importante de las bases mismas del Estado constitucional.

5. DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.

Una de las materias que atraen más intensamente la atención de los estudios jurídicos son los llamados derechos de la libertad o los derechos fundamentales del hombre, los cuales en este paradigma -Estado constitucional- también tienen que ser meritados para que puedan cumplir sus fines conforme a los preceptos constitucionales.

Para BOBBIO, “(...) el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político [jurídico] (...)” (1991, págs. 64-66); agregando, el citado

autor, que el fundamento de los derechos fundamentales se encontraría en “(...) la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 1948, siendo ello una (...) prueba del consenso general acerca de la validez (...) de los derechos fundamentales (“*consensusomniumgentium o humani generis*”) (...)” (1991, págs. 64-66); señalando, a su vez, que “(...) En efecto, hoy se puede decir que el problema del fundamento de los derechos humanos ha tenido su solución en la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. (...)” (1991, pág. 64).

Asimismo, el referido autor, expresa que hay tres modos de fundar los valores (derechos fundamentales): “(...) i) deducirlos de un dato objetivo constante, por ejemplo la naturaleza humana; ii) considerarlos como verdades evidentes por sí mismas; y, iii) finalmente, descubrir que en un determinado período histórico son generalmente consensuados (la prueba, precisamente, del consenso) (...)” (Bobbio, 1991, pág. 64); los cuales a nuestro entender, por ejemplo, le darían el carácter no absoluto de los derechos fundamentales; concepto que trataremos más adelante.

Por otro lado, tenemos que CAPPELLETTI señala que: “(...) lo que esencialmente parece caracterizar a los derechos fundamentales es el hecho de que, aun cuando usualmente se atribuyen al “hombre”, o más bien, al “individuo” (...), están en realidad dotados de un valor que trasciende al hombre en particular y afecta a toda la sociedad (...)” (2010, pág. 18).

Sobre este tema, LUIGI FERRAJOLI¹¹ ha expresado que:

¹¹ Este autor identificó también cuatro clases de derechos: i) los *derechos humanos*, que son los derechos primarios de las personas y conciernen indistintamente a todos los seres humanos, como, por ejemplo (conforme a la Constitución italiana), el derecho a la vida y a la integridad de la persona, la libertad personal, la libertad de conciencia y de manifestación del pensamiento, el derecho a la salud y a la educación y las garantías penales y procesales; ii) los *derechos públicos*, que son los derechos primarios reconocidos sólo a los ciudadanos, como (siempre conforme a la Constitución italiana) el derecho de residencia y circulación en el territorio nacional, los de reunión y asociación, el derecho al trabajo, el derecho a la subsistencia y a la asistencia de quien es inhábil para el trabajo; iii) los *derechos civiles*, que son los derechos secundarios adscritos a todas las personas humanas capaces de obrar, como la potestad negocial, la libertad contractual, la libertad de elegir y cambiar de trabajo, la libertad de empresa, el derecho de accionar en juicio y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía privada y sobre los que se funda el

Son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «status» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas (2004, pág. 37).

Agregando, el citado autor, que su propuesta permite fundar cuatro tesis respecto a los derechos fundamentales, así podemos señalar que:

i) La primera remite a la radical diferencia de estructura entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, concernientes los unos a enteras clases de sujetos y los otros a cada uno de sus titulares con exclusión de todos los demás; ii) La segunda tesis es que los derechos fundamentales, al corresponder a intereses y expectativas de todos, forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y por ello las denomina dimensión «sustancial» de la democracia, previa a la dimensión política «formal» de ésta, fundada en cambio sobre los poderes de la mayoría; iii) La tercera tesis se refiere a la actual naturaleza supranacional de gran parte de los derechos fundamentales (por ejemplo: las propias constituciones estatales confieren muchos de estos derechos con independencia de la ciudadanía); y, iv) La cuarta tesis, quizá la más importante, según el propio autor, tiene que ver con las relaciones entre los derechos y sus garantías; es decir, los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión); llamándolas garantías primarias a las obligaciones y a las prohibiciones, y garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los

mercado; iv) los *derechos políticos*, que son, en fin, los derechos secundarios reservados únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar, como el derecho de voto, el de sufragio pasivo, el derecho de acceder a los cargos públicos y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía política y sobre los que se fundan la representación y la democracia política (pág. 40).

derechos; esto es, las violaciones de sus garantías primarias (Ferrajoli, 2004, págs. 42-43).

Sobre este último punto, respecto a la posición de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, ROBERT ALEXY ha señalado que se caracteriza por cuatro extremos:

i) Máximo rango: los derechos fundamentales se hallan regulados en la Constitución, de ello toda norma jurídica que los infrinja es inconstitucional y en consecuencia nula por regla general; ii) Máxima fuerza jurídica: los derechos fundamentales vinculan como Derecho directamente vigente al Legislativo, al Ejecutivo y al Judicial; es decir, el control jurisdiccional se extiende sobre los tres poderes); iii) Máxima importancia del objeto: mediante los derechos fundamentales se decide acerca de la estructura básica de la sociedad); y, iv) Máximo grado de indeterminación: los derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación) (1997, págs. 33-37).

Expresando, el referido autor, además, que los derechos fundamentales no pueden basarse simplemente en las concepciones morales de los ciudadanos ("*moral personal*" o lo que nosotros llamaríamos "*interés personal*"), puesto que los mismos al ser "*fenómenos de la modernidad*", se debe dar la distinción entre las convicciones personales y las normas jurídicas válidas en general ("*moral pública*" o lo que nosotros llamaríamos "*interés público*"); por ejemplo: "(...) antes se trataba de la libertad religiosa, hoy en día este pensamiento ha de extenderse sobre las convicciones, orientaciones y planes de vida de cualquier tipo (...)" (Alexy, 1997, págs. 38-41).

En este marco, una de las posturas que parece mostrar una visión integral acerca de los fundamentos, implicancias y concepto de los derechos fundamentales -en líneas generales- es la dada por el profesor PECES-BARBA, quien plantea como premisa principal lo siguiente:

La relación entre Derecho y Moral para poder hallar un fundamento a los derechos fundamentales; donde la moralidad y la juricidad son esenciales para que el Estado -a través del poder- pueda convertir esos valores en un derecho aplicable a la realidad mediante su positivización (con fuerza

vinculante); agregando, el citado autor, que la relación representada por el espíritu (la moral) y la fuerza (Derecho) se encuentran íntimamente entrelazados, puesto que la separación -de ellos- podría mutilar el contenido de los derechos fundamentales, ya que los derechos en sí son un espíritu sin fuerza (1999, pág. 103).

Esto, en palabras del citado autor, permite que el Derecho se encuentre en un nivel superior del ordenamiento, donde la moral no se quede en un plano meramente abstracto, sino que se vea plasmada en la realidad y sus constantes cambios -adaptándose-, convirtiéndose en un derecho positivo que oriente la vida social del hombre; entendiéndose, además, la concepción de moralidad como una adaptación de "(...) la moral humanista de la libertad y dignidad con el mundo moderno; y ésta, va de la mano, con una concepción política que viene a asumir esos valores morales para que sean plenamente visibles en el Estado constitucional; esto es, en derechos políticos; por consiguiente, a esta condición se podría considerársela como la moralidad legalizada (...)" (1999, pág. 105).

Ahora bien, cabe recalcar -como lo ha señalado el referido autor- que los derechos fundamentales no alcanzan su máxima realización con la mera positivización, sino que al tener un *status jurídico* logran entrar en una dinámica de desarrollo, interpretación y aplicación que afecta al propio sentido y a las funciones del mismo derecho; con lo cual "(...) los derechos fundamentales deberían tener un mecanismo eficaz por el cual puedan materializarse y garantizarse a favor de todos los ciudadanos -sea individual o colectivamente hablando-(...)" (Peces-Barba Martínez, 1999, pág. 106); lo que en palabras del profesor ESPINOSA-SALDAÑA sería que:

El derecho no se agota en la norma, no podemos dejar de señalar que podemos contar con el mejor diseño sobre el particular, pero ello no bastará para asegurar mínimas condiciones de eficiencia y credibilidad a cualquier modelo de jurisdicción constitucional. Se hace indispensable, por ejemplo, apuntalar una serie de consensos (sobre procedimientos, sobre contenidos o sobre ambos) entre, por lo menos, sectores políticos, económicos o sociales más representativos, consensos que no circunscriban a las prescripciones de constituciones que muchas veces se quedan más bien en el plano semántico (2004, pág. 60).

En esta línea, PECES-BARBA manifiesta que, para entender la razón y la función entre moral y juridicidad, debe tenerse en cuenta tres aspectos (1999, págs. 109-112):

i) Los derechos fundamentales como tales serían una suerte de pretensiones morales justificadas; orientadas a hacer más accesibles la autonomía e independencia personal en tanto están inspiradas en ideas como: la libertad, la dignidad y la igualdad, cuyos contenidos son de carácter generalizado, independientemente de la condición del titular, siendo este último calificado como hombre o ciudadano; ii) Los derechos fundamentales funcionan como un subsistema dentro del mismo sistema jurídico, entendiéndose ello como el derecho de los derechos fundamentales (*status* de obligación jurídica a ser respetada); y, iii) La efectividad de los derechos fundamentales dependerá de las condiciones de la vida social; es decir, de factores sociales, políticos, económicos o culturales adecuados a determinados tiempos conforme avanza la vida; los cuales irán modificándose teniendo en cuenta la moralidad y la justicia en la medida que estos dos aporten en su validez y legalidad (1999, págs. 109-112).

Teniendo clara estas premisas, el referido autor expresa que las funciones de los derechos fundamentales serán visibles en los siguientes sentidos:

i) Como norma básica de identificación de las normas; es decir, evaluar si pretensiones morales planteadas corresponden a derechos del hombre en abstracto -como el derecho a la igualdad-, derechos del hombre en concreto -como derechos por categorías que permitan una identificación por su condición social o cultural-, derechos de grupos o colectivos -derecho a la libertad religiosa, derecho de asociación, de peticiones colectivas- o derechos individuales que pueden ser de grupos -como la inviolabilidad de domicilio, el secreto de las comunicaciones, el debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva-; y, ii) Como derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades; aquí ante el conflicto entre derechos individuales del hombre con derechos colectivos o individuales que puedan desenvolverse en derechos de grupos será labor del órgano judicial recurrir a la norma constitucional y en caso no pueda desprenderse una interpretación adecuada del texto constitucional, será competencia del Tribunal Constitucional, que en calidad de supremo intérprete, dará un análisis al respecto cuidando no invadir aspectos

propios de otros poderes o dar una interpretación que se aleje de la norma material (Peces-Barba Martínez, 1999, págs. 10-112).

Por otro lado, PECES- BARBA sostiene respecto a las funciones que los derechos fundamentales ejercen en el Estado constitucional, que:

i) sirven para identificar normas abstractas y subjetivas las cuales pueden materializarse a través de su positivización, convirtiéndolas en normas básicas o materiales; ii) cooperan a la hora de determinar otros derechos fundamentales que podrían estar implícitos o no dentro de otros derechos (como función del juez); iii) Ante posibles antinomias, lagunas o excesos de las normas, los derechos fundamentales podrían delimitar a otros derechos fundamentales en cuanto a su alcance (implicancias); iv) los derechos fundamentales servirán como garantía del Estado para el cumplimiento de la Constitución Política, sea al momento de crear las normas, al momento de interpretarlas o aplicarlas (eficacia); v) sirven como directriz esencial para el desarrollo del poder legislativo y su adecuación constitucional (interpretación legislativa), de modo tal que el legislador procure la uniformización e integración de las leyes para que puedan ser interpretadas por el Poder Judicial de manera idónea y adecuada, evitando lagunas y antinomias; y, vi) tienen una función procedimental, pues estos derechos no solo servirán como norma material sino también para limitar procedimentalmente la aplicación de las leyes que contengan derechos fundamentales o que puedan limitarlos en alguna medida (Peces-Barba Martínez, 1999, pág. 421).

Ahora bien, en esta misma línea, el profesor DE ASIS expresa que la repercusión de los derechos fundamentales sobre los ordenamientos jurídicos, se da desde dos perspectivas:

i) Como un sistema de garantías: encauzado a la protección específica de derechos y su coherente desarrollo interpretativo; y, ii) Como interpretación jurídica: está enfocado a interpretar los derechos fundamentales como enunciados básicos o materiales pero que poseen una amplitud de posibles interpretaciones, generando un campo de discrecionalidad para el órgano judicial, lo cual, a su vez, podría afectar el ordenamiento jurídico que rige en toda una sociedad (2005, págs. 20-29).

Por otro lado, para PEREZ LUÑO los derechos fundamentales pueden ser entendidos también desde dos dimensiones:

- i) Una *dimensión subjetiva*, referida a la eficacia de estos valores en las relaciones entre particulares (por ejemplo: proceso judicial); en tanto que tutelan derechos como la libertad, igualdad, autonomía y seguridad de la persona no solo frente a los órganos de poder, sino también entre todos y cada uno de los ciudadanos; y, ii) Una *dimensión objetiva o institucional* donde su funcionamiento y aplicación aseguran la persecución de los fines y valores consagrados en la Constitución, lo cual supondrá un elemento esencial para el establecimiento de un ordenamiento jurídico que delimite un marco de Estado Constitucional (2010, págs. 22-26).

De lo expuesto, tenemos que los **derechos fundamentales** desde el Estado constitucional no solo cumplen una función valorativa sino que también le confieren al proceso y a las instituciones procesales (por ejemplo: prueba de oficio) un determinado contenido -constitucional- que permita de esta manera establecer los límites pero al mismo tiempo las exigencias de la protección de los intereses individuales y/o colectivos (tutela judicial efectiva – debido proceso); hallándose como un complejo sistema de garantías orientadas a tutelar bienes esenciales del ser humano pero que cuentan con sus propias delimitaciones (límites: carácter no absoluto), y que el Derecho reconoce como directrices para el desarrollo de su contenido en cualquier proceso judicial; lo cual es concebido por el profesor PRIORI POSADA como la correspondencia que debiera existir entre “(...) la tutela prometida y la tutela concedida (...)” (2016, pág. 156).

5.1. DIGNIDAD DE LA PERSONA Y SEGURIDAD JURÍDICA COMO FUNDAMENTOS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEL PROCESO.

En cuanto a la **dignidad de la persona humana** tenemos que constituye “(...) una calidad integrante e irrenunciable de la propia condición humana (...)” (Mitidiero, 2016, pág. 193); esto en el marco, que “(...) la persona constituye el fundamento y fin de la sociedad y del Estado (...)” (Mitidiero, 2016, pág. 196); con lo cual “(...) toda y cualquier construcción teórica que no lleve en consideración esa verdadera primacía está destinada a fallar en el test de legitimidad sustancial en qué consiste la

dignidad de la persona humana en el Estado constitucional (...)” (Mitidiero, 2016, pág. 196).

Por su parte, **la seguridad jurídica** se “(...) consustancia al mismo tiempo en fundamento del Estado constitucional y en una función que debe ser desempeñada por él a fin de viabilizar condiciones institucionales para la autodeterminación de la persona y desenvolvimiento de la vida social en circunstancias (...)” (Mitidiero, 2016, pág. 196); con lo cual se “(...) constituye es un principio instrumental que busca la efectiva la actuabilidad de los derechos, sin la cual no existe el imperio de la juridicidad inherente al Estado constitucional (...)” (Mitidiero, 2016, pág. 196).

El citado autor señala, además, que “(...) dado el carácter no cognitivo y lógico argumentativo del Derecho -factor que lo coloca en una situación de permanente desenvolvimiento y superabilidad (defeasibility)-, la seguridad jurídica debe ser comprendida como cognoscibilidad, confiabilidad, calculabilidad [anticipación de las consecuencias] y efectividad del derecho [fundamentos de la teoría del precedente] (...)” (Mitidiero, 2016, pág. 197).

En otras palabras, la conjunción entre dignidad humana y seguridad jurídica más allá de ser las bases del paradigma de Estado constitucional nos reafirma la necesidad de que pensemos en un proceso –civil, penal, laboral, comercial, etc.- como medio para la viabilización (protección) de los derechos fundamentales, mediante la “(...) emisión de una decisión justa para las partes (dimensión particular: caso concreto), con respeto de las garantías mínimas del proceso y la formación y respeto a los precedentes (dimensión general: colectividad) para la orientación-consecución de la sociedad como un todo (...)” (Mitidiero, 2016, pág. 199).

5.2. DERECHO FUNDAMENTAL AL PROCESO JUSTO.

Para MITIDIERO el **derecho al proceso justo** constituye el principio fundamental para la organización del proceso en el Estado constitucional (conformación del proceso); es decir, es el modelo mínimo de actuación

procesal del Estado e inclusive de los particulares en determinadas situaciones sustanciales; con lo cual su “(...) observancia es una condición necesaria e indispensable para la obtención de decisiones justas; constituyéndose en un derecho de naturaleza procesal e imponiendo deberes organizacionales al Estado en su función legislativa, judicial y ejecutiva (...)” (2016, pág. 125).

Agregando, el citado autor, que el derecho al proceso justo es reconocido por la doctrina como “(...) un modelo de expansión -tiene la ventaja de conformar la actuación del legislador infraconstitucional-, variable -puede asumir formas diversas, amoldándose a las exigencias del derecho material y del caso concreto- y perfectible -pasible de perfeccionamiento por el legislador infraconstitucional- (...)” (Mitidiero, 2016, pág. 124).

Por otro lado, señala que el derecho al proceso justo requiere para su concretización una efectiva adecuación del proceso al derecho material, es decir, “(...) la adecuación de la tutela jurisdiccional a la tutela de derecho; debiéndose tener presente que el derecho a la tutela jurisdiccional adecuada de los derechos compone el derecho al proceso justo (...)” (Mitidiero, 2016, pág. 130).

Finalmente, respecto a su eficacia MITIDIERO expresa que:

Es vertical, horizontal y vertical con repercusión lateral; puesto que obliga al Estado a adoptar conductas que concreten el ideal de protectividad de éste emana (eficacia vertical), lo que inclusive puede ocasionar repercusión lateral sobre la esfera jurídica de los particulares (eficacia vertical con repercusión lateral), e inclusive obliga a los particulares a observarlo en sus procesos privados tendientes a restricciones y extinciones de derechos (eficacia horizontal); lo cual se complementaría con su multifuncionalidad (integrativa, interpretativa, bloqueadora y optimizadora) a efectos de la realización de un estado ideal de protección a los derechos, determinando la creación de los elementos necesarios para la promoción del estado ideal de tutelabilidad, el bloqueo de la eficacia de normas contrarias o incompatibles con la promoción del

estado de protección y la optimización del alcance ideal de protectividad de los derechos en el Estado constitucional (2016, pág. 134).

5.2.1. LAS LEYES PROCESALES COMO MEDIO PARA LA CONCRETIZACIÓN DEL DERECHO AL PROCESO JUSTO.

Ahora bien, sobre este punto, MITIDIERO reconoce que la legislación infraconstitucional constituye un medio de densificación del derecho al proceso justo por el legislador; con lo cual, debemos entender, que “(...) las leyes procesales mediante la elaboración y promulgación de códigos procesales y de leyes que tratan el proceso de forma exclusiva o parcial, no son nada más que **concretizaciones del derecho al proceso justo**, tal cual como sucede con la actuación del Ejecutivo y del Judicial (...)” [Resaltado nuestro] (2016, pág. 125).

5.2.2. TITULARIDAD Y DESTINATARIOS.

Para MITIDIERO los titulares del derecho al proceso justo serán todas las personas físicas y jurídicas (personalidad procesal) que integran el Estado; quienes “(...) se encontraran facultados a proponer acción para la obtención de tutela jurisdiccional mediante el proceso justo; el cual, a su vez, ejercita un papel de centralidad en la comprensión de la organización infraconstitucional del proceso (...)” (2016, pág. 132 y 135).

Asimismo, para el citado autor, “(...) los destinatarios de este derecho serán el Legislativo, el Judicial y el Ejecutivo; puesto que ellos tendrán el deber de actuar en aras de la densificación y viabilización del derecho al proceso justo para que sus titulares puedan ejercer las posiciones jurídicas inherentes a él (...)” (Mitidiero, 2016, pág. 113).

5.2.3. TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y DEBIDO PROCESO.

Sobre la **tutela jurisdiccional efectiva** tenemos la definición dada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el

Expediente N°763-2005-PA/TC (Caso Inversiones “La Carreta”), de fecha trece de abril de dos mil cinco:

6. Como lo ha señalado este Colegiado en anteriores oportunidades, la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia (CASO INVERSIONES LA CARRETA, 2005).

A este concepto, conviene agregar lo manifestado por el profesor PRIORI POSADA, quien señala que la efectividad de la tutela jurisdiccional, supone:

i) El derecho a que la tutela jurisdiccional sea idónea hace referencia a la necesidad de que el proceso esté en condiciones de dar aquello que el ordenamiento jurídico ha previsto como medio para la protección de los derechos fundamentales -idoneidad material e instrumental-; ii) El derecho a que la tutela jurisdiccional sea oportuna implica el momento en el que se debe darse esa respuesta jurisdiccional no puede generar mayor lesión de la que se está produciendo, evitando que ella se vuelva irreparable o que la misma se produzca; y, iii) El derecho a la realización plena de los efectos de las resoluciones judiciales, con el cual se proclama la efectividad de todo tipo de resoluciones judiciales; es decir: declarativas, constitutivas o de condena (2014, págs. 158-161).

Señalando, adicionalmente, que la elevación a rango constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva ha determinado el

surgimiento de diversos principios, como el de “(...) flexibilidad de las normas procesales, destinados a permitir que el Juzgador, en el caso concreto pueda, pero aun con ciertas restricciones, la adecuación procedimental, lo que supone una incursión del Juzgador en el proceso (...)” (Priori Posada, 2014, pág. 161).

Ante ello, y para fines de la presente investigación, cabe preguntarnos ¿si el Poder Judicial, en aras de dar una protección eficaz a los derechos, puede crear para el caso concreto un remedio que no ha sido previsto por el legislador, modificarlo o atenuarlo? o ¿es que el Juez está circunscrito a satisfacer derechos dentro de los límites y con los remedios previstos por el legislador? es aquí que concordamos con el profesor PRIORI POSADA, quien desde el marco de un Estado constitucional, responde que sí a la primera pregunta –rechazando, por tanto, la segunda-, al sostener que la tutela jurisdiccional efectiva se vulneraría también cuando la respuesta jurisdiccional que el juez debe dar para la protección de un derecho no es capaz de dar plena satisfacción del derecho material, debido a “(...) la estructura del remedio u otro mecanismo previsto por el legislador, de modo que si el juez otorgase ese remedio, no estaría protegiendo verdaderamente el derecho (...)” (2014, pág. 161).

Por otro lado, sobre el concepto de **debido proceso**¹² el máximo intérprete de la Constitución, señaló en la Sentencia recaída en el Expediente N° 04509-2011-PA/TC (Caso Estalin Mello), de fecha once de julio de dos mil doce, que:

3. El artículo 139°, inciso 3), de la Constitución establece como derecho de todo justiciable y principio de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso. Dicho atributo, a tenor de lo que establece nuestra jurisprudencia, admite dos dimensiones; una formal o procedimental y otra de carácter sustantivo o material.

¹² Se ha indicado que la observancia del debido proceso no se limita a las formalidades propias de un procedimiento judicial, sino que se extiende a los procedimientos administrativos sancionatorios (públicos o privados), así como en sede de investigación fiscal, tribunales militares, arbitraje, etc.

Mientras que en la primera de las señaladas está concebido como un derecho continente que abarca diversas garantías y reglas que garantizan un estándar de participación justa o debida durante la secuela o desarrollo de todo tipo de procedimiento (sea este judicial, administrativo, corporativo particular o de cualquier otra índole), en la segunda de sus dimensiones exige que los pronunciamientos o resoluciones con los que se pone término a todo tipo de proceso respondan a un referente mínimo de justicia o razonabilidad, determinado con sujeción a su respeto por los derechos y valores constitucionales.

4. El debido proceso dentro de la perspectiva formal, cuya afectación se invoca en el presente caso, comprende un repertorio de derechos que forman parte de su contenido esencial, entre ellos, el derecho al juez natural, el derecho al procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, el derecho a la pluralidad de instancias, el derecho a la motivación de las resoluciones, el derecho a los medios de prueba, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, etc. La sola inobservancia de cualquiera de estas reglas, como de otras que forman parte del citado contenido, convierte el proceso en irregular legitimando con ello el control constitucional (CASO ESTALIN MELLO PINEDO, 2012).

Aquí cabe señalar también la diferencia que existe entre derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso dada por nuestro Tribunal en la Sentencia recaída en el Expediente N° 09727-2005-PHC/TC (caso Ridbert Ramírez Miranda y otro), de fecha seis de octubre de dos mil seis, que:

7. (...), mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos. El debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y

reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer (CASO RIDBERT RAMÍREZ MIRANDA Y OTRO, 2006).

Ahora, si bien no existe en la doctrina ni en la jurisprudencia (nacional e interamericana) un criterio uniforme -estandarizado- acerca del alcance y significado de dichos conceptos, debido a los orígenes de ambas instituciones, es que consideraremos -para fines de la presente investigación-, que tanto **el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso** buscan garantizar que las pretensiones de los justiciables (derechos invocados) sean atendidas por un órgano jurisdiccional competente mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías procesales, las cuales no solo se deben limitar a los derechos fundamentales reconocidos expresamente por la Constitución, sino que se extienden a aquellos derechos que se funden en la dignidad humana (artículo 3° de la Constitución), o que sean esenciales para cumplir con la finalidad del proceso, que es la protección de los derechos fundamentales en el marco de un Estado constitucional.

5.2.4. EL DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS.

Otro derecho que está muy vinculado al derecho a un proceso justo, y útil para nuestra investigación (proceso y prueba de oficio), es el **derecho a un proceso sin dilaciones indebidas**, entendida también como el derecho a un proceso dentro de un plazo razonable.

Si bien en el Perú, la Constitución de 1993 no contempla expresamente este derecho; sin embargo, el Tribunal Constitucional, en armonía con la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha analizado este derecho en la Sentencia recaída en el Expediente N° 5291-2005-HC/TC

(Caso Heriberto Benítez), de fecha veintiuno de octubre de dos mil cinco, señalando que:

5. Al respecto, el artículo 8.1) de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente. Sobre este derecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido, en criterio que compartimos, que el derecho al plazo razonable tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente (Caso Suárez Rosero contra Ecuador, sentencia sobre el fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fundamento 70).

6. Del mismo modo la Corte, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha declarado que "(...) Con respecto al plazo razonable de que trata el artículo 8.1., este Tribunal ha establecido que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales". (Caso Hilaire, Constantine, Benjamin y otros contra Trinidad y Tobago, sentencia sobre el fondo, fundamento 143).

7. Por tanto, el Tribunal Constitucional del Perú estima que, conforme a la regla de interpretación constitucional de los derechos y libertades, anteriormente citada, el derecho a un plazo razonable en la duración de los juicios constituye una de las manifestaciones del debido proceso reconocido por nuestra Constitución en los términos antes expuestos (CASO HERIBERTO BENÍTEZ RIVAS Y OTROS, 2005).

Ahora, respecto al contenido constitucional del derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, tenemos que el supremo intérprete de la Constitución lo ha delimitado (reglas) en la Sentencia recaída en el Expediente N° 00618-2005-HC/TC (Caso Ronald Díaz), de fecha ocho de marzo de dos mil cinco:

11. Este Tribunal, siguiendo el criterio de la Corte Interamericanas, ha señalado que "[s]e debe tomar en cuenta tres

elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales".

12. Este Colegiado, en relación con la complejidad del asunto, ha sostenido, en reiterada jurisprudencia, que "[p]ara su valoración, es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil".

13. En cuanto a la actividad procesal del interesado, se ha subrayado que "resulta importante distinguir entre el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la llamada defensa obstruccionista, caracterizada por todas aquellas conductas intencionalmente dirigidas a obstaculizar la celeridad del proceso, sea la interposición de recursos que, desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenados a la desestimación, sea las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones, entre otros. En todo caso, corresponde al juez penal demostrar la conducta obstruccionista del procesado".

14. Finalmente, con relación a la actuación de los órganos judiciales, "será materia de evaluación el grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso, sin perder de vista, en ningún momento, el especial celo que es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa en la que se encuentra un individuo privado de su libertad. (...)". (CASO RONALD DÍAZ DÍAZ, 2005).

De lo expuesto, tenemos que será de particular relevancia la conducta de la autoridad judicial, puesto que como hemos expresado en líneas precedentes, el Juez en el marco del Estado constitucional debe **asumir un rol mucho más activo para la protección efectiva de los derechos fundamentales**; preguntándonos, por tanto, ¿qué acción o acciones estaría facultado de hacer el Juez en concreto para que su conducta no

incurra en una dilación indebida del proceso? Respuesta que trataremos de dar en los siguientes capítulos; pero que debe ir de la mano con el concepto de que la decisión judicial debe ser oportuna, eficaz y pertinente; es decir, un fallo razonable y socialmente aceptable y justo.

6. CARÁCTER NO ABSOLUTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.

Como hemos visto líneas arriba, es fundamental –bajo el paradigma del Estado constitucional- que cada uno de los derechos que integran el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva o debido proceso obtenga el máximo grado de protección posible (garantías máximas); sin embargo, ello no debe suponer -en ningún caso- la anulación de la protección de otro derecho.

Por ello, será necesario aplicar la técnica de la ponderación o proporcionalidad en la restricción de los derechos fundamentales (en concordancia con los principios constitucionales); puesto que ponderar es buscar la mejor decisión cuando al momento de analizar el caso concreto concurren justificatorias conflictivas y del mismo valor.

Sobre este tema, respecto al carácter no absoluto de los derechos fundamentales, BOBBIO ha establecido cuatro (04) objeciones:

- i) La primera objeción propuesta contra la ilusión del fundamento absoluto de los derechos es la indeterminabilidad, mediante el cual no es posible suministrar ningún fundamento absoluto de los derechos por la sencilla razón de que no es posible dar una noción precisa de éstos, o sea, determinar de forma unívoca cuáles sean; ii) La segunda objeción propuesta contra la ilusión del fundamento absoluto de los derechos es la relativista, dado que no es posible dar un fundamento absoluto a los derechos humanos por la sencilla razón de que ellos son históricamente relativos, como demuestra el hecho de que su número varía de época en época; es decir, ha estado continuamente modificándose y sigue modificándose; iii) La tercera objeción propuesta contra la ilusión del fundamento absoluto de los derechos humanos es la heterogeneidad, dado que los derechos generalmente reconocidos como fundamentales son tan heterogéneos, envuelven entre ellos pretensiones tan distintas,

que no es posible encontrar un fundamento absoluto común a todos, o sea, un argumento «irresistible» que valga igualmente para todos; y, iv) La cuarta objeción propuesta contra la ilusión del fundamento absoluto de los derechos humanos son las antinomias, en tanto que los derechos postulados como fundamentales sean más de uno, se pueden producir conflictos entre ellos, así que la realización de uno resulta incompatible con la del otro, razón por la cual no puede existir un fundamento absoluto para todos, un fundamento que les haga a todos «irrefutables e irresistibles» (1991, págs. 88-93).

Nuestro Tribunal Constitucional respecto al carácter no absoluto de los derechos fundamentales, ha señalado muy claramente en la Sentencia recaída en el Expediente N° 00004-2010-PI/TC (Caso Santiago Merino), de fecha catorce de marzo de dos mil once, que:

26. En reiterada jurisprudencia este Tribunal ha precisado que los derechos fundamentales pueden ser limitados, restringidos o intervenidos en alguna medida cuando dicha limitación, restricción o intervención resulten justificadas en la protección proporcional y razonable de otros derechos fundamentales o bienes de relevancia constitucional. Por ello se afirma que los derechos fundamentales no son absolutos sino relativos, es decir, que el contenido de cada derecho fundamental no es definitivo, sino que en cada caso concreto se va a definir en función de las circunstancias específicas y de los grados de restricción y satisfacción de los derechos o bienes constitucionales que se encuentren en conflicto (CASO SANTIAGO MERINO BRINGAS Y OTROS, 2011).

Es así que, podemos afirmar que en el marco del Estado constitucional, se da la exigencia de interpretar los derechos fundamentales más allá de los dispositivos normativos existentes y que pudieran no garantizar la protección de los derechos fundamentales; e incluso en casos de existir conflictos que requieran un mayor análisis por parte de los operadores del derecho; lo cual sin duda guarda relación al planteamiento de la aplicación de un **modelo de proceso** en el marco de un Estado constitucional (con especial énfasis en la prueba de oficio) que planteamos en la presente investigación.

7. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.

En un Estado constitucional la interpretación es un tema esencial, puesto que no bastan los imperativos de la norma, sino también el análisis sobre el fondo de éstas en armonía y respeto a los derechos fundamentales (al caso concreto). Aquí los métodos de interpretación en general son útiles para encontrar los argumentos que justifiquen una decisión; si bien ningún método es mejor que el otro, debemos reconocer que éstos nos brindan los argumentos para justificar una decisión que debe ser razonable, socialmente aceptable y justa (fundada en derecho).

Sobre el particular, RICCARDO GUASTINI, identifica que la palabra interpretación es doblemente ambigua:

i) Primera Ambigüedad. Al referirse a la atribución de significado a un texto jurídico, se clasifica en: a) La interpretación "*in abstracto*" que consiste en identificar el contenido de sentido, es decir, el contenido normativo (la norma o normas) expresado en un texto (una fuente del Derecho) sin referencia a ningún caso en particular; y, b) La interpretación "*in concreto*" que consiste en subsumir un caso particular en el campo de aplicación de una norma previamente identificada "*in abstracto*".

Agregando, el citado autor que los dos tipos de interpretación responden a dos tipos de indeterminación del Derecho, porque el Derecho es doblemente indeterminado; esto es, el carácter equívoco de los textos normativos y el carácter vago de toda norma.

ii) Segunda Ambigüedad. Al referirse a un acto de conocimiento, se puede distinguir: a) La interpretación - conocimiento, la cual implica reconocer y discernir las posibles significaciones de un texto normativo; b) La interpretación – decisión, la cual da a escoger un significado determinado para el texto normativo; y, c) La interpretación – creación, que se atribuye a un texto un significado "nuevo".

Asimismo, señala que existen normas: a) Normas inexpresadas que son construidas por medio de un razonamiento lógicamente válido, en el cual las únicas premisas no son más que las normas explícitas; y, b) Normas inexpresadas que son construidas por medio de un razonamiento deductivo, por medio de un razonamiento no deducido y no válido desde el punto de vista lógico, y por medio de un razonamiento que considera a

las premisas como construcciones dogmáticas más o menos arbitrarias (2008, págs. 21-27).

Al respecto, el profesor RUBIO CORREA señala que la interpretación constitucional implica “(...) aproximaciones generales al manejo de las disposiciones constitucionales. Tienen que ver con la manera como entendemos la Constitución en tanto sistema normativo y con las consecuencias que esa comprensión tiene para la interpretación. Es una conceptualización abstracta, pero tiene consecuencias prácticas muy significativas al aplicar las normas constitucionales (...)” (2013, pág. 67).

Por su parte, PÉREZ LUÑO señala que “(...) la Constitución no es solo una norma que debe ser interpretada, sino también y sobre todo, un criterio de interpretación permanente de todo el ordenamiento jurídico, siendo el criterio hermenéutico fundamental (...)” (2010, pág. 268 y ss.).

Por otro lado, para el profesor GRÁNDEZ CASTRO, la interpretación constitucional no se agota en argumentos normativos de tipo interpretativo, en la medida de que las respuestas constitucionales no dependen –o no dependen solo- de descifrar o de asignar significados a los textos normativos; es así que, “(...) una teoría de los significados no es suficiente en materia constitucional; se requieren también referencias a la filosofía política y a la teoría del Estado dominando: en ese caso se requiere comprender las premisas del Estado constitucional basado en la dignidad humana como epicentro (...)” (2016, pág. 77).

Agregando, el citado autor, que la interpretación de la Constitución vista como argumentación constitucional (concretizadora) debe permitir abrir otras perspectivas y no solo los aportes de la teoría analítica en materia de interpretación: necesitando de la tópica porque los problemas concretos que urgen respuestas aquí y ahora, además de argumentos retóricos persuasivos, porque la argumentación constitucional convoca un auditorio plural con concepciones diversas de lo bueno y de lo malo. Para ello, señala que necesitamos -también- conocer la historia, y las diversas variantes de la cultura, además de practicar la tolerancia en serio. En definitiva, “(...) requerimos de un enfoque que contemple al derecho ya no como un conjunto

de autoridades y normas, sino como un proceso social más complejo y dinámico en el que, no obstante, la justificación para ser la única forma de legitimar los procesos de creación de normas (...)” (Grandez Castro, 2016, pág. 77).

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia recaída en el Expediente N° 5854-2005-PA/TC (Caso Pedro Lizama), de fecha ocho de noviembre de dos mil cinco, que los principios de interpretación constitucional son:

12. Reconocida la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación [Principios de interpretación constitucional]. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo – subsunción del hecho – consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional. Tales principios son: a) El principio de unidad de la Constitución: Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto. b) El principio de concordancia práctica: En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución). c) El principio de corrección funcional: Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los

derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado. d) El principio de función integradora: El “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad. e) El principio de fuerza normativa de la Constitución: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *intoto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto (...)” (CASO PEDRO LIZANA PUELLES, 2005).

En resumen, podemos señalar que estos **principios** podrían entenderse desde el Estado constitucional, como:

i) Principio de legitimación del poder y el principio de favorecimiento de la plena vigencia de los derechos humanos o fundamentales: tiene que ver con el fundamento de la obligatoriedad de los derechos humanos, es decir, con el valor de la persona humana -su dignidad humana-, que la coloca como finalidad del Estado, del poder -social, político y económico-, y de la sociedad; ii) Principio de unidad de los derechos humanos o fundamentales: se convierte un fin la adquisición de todos los bienes humanos por igual, en la medida que todos ellos son igualmente necesarios para conseguir un pleno desarrollo de la persona humana; y, iii) Principio de interpretación *pro libertatis* o *pro homine*: se exige al operador jurídico que si al interpretar un dispositivo normativo es posible concluir dos o más interpretaciones, se ha de decantar por aquella que más y mejor favorezca o promueva la plena vigencia de los derechos humanos o fundamentales, en buena cuenta, que más y mejor promueva el pleno desarrollo de la persona humana como fin; en palabras de CASTILLO CÓRDOVA (2009, págs. 58-61).

7.1. DECISIÓN JUDICIAL Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.

Sobre este punto, MANUEL ATIENZA señala que “(...) nadie duda que la práctica del Derecho –la toma de decisiones jurídicas- consiste en argumentar; conviniendo todos en que la cualidad que mejor define, lo que se entiende por un buen jurista, tal vez sea la capacidad para idear y manejar argumentos con habilidad (...)” (2004, pág. 23).

Por su parte, el profesor MORALES GODO expresa que:

Cuando hablamos de argumentar, aludimos a una actividad que evidentemente no es privativa de los juristas, se argumenta en todos los ámbitos del quehacer humano, desde los más calificados hasta los más triviales y domésticos ¿Qué es entonces lo que convierte a una argumentación en jurídica? La respuesta a esta pregunta nos la da la teoría estándar de la argumentación jurídica propugnada principalmente por Neil MacCormick y por Robert Alexy. Esta teoría supondría un avance frente a sus predecesoras de los años 50, porque añaden la distinción proveniente de la filosofía de la ciencia, de un contexto de descubrimiento y de un contexto de justificación y la dualidad de la función justificatoria (interna – externa), y por tanto, la admisión de la lógica formal en el Derecho, siempre con las reservas que impone su insuficiencia en el razonamiento jurídico (2010, pág. 18).

Agregando, el citado autor, que las teorías estándar de la argumentación jurídica tienen lugar en contextos jurídicos, pudiendo distinguirse tres:

i) el primero de ellos es el de la producción o establecimiento de normas jurídicas, aquí a su vez podrían distinguirse entre argumentos que se presentan en una fase pre- legislativa y las que se producen en la fase legislativa; ii) Un segundo campo en que se efectúan argumentos jurídicos es el de la aplicación de normas jurídicas o el de la resolución de casos; y, iii) el tercer ámbito de argumentación sería el de la dogmática jurídica (2010, págs. 18-19).

7.2. CONTEXTO DE DESCUBRIMIENTO Y CONTEXTO DE JUSTIFICACIÓN - RAZONES JURÍDICAS.

Para MORALES GODO se entiende por razones jurídicas no sólo la exposición de razones fundadas en leyes positivas -textos escritos- (contexto de descubrimiento), sino también las sustentadas en principios constitucionales y en *test de razonabilidad y proporcionalidad* (contexto de justificación); puesto que “(...) nunca será suficiente que una decisión judicial esté ajustada solo a lo prescrito por el texto de una ley para considerarse justificada y satisfactoriamente argumentada, sino que

también deberá pasar el *test de razonabilidad*, bajo pena de ser tachada de irrazonable (arbitraria), aunque ésta sea legalmente válida (...)" (2010, págs. 19-20).

Aquí cabe señalar también que, según el autor, "(...) la diferencia que existe entre una justificación formal de los argumentos, esto es, cuando un argumento es formalmente correcto; y de una justificación material, cuando puede considerarse que un argumento, en un campo determinado, resulta aceptable o razonable (...)" (2010, págs. 19-20).

7.3. DISCRECIONALIDAD JUDICIAL Y DECISIÓN JUSTA.

Ahora, debe quedar claro que, "(...) en el paradigma del Estado constitucional las decisiones justas (discrecionalidad judicial) se extienden a algo más abstracto e impreciso, como son los principios (y valores), siendo éstos el límite del sistema de garantías (...)" (Morales Godo, 2010, pág. 22).

Sobre el particular, TARUFFO nos propone como criterios para la delimitación de una decisión justa los siguientes: "(...) a) La corrección de la elección y de la interpretación de la regla jurídica aplicable. b) comprobación fiable de los hechos relevantes del caso y, c) empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión (...)" (2003, pág. 162).

Aquí cabe precisar que si bien en el Estado constitucional se deja un amplio margen de discrecionalidad a los operadores de justicia (jueces) para poder fundar sus decisiones de acuerdo a lo que consideren justo en cada caso, esto no conlleva a que no deban justificar sus decisiones (debida motivación); debiéndose señalar, además, que ante los casos denominados fáciles -casos de evidente injusteza-, éstos podrían ser resueltos de acuerdo con el sentir común de justicia; sin embargo, ante los casos llamados difíciles -casos donde cualquiera de las decisiones son controvertibles-, es donde se deberá tener un mayor grado de discrecionalidad; ya que no estará el intérprete vinculado a un sentir común de justicia (a simple vista); sino a uno donde prime la razonabilidad jurídica (test de ponderación).

8. CONTROL CONSTITUCIONAL COMO CONSECUENCIA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.

Para HERNÁNDEZ CHONG CUY:

Diseñar e introducir un sistema de Control Constitucional no es tarea sencilla, es una tarea delicada y compleja. Requiere de mucho análisis, pero, sobre todo, de mucha reflexividad. Reflexividad que se opone categóricamente al impulsivo o cómodo ejercicio de clonación legislativa. Ojalá que las legislaturas estatales que ahora ponderan el Control Constitucional local como una posibilidad sería de reforma, ejerzan su delicada y trascendental tarea con toda la sobriedad, profundidad y entusiasmo que esta temática exige (2005, págs. 91-92).

Agrega demás el autor, que:

En el diseño de un sistema de Control Constitucional estatal no basta involucrar únicamente los elementos jurídicos. Es necesario un ejercicio concomitante y no jurídico por parte de los legisladores. ¿En qué consiste este ejercicio y por qué es imprescindible? Consiste en ponderar, a la par que se bosquejen los posibles diseños del futuro sistema de Control Constitucional local, cuál será la funcionalidad en el plano operativo, en el plano de los hechos, de esos posibles diseños, en atención, precisamente, a las circunstancias culturales y políticas imperantes en que dicho sistema habrá de desenvolverse. Esto se traduce en que el legislador, al momento de confeccionar su diseño sistemático, tome en cuenta qué es lo que la gente, el común de la gente, cree u opina respecto a las autoridades a las que se estudia la posibilidad de otorgar la facultad de controlar a las demás (circunstancias culturales). (...). Y para ello, la solución radica en dos cosas: primero, que el legislador adopte una visión y concepción integral y sistémica de Control Constitucional, y segundo, que desde esa perspectiva identifique los factores culturales a superar y previo a la introducción o vigencia del sistema de Control Constitucional, tome las medidas legislativas o políticas tendentes a superar esos factores o evitar que estos sean obstáculos para eficacia del sistema por arrancar (Hernández Chong Cuy, 2005, págs. 91-92).

Para ARAGÓN REYES el control constitucional es el instituto sistémico destinado a buscar, del modo más eficaz, "(...) el cumplimiento cabal de la

Constitución. De allí que se discuta a quién le corresponde esa tarea y a través de qué instrumentos, sin que ello signifique que este planteamiento instrumental del control se entienda como dissociado de una teoría que lo concibe como parte del concepto mismo de Constitución (...)" (2002, págs. 120-121).

Por su parte, CANOSA USERA expresa que "(...) la interpretación constitucional es un formidable mecanismo de control del poder para asegurar que éste se someta a la Constitución (...)" (2013, pág. 256). Es decir, la labor de contrastar normas (u acciones) con la Constitución debe esforzar al intérprete (operador de justicia) a encontrar sentidos compatibles con ella; por lo que, si esa búsqueda es infructuosa (antonimia inevitable), él sostiene la incompatibilidad constitucional y, por ende, deberá decretar la invalidez de la disposición infractora (norma).

Al respecto, el profesor LOPEZ FLORES ha señalado que "(...) controlar el cumplimiento de la Constitución es un acto de poder (...)" (2016, pág. 115); agregando, que "(...) entre Constitución y control existe una visión unívoca porque es imposible concebir la Constitución sin mecanismos de control para su cumplimiento (...)" (2016, pág. 115).

Señalando, además, el citado autor, que el instrumento de control constitucional es la **interpretación constitucional**; es decir, aquella operación por la cual, "(...) está destinada a determinar el significado de las disposiciones constitucionales, esto es, de sus textos y, más precisamente, determinar cuáles son lo que él denomina las "normas" de la Constitución; con lo cual, así las cosas, entre la interpretación de la Constitución y el control de ésta existe una relación de causa a efecto; siendo imposible concebir el control constitucional sin un acto de interpretación constitucional previo (...)" (López Flores, 2016, pág. 115).

Es así que LÓPEZ FLORES señala que el control constitucional, como acto de poder: discurre a través de la interpretación constitucional. En ese sentido, compartiendo plenamente el parecer de Blume Fortini, tenemos que: "(...) la interpretación constitucional es consustancial al análisis de constitucionalidad. Le es inherente. Forma parte de aquel, al punto que no

puede haber análisis de constitucionalidad sin interpretación constitucional (...)” (López Flores, 2016, pág. 114).

Así tenemos que la interpretación constitucional es una actividad instrumental necesaria para realizar el control constitucional; donde la búsqueda de sentidos -compatibles- a la norma (control constitucional), innegablemente conducirá al intérprete a analizar e intentar resolver las antinomias legales u otros que en todo sistema jurídico surge; debiendo determinarse, para tal efecto, la validez o invalidez de las mismas y su consecuente inadmisión y expulsión del ordenamiento jurídico.

Un ejemplo claro de cómo el interpretar el espíritu constitucional de la norma es inherente a la hora de realizar un control constitucional; lo podemos apreciar en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 002-2009-AI/TC (Caso TLC con Chile), de fecha cinco de febrero de dos mil diez, la cual señala que:

12. (...), al Tribunal Constitucional le corresponde realizar una interpretación de los distintos significados de la norma impugnada para establecer si al menos una de ellas es conforme a la Constitución, antes de declarar su inconstitucionalidad literal. De modo que, a menos que una interpretación del artículo impugnado del ALC PERÚ-CHILE sea compatible con el artículo 54° de la Constitución, la declaración de inconstitucionalidad cederá a la declaración interpretativa conforme a la Constitución. Por ello, es pacífico en la jurisprudencia constitucional que no toda declaración de inconstitucionalidad acarree la nulidad de la disposición normativa, no obstante no ser compatible con la Constitución, sino que requerirá para mantener su vigencia una interpretación de ser posible conforme a la Constitución. (CASO TLC CON CHILE, 2010).

Como vemos, el supremo intérprete de la Constitución ha reconocido el valor de la interpretación constitucional a la hora de aplicar el control constitucional, con el objeto de que a lo largo del proceso interpretativo se pueda abstraer diversos sentidos de la norma y que, de todos ellos, el intérprete deberá elegir la que sea más compatible con lo dispuesto en la Constitución; con lo cual, solo en caso que la interpretación sea insalvable y contraria a la Carta Magna, se tendrá que optar por la inaplicación de dicho dispositivo, y en el caso

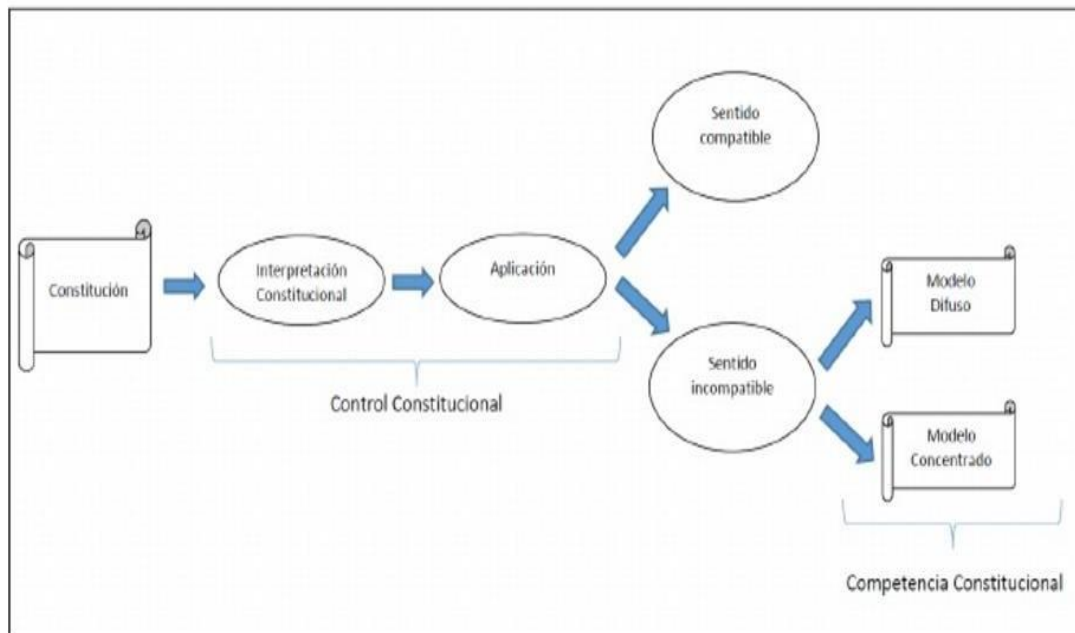
particular del órgano jurisdiccional (juez), se podrá optar por invalidar y no admitir dicho sentido de la norma, de conformidad al segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución Política Peruana (el denominado control difuso).

Por otro lado, cabe señalar que el Tribunal Constitucional ha determinado en la Sentencia recaída en el expediente N°0004-2004-AI/TC (Caso Colegio de Abogados de Cusco), de fecha veintiuno de setiembre de dos mil cuatro, que:

2. (...). La validez en materia de justicia constitucional, en cambio, es una categoría relacionada con el principio de jerarquía normativa, conforme al cual la norma inferior (v.g. una norma con rango de ley) será válida sólo en la medida en que sea compatible formal y materialmente con la norma superior (v.g. la Constitución). Constatada la invalidez de la ley, por su incompatibilidad con la Carta Fundamental, corresponderá declarar su inconstitucionalidad, cesando sus efectos a partir del día siguiente al de la publicación de la sentencia de este Tribunal que así lo declarase (artículo 204° de la Constitución), quedando impedida su aplicación a los hechos iniciados mientras tuvo efecto, siempre que estos no hubiesen concluido, y, en su caso, podrá permitirse la revisión de procesos fenecidos en los que fue aplicada la norma, si es que ésta versaba sobre materia penal o tributaria (artículos 36° y 40° de la Ley N.º 26435 — Orgánica del Tribunal Constitucional) (CASO COLEGIO DE ABOGADOS DE CUSCO Y OTROS, 2004).

En este punto, es necesario resaltar lo expresado por el profesor LOPEZ FLORES, respecto a la “(...) relación que existe entre **interpretación constitucional y el control constitucional** (...)” (2016, pág. 116), de acuerdo al siguiente gráfico:

CUADRO N° 1 CONTROL CONSTITUCIONAL E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL



Fuente: Dr. Luciano López F.

Así, comentando el gráfico mostrado, LÓPEZ FLORES señala lo siguiente:

Véase en este gráfico que es la disposición constitucional [el] objeto de interpretación, claro está, suponiendo que aquella será materia de contraste con determinada disposición legal. Fruto de dicho contraste se obtendrán diversos resultados interpretativos que pueden aplicarse en la realidad. Agregando, que algunos tendrán sentidos “compatibles” con la Constitución y otros no. Ello supone, en consecuencia, que al realizar la labor de interpretación el operador debe colocar sobre la mesa diversos sentidos interpretativos de los cuales escoge aquel que sea “conforme” con la Constitución. Así, la labor del intérprete de explorar diversos sentidos interpretativos como consecuencia del contraste de la norma constitucional con la legal es lo lógico y adecuado. De allí, expresa, que indudablemente, si luego de practicar diversos sentidos interpretativos no existe ninguno que “salve” la disposición de la “incompatibilidad” constitucional (término que eligió el profesor Edward Dyer en una conversación sostenida sobre esta misma tesis), ese sentido incompatible es el que conlleva a que el intérprete tome una decisión, siempre y cuando goce de competencia constitucional para hacerlo y que, además, esté en la vía orgánica adecuada para ejercer tal competencia. Aquí es donde entran a tallar los modelos de control constitucional denominados “difuso” o “concentrado”. Posteriormente manifiesta que es

importante advertir que estos modelos han sido hartamente estudiados en la doctrina nacional y comparada, fundamentalmente, en lo que concierne a la declaración de inconstitucionalidad. Así, en el caso del modelo difuso, el efecto de considerar que una norma legal sea incompatible con la Constitución determina su inaplicación al caso concreto, mientras que en el caso del concentrado la consecuencia es la derogatoria de la disposición con efectos generales, expulsándola del ordenamiento jurídico. Sin embargo, agrega, la operatividad que muestra el gráfico anterior ha sido un aspecto que no se encuentra claramente plasmado en nuestra doctrina y, menos aún en la jurisprudencia constitucional, pese a que existen planteamientos conceptuales que seguidamente citaré. En efecto, considera el autor que la carencia de claridad en esta operatividad funcional de la relación de interpretación-control constitucional es la que motiva el riesgo de confundir conceptos que ha trabajado en las líneas precedentes y que, para evitar tal confusión, conllevan a considerar lo siguiente: **la declaración de inconstitucionalidad importa, siempre, un ejercicio de interpretación constitucional y, por ende, de control de constitucionalidad.** Sin embargo, a pesar que un ejercicio de interpretación constitucional importa, siempre, un acto de control constitucional, no necesariamente su resultado conduce a una declaración de inconstitucionalidad. Es decir, en éste último caso, no siempre el control constitucional conducirá al ejercicio del control difuso o concentrado (dependiendo del modelo empleado) puesto que para ello se requiere dos cosas: desde el punto de vista instrumental, que no sea posible lograr un sentido interpretativo compatible con la Constitución y, además, desde el punto de vista orgánico o funcional, que si el operador se encuentra frente a un sentido incompatible, debe contar con la competencia constitucional para aplicar el modelo difuso o concentrado, según sea el caso. Por lo que, de acuerdo a lo anterior concluye que sí existe una clara distinción entre el control constitucional (que presupone la interpretación constitucional) y el control difuso de constitucionalidad, puesto que éste último se ejerce sólo cuando la incompatibilidad con la Constitución es manifiesta. De allí que con acierto el Tribunal Constitucional ha dicho en los fundamentos 24, 25 y 26 de la STC N° 02132-2008-AA/TC (Caso Rosa Martínez García) que el ejercicio del control difuso de constitucionalidad es la última ratio, es decir, cuando luego de haber practicado sentidos interpretativos no es posible salvar la disposición legal de la inconstitucionalidad (2016, págs. 116-117).

Todo este análisis, sin duda, da pie a poder advertir la creación de modelos de control constitucional en base a: i) la competencia del intérprete (operador jurídico); y, ii) del resultado de la compatibilidad o incompatibilidad que encuentre haciendo uso de instrumentos jurídicos (apegado o no a la Constitución). Y para fines de la presente tesis: **podría ser el análisis de la admisión de la prueba de oficio (en base a la actuación del juez).**

Es así que lo expuesto nos sirve de base angular para señalar que dentro de la jurisdicción es posible adoptar este posible **modelo teórico de interpretación constitucional** para poder analizar no solo los dispositivos legales vigentes respecto a la prueba de oficio sino también respecto a la **actuación judicial** en dicha materia (por ejemplo: incorporación de prueba de oficio), en concordancia con lo señalado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el expediente N° 04617-2012-AA/TC (Caso PANAMERICANA TV), de fecha doce de marzo del dos mil catorce:

5. Cuando el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según sea el caso, verifica la constitucionalidad de una norma, la no existencia de conflictos de competencias entre órganos estatales, **la no existencia de actos lesivos** a los derechos fundamentales de las personas, **no está ejerciendo más que un control de constitucionalidad**. Pero la magistratura constitucional no sólo debe centrarse en ejercer únicamente un control de constitucionalidad; sino que se encuentran en la obligación de ejercer un control de convencionalidad, es decir, la potestad jurisdiccional que tienen los jueces locales y la jurisdicción supranacional, que en nuestro caso está constituida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), para resolver controversias derivadas de normas, actos y conductas contrarios a la Convención Americana de Derechos Humanos, a los tratados regionales en materia de derechos humanos ratificados por el Perú, al ius cogens y a la jurisprudencia de la Corte IDH [Subrayado y Negrita son nuestros] (CASO PANAMERICANA TELEVISIÓN, 2014).

Por tanto, el uso de este razonamiento: **control de constitucionalidad de actos**, nos permitirá establecer un modelo conceptual, como más adelante lo desarrollaremos, en el cual si el intérprete llegase a encontrar un sentido compatible con la Constitución, tendría que ordenar, por ejemplo, la

“actuación” de una prueba de oficio en un caso en concreto, independientemente de la materia o *Litis* procesal en la que nos encontremos, en concordancia con el paradigma de Estado constitucional.

9. CONTROL CONSTITUCIONAL Y LA PONDERACIÓN DE INTERESES.

Antes de señalar el rol del control constitucional y la ponderación de intereses (derechos); corresponde hacer mención a DWORKIN, quien respecto a la diferencia que hace entre principios jurídicos y normas jurídicas señala que es una distinción lógica; donde las normas son aplicables a la manera de disyuntivas, esto es, si los hechos que estipula una norma están dados, entonces la norma o bien es válida o no lo es, siendo la consecuencia su admisibilidad o no en el derecho; en cambio, “(...) los principios -derechos fundamentales- al no establecer “*consecuencias jurídicas*” que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas, corresponde que se contrapongan mediante la ponderación (...)” (1984, págs. 75-76).

En esta misma línea, el profesor GUASTINI, indica que los principios influyen en la interpretación de las restantes disposiciones (las que no son principios: reglas) alejando a los jueces de la interpretación literal -la más cierta y previsible- y propiciando una interpretación adecuada. La interpretación adecuada es una especie del género de la interpretación sistemática y es un instrumento para prevenir o evitar “*antinomias*”; asimismo, el profesor sostiene que “(...) es lícito sostener que, frente a una disposición legal que admita una sola interpretación contraria a la Constitución, el juez lejos de tener la obligación de hacer una interpretación adecuada, tiene más bien la obligación de promover una cuestión de legitimidad constitucional ante la Corte (...)” (Guastini R. , 2001, págs. 147-149).

Por otro lado, tenemos que la idea de los derechos fundamentales como mandatos de optimización (principios), fue desarrollada por el profesor alemán ROBERT ALEX¹³, en su libro *Teoría de los derechos*

¹³En la doctrina también es de destacarse la tesis de Dworkin, quien se apoya en una estructura de reglas que contiene una forma “todo o nada” (Ley de la dimensión del peso), así como la tesis débil de Ulrich Pensi (es el grado de generalidad del contenido normativo y no un contenido determinado, lo que diferencia a las reglas de los principios), la tesis débil de Joseph Raz (señala la inexistencia de conflictos entre las reglas, pues a

fundamentales, para explicar las diferencias entre las disposiciones normativas propias del modelo positivista del Derecho, denominadas reglas, y aquellas otras pautas o directrices denominados principios, a los que consideraba cualitativamente distintos de las primeras. Es así que en palabras del citado autor, "(...) el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios, es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas (...)" (Alexy, 1988, pág. 134); agregando, el referido profesor, que "(...) los principios serían mandatos de optimización que se caracterizarían por admitir un cumplimiento gradual, y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo dependería de las circunstancias fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas; estas últimas, determinadas a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario (...)" (Alexy, 1997, pág. 86).

Aquí cabe expresar la diferencia que existe entre principios y reglas, así tenemos que el profesor ALEXY manifiesta -después de diversas críticas a sus primeros postulados- que los principios se encuentran en el nivel de objeto y son por ello mandatos a ser optimizados que encierran un deber ser ideal que aún no ha sido realizado fáctica y jurídicamente; en cambio, las reglas sería mandatos definitivos que no serían susceptibles de ponderación (sino tan solo de validez e invalidez); en otras palabras, así, mientras que las reglas se aplican por subsunción (por ser mandatos definitivos), los principios se ponderan (por ser mandatos a ser optimizados - determinación del peso correcto y con ello una relación de prioridad condicionada en el caso concreto); esto es, "(...) procurando establecer un adecuado balance entre las razones que justifican el grado de afectación de unos derechos y el grado de realización de otros derechos como consecuencia de tal afectación -teoría estándar de la argumentación- (...)" como bien lo señala PORTOCARRERO QUISPE (2009, págs. 110-111).

ellas podrían introducirse siempre excepciones, y continua con la dimensión del peso en la colisión de principios); y, la Tesis de la coincidencia o armonía de AulisAarnio (sostiene que la pretendida diferencia entre reglas y principios no es de naturaleza lógica ni gradual, por el contrario, estos conceptos tendrían una estructura similar).

En este punto, corresponde señalar que la jurisprudencia peruana, principalmente nuestro Tribunal Constitucional, ha recogido y desarrollado ampliamente la necesidad de utilizar la ponderación de principios-intereses mediante el Test de Proporcionalidad ante casos de control constitucional.

En este marco, nuestro máximo intérprete de la Constitución en la Sentencia recaída en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC (Caso Gonzalo Costa), de fecha once de octubre de dos mil cuatro, señaló que:

18. El principio de proporcionalidad, como ya se adelantó, está estructurado por tres subprincipios: de necesidad, de adecuación y de proporcionalidad en sentido estricto. “De la máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas”^[2]. Esto supone que cuando el Tribunal se enfrenta a un caso donde existe conflicto entre dos principios constitucionales, deberá realizar no sólo un ejercicio argumentativo enjuiciando las disposiciones constitucionales en conflicto (ponderación), sino también deberá evaluar también todas las posibilidades fácticas (necesidad, adecuación), a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adoptada (CASO GONZALO COSTA GÓMEZ Y MARTHA OJEDA DIOSES, 2004).

Sobre la estructura del principio de proporcionalidad (test), conviene señalar lo expresado por BERNAL PULIDO, quien define cada uno de ellos de la siguiente manera:

i) Idoneidad: según este subprincipio, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser idónea para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo. Supone la identificación y precisión en la mayor medida posible del fin o de los fines estatales legítimos, la individualización del medio implementado y la limitación del (o los) derecho(s) afectado(s) por la limitación que se ataca de excesiva. Después, se evalúa la relación de fomento entre medio y fin. Esta última relación es entendida en sentido débil pues no se requiere la satisfacción

del fin en todo sentido, sino que basta que este sea realizado, aunque sea en parte; ii) Necesidad: según este subprincipio, toda intervención en los derechos fundamentales debe realizarse con la medida más favorable para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar el objetivo perseguido. El medio es necesario cuando no pudo ser establecido otro medio, igualmente adecuado para el logro del fin, pero que suponga una menor restricción para el derecho fundamental afectado. En este caso la comparación es doble: los medios alternativos se comparan con el implementado en relación con el fomento del fin estatal (examen de medios alternativos respecto a la idoneidad) y en relación con la intensidad de la afectación del derecho (examen de medios alternativos que menos limita el derecho); y, iii) Proporcionalidad en sentido estricto: según este subprincipio, la importancia del objetivo que persigue la intervención en el derecho fundamental debe estar en una relación adecuada con el significado del derecho intervenido. En otras palabras, las ventajas que se obtengan mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular y para la sociedad en general (2008, págs. 66-68).

Como puede observarse, **la ponderación** implica todo un íter procedimental (actividad lógica–racional) que debe seguir el juzgador (operador de justicia) a efectos de resolver el conflicto entre principios que se somete a su conocimiento; dicho litigio puede producirse tanto entre derechos fundamentales entre sí como entre derechos fundamentales y bienes de relevancia constitucional (intereses), de ahí que puede sostenerse que la ponderación es un mecanismo a través del cual se resuelve un proceso judicial de relevancia constitucional (en el marco de un Estado constitucional); lo cual le permitiría, a su vez, al juez evaluar los derechos en litigio -lo que nosotros denominaremos “**autocontrol constitucional**” en relación a los derechos en disputa- y en base a ello, poder ordenar la actuación de los medios probatorios -incluso de oficio- correspondientes que permitan resolver el caso con decisiones debidamente motivadas y más justas.

CAPITULO II

ESTADO DE LA CUESTIÓN SOBRE LA PRUEBA DE OFICIO

1. LA PRUEBA: DEFINICIÓN.

Etimológicamente la palabra prueba se remonta al termino latino “*probo*”, de bueno, honesto y también del vocablo “*probandum*” referido a aprobar, experimentar o demostrar.

Es en este marco, que son diversas las acepciones que en el terreno procesal se asigna al vocablo “prueba”; pudiendo ser entendida -de manera general-:

- Como elemento de juicio susceptible de provocar en el Juez la certeza o verosimilitud de los hechos controvertidos (demostración de la verdad);
- Como acción de probar de las partes procesales (medios de prueba);
- Como estado psicológico de plena convicción causado en el ánimo del juzgador; o,
- Como medio de fijación normal de los hechos controvertidos, que si bien se encuentra directamente relacionado a las partes esto no excluye al Juez de dicha actividad, a fin de facilitar una decisión justa en el marco del debido proceso y el respeto de los derechos fundamentales.

Para CAROCCA la prueba “(...) es un componente esencial del proceso, de tal manera que su existencia se justifica precisamente por la necesidad de la actividad probatoria (...)” (2005, pág. 231); agregando, el citado autor, que “(...) probar significa básicamente convencer sobre la efectividad de una afirmación y como tal tiene lugar en muchos ámbitos de la actividad humana (...)” (2005, pág. 231); por su parte, LEVENE señala que, la prueba suele definirse como el “(...) conjunto de actividades destinadas a obtener la certeza judicial como elementos indispensables para la decisión del litigio

sometido a proceso; por ello, el fin de la prueba sería establecer la verdad a efectos de una justa resolución de la causa; siendo su objeto los hechos controvertidos y por excepción las normas de la experiencia y el Derecho (...)" (1993, págs. 565-566).

BENTHAM por su parte, señala que "(...) la prueba es un hecho o conjunto de hechos que acredita la existencia o inexistencia de otro hecho (...)" (1835, pág. 23); así, agrega, toda prueba comprende al menos dos hechos distintos: "(...) i) uno al que llama hecho principal, el que se trata de probar que existe o que no existe; y, ii) el otro, el hecho probatorio, el que se emplea para probar el sí o no el hecho principal; con lo cual la presunción de un hecho como verdadero debe ser consecuencia del proceso de verificación de credibilidad o falsedad de otro (...)" (1835, pág. 23).

Como vemos en las definiciones dadas, notamos que el concepto de verdad está muy presente -tanto a la definición de proceso y rol del juez-; por ello, en este punto cabe señalar nuevamente lo visto en el capítulo primero de la presente tesis, en tanto que al proceso solo se le exige llegar a la certeza (verdad procesal), mas no a la verdad material, que es un concepto diferente; debiéndose, por tanto, distinguir entre verdad material y verdad procesal.

Sobre la diferencia entre verdad material y procesal FERRER BELTRÁN sostiene que: "(...) i) la verdad material es aquella de la que se habla fuera del proceso judicial; y, ii) la verdad formal, es aquella que se obtiene en el proceso como resultado de la actividad probatoria, la cual gozaría de autoridad jurídica (...)" (2005, págs. 62-63).

Sin embargo, esto no debe significar que la búsqueda de la verdad objetiva (verdad procesal) tenga que darse por cualquier medio, sino que la misma debe erigirse respetando los derechos fundamentales de las personas y las garantías exigidas del proceso, dado que el rol del Juez en el marco de un Estado constitucional siempre será la de mantener el balance entre las partes en contienda, sin tomar él mismo parte en la disputa, puesto que ello implicaría la pérdida de su imparcialidad y objetividad; con la consecuente emisión de una decisión injusta y/o arbitraria.

Ahora, nos corresponde determinar cuál es la función, finalidad y reglas de aplicación de la prueba. Sobre el primer concepto TARUFFO ha señalado que: “(...) De forma más a o menos clara, los medios de prueba se conectan con los hechos en litigio a través de una relación instrumental: medio de prueba es cualquier elemento que pueda ser usado para establecer la verdad acerca de los hechos de la causa (...)” (Taruffo, 2012, pág. 13).

Respecto a la finalidad de la prueba, FERRER BELTRÁN ha identificado tres tesis:

- i) Prueba como fijación de los hechos: con independencia de su relación con lo ocurrido (tesis seguida por Carnelutti); ii) Prueba como convicción del juez acerca de los hechos: conjunto de operaciones por medio de las que se trata de obtener el convencimiento del juez respecto de unos datos procesales determinados (doctrina mayoritaria en la dogmática procesal); y, iii) Prueba como certeza del juez acerca de los hechos: actividad procesal que tiene a alcanzar la certeza en el juzgador de los datos aportados por las partes (2005, págs. 62-63).

En relación a las reglas de la prueba, FERRER BELTRÁN identifica tres reglas:

- i) Reglas sobre la actividad probatoria, que establecen el momento en que se inicia la fase de prueba y en el que finaliza, los momentos procesales en que pueden y/o deben proponerse las pruebas para su admisión, los sujetos a quien corresponde realizar esa proposición, etc.;
- ii) Reglas sobre los medios de prueba, que define los medios de pruebas, determinan cuáles de ellos son admisibles o excluidos, etc.; y, iii) Reglas sobre el resultado probatorio, que indican al órgano decisor qué resultado debe extraer a partir de la presencia en el expediente procesal de algún medio de prueba específico o bien le conceden libertad jurídica para que valore los elementos de juicio que tenga disponibles (2005, págs. 62-63).

En resumen, se puede concluir de manera genérica que, bajo el paradigma del Estado constitucional, **la prueba** más allá de ser concebida como un componente esencial del proceso orientada a la verificación de las proposiciones (hechos) que los litigantes formulan en el juicio (búsqueda de la verdad procesal); siendo en sí un derecho fundamental, un derecho de las partes para poder acreditar los hechos que alegan en pos de encontrar la

verdad jurídica objetiva en el litigio; con lo cual podrá tener para tal fin el auxilio de las fuentes y medios probatorios idóneos, los cuales estarán encaminados a generar convicción de la existencia o inexistencia, veracidad o falsedad, de los hechos que hayan sido afirmados o imputados por cada una de las partes -como se ha manifestado precedentemente-; quienes deben actuar en igualdad de condiciones y con el respeto de sus derechos fundamentales (garantías procesales); permitiéndole al juez tomar una decisión imparcial y objetiva, al apreciar y valorar cada uno de los medios probatorios aportados por las partes y de los sujetos procesales que pudieran intervenir en la *litis*.

1.1. EL DERECHO A PROBAR COMO DERECHO FUNDAMENTAL.

Aquí la prueba debe ser entendida como una institución procesal básica vinculada con el debido proceso, y como tal desde el Estado constitucional, corresponde se garantice el respeto a los derechos fundamentales inherentes al uso de la prueba, como es el Derecho a Probar.

Asimismo, conviene resaltar lo manifestado por la profesora ARIANO DEHO, quien sobre el *derecho a la prueba* ha expresado que:

Hoy se ha producido un vuelco fundamental en esta visión neutral del problema probatorio. Si bien resulta indiscutible que el probar para las partes constituye una carga, y justamente porque constituye una carga, se les debe permitir liberarse de ella aportando al proceso no sólo de hechos, sino todos aquellos medios probatorios que puedan servir para demostrar sus afirmaciones, vale decir, que el probar no sólo debe ser visto como una carga, sino, también y principalmente, como un derecho, pues existe un derecho a la prueba (2003, pág. 169).

Agregando, la citada autora, que "(...) la concepción de la prueba como derecho no es obra reciente, sino que históricamente ello se debió, en gran parte, a la obra de la jurisprudencia constitucional europea, así como a cierto sector de la doctrina, que apartándose de la visión dogmática del proceso, se concentró en la individualización de las garantías mínimas que cualquier proceso debe reunir para ser

considerado como tal (...)” (Ariano Deho, 2003, pág. 179); lo cual implica además, “(...) ser un instrumento de tutela de nuestros derechos, centrándose en configurar un modelo universal de garantía constitucional del proceso, entre cuyos componentes justamente se resalta el derecho a la prueba (...)” (Ariano Deho, 2003, pág. 179).

A su vez, tenemos la obra del profesor BUSTAMANTE ALARCÓN, mediante la cual desarrolla la naturaleza y alcances del derecho a probar en aras de un proceso “justo”, determinando que “(...) la verdad que se debe buscar en un proceso es la *verdad jurídica objetiva* más no la verdad material, la cual se debe lograr a través de la actuaciones de los medios probatorios aportados por las partes durante el decurso de un proceso (...)” (2001, págs. 21-34, 45-75 y 226-250).

Este derecho, en palabras del citado profesor, es considerado como un “**derecho fundamental autónomo**”, así como un derecho integrante de “(...) otro derecho fundamental de naturaleza compleja como el derecho a un proceso justo o debido proceso como el *Common Law* o el derecho a la tutela jurisdiccional la efectiva si se enfoca desde la arista del *civil law* o tradición Germano-Romana (...)” (Bustamante Alarcón, 2001, pág. 23).

Es así que, para el referido autor, el derecho a probar es aquel derecho subjetivo: perteneciente al grupo de los llamados derechos fundamentales, que tiene todo sujeto de derecho por el solo hecho de serlo, que “(...) le permiten utilizar dentro de un proceso o procedimiento en el que interviene o participa, conforme a los principios que lo delimitan y le dan su contenido, todos los medios probatorios que resulten necesarios para acreditar los hechos que sirven de fundamento a su pretensión o a su defensa (...)” (Bustamante Alarcón, 1997, pág. 65).

Por otro lado, cabe señalar que BUSTAMANTE ALARCÓN, respecto al contenido esencial del derecho a probar y los principios que delimitan su contenido, ha señalado que:

El derecho a probar no tiene carácter ilimitado o absoluto; su contenido básico se encuentra delimitado por una serie de principios que inspiran el debido proceso (se admisión, actuación y valoración) y por otros

preceptos constitucionales (principio de eventualidad, principio de pertinencia, principio de idoneidad, principio de utilidad, principio de licitud de los medios probatorios, principio de intermediación en materia probatoria, principio de contradicción y de comunidad de la prueba y principio que valoren debidamente los medios probatorios actuados); con los que guarda relaciones de coordinación en el ordenamiento jurídico (2001, pág. 80).

Entonces, tenemos que el derecho a probar, según el referido autor, es “(...) un derecho de carácter procesal que integra el derecho fundamental a un proceso justo (...)” (Bustamante Alarcón, 2001, págs. 16-19); siendo una opinión que compartimos tal como lo indicamos líneas arriba para los enfoques del desarrollo de la presente investigación, ya que la composición compleja de este derecho asegura el inicio, desarrollo y conclusión de un proceso; garantizando que los medios de prueba ofrecidos sean admitidos, practicados y valorados de manera adecuada (incluida la prueba de oficio) en pleno respeto a los principios y/o garantías procesales que los contienen y conforman en su conjunto; constituyéndose, así, sin lugar a dudas, en una de las manifestaciones del proceso justo (actividad jurisdiccional).

1.2. ROL CONSTITUCIONAL DE LA PRUEBA.

Respecto al **rol de la prueba** en el Estado constitucional, BUSTAMANTE ALARCÓN señala que se trata de: “(...) producir en la mente del juzgador la convicción o certeza sobre los hechos afirmados por las partes o demás sujetos procesales (...)” (1997, pág. 67).

Al respecto, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 004831-2005-PHC/TC (Caso Rubén Curse), de fecha ocho de agosto del dos mil cinco, ha expresado que:

6. No obstante, es menester considerar que el derecho a la prueba apareja la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor. Por ello, no se puede negar la existencia del derecho fundamental a la prueba. Constituye un derecho básico de los justiciables producir la

prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa (CASO RUBÉN CURSE CASTRO, 2005).

Finalmente, en la Sentencia recaída en el expediente número 006712-2005-HC/TC (Caso Magaly Medina), de fecha diecisiete de octubre del dos mil cinco, expuso el sentido constitucional del derecho a la prueba, en los siguientes términos:

§1. El sentido constitucional del derecho a la prueba.

12. El derecho a probar es uno de los componentes elementales del derecho a la tutela procesal efectiva, pues, como ya lo ha señalado este Tribunal en la sentencia del Expediente N° 010-2002-AI/TC, constituye un elemento implícito de tal derecho. Por ello, es necesario que su protección sea realizada a través del presente proceso constitucional. Como se ha destacado, la tutela procesal efectiva está consagrada en la Constitución y en el Código Procesal Constitucional, y su salvaguardia está relacionada con la necesidad de que, en cualquier proceso que se lleve a cabo, los actos que lo conforman se lleven a cabo en los cauces de la formalidad y de la consistencia, propias de la administración de justicia. Es decir, se debe buscar que los justiciables no sean sometidos a instancias vinculadas con la arbitrariedad o los caprichos de quien debe resolver el caso. El derecho a la tutela procesal efectiva se configura, entonces, como una concretización transversal del resguardo de todo derecho fundamental sometido a un ámbito contencioso. Por ello, según lo señala la sentencia del Expediente N° 200-2002-AA/TC, esta tutela: (...) implica el respeto, dentro de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia. Tal es el caso de los derechos al juez natural, a la defensa, a la pluralidad de instancias, acceso a los recursos, a probar, plazo razonable, etc.

En este esquema, una de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus argumentos son los correctos. De esta manera, si no se autoriza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, ¿se podrá considerar amparada la tutela

procesal efectiva? Todo hace indicar que ello sería imposible. Sólo con los medios probatorios necesarios, el juzgador podrá sentenciar adecuadamente. Por ello, la ligazón entre prueba y tutela procesal efectiva es ineluctable: la primera constituye un derecho-regla de la segunda; una verdadera garantía de su ejercicio.

13. (...). Aún así, es menester considerar que el derecho a la prueba apareja la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la ley reconoce, los medios probatorios para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor.

14. Existe un derecho constitucional a probar, (...), que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. Así, por ejemplo, el artículo 188º del Código Procesal Civil establece que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado. (...)" (CASO MAGALY MEDINA, 2005).

1.3. PRINCIPIOS DEL DERECHO A LA PRUEBA.

Para el profesor DEVIS ECHANDIA, los **principios** que orientan el estudio como la aplicación del derecho a la prueba son los siguientes:

i) Principio de la necesidad de la prueba, es decir, los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial, necesitan ser demostrados por las pruebas aportadas por cualquiera de las partes o por el juez, si éste

tiene facultades; ii) Principio de prohibición de aplicar el conocimiento derivado del juez sobre los hechos, con lo cual el juzgador no puede suplir las pruebas con el conocimiento personal o privado que tenga de los hechos, porque sería desconocer la publicidad y contradicción indispensables para la validez de todo medio de prueba; iii) Principio de adquisición de la prueba, según este principio, la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, y así debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, sea que resulte en beneficio de quien la adujo o de la parte contraria, que bien puede invocarla; iv) Principio de igualdad de oportunidades para la prueba, con el cual las partes tendrán las mismas oportunidades para presentar o pedir la práctica de pruebas, sea que persigan o no contradecir las aducidas por el contrario (dejándose atrás todo concepto de igualdad formal); v) Principio de publicidad de la prueba, implica que el proceso ha de ser desenvuelto en tal forma, que sea posible a las partes y a terceras personas reconstruir las motivaciones que determinaron la decisión, con referencia al presente y al futuro; y, vi) Principio de la inmediación y de la dirección del juez en la producción de prueba, mediante el cual el juez debe ser quien dirija, de manera personal, sin mediación de nadie, la producción de la prueba, en la mayor medida posible; es así, que si la prueba está encaminada a lograr el cercioramiento del juzgador, nada más lógico que el juez sea quien dirija su producción (por ejemplo: prueba de oficio) (1967, págs. 62-65, 74, 75 y 79).

1.4. VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

Sobre este punto, podemos afirmar que toda prueba, para ser valorada en un proceso, debe reunir ciertas características, que en palabras del profesor LANDA ARROYO son:

i) Veracidad objetiva, en virtud de la cual la prueba debe reflejar de manera exacta lo acontecido en la realidad, ello para asegurar que el elemento probatorio se ajuste a la verdad y no haya sido manipulado; ii) Constitucionalidad de la actividad probatoria (conducencia o idoneidad), la cual prohíbe la obtención, recepción y valoración de pruebas que vulneren derechos fundamentales o transgredan el orden jurídico; iii) Utilidad de la prueba, que verifica la utilidad de la prueba siempre que ésta produzca certeza judicial para la resolución del caso; y, iv)

Pertinencia de la prueba, según la cual la prueba se reputará pertinente si guarda relación directa con el objeto del procedimiento (2012, pág. 22).

Concluyendo, el citado autor, que la **valoración** conjunta de las pruebas tendrá “(...) como fin que el valor jurídico de una prueba específica sea confirmado por otros elementos probatorios de igual naturaleza y mencionados de manera expresa en la sentencia (...)” (Landa Arroyo, 2012, pág. 23); de lo cual se derivarían dos exigencias para el juez: “(...) i) la no omisión valorativa de pruebas aportadas dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y las leyes que las regulan; y, ii) la exigencia de utilizar criterios objetivos y razonables para darle valor jurídico a las mismas (...)” (Landa Arroyo, 2012, pág. 23).

1.5. PRUEBA Y DEBIDA MOTIVACIÓN.

La motivación es un requisito de validez de las resoluciones judiciales (sentencia lógica y coherente); puesto que constituye *per se* una garantía fundamental, no solo para las partes en litigio sino también para el Estado, en cuanto tiende a asegurar la recta administración de justicia: previendo con ello la seguridad jurídica de las decisiones jurisdiccionales y la interdicción de la arbitrariedad; ya que, por un lado, señala la forma cómo se está llevando a cabo la actividad jurisdiccional y, por el otro, constituye un derecho fundamental para que los justiciables ejerzan de manera efectiva su defensa.

Sobre el particular, el profesor FERRAJOLI señala que:

El principio de motivación, como valor fundamental, expresa y al mismo tiempo garantiza la naturaleza cognoscitiva y no potestativa del juicio, vinculándolo en derecho a la estricta legalidad y de hecho a la prueba de la hipótesis acusatoria. Es por la motivación como las decisiones judiciales resultan avaladas y, por tanto, legitimadas por aserciones, en cuanto tales verificables y refutables, aunque sea de manera aproximada; como la validez de la sentencia resulta condicionada por la verdad de sus argumentos; como, en fin, el poder jurisdiccional no es el poder inhumano ni puramente potestativo, sino que está fundado en el saber opinable y probable, y por ello precisamente refutable y controlable tanto por el imputado y por su defensa como por la sociedad (1995, pág. 623).

En palabras de la profesora MARINA GASCÓN tenemos que “(...) la principal función de la motivación es hacia el público en general y no a las partes, porque es un acto público y colectivo (...)” (2010, pág. 179); con lo cual, podemos afirmar, que el juzgador **necesita de las razones y de la prueba**, no solo porque se necesita convencer de su posición, sino también porque requiere contar con los elementos necesarios para justificar fáctica y jurídicamente su decisión.

Por su parte, PRIORI POSADA, citando a nuestro Tribunal Constitucional, reseña que al ser “(...) el derecho a la prueba un derecho fundamental, forma parte de su contenido el derecho a la valoración de la prueba, el que no es sino, el derecho a que los hechos se encuentren debidamente motivados, en atención a los medios de prueba que han sido ofrecidos, admitidos y actuados en el proceso (...)” (2016, pág. 177); lo cual en palabras de TARUFFO sería “(...) estar orientada hacia la determinación de la verdad de los hechos, la decisión debe constituirse el resultado de un procedimiento racional, que se desarrolla conforme a reglas y principios, esto es, conforme a un método que permita someterla a control y que determine su validez (...)” (2010, pág. 220).

De este modo, el citado autor, señala que el procedimiento de elección de la hipótesis más atendible, “(...) no se trata pues de una mera labor de aplicación de la norma al caso concreto, sino la realización de una síntesis entre las hipótesis de norma aplicable al hecho concreto y las hipótesis inherentes a los hechos de la *litis*, utilizando para ello las características de la motivación (...)” (Taruffo, 2011, pág. 235).

En este sentido, la motivación permite la fundamentación y el control de las decisiones tanto en derecho (por violación de la ley o defectos de interpretación) como en los hechos (por defecto o insuficiencia de pruebas o bien por inadecuada explicación del texto entre convicción y pruebas); y si a esto le sumamos -como hemos expresado anteriormente- que el procedimiento de valoración de la prueba tiene como finalidad producir el convencimiento del juez; tenemos que la relación entre prueba y motivación tendría un doble significado, de una

parte, “(...) se referiría al estado de conciencia subjetivo alcanzado por el juzgador sobre la realidad o veracidad del *factum probandum*, y de otra parte, serviría para señalar o individualizar el concreto momento procedimental en el que el órgano jurisdiccional llegó a alcanzar una valoración sobre la certeza del hecho objeto de prueba (...)”, conforme lo expresado por el profesor PRIORI POSADA (2016, págs. 180-181).

1.5.1. FUNCIONES DE LA MOTIVACIÓN.

Para la profesora ARIANO DEHO, la motivación cumpliría las siguientes funciones:

i) Desde el punto de vista del juez: una función preventiva de los errores, en cuanto debiendo aquél dar cuenta por escrito de las razones por las que ha llegado a su fallo, al momento de «redactar» su resolución podría bien darse cuenta de aquellos errores que podría haber cometido en un “operación intelectual” previa y “autoenmendarse”; ii) Desde el punto de vista de las partes: una función endoprocesal o de garantía de defensa en cuanto les permite conocer la *ratio decidendi* de la resolución (o la ausencia de yerros o de sus yerros) a los efectos de poder utilizar las impugnaciones enderezadas a revertir la situación desfavorable a quien impugna; iii) Desde el punto de vista de la colectiva: una función extraprocesal o democrática de garantía de publicidad (y como tal de exclusión o de detección de la arbitrariedad) en el ejercicio del poder por parte del juez; y, iv) Servir como ubicación del precedente: una función de “regula iuris” de la solución del caso concreto (2006, págs. 19-20).

Señalando, finalmente, la citada autora, que sea cual fuere la función de motivación que se quiera privilegiar, lo cierto es que ella es unánimemente concebida como **una garantía**, es más, se ha dicho que es una “(...) *garantía de cierre del sistema* (...)” en cuanto ella, y citando a FERRAJOLI, agrega, que “(...) puede ser considerada como el principal parámetro tanto de la legitimación interna como de la externa o democrática de la función judicial (...)” (2006, pág. 20).

2. DERECHO A LA PRUEBA EN SENTIDO SUBJETIVO Y OBJETIVO.

HERNANDEZ MIRANDA respecto a la prueba como institución jurídica procesal, ha establecido que la misma versa en tres aspectos:

i) Aspecto Objetivo: considerando a la prueba como medio que sirve para llevar al juez al conocimiento de los hechos; es decir, como un mero instrumento que se utiliza para llegar a conocer la certeza judicial, abarcando toda actividad relativa a la búsqueda y obtención de fuentes de prueba que serán introducidas al proceso; ii) Aspecto Subjetivo: es el procedimiento abstracto de equiparar la prueba al resultado que se obtiene de esta; en otras palabras, la prueba viene a ser el convencimiento o grado de convicción que se produce en la mente del juez, siendo este el resultado de la actividad probatoria; y, iii) Aspecto Mixto: esta apreciación que fusiona el criterio objetivo al subjetivo consiste en definir a la prueba como el conjunto de motivos y razones que nos suministra el conocimiento de los hechos, tomando a estos para los fines del proceso (2012, págs. 422-425).

Es en este marco, que el derecho a la prueba o el derecho a probar en sentido **subjetivo** es un derecho sustancial, un derecho en sí mismo que permite al ciudadano exigir y acreditar en un proceso judicial su pretensión, lo cual implica que pertenece a todo sujeto de derecho y que su uso depende finalmente de la voluntad de su titular; por otro lado, respecto a su sentido **objetivo**, se tiene que corresponde al derecho a obtener garantías de debida protección, exigibles mediante un proceso constitucional (de amparo de derechos), y además como derecho fundamental permite la reclamación (exigencia), incluso, en instancias internacionales; en otras palabras, "(...) consiste en la posibilidad de atribuirle un valor jerárquicamente superior frente a otros derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, siendo además obligatoria su protección por todos (Estado y particulares), quienes debemos reconocerlo y crear los mecanismos adecuados para los fines que persigue (...)", conforme lo señala el profesor BUSTAMANTE ALARCÓN (2001, pág. 23).

En resumen, tenemos que la conjunción de estas dos perspectivas: subjetiva y objetiva, dan origen al derecho a probar y a controvertir los hechos expuestos en litigio, así como los derechos aparentemente contrapuestos

pero asimilables en un mismo orden de garantías constitucionales, puesto que probar y controvertir son principios inviolables desde el Estado constitucional y se convierten en los pilares de garantía de las partes para defenderse en un proceso judicial cualquiera sea la materia.

3. OBJETO, NECESIDAD, FUENTES Y MEDIOS DE PRUEBA.

Como hemos visto -precedentemente- la prueba, por su importancia y transcendencia, dentro de cualquier proceso, resulta fundamental y decisiva para definir una determinada situación de controversia (acreditando los hechos expuestos por las partes).

Es en este marco, que respecto al objeto de prueba, la profesora LEDESMA NARVÁEZ, ha manifestado que debe distinguirse entre “(...) actos de demostración y actos de verificación; precisando que los primeros, son los originados por las partes, y los segundos son los provenientes de la iniciativa del juez, aunque al final tanto los unos como los otros confluyan en un solo punto, es decir, probarse los hechos que alegan cada una de las partes (...)” (2009, págs. 322, 421, 429).

El profesor DEVIS ECHANDIA al responderse la pregunta: ¿qué podría probarse (como objeto de prueba)?; señala que puede ser susceptible de demostración histórica y no solamente lógica: los hechos materiales o psíquicos o que puede asimilarse a éstos; diferenciándolo del tema de la prueba “(...) que consistirá en solo aquello que interesa al respectivo proceso; es decir, caracteriza dicha noción como puramente objetiva y abstracta, no limitada a los problemas concretos de cada proceso, ni a los intereses o pretensiones de las partes (...)” (2006, págs. 178-179).

Por su parte, CHIOVENDA, LESSONA y otros juristas, a nuestro entender, suelen confundir el tema de prueba con el objeto de prueba mezclándolos en un solo concepto, ya que para ellos existe como regla general que en cada proceso debe probarse todo aquello que forma parte del supuesto fáctico para la aplicación de las normas jurídicas; es decir, los hechos no pueden estar eximidos de prueba por la ley; por ello, será necesario determinar qué hechos constituyen ese supuesto fáctico para cada proceso; en ese sentido, dentro de los hechos que requieren probarse serán aquellas

afirmaciones o controversias que se den del hecho materia de *litis*, delimitándose de esta forma el tema de Prueba.

Por su parte CARNELUTTI, señala que “(...) la afirmación de un hecho es la posición de este como presupuesto de la demanda dirigida al juez (...)” (1955, pág. 1955); el mismo que estaría dirigido a convencerlo en el desarrollo de la actividad probatoria bajo su dirección y que será muy independiente a los sistemas de tasación y libre valoración de las pruebas; generándose, con ello, dos efectos: i) el primero, que vinculará al juez en cuanto a definir si un hecho se encuentra probado o no; y, ii) el segundo, la delimitación de los hechos que el juez puede tener en cuenta como fundamento de su decisión al estar prohibido considerar los hechos no alegados.

En palabras de DEVIS ECHANDIA se puede hablar de una “(...) carga de la afirmación (...)” (2006, págs. 182-184); la cual será crucial a la hora de delimitar la necesidad de probar las afirmaciones discutidas sobre los hechos a través de los medios autorizados por ley, y ésta regulará el debate probatorio en cuanto pueda circunscribir lo más posible el campo del disenso entre las partes, limitándolo conforme a sus intereses en relación a los hechos controvertidos materia de debate; excluyendo los que no estén vinculados al objeto de prueba en el proceso.

Además, el citado autor, señala que “(...) cuando se refiere a que el objeto de prueba son los hechos se entiende a los mismos de manera amplia, es decir como todo lo que puede ser percibido; mas no se limitara a sucesos o acontecimientos de manera literal (...)” (Devis Echandía, 2006, págs. 182-184).

En ese sentido, BUSTAMANTE ALARCÓN al sintetizar lo expuesto por DEVIS ECHANDIA, señala cuatro (04) formas o categorías de entender a los hechos desde un punto de vista jurídico:

- i) Todo lo que puede representar una conducta humana, tales como sucesos, acontecimientos, hechos o actos humanos, voluntarios o involuntarios, sean individuales o colectivamente, que sean perceptibles;
- ii) Los hechos de la realidad en general, como los hechos de la naturaleza

sean o no productos del hombre; iii) Los sujetos de derecho en general, sean personas naturales o jurídicas implicando su existencia, caracteres, capacidad, etc.; y, iv) Los estados psíquicos o internos del hombre, abarcando el conocimiento de algo, la voluntad y consentimiento sea expreso o tácito, etc. (2001, pág. 35).

Con lo cual tenemos que el **objeto de la prueba** es todo aquel enunciado fáctico como expresión de hechos ocurridos o hechos externos que sirvan para que el juzgador analice e internalice éstas y pueda generarle una real convicción sobre la verdad objetiva (materia de *litis*); dejándose de lado: las máximas de experiencia, las leyes de la naturaleza, norma jurídica interna vigente, hechos imposibles y hechos notorios, los cuales no pueden ser objeto de prueba.

En cuanto a la **necesidad de la prueba**, para OVALLE FAVELA, citando a DAVIS ECHANDIA, implica lo que "(...) debe ser materia de la actividad probatoria por constituir el presupuesto de los efectos jurídicos perseguidos por ambas partes, aunque es también una noción objetiva, porque no se contempla en ella la persona o parte que debe suministrar la prueba de un hecho o de alguno de ellos; convirtiéndola en una noción concreta, debido a que recae sobre hechos determinados (...)" (1974, pág. 292).

Por otro lado, sobre las **fuentes de prueba**, debemos resaltar que en la doctrina existen ciertas divergencias a la hora de definir las, ya que suelen confundirlas con el medio de prueba e incluso utilizarlas indistintamente, pero siguiendo las pautas clásicas del derecho procesal tenemos que la fuente de prueba es toda aquella persona, cosa u objeto que permite probar un hecho.

En ese sentido, el maestro CARNELUTTI, define a las fuentes como hechos percibidos por el juez y que le sirven para la deducción del hecho a probar en la búsqueda de la verdad, distinguiéndose dos grandes categorías:

- i) Las fuentes de prueba en sentido estricto; y, ii) Las fuentes de presunción dependiendo de si constituyan la representación del hecho a probar o sí sean deducciones producto de presunciones (1955, pág. 89 y ss.).

Para PALACIO las fuentes de prueba son las circunstancias o características de la cosa inspeccionada por el juez; es decir, están “(...) referidas a la materialidad del documento o el hecho en él consignado o declarado por la parte o testigo sobre el cual versa el determinado tipo de prueba; siendo fuentes de prueba todos aquellos datos que se incorporan al proceso a través de diversos medios de prueba (...)” (2000, pág. 20).

Es en este contexto, que los “(...) **medios de prueba** son considerados como los modos u operaciones referidos a cosas o personas que son susceptibles de proporcionar datos demostrativos sobre la existencia o inexistencia de los hechos sobre los cuales versa la causa (...)” (Palacio, 2000, pág. 23).

En conclusión, podemos señalar que cuando el medio de prueba consiste en una conducta humana, es preciso no confundir ésta con el sujeto que la realiza; por ello, conviene distinguir con claridad entre la persona –fuente de prueba- y el medio de prueba –declaraciones, por ejemplo-. Así, los testigos y los peritos son fuentes de prueba en tanto que son personas que realizan determinadas conductas, tales como formular declaraciones o dictámenes tendientes a generar la convicción del juzgador sobre los hechos discutidos en el proceso; pero los medios de pruebas no son tales personas, sino sus declaraciones o sus dictámenes, entre otros; los cuales deben estar enmarcados en los siguientes principios: de legalidad, de oportunidad, publicidad y de pertinencia.

4. CLASIFICACIÓN DE LAS PRUEBAS.

Para DAVIS ECHANDIA las pruebas judiciales pueden clasificarse de forma principal o verdadera, así como de forma secundaria o accesoria, de acuerdo al siguiente detalle:

i) Clasificación principal o verdadera:

- a) Según su objeto: pruebas directas (existe identidad o unificación entre el hecho probado y el hecho que prueba) e indirectas (el hecho objeto de la prueba es diferente del hecho que prueba); pruebas principales (indispensables para acreditar los hechos) y accesorias (son las que están indirectamente relacionada con los supuestos de la norma por aplicar); b) Según su forma: pruebas

escritas y orales; c) Según su escritura o naturaleza: pruebas personales y reales o materiales; d) Según su función: pruebas históricas y críticas o lógicas; e) Según su finalidad: pruebas de cargo y de descargo o contraprueba; pruebas formales (*ad probationem*) y sustanciales (*ad solemnitatem* o *ad substantianactus*); f) Según su resultado: pruebas plenas, perfectas o completas (genera certeza), e imperfectas o incompletas, mal llamadas también semiplenas (depende de otras pruebas para generar certeza); pruebas veraces y falsas (generan convencimiento o no); g) Según el grado o categoría: pruebas primarias o de primer grado (tienen por tema el hecho que se pretende demostrar) y secundarias o de grado posterior (tienen por tema otra prueba, es decir, con ellas se pretende probar otra prueba); principales y supletorias; h) Según los sujetos proponentes de la prueba: pruebas de oficio, de partes y de terceros; i) Según la oportunidad o el momento en que se producen: procesales o judiciales y extrajudiciales; preconstituidas (por ejemplo: contrato) y causales (por ejemplo: huellas o rastros); j) Según su contradicción: sumarias (por ejemplo: declaraciones extrajudiciales) o controvertidas (las discutidas en el proceso); k) Según su utilidad: pruebas conducentes e inconducentes, pertinentes e impertinentes o irrelevantes, útiles e inútiles, posibles e imposibles (como parte de los requisitos intrínsecos de los actos de la prueba); l) Según sus relaciones con otras pruebas: pruebas simples (una sola prueba sirve para llevar a la convicción al juez) y compuestas o complejas (la convicción se obtiene de varios medios), concurrentes (varios medios de prueba sirven para generar convicción en un solo sentido) y contrapuestas (varios medios de prueba sirven para generar convicción en diversos sentidos); y, ll) Según su licitud o ilicitud: pruebas licitas e ilícitas.

ii) Clasificación secundaria o accesoria:

a) Pruebas libres (a discreción del juez) y legales (tarifa legal previa); b) Pruebas solemnes y libres o consensuales (dependen de la formalidad para la existencia o validez de los actos jurídicos que contengan); y, c) Pruebas inquisitivas y dispositivas (según provengan de la actividad oficiosa del juez o que requieran petición de parte) [Subrayado es nuestro] (2006, págs. 519-549).

5. MANIFESTACIONES CONSTITUCIONALES DE LA PRUEBA: CARGA DE LA PRUEBA Y EXCEPCIONES.

5.1. PRINCIPIO DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

La prueba como acción de probar ha sido denominada técnicamente como *carga de la prueba*, entendiéndose ésta por PAYAN MORENO como “(...) a quien corresponde en el proceso producir aquel o aquellos elementos de juicio que sean aptos para consolidar y demostrar las distintas versiones de los hechos, que actor y demandado, alternativa y sucesivamente, van proponiendo como base de sus opuestas pretensiones. (...)” (1965, pág. 17); en otras palabras: quien alega hechos tiene el deber de probarlos (lo cual incluye la carga de prueba dinámica).

Para OVALLE FAVELA, citando a Rosenberg, señala que la carga de la prueba viene a ser una aplicación a la materia probatoria del concepto de “carga procesal”, comprendiendo dos aspectos:

- i) uno, subjetivo, en cuanto refiere a la situación que las partes tienen frente a cada hecho que requiere prueba, lo que podría llamarse “carga de la gestión probatoria”; y, ii) otra, objetiva, que inquiere más bien en lo comprobado y no en quien ha comprobado; es decir, lo decisivo no es la preocupación por la ejecución de la prueba, sino el peligro de la falta de la prueba (1974, pág. 261).

Por su parte, DAVIS ECHANDIA precisa que la noción de la carga de la prueba es, a la vez, concreta y abstracta; “(...) es concreta respecto a las partes, ya que se refiere a hechos precisos -carácter subjetivo-, y abstracta respecto del juez, porque es una regla de juicio de alcance general sobre la manera como debe decidir el juez a falta de prueba -carácter objetivo- (...)” (1967, pág. 206); constituyéndose ésta última en una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual “(...) se le indica al juez, cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las

partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse consecuencias desfavorables (...)" (Devis Echandía, 2006, pág. 406).

Por su parte PRIORI POSADA señala que "(...) la carga de la prueba solo opera en los casos en los que no se encuentre en el proceso los medios de prueba respecto de un hecho. De este modo, no es una regla necesaria, sino contingente, que se da a fin de permitir al Juzgador una resolución sobre el fondo del asunto (...)" (2012, pág. 45); con lo cual la "(...) aplicación de la carga de la prueba debe estar adecuadamente justificada en el caso concreto, explicándose las razones de por qué no existen medios de prueba respecto de un determinado hecho o el por qué los medios probatorios existentes son insuficientes para lograr establecer la hipótesis fáctica más atendible (...)" (Priori Posada, 2016, pág. 184).

Agregando, el citado autor, que "(...) es fundamental tener en cuenta que, por su naturaleza, la regla en la que consiste *la carga de la prueba* se aplica en el momento en el que el juez toma la decisión final. En ese sentido, es una regla residual y contingente; es residual, porque se acude a ella solo en el caso que luego de proceso de evaluación de todos los medios de prueba con la finalidad de descartar o aceptar las hipótesis sobre los hechos que sean atendibles, el juez advierta alguna insuficiencia probatoria; y, es contingente, en la medida que si el juez encuentra suficientes razones derivadas de los medios probatorios que valora, debe justificar su decisión en esas razones, sin necesidad de acudir a la regla de la carga de la prueba; siendo lo ideal que el juez no deba acudir a las reglas de la carga de la prueba, pero si no encuentra las razones para justificar sus decisiones de los medios de prueba que se han actuado en el proceso, no le quedará más remedio que acudir a las reglas de juicio derivadas de la carga de la prueba (...)" (Priori Posada, 2016, págs. 183-184).

En esta misma línea, la profesora LEDESMA NARVÁEZ define a la carga de la prueba como:

Una situación jurídica instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida de

interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él. La carga es un imperativo del propio interés. Quien tiene sobre sí la carga se halla compelido implícitamente a realizar el acto previsto; es su propio interés quien le conduce hacia él. La carga se configura como una amenaza, como una situación embarazosa que grava el derecho del titular (2009, pág. 429).

Sin embargo, cabe preguntarnos si ¿esta regla es absoluta o cabe excepciones? Al respecto, ROCCO nos dice que si bien al hablar de las pruebas, las partes tendrían la “obligación” de alegar y probar la existencia de los hechos a los cuales vinculan determinados efectos jurídicos; ello no impide que al juez le estén reservadas también, en materia de presentación de documentos y de pruebas de los hechos, algunas facultades que vienen de ese modo a integrar la actividad de las mismas partes. Así, por ejemplo, “(...) el órgano jurisdiccional tendrá la facultad de ordenar la inspección de personas o de cosas, ordenar reproducciones, pedir información a la administración pública, etc., aun existiendo elementos de pruebas, y cuando tales elementos no sean suficientes para formar convicción (...)” (Rocco, 2001, págs. 313-314).

Esto en concordancia con lo señalado por el jurista MICHELE TARUFFO, quien sostiene que “(...) en efecto es oportuno hablar de modelos mixtos para indicar aquellos ordenamientos procesales –que actualmente son numerosos– en los cuales se prevé más o menos extensos los poderes de instrucción del juez, en cuanto a la plena posibilidad que las partes tienen de aportar todas las pruebas admisibles y relevantes para la certeza de los hechos (...)” (2009, pág. 412); y si a esto le sumamos, que la sentencia del Juez, debe ser, en lo posible, “(...) la expresión de la verdad (...)”, como lo manifiesta ALSINA (2001, pág. 411); nos reafirma que la actividad probatoria hoy no resulta siendo finalmente una facultad exclusiva de las partes, sino también un poder–deber del juzgador, a través de diversas prerrogativas; como por ejemplo: prueba de oficio.

5.2. EXCEPCIÓN: INSUFICIENCIA PROBATORIA.

En materia procesal -como por ejemplo los artículos 196° y 200° de nuestro Código Procesal Civil- se ha establecido que el juez deberá aplicar la carga de la prueba a quien debió probar y no lo hizo (insuficiencia probatoria o incertidumbre por ausencia de pruebas) o a quien probó pero no le alcanzó para superar al grado de prueba de su contraparte (empate de pruebas o incertidumbre en sentido estricto).

Es en este marco, que cabe preguntarnos ¿cuándo es que debemos entender que los hechos materia de *Litis* no están suficientemente acreditados?; al respecto, VELÁSQUEZ MELÉNDEZ ha identificado 6 situaciones en las que se podría encontrar el juzgador:

- i) En primer lugar, señala que la carga de la prueba y el estándar de preponderancia de la prueba están diseñadas para que, en situaciones de incertidumbre, se pueda distribuir equitativamente los riesgos de errores fácticos, a pesar de no generar una simetría perfecta entre las partes; ii) Que existe incertidumbre en sentido estricto cuando se da el empate de prueba, donde cabría la actuación judicial mediante pruebas de oficio, pues no quebraría la simetría entre las partes y, al mismo tiempo, favorecería la búsqueda de la verdad; iii) Que los casos de incertidumbre por ausencia no superarían el estándar de prueba, por lo que la regla general sería aplicar los criterios de carga de la prueba para no quebrar el principio de igualdad; iv) Que en la incertidumbre por ausencia se debe admitir de modo excepcional la aplicación de pruebas de oficio, cuando tal incertidumbre se deba a asimetrías de información entre las partes, puesto que allí no se quebraría la igualdad entre las partes, sino que más bien se restablecería; v) Que una manera efectiva de evitar la parcialidad del juez al ejercer sus potestades probatorias es exigiéndole que se limite a las fuentes de prueba que mencionen las partes y así no haga uso de su conocimiento privado; y, vi) La otra manera efectiva de lograrlo es exigiéndole el respeto del derecho al contradictorio, pues de esa manera las partes pueden evaluar/cuestionar la pertinencia, fiabilidad y admisibilidad del medio de prueba practicado (2015, pág. 269).

Por otro lado, IBARRA DELGADO, al señalar los siguientes supuestos de insuficiencia probatoria, planteó lo siguiente:

i) Cuando el juez considera probado un hecho (y verse sobre un proceso de “interés privado” o de “interés público”), será irrelevante ordenar prueba de oficio, pues el juzgador ya adoptó una decisión y se decidirá entre la fundabilidad o infundabilidad de la pretensión; ii) Cuando el juez no se decide entre considerar probado un hecho o no (y verse sobre un proceso de “interés privado” o de “interés público”), el juzgador tendrá el deber jurídico de ordenar prueba de oficio porque es su deber buscar la verdad. De igual manera, aplicará la carga de la prueba. En esta situación, el juez no sustituye a ninguna parte; iii) Cuando haya una deficiente actividad probatoria de las partes (y el proceso verse sobre un “interés privado”), el juez no podrá hacer uso de las iniciativas probatorias pues no puede sustituir a las partes, y porque si lo hace pierde imparcialidad. Deberá hacer uso de la carga de la prueba. Si considera que los hechos versan sobre *difficiliores probatione*, podrá hacer uso de las cargas probatorias dinámicas; y, iv) Cuando haya una deficiente actividad probatoria de las partes (y el proceso verse sobre un “interés público”), el juez sí podrá ordenar prueba de oficio porque es un deber jurídico buscar la verdad, teniendo en cuenta – y con mayor razón- si hay un interés público de por medio (2014, pág. 219).

Acá también conviene citar a TARUFFO, quien sobre este tema ha señalado que el juzgador podría encontrarse en las siguientes situaciones:

i) Uno o más enunciados sobre los hechos de la causa no alcancen una confirmación probatoria lo suficientemente fuerte o falte, por consiguiente, el fundamento necesario para que puedan ser considerados verdaderos; o, ii) Se presenten situaciones de incertidumbre no resolubles sobre la base de las pruebas de las que el juez dispone en el momento de la decisión (2010, pág. 254).

Es así, que el citado autor, expresa que en esos casos “(...) al juez igualmente le correspondería dictar sentencia sobre el fondo del asunto, puesto que es su responsabilidad el lograr la satisfacción de las situaciones jurídicas de quienes han acudido al proceso -como parte de la Tutela Jurisdiccional Efectiva- (...) (Taruffo, 2010, pág. 254).

En este mismo sentido, PRIORI POSADA señala que se hace preciso que el juez realice en la sentencia una expresa justificación que se “(...) desprende de la valoración de esos medios de prueba, y establecer las razones por las cuales esos medios de prueba no son suficientes para determinar la existencia o no de un hecho a un caso concreto; lo cual le permitiría la actuación de pruebas de oficio con la finalidad de determinar la existencia o no de un hecho a un caso concreto (...)” (2016, pág. 183).

Finalmente, otro aspecto relevante en este punto, es determinar ¿qué sucedería en los casos difíciles? ¿quién tendría la obligación de probar? o ¿qué sucedería si el objeto de la *Litis* versa sobre derechos fundamentales?, tenemos que, al respecto, PEREZ-PRIETO DE LAS CASAS, ha expresado que al tenerse en cuenta que el proceso ya no es formal sino flexible que busca la verdad jurídica objetiva -en base al Estado constitucional-, “(...) correspondería al juzgador el decidir la carga probatoria flexible -esto es, a quien le correspondería probar-, o si es posible el mismo asumir una posición activa probatoria; otorgando, claro está, las garantías mínimas a las partes para defenderse (...)” (2016, págs. 209-210).

6. LA PRUEBA DE OFICIO: INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ.

La Prueba de Oficio en nuestra legislación es una institución procesal regulado en diversos cuerpos normativos: civil, penal, laboral, contencioso administrativo u otros; en los cuales al Juez se le otorga la potestad o “deber jurídico” -para IBARRA DELGADO¹⁴, por ejemplo-, de decretar pruebas por propia iniciativa, dentro de los límites del proceso y en cualquier momento (antes de dictar sentencia firme y/o con calidad de cosa juzgada); sin que esto signifique que las partes queden liberadas de la carga de la prueba, pues siempre serán las encargadas de demostrar los hechos que alegan (acreditar los hechos fácticos) en búsqueda de que sus derechos sean tutelados en un proceso justo.

¹⁴ Ver en “En búsqueda de la verdad. La prueba de oficio como deber jurídico del Juez”, En: Revista Gaceta Civil & Proceso Civil, 2014, pág. 218.

Al respecto, ROSALES ECHEGARAY, señala que “(...) las pruebas de oficio son aquellas actuaciones realizadas por parte del Juez, quien al encontrarse ante un acopio de pruebas deficiente, y advertir además que resulta necesario incorporar otros medios de prueba no ofrecidos por las partes, - pero que resultan fundamentales para la resolución de un caso-, ordena su incorporación y actuación en el proceso (...)” (pág. 2). Agregando, el citado autor, que “(...) la prueba de oficio, interviene en el proceso como una especie de agente coadyuvante, para que el Juez, en aras de la obtención de la verdad, pueda ordenar su actuación, y tras ello, clarificar la decisión a adoptar (...)” (pág. 2).

En la Casación N° 1123-99-AREQUIPA, de fecha veinte de enero de dos mil, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, por su parte, señaló que: “(...) el artículo ciento noventaicuatro del Código Procesal Civil, establece que 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. (...) La mencionada norma resulta ser una excepción al principio de (...) carga de la prueba referida en el artículo ciento noventiséis del Código Procesal acotado y, tiene como objeto permitir que el juez tenga actividad probatoria complementaria a la efectuada a las partes, las mismas [sic] que no le hayan producido convicción acerca de los hechos controvertidos (...)” (1999, pág. 2).

Aquí, cabe mencionar que existen dos tendencias marcadas sobre la esencia jurídica de lo que sería la actuación probatoria del juez; en ese sentido, i) están quienes sostienen que es una facultad o facultad discrecional; y por otro lado, ii) existen quienes estiman que es una obligación o poder-deber¹⁵. A continuación, reseñaremos brevemente cada uno de esas posiciones.

¹⁵ Ver también los artículos 50°, 51° y 190° del Código Procesal Civil (serían sustento de ese poder-deber):

“Artículo 50.- Son deberes de los Jueces en el proceso:

Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas convenientes para impedir su paralización y procurar la economía procesal; (...)”

“Artículo 51.- Los Jueces están facultados para:

(...)

6.1. PRUEBA DE OFICIO: FACULTAD.

ALFARO VALVERDE señala que la prueba de oficio es “(...) aquella facultad procesal en virtud de la cual un ordenamiento jurídico reconoce al juzgador una determinada iniciativa para la actuación de medios probatorios, siempre y cuando las pruebas aportadas por las partes sean insuficientes para formarle convicción sobre la veracidad de los hechos alegados (...)” (2017, pág. 71).

Por su parte, JOSÉ TARAMONA, señala que la legislación procesal “(...) permite ordenar las pruebas de oficio en todo tiempo desde la iniciación de la fase probatoria hasta la sentencia, y también permite ordenar la ampliación de la prueba ya propuesta y practicada por las partes, además de la práctica de pruebas no ofrecidas por las partes, siempre y cuando conciernan a los hechos debatidos y en su actuación se respeten los derechos de las partes(...)” (1994, págs. 63-64).

En esta misma línea, la profesora ARIANO DEHO, ha señalado que la prueba ordenada por el juez es “(...) sin lugar una facultad discrecional. La utilización del verbo poder -«el juez puede...»- no deja duda alguna al respecto. No se trata, obviamente de un deber, sino una mera facultad, que siendo tal el juez puede ejercer o no (...)” (2003, págs. 205-206).

Agregando, la referida autora que “(...) el juez puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes. Es decir, se consagra una facultad discrecional del juez; no se trata, entonces, de una obligación legal. La consecuencia práctica de que se está frente a una facultad, y no frente a un deber, es que su

2. Ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes; (...)”

“Artículo 190.- Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez.

Son también improcedentes los medios de prueba que tiendan a establecer:

(...)

2. Hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en la contestación de la demanda, de la reconvencción o en la audiencia de fijación de puntos controvertidos.

Sin embargo, el Juez puede ordenar la actuación de medios probatorios cuando se trate de derechos indisponibles o presuma dolo o fraude procesales;

(...)”

no utilización no puede determinar la nulidad de la sentencia (...)” (Ariano Deho, 2001, pág. 80).

6.2. PRUEBA DE OFICIO: DEBER JURÍDICO-OBLIGACIÓN.

En esta línea, se encuentra el profesor BUSTAMANTE ALARCÓN quien ha señalado que:

En efecto, no debe pensarse que el deber de los jueces de administrar, practicar y valorar debidamente los medios probatorios deriva únicamente del derecho a probar de las partes, pues en el caso de los procesos modernos adscritos al sistema publicístico, y por lo tanto, que recogen el principio inquisitivo, en virtud del cual el juez investiga los hechos por propia iniciativa hasta el punto de poder ordenar de oficio la incorporación al proceso de los medios probatorios que crea conveniente y su posterior actuación; dicho deber deriva directamente de los principios y valores que fundan el ordenamiento jurídico e inspiran la Constitución y la Ley. Siendo más precisos, consideramos que se trata de un poder-deber proveniente de la propia función jurisdiccional pues, pese a la carga de probar corresponde a las partes, el juez puede ejercer eficazmente su función si no cuenta con las facultades o potestades suficientes que le permitan investigar la verdad de los hechos que las partes firmen en oposición, y teniendo en cuenta que hay un interés público en que el resultado del proceso sea justo y conforme a derecho, tal facultad o poder se convierte en un deber del juez para su realización (1997, págs. 68-69).

Asimismo, TICONA POSTIGO ha expresado que “(...) los deberes-poderes o las simples potestades de la prueba de oficio se encaminan en el proceso civil a la verificación de las cuestiones fácticas sometidas a las partes, para facilitar la decisión justa(...)” (1998, pág. 147).

Finalmente, el profesor DEVIS ECHANDÍA ha señalado que “(...) el juez en tanto sujeto principal de la relación jurídico procesal y del proceso, le corresponde decretar oficiosamente toda clase de pruebas, que estime convenientes para el esclarecimiento de los hechos que interesen al proceso (...)” (1985, pág. 340).

6.3. PRUEBA DE OFICIO: LEGISLACIÓN NACIONAL.

La prueba oficio -como hemos dicho precedentemente- está regulada en diversos cuerpos normativos procesales; pero para fines de nuestra investigación solo haremos referencia a lo establecido en la legislación procesal civil, penal, laboral y contencioso administrativo.

En el Código Procesal Civil, la prueba de oficio se encuentra prescrita en el artículo 194^{o16}, en los siguientes términos:

“Artículo 194.- Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el Juez de Primera o de Segunda Instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso. Con esta actuación probatoria el Juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria, y deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba.

La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución inimpugnable, siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo.

En ninguna instancia o grado se declarará la nulidad de la sentencia por no haberse ordenado la actuación de las pruebas de oficio.

El Juez puede ordenar de manera excepcional la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial”.

En el Código Procesal Penal, está regulada en el artículo 385° de acuerdo al siguiente detalle:

“Artículo 385 Otros medios de prueba y prueba de oficio. -

¹⁶ Ver el artículo de ARIANO DEHO (2013) “Preclusiones probatorias, Poderes del Juez y Derecho a la Prueba”, donde señala que el juez del CPC de 1993 tiene prácticamente los mismos poderes en materia de prueba que tenía en el CPC de 1912.

1. Si para conocer los hechos, siempre que sea posible, que no se haya realizado dicha diligencia en la investigación preparatoria o ésta resultara manifiestamente insuficiente, el Juez Penal, de oficio o a pedido de parte, previo debate de los intervinientes, ordenará la realización de una inspección o de una reconstrucción, disponiendo las medidas necesarias para llevarlas a cabo.
2. El Juez Penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El Juez Penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes.
3. La resolución que se emita en ambos supuestos no es recurrible”.

En la Ley Procesal de Trabajo (Ley N° 29497) se encuentra establecida en el artículo 22°, en los siguientes términos:

“Artículo 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”.

Por otro lado, en la Ley que regula el proceso contencioso administrativo (Ley N° 27584), está desarrollada en el artículo 32°, de acuerdo al siguiente detalle:

“Artículo 32.- Pruebas 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”.

Al examinar los textos legales traídos a colación, se puede interpretar que el juez al decretar la prueba de oficio busca vencer la insuficiencia probatoria a efectos de que pueda dictar una decisión fundada en derecho; sin embargo, ello lleva a preguntarnos ¿y la protección de los derechos fundamentales, donde queda? O ¿qué papel juega dichos derechos en la resolución de conflictos?; interrogantes que trataremos de absolver en los siguientes capítulos.

6.4. PRUEBA DE OFICIO: LEGISLACIÓN EXTRANJERA.

A continuación de manera resumida veremos como en la legislación internacional se regula el accionar oficioso de los jueces, citando para ello a GAITÁN GUERRERO:

i) Francia: el Juez tiene la autoridad de ordenar de oficio todos los medios de instrucción legalmente admisibles (artículo 10° del Código Civil); ii) EE. UU: la Corte de Justicia puede llamar testigos (interrogarlos) y designar testigos expertos (peritos) (Reglas 614 y 706 de Federal Rules of Evidence); iii) España: el Tribunal cuando considere que las pruebas presentadas por las partes resultasen insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos podrá ordenar la práctica de prueba de oficio (artículos 429° y 435° de la Ley de Enjuiciamiento Civil); iv) México: el Juzgador para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral (artículos 278° y 279° del Código de Procedimientos Civiles); v) Argentina: el Juez puede ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, tales como: la comparecencia de las partes, comparecencia de los testigos, y la presentación de documentos (artículo 36° del Código Procesal Civil y Comercial); vi) Italia: el Juez en cualquier estado y grado del proceso tendrá al juzgador la facultad de ordenar la comparecencia personal de las partes en contradictorio entre sí, así como la inspección de cosas y la presencia de un tercero (artículos 117°, 118°

y 439 del Código de Procedura Civile); vii) Uruguay: el Tribunal está facultado para ordenar las diligencias necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes (artículos 24° y 193° del Código General del Proceso); viii) Costa Rica: el Juez en cuanto a la prueba deberá ejercer los poderes que se le confieren a fin de verificar las afirmaciones hechas por las partes (artículos 98° y 331° del Código Procesal Civil); y, ix) Colombia: el Juez tiene la facultad para decretar prueba de oficio, cuando así lo crea necesario, como por ejemplo: el interrogatorio de las partes, el decreto oficioso de un nuevo dictamen pericial u otros, a efectos de verificar los hechos de la *litis* (artículos 4°, 202°, 233° y 237° del Código de Procedimiento Civil) (2010, págs. 211-213).

6.5. PRUEBA DE OFICIO: JURISPRUDENCIA NACIONAL.

En cuanto a la jurisprudencia relacionada a la prueba de oficio, tenemos que la misma en este extremo es abundante; por cuanto se ha entendido jurisprudencialmente que el Juez puede disponer la actuación de prueba complementaria y adicional, pero siempre y cuando tenga por finalidad producir certeza respecto de los puntos controvertidos. Es así que nuestra judicatura ha entendido la prueba de oficio como:

- i) Aplicación no restrictiva de norma sobre actuación de medios probatorios de oficio, por no encontrarse limitada a ningún tipo de proceso (CAS. N° 1664-2003-LIMA);
- ii) La prueba de oficio y la justicia del caso concreto (CAS. N° 1342-98-CHINCHA);
- iii) La prueba de oficio como facultad y no obligación del juzgador (CAS. N° 2791-2000-LA LIBERTAD);
- iv) La prueba de oficio como poder inquisitivo del juzgador (CAS. N° 4608-2008-LIMA);
- v) La prueba de oficio y la dirección del proceso (CAS. N° 5155-2008-LIMA);
- vi) La prueba de oficio y la insuficiencia probatoria (CAS. N° 022-2016-LIMA);
- vii) La prueba de oficio como excepción al principio de la carga de la prueba y oportunidad (CAS. N° 1123-99-AREQUIPA);
- viii) La prueba de oficio como carácter discrecional de la facultad judicial (CAS. N° 4495-2015-LIMA SUR);
- ix) Principio de actuación de pruebas de oficio relacionado a la visión solidarista de la carga de la prueba (CAS. N° 897-2003-LIMA);
- x) Procedencia de la prueba de oficio en las diversas vías procedimentales (CAS. N° 2879-99-CAJAMARCA);
- xi) La admisión de los medios

probatorios de oficio debe respetar el derecho de defensa (CAS. N° 235-1995- ANCASH); xii) Los jueces de apelación pueden admitir medios probatorios de oficio (CAS. N° 1249-1999-SANTA); xiii) Los jueces de apelación no pueden ordenar al juez inferior la actuación de medios de prueba de oficio (CAS. N° 2057-99 LIMA); xiv) Facultad de oficio del juzgador para incorporar medios probatorios: facultad que no está sujeta al libre albedrío del juez por exigir insuficiencia probatoria para producir convicción, sin que ello implique sustituirse a una de las partes en su carga probatoria ni subsanar la negligencia probatoria (CAS. N° 3350-2006-MOQUEGUA); xv) La prueba de oficio complementa o sustituye los medios probatorios ofrecidos por las partes, y su carácter ilimitado (CAS. N° 1400-T-97- UCAYALI); xvi) La admisión de pruebas de oficio de medios probatorios extemporáneos (CAS. N° 1556-2002-Cañete); xvii) La admisión de pruebas de oficio en mérito del principio de adquisición procesal (CAS. N° 570-2006-LIMA); xviii) No afectación del proceso por no hacer uso de la prueba de oficio (CAS N° 878-98-ICA); xix) Carácter discrecional de la facultad judicial de ordenar la actuación de medios de pruebas (CAS. N° 3105-2000-LIMA); xx) Las pruebas de oficio deben respetar el derecho de contradicción probatorio (CAS. N° 1121-2004 CHINCHA); xxi) La prueba de oficio como deber jurídico del juez (CAS. N° 1529-2011-AREQUIPA); xxii) Prohibición del juez de suplir a las partes en el ofrecimiento de su prueba (CAS. N° 374-99-PIURA); xxiii) El juez no puede actuar pruebas de oficio para desconocer unión de hecho (CAS. N° 2864-2014-Lambayeque); xxiv) Juez puede incorporar de oficio pruebas no permitidas a las partes (CAS. N° 4490-2012-Huánuco); y, xxv) Prohibición del juez en base al principio dispositivo de sustituir a las partes y ordenar la actuación de medio probatorio referido a un hecho no invocado (CAS. N° 141-2000-LIMA); entre otros. (2014, págs. 189-210) (GACETA JURÍDICA , 2008, págs. 213-233).

6.6. PRUEBA DE OFICIO: ESBOZANDO UN CONCEPTO.

En términos generales, podemos decir que la llamada “prueba de oficio” en realidad se refiere al accionar concedido a los jueces para que, de concurrir los supuestos habilitantes, puedan decretar de manera complementaria la actuación de medios de prueba que sean adicionales a los presentados por las partes con el propósito de esclarecer alguna de las hipótesis fácticas alegadas, debiéndose

respetar, para ello, las garantías exigidas del debido proceso, que le permita al juzgador emitir una decisión fundada en derecho y que sea ejecutable, como parte de la tutela judicial efectiva.

6.7. PRUEBA DE OFICIO: FINALIDAD.

Respecto a su finalidad, TICONA POSTIGO señala que:

La prueba de oficio en el proceso civil no es una creación estéril, carente de significación práctica, acaso paralela a esas construcciones simétricas pero vacías de resultados tangibles. Como ninguna otra medida, tiende a que la norma individualizada con que termina el proceso se aproxime a ese valor jurídico supremo de la justicia, que tantas cavilaciones ha suscitado. Igualmente, busca asegurar la efectiva igualdad de las partes en el proceso, el descubrimiento de fraudes en detrimentos de terceros y el de evitar sentencias inhibitorias y nulidades (1998, pág. 147).

6.8. PRUEBA DE OFICIO: LÍMITES.

Aquí debemos mencionar el estudio realizado por el profesor español JOAN PICÓ Y JUNOY, quien luego de un examen detallado, ha llegado a la conclusión de que la iniciativa probatoria del Juez tendría tres límites, los cuales en nuestra opinión han sido acogidos por nuestro país:

i) Primero: Los hechos controvertidos o discutidos por las partes en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte. En consecuencia, son los litigantes quienes deben traer al proceso el material fáctico que identifica, configura y fundamenta sus respectivas pretensiones, no pudiendo el órgano jurisdiccional llevar a cabo ninguna actividad tendiente a investigar o aportar hechos no alegados por las partes, ni fallar alterándolos, so pena de incurrir la sentencia en un vicio de incongruencia. Por otro lado, si de la práctica de esta iniciativa probatoria resultan hechos no aducidos por los litigantes, no deberán ser tenidos en cuenta por el juzgador en aras de mantener la congruencia de su oficio con las cuestiones fácticas planteadas por las partes; ii) Segundo: para que pueda atribuirse al órgano jurisdiccional la posibilidad de practicar los diversos medios probatorios, es menester que conste en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tendrá lugar la posterior actividad probatoria (así por ejemplo, la identidad del testigo que deberá declarar).

A nuestro entender, solo de esa forma se evita que el Juez actúe inquisitivamente o utilice su “conocimiento privado” al margen de los resultados que figuran en autos. Este segundo límite tiende a garantizar la debida imparcialidad del juzgador, en la medida en que, como hemos tenido la ocasión de analizar, su actuación se restringe únicamente a las fuentes probatorias que ya constan en los autos y nunca investigar nuevas fuentes; iii) Tercero: finalmente, es necesario que en el desarrollo del medio probatorio propuesto por el órgano jurisdiccional, se respete, escrupulosamente, el principio de contradicción y el derecho de defensa que todo litigante posee en la ejecución de la prueba. De este modo, no se merma ninguna de las garantías procesales del justiciable constitucionalizadas, como bien se sabe, en el artículo 139º de nuestra Carta fundamental (2007, págs. 117-118).

Sobre los límites a la actuación de las pruebas de oficio, el magistrado MARTEL CHANG, ha señalado también que serían los siguientes:

- i) Las pruebas de oficio no son útiles para reemplazar a las partes en la carga probatoria; ii) Las pruebas de oficio deben derivar de la fuente de prueba citada por las partes; iii) Las pruebas de oficio deben relacionarse con el objeto de prueba del proceso; y, iv) Las pruebas de oficio deben respetar el derecho de contradicción probatorio (2015, págs. 128-137).

Por otro lado, ALFREDO GOZAINI ha explicado que “(...) el límite siempre está en los hechos y que el Juez no puede investigar más allá de lo que las partes han expresado en el séquito del proceso (...)” (1997, págs. 1-25); la asunción de este criterio trae consigo además que el juzgador no puede extender la búsqueda de fuentes de prueba no referidas a los hechos alegados por las partes en el proceso, por lo que la relación entre hechos y fuentes de prueba debe sujetarse a un estricto principio de congruencia.

Bajo tal contexto, tenemos que es posible pues la subsistencia de la prueba de oficio -señalado precedentemente- en un contexto probatorio de respeto al derecho de defensa y dentro de criterios de razonabilidad, que impidan en absoluto la transformación del Juez en un ayudante de las partes.

6.9. CONCEPTOS CONEXOS A LA PRUEBA DE OFICIO.

6.9.1. PRUEBA DE OFICIO Y VERDAD.

La prueba de oficio en tanto mecanismo procesal para la búsqueda de la verdad, requiere sí o sí, a nuestra consideración, que el juez dentro de sus facultades y poderes de dirección tenga la iniciativa suficiente para decretar prueba de oficio.

No obstante, ello cabe precisarse que la actuación de la prueba de oficio no conduce directamente al encuentro con la verdad (material), sino que proporciona elementos acerca de los puntos controvertidos del proceso (en *litis*) y que sirven para el convencimiento del juzgador sobre lo discutido (obtener certeza).

6.9.2. PRUEBA DE OFICIO Y JUSTICIA.

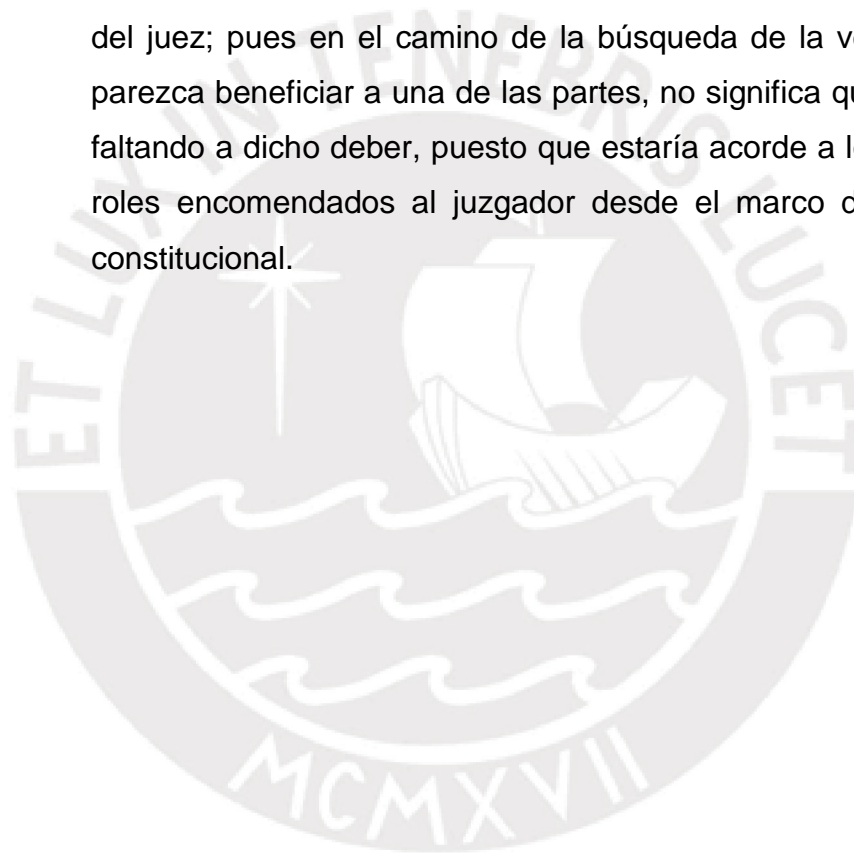
Otro tema materia de debate es la relación que pudiera tener la prueba de oficio y la justicia; con lo cual, si entendemos que la finalidad abstracta del proceso es -entre otros- lograr la paz social en justicia, esto nos conduciría a afirmar que el proceso no puede entenderse aislado de un contexto jurídico-social y que las implicancias de un caso particular importan a la colectividad en general, porque demostraría la eficacia del Estado constitucional; por tanto, corresponde reconocerse que una aplicación razonable de la prueba de oficio debe identificarse con un concepto de “*equidad*” o “*justicia*” a valorarse caso por caso (caso concreto: “*caso constitucional*”), estando, por el contrario, alejado de los conceptos de justicia como arquetipos ideales (imposibles de alcanzar en el mundo del Derecho).

6.9.3. EL JUEZ Y LA PRUEBA DE OFICIO: IMPARCIALIDAD.

Aquí es pertinente aclarar que, de acuerdo al esquema adoptado, la actividad probatoria del juez no tiene porqué entrar en conflicto con su imparcialidad; sino por el contrario,

consideramos, que el poder decretar prueba de oficio, le permitirá al juzgador más bien empoderar dicho principio.

Es decir, la prueba de oficio no solo le permitirá encontrar la verdad jurídica (y por ende, una tutela efectiva de derechos) sino también la dación de una decisión fundada en derecho (pronunciamiento debidamente motivado sobre el fondo de la controversia); máxime si las partes procesales pueden ejercer su derecho de defensa y contradicción libremente; lo cual nos permite reafirmar que el decreto y práctica de dichas pruebas – de oficio- no vulnerarían -en nada- el principio de imparcialidad del juez; pues en el camino de la búsqueda de la verdad, así parezca beneficiar a una de las partes, no significa que se esté faltando a dicho deber, puesto que estaría acorde a los nuevos roles encomendados al juzgador desde el marco del Estado constitucional.



CAPITULO III

RECONOCIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DEL JUEZ A MERITUAR CASO POR CASO LOS DERECHOS INVOCADOS A EFECTOS D DECRETAR LA PRÁCTICA DE PRUEBA DE OFICIO (DESARROLLO DE LA HIPÓTESIS

Habiendo revisado previamente el marco teórico del Estado Constitucional y su impacto en el proceso, el juez y las partes, resulta imprescindible abordar dichos conceptos a efectos de visualizar -identificar- la obligación del juez a evaluar caso por caso los derechos invocados antes de decretar la práctica de prueba de oficio en un proceso judicial, independientemente de la materia o el objeto de la *litis* en la que nos encontremos.

Es así que, bajo este nuevo paradigma constitucional, se ha identificado un nuevo modelo de proceso, que dejando atrás el procesalismo científico, y en concordancia con la tesis denominada “Constitucionalización del Derecho Procesal”, no es más que un Modelo de Proceso Garantista (o “Constitucionalismo Procesal”); que nos permitirá, en primer lugar, identificar al Juez como: a) Garante de los derechos - garantías en el proceso (por ejemplo: imparcialidad, igualdad de armas, debido proceso u otros); y, b) Garante de los derechos que protege el proceso en relación a las partes (por ejemplo: derecho a la identidad, a la pensión, a alimentos, etc.); reconociendo, además, en el juzgador la obligatoriedad de evaluar caso por caso los derechos en litigio, a efectos de decretar prueba de oficio en un estadio procesal predecible (saneamiento) que les permita a las partes el ejercicio de sus derechos en igualdad de oportunidades y condiciones.

En tal sentido, este nuevo **modelo de proceso garantista** que planteamos, estará basado en 4 aspectos, que nosotros llamamos de garantías máximas –o garantías de máximos derechos en función al debido proceso “proporcional”¹⁷-, en el que el Juez deberá actuar como garante de la ley,

¹⁷ Ver el artículo de Roberto González Álvarez (2013), “*El Debido Proceso: Del Derecho a las mínimas garantías a la garantía de máximos derechos*”, donde se desarrolla las garantías del proceso, estableciendo que: “(...) Los contenidos del debido proceso son fundamentales, por tanto no pueden ser contenidos mínimos, sino son siempre máximos, en tanto esta maximización también comprende su interpretación y aplicación a través del principio de proporcionalidad, el cual, actúa en forma espontánea en la interacción latente (o intensa, que compromete solo el contenido de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, como resultado no como

derechos y justicia; así tenemos como pilares del proceso en el marco del Estado constitucional: i) la defensa de los derechos fundamentales; ii) la independencia – imparcialidad judicial; iii) la igualdad de “armas” de las partes; y, iv) la prestación idónea del servicio público de justicia como parte de la tutela jurisdiccional efectiva.

Para ello, analizaremos su estructura de acuerdo a las pautas establecidas por la doctrina y jurisprudencia, así como sus presupuestos constitucionales, estableciendo, además, por qué debería utilizarse la nomenclatura de “obligación” del juez de evaluar los derechos fundamentales para decretar prueba de oficio. Es decir, que esta condición refleja el contenido de protección al que debe aspirar el proceso –y el rol del juez, propiamente dicho- en el Estado constitucional; señalándose para ello también sus límites en su aplicación y desarrollo, que nos darán pie a presentar en el Capítulo IV, un modelo de razonamiento a fin de poder verificar en qué casos se podría ordenar prueba de oficio en un sentido compatible con la Constitución y determinar su posible validez.

1. RECONOCIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DEL JUEZ A MERITUAR CASO POR CASO LOS DERECHOS INVOCADOS A EFECTOS DE DECRETAR LA PRÁCTICA DE PRUEBAS DE OFICIO.

Para establecer de forma clara la obligatoriedad del Juez a evaluar caso por caso los derechos invocados a efectos de decretar la práctica de pruebas de oficio, vamos a conceptualizar nuestro modelo de proceso; esto, en base a los 4 conceptos señalados previamente, los mismos que a continuación pasaremos a explicar brevemente.

1.1. DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

La tutela judicial efectiva (como acceso a la defensa de los derechos fundamentales) desde el Estado constitucional es la manifestación constitucional de que el proceso es un instrumento para la protección de

aplicación) de los contenidos del debido proceso; y en forma forzosa en casos de interacción patente de los contenidos del debido proceso, es decir, fluctúa inherente al obrar del debido proceso (que compromete los tres sub principios del principio de proporcionalidad, como interpretación y aplicación), razón por la que no queda sino hablar de debido proceso proporcional. (...)”.

los derechos e intereses; más aún si sabemos que dicho concepto implica: el derecho de acceso a la jurisdicción, el derecho a un proceso con las garantías máximas (por ejemplo: la prohibición constitucional de indefensión o igualdad de armas), el derecho a tener una resolución fundada en derecho, y el derecho a la efectividad de las sentencias.

Al respecto, BERNAL PULIDO, señala que:

La concepción de los derechos fundamentales como principios aplicables mediante la ponderación logra ligar de la mejor manera posible dos dimensiones que son relevantes en la aplicación de los derechos fundamentales: la dimensión institucional y la dimensión de la corrección. Desde el punto de vista institucional, debe reconocerse que, en el ámbito de los significados implícitos de los derechos fundamentales, allí en donde no es claro si la Constitución ordena o prohíbe algo, el Tribunal Constitucional disfruta de un margen de deliberación. Por su parte, desde la perspectiva de la corrección, en estos casos el Tribunal Constitucional debe respetar los márgenes de acción del legislador y de la jurisdicción ordinaria. La única respuesta correcta es que en estos casos, los derechos fundamentales no ofrecen ninguna respuesta correcta (2011, pág. 241).

En este mismo sentido, el profesor ESPINOSA-SALDAÑA señala que “(...) El derecho no se agota en la norma, no podemos dejar de señalar que podemos contar con el mejor diseño sobre el particular, pero ello no bastará para asegurar mínimas condiciones de eficiencia y credibilidad a cualquier modelo de jurisdicción constitucional (...)” (2004, pág. 60); agregando, el citado autor, que “(...) Se hace indispensable, por ejemplo, apuntalar una serie de consensos (sobre procedimientos, sobre contenidos o sobre ambos) entre, por lo menos, sectores políticos, económicos o sociales más representativos, consensos que no circunscriban a las prescripciones de constituciones que muchas veces se quedan más bien en el plano semántico (...)” (2004, pág. 60)

Lo cual nos lleva a reiterar que los derechos fundamentales (su tutela) desde el Estado constitucional no solo cumplen una función valorativa sino que también le confieren al proceso y a las instituciones procesales

(por ejemplo: prueba de oficio) un determinado contenido -constitucional- que permita de esta manera establecer los límites pero al mismo tiempo las exigencias de la protección de los intereses individuales o colectivos (relevantes constitucionalmente); hallándose como un complejo sistema de garantías orientadas a tutelar bienes esenciales del ser humano pero que cuentan con sus propias delimitaciones, y que el Derecho reconoce como directrices para el desarrollo de su contenido en cualquier proceso judicial.

1.2. LA INDEPENDENCIA - IMPARCIALIDAD JUDICIAL.

La función jurisdiccional tiene por objeto la protección de los derechos y el fortalecimiento de la institucionalidad democrática -en eso estamos de acuerdo-, con lo cual la independencia - imparcialidad judicial debe concebirse, desde nuestra concepción, no solo como instrumentos dirigidos a garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales, sino además como medio para cumplir una función pública del Estado.

En tal sentido, el juez desde el Estado constitucional cobra un especial protagonismo como “*componedor*” del proceso, ya que es sobre él que recaerá la obligación material y directa de resguardar los derechos contenidos en el caso concreto, debiendo, para ello, fundamentar sus decisiones conforme a derecho (respeto de cada una de las garantías de las partes); lo cual en palabras del profesor GONZÁLES MANTILLA sería que:

En efecto, superada la tesis de la neutralidad del Derecho y dejada atrás la idea de imparcialidad *per se* del juez, las garantías para el ejercicio de la función judicial se convierten en una herramienta crucial para crear el espacio institucional y establecer el contenido de las pautas que legitiman la actuación judicial. No otra cosa resulta de asumir que la relevancia substancial del juez en la definición de los derechos y libertades públicas a través de su actividad interpretativa, lo convierte en un actor protagónico de las democracias constitucionales (2007, pág. 232).

Así también, el autor, agrega que “(...) En las democracias constitucionales, (...), la independencia judicial, se define por la defensa

de los derechos fundamentales. (...) (Gonzales Mantilla, 2007, pág. 234).

Por otro lado, FERRAJOLI manifiesta al respecto que:

En esta sujeción del juez a la Constitución, y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo, aunque sean -o precisamente porque son- poderes de mayoría. (...). En consecuencia, el fundamento de la legitimación del poder judicial y de su independencia no es otra cosa que el valor de igualdad como igualdad en *droits* (derechos): puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquéllos se ejercen (2004, págs. 26-27).

Por su parte, el profesor FLORES LOPEZ, al señalar que la sentencia es el elemento objetivo sobre el que se desarrolla la función jurisdiccional (independencia-imparcialidad) y, respecto al pronunciamiento que contiene, se generan consecuencias en la sociedad civil (lo que contribuye a la formación del criterio subjetivo y objetivo); es que debe procurarse que ese impacto social que genera niveles de constatación sobre "(...) la participación del Poder Judicial conlleve a la consolidación del sistema democrático de cada país; permitiendo que el criterio subjetivo pueda surgir del criterio objetivo; esto es, que las opiniones formadas por la sociedad civil tengan como base la política jurisdiccional planteada por el Poder Judicial en su diario quehacer (...)" (2000, pág. 202); lo cual, al autor le permite afirmar, que "(...) la sola idea de existencia del Poder Judicial en un Estado democrático, importa el ejercicio de su función como aporte de desarrollo de las instituciones democráticas (...)" (Lopez Flores, 2000, pág. 203).

Sin embargo, en esta complejidad, debemos señalar que: el juez activo no debe representar a un juez autoritario, es, por el contrario, su

antítesis. El juez autoritario manipula el proceso y los medios probatorios, desconoce las garantías de las partes y no tiene respeto por el debido proceso o por los derechos fundamentales; en cambio, el juez activo con independencia e imparcialidad personifica el modelo del principio democrático (jurídico-político), por tanto, es respetuoso de los principios y valores constitucionales, y, por excelencia, del debido proceso y de todos sus principios integradores reconocidos por nuestra Constitución.

1.3. LA IGUALDAD DE "ARMAS" DE LAS PARTES.

Este derecho -entendemos- se deriva de la interpretación sistemática de los artículos 2º, inciso 2) (derecho a la igualdad) y 138º, inciso 2) (derecho al debido proceso), de la Constitución Política de 1993; el cual tiene como finalidad garantizar que las partes del proceso tengan las mismas oportunidades de alegar, defenderse o probar a fin de que no haya desventaja en ninguna de ellas respecto a la otra.

A nivel regional esta garantía sustancial -de todo proceso-, se encuentra reconocida en la Convención Americana, en su artículo 1.1., en los siguientes términos: "(...) Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1.1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (...)".

Debiéndose resaltar que esta garantía es la base para el tratamiento de los casos que procesa la Corte Interamericana de Derechos Humanos; el cual, a su vez, es complementado por el *principio de igualdad ante la ley*, previsto en el artículo 24º de la Convención, cuyo tenor es: "(...) Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley (...)".

Con lo cual, en el marco del presente análisis, tenemos que estos preceptos al ser parte sustancial del proceso (como garantía para el

acceso a la justicia) -reconocido también por nuestro Tribunal Constitucional, como el derecho a la igualdad de armas¹⁸-, corresponde que en cualquier modelo de proceso que se configure se deba asegurar su validez y exigencia; a efectos que durante el mismo, toda persona tenga el derecho, en plena igualdad, a probar y, con ello, a la posibilidad de defenderse de manera efectiva, en concordancia con todas las garantías procesales emanadas y reconocidas en este nuevo paradigma constitucional (Estado constitucional).

1.4. LA PRESTACIÓN IDÓNEA DEL SERVICIO PÚBLICO DE LA JUSTICIA COMO PARTE DE LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA.

Sobre este último punto debemos destacar que considerar el acceso a la justicia como servicio público, así como parte integrante de la Tutela Judicial Efectiva, no solo responde a la pregunta ¿se debe ver en el proceso civil un servicio que el Estado presta al ciudadano, proporcionándole el medio de actuar su derecho subjetivo? sino también ha de contribuir en la consolidación de las instituciones democráticas en nuestro país, lo cual es uno de los postulados del Estado constitucional.

Para CALAMANDREI sostiene la existencia del "(...) derecho subjetivo público a la prestación jurisdiccional (...)" (1962, pág. 248). ZAGREBELSKY, por su parte, señala que "(...) el juez dentro del Estado constitucional debe actuar de manera sumamente prudente, ejerciendo una función modesta y no agresiva, reconociendo determinado margen de acción al legislador como intérprete auténtico de las concepciones éticas y políticas de la comunidad (...)" (2007, pág. 100). Así, agrega, el citado autor, que "(...) cuando están en juego dos apreciaciones discrecionales, además de los principios y las convicciones, debe

¹⁸En la STC recaída en el Expediente N° 06135-2006-PA/TC (Caso Hatuchay E.I.R.L.), de fecha 24 de octubre de 2007, señaló en su fundamento 5 que: "(...) Este Tribunal ha señalado que el derecho a la igualdad de armas o igualdad procesal, como uno de los componentes del "debido proceso" y del derecho "de igualdad" debe garantizar que, en todo proceso, judicial, administrativo o en sede privada, las partes del proceso detentan las mismas oportunidades de alegar, defenderse o probar, de modo que no se ocasione una desventaja en ninguna de ellas respecto de la otra; por tanto, de no ser así, no se lo podría reputar como "debido"(...)".

considerarse con pragmatismo también la calidad de los efectos sociales, económicos y políticos de las decisiones (...)" (2007, pág. 100).

Para el profesor LOPEZ FLORES este precepto manifiesta dos dimensiones desde el paradigma del Estado constitucional:

- i) Mediante la indagación de lo que la ciudadanía percibe respecto del papel que juega el Poder Judicial en torno al servicio de justicia que les proporciona: aspecto subjetivo. a través de la estadística o información manejada a partir de experiencias personales –o por medios de comunicación- con el servicio de justicia respecto a sus propios intereses – tengan que ver estos con un interés privado o la coincidencia con un interés público); y, ii) Mediante el análisis de los pronunciamientos de los magistratura (sentencias) en el quehacer de la política jurisdiccional que lleva a cabo, propia de su función: aspecto objetivo, el estudio y análisis de las sentencias nos permiten inferir -en los temas en los que se resuelvan aspectos públicos o privados- cuál es el criterio por el cual opta el Poder Judicial y que sirve como pauta a considerar por la sociedad civil sobre dichos temas, a manera de lineamiento, de referencia para el desarrollo de sus relaciones jurídicas y sociales (2000, pág. 202).

Por tanto, agrega el referido profesor, siendo el Estado Constitucional un paradigma de "(...) *Estado de los Derechos Fundamentales (...)*" (Lopez Flores, 2016, pág. 161), el centro de la atención estatal giraría en torno al respeto cabal e irrestricto de tales derechos (del ciudadano). El rol del poder jurisdiccional se concentraría en asegurar al ciudadano la tutela efectiva de "sus" derechos fundamentales; agregando, que de ello cae de madura la idea de que el Estado, en dicho paradigma, **brinda un servicio de justicia** en contraposición con el paradigma del siglo XIX concebido como "Estado de derecho". En éste último, sostiene el autor, tenía sentido que el Estado ofrezca al ciudadano su Administración de Justicia, y que ésta fuera el centro del debate, el objeto principalísimo de los estudios dogmáticos sobre la justicia, puesto que la "(...) ley que configuraba tal administración era la garantía de la protección del derecho ciudadano a requerir justicia en determinado caso concreto; así, el cambio de paradigma coloca al Estado frente a un reto distinto, de

mayor envergadura y sensibilidad social, como es: servir al ciudadano en su requerimiento de justicia (...)" (Lopez Flores, 2016, pág. 161).

Es en este sentido, agrega el referido profesor, que "(...) la función jurisdiccional no sólo constituye un poder sino que también articula un derecho fundamental de todo ciudadano: la tutela jurisdiccional efectiva (...)" (Lopez Flores, Los Poderes Judiciales, Proceso y Política Judicial: una mirada desde el Estado constitucional, 2016, pág. 162). Y este derecho importa en esencia, como bien anota GONZÁLEZ PÉREZ, un **"derecho prestacional"** (Lopez Flores, Los Poderes Judiciales, Proceso y Política Judicial: una mirada desde el Estado constitucional, 2016, pág. 162).

Asimismo, el citado autor, refiere que "(...) no obstante, la complejidad e importancia de la función jurisdiccional hace que ésta comporte la particular simbiosis de que para prestar una efectiva tutela de los derechos ciudadanos (específicamente, la resolución de controversias), se requiera alinear los instrumentos de gestión del aparato estatal que ejerce dicho poder con la efectividad de la función del juez de resolver los conflictos ciudadanos facilitando un integral acceso a la justicia; donde la política pública judicial debe abarcar todo el conjunto (...)" (2016, pág. 163).

En consecuencia, termina afirmando FLOREZ LOPEZ, "(...) el impacto del Estado Constitucional en el ejercicio de la función jurisdiccional impulsa a que las políticas públicas judiciales: los estudios dogmáticos sobre la justicia y los de Derecho Procesal, en particular, empiecen por no perder de vista la realidad; que se fijen los objetivos en los mayores beneficios ciudadanos. Desde ese enfoque deben gestarse todas las reformas al aparato estatal en todos y cada uno de los espacios donde opera la función jurisdiccional del Estado (...)" (2016, pág. 164); es decir, en todos y cada uno de "(...) los órganos y autoridades que componen el sistema jurisdiccional unitario que la Constitución Peruana vigente contempla y al cual con propiedad se ha referido el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia (...)" (2016, pág. 164).

En esta misma línea, el Tribunal Constitucional al definir el derecho de acceso a la justicia, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 2763-2002-AA/TC (Caso TEXPOP SA), de fecha treinta de enero de dos mil trece, estableció que:

4. (...). El derecho de acceso a la justicia garantiza, entre otras cosas, que el administrado pueda acudir al juez a fin de cuestionar los actos que la administración hubiera efectuado. Como todo derecho, también el de acceso a la justicia es uno que puede ser limitado. Sin embargo, de la posición preferente en la que se encuentran los derechos fundamentales se deriva una exigencia concreta al legislador respecto al momento de establecer las condiciones de su ejercicio o las limitaciones al derecho: en efecto, cualesquiera que sean las restricciones o límites que se establezcan, su validez depende de que éstas no obstaculicen, impidan o disuadan irrazonablemente el acceso del particular a un tribunal de justicia” (CASO TEXPOP SA, 2003).

Finalmente, dicho concepto fue complementado en la Sentencia recaída en el Expediente N° 3361-2004-AA/TC (Caso Álvarez Guillén), de fecha doce de agosto de dos mil cinco), en la que expresó:

14. (...), deben realizarse teniendo en cuenta que la finalidad última a la que sirven está directamente relacionada con el fortalecimiento de la institución de la independencia judicial y la necesidad de contar con una magistratura responsable, honesta, calificada y con una clara y contrastable vocación a favor de los valores de un Estado Constitucional (CASO ÁLVAREZ GUILLÉN, 2005).

2. OBLIGATORIEDAD DEL JUEZ DE MERITUAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LITIGIO EN EL CASO CONCRETO.

Desde el Estado constitucional podemos afirmar que será una obligación del Juez: **evaluar los derechos invocados en el proceso para emitir una sentencia fundada en derecho**; sin embargo, en esta parte del análisis lo que queremos determinar es que si esa “*obligación*” es solo al momento de dictar la resolución que pone fin al proceso o también cabe al momento de valorar los medios probatorios (u otros); que le permita ordenar, según sea

el caso, una actuación procesal complementaria, por ejemplo: prueba de oficio.

Si bien esto a nivel doctrinario aún no ha sido profundizado, en la jurisprudencia nacional creemos que se ha dado las primeras luces, que encaminan a pensar a que al juez le corresponde, en primer término, evaluar los derechos invocados antes de emitir sentencia (y no precisamente en ese acto); pudiendo ordenar, entre otros, la actuación de una prueba de oficio en correlación con la materia discutida; para que a partir de ello pueda resolver conforme a derecho (debidamente motivado y justo); por ejemplo, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC (Caso Anicama), de fecha ocho de julio del dos mil cinco, ha señalado que:

58. Por otra parte, **dado que en los asuntos previsionales**, es la Administración o, en su caso, la entidad en la que prestó servicios el ex trabajador, las que se encuentran en mayor capacidad de proveer al Juez de los medios probatorios que coadyuvan a formar convicción en relación con el asunto controvertido, el hecho de que el recurrente no haya presentado los medios probatorios suficientes que permitan acreditar su pretensión, en principio, no puede considerarse como motivo suficiente para desestimar la demanda. En tales circunstancias, **es obligación del Juez recabar de oficio los medios probatorios que juzgue pertinentes.** (...)”¹⁹ [Resaltado nuestro] (CASO ANICAMA, 2005).

Igualmente, en la sentencia recaída en el Expediente N° 02132-2008-PA/TC (Caso Martínez García), de fecha nueve de mayo de dos mil once, el supremo intérprete de la Constitución, señaló que:

41. (...) en gran medida aquel principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y del adolescente, pues procesos como los de alimentos (fijación, aumento, reducción, extinción o prorrateo) requieren de **medidas especiales** –como la improcedencia del abandono de la instancia– **para hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales de los menores de edad.** Si en un proceso de alimentos

¹⁹ Fundamento recogido en la Casación N° 3168-2014-HUAURA, de fecha cuatro de septiembre de dos mil catorce, emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

el juez ha determinado en sentencia definitiva el pago de una pensión a favor de un menor de edad, resultaría arbitrario condenar a tal menor de edad –por inacción de su representante– a que se vuelva a iniciar un nuevo proceso para lograr el cobro de la respectiva pensión. 42. Finalmente, complementando lo hasta aquí expuesto, debe resaltarse **la obligación** ineludible del juez que fija la pensión de alimentos, de que al momento de realizar tal acto informe, bajo responsabilidad, tanto al obligado u obligada, como al representante o representantes del menor de edad, las obligaciones, derechos y consecuencias que se van a producir a partir de tal sentencia, los modos de acreditar el pago de la pensión de alimentos (recibos, cuentas bancarias, depósitos judiciales o cualquier medio objetivo idóneo), los plazos de prescripción, los supuestos en los que se pueda interrumpir o suspender la prescripción, entre otros asuntos que se estime pertinente según el caso concreto. Asimismo, es obligación de tal juzgador efectuar, **incluso de oficio**, una revisión periódica del cumplimiento de su mandato, **pero sobre todo vigilar que el menor de edad no se encuentre desamparado respecto de los alimentos que por derecho y por justicia le corresponden.** (...)” [Resaltado nuestro] (CASO MARTÍNEZ GARCÍA, 2011).

Por su parte en la Sentencia recaída en el Expediente N° 00227-2011-PA/TC (Caso Mariani Secada), de fecha cuatro de enero del dos mil doce, el Tribunal dispuso en su fundamento quinto que:

Este Colegiado aprecia también que detrás de **toda pretensión de declaración de paternidad subyace in vivo el ejercicio del derecho fundamental a la identidad**, el cual comprende el derecho a un nombre –conocer a sus padres y conservar sus apellidos, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica (Cfr. STC N° 02432-2005-PHC, Fundamento 4), **derecho éste que encuentra concretización y operatividad judicial en la actuación –de parte o de oficio– de la prueba de ADN**; razón por la cual la actuación de esta prueba no puede estar circunscrita o limitada en su uso a un único y específico proceso judicial (como alega el recurrente), sino que, por el contrario, su actuación corresponderá ser ordenada en todo tipo de proceso judicial cuando esté de por medio el derecho a la identidad de las personas (declaración judicial de paternidad), pues el ordenamiento procesal preconiza un sistema abierto de pruebas (típicos

y atípicos), los cuales tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones (artículo 188° del Código Procesal Civil). (...). De modo tal que, en el caso de autos, **la orden de actuación de la prueba de ADN no vulnera derecho constitucional alguno** del recurrente, **sino que, por el contrario, constituye la concretización judicial del derecho** de Ludovica del Cisne Mariani Tapia a la identidad, a efectos de saber realmente quién es o no es su padre; a la par que constituye la concretización del valor Justicia en la resolución del proceso judicial. Por estos motivos, la demanda debe ser desestimada. (...) [Resaltado nuestro] (CASO MARIANI SECADA, 2012).

Y en la Sentencia recaída en el expediente N° 0206-2005-PA/TC (Caso Baylón Flores), de fecha veintiocho de noviembre de dos mil cinco, se señaló en el fundamento diecinueve que:

De otro lado, conforme a la línea jurisprudencial **en materia de derechos laborales de carácter individual** (por todas Exp. N.º 2526-2003-AA), se ha establecido que el amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador **cuando se trate de hechos controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, que evidentemente no pueden dilucidarse a través del amparo**. En efecto, es claro que, en este supuesto, para que se produzca certeza en el juzgador, respecto de los puntos controvertidos, y pueda así sustentar su fallo en determinado sentido, **necesariamente tendrá que desarrollar la actividad probatoria a través de sus diversas etapas**, en particular respecto de la actuación y valoración de la prueba que, entre otras muchas, se relacionarán con declaraciones de parte, testigos, documentos (libros de planillas, informes), peritajes y, especialmente, **las pruebas de oficio**. (...)” [Resaltado nuestro] (CASO BAYLÓN FLORES, 2005).

Nuestra Corte Suprema en línea parecida se ha pronunciado en la Casación N° 1706-2015-LIMA, de fecha veinticuatro de noviembre de dos mil quince, que:

DÉCIMO SÉTIMO.- Siendo así, las instancias de mérito no han motivado debidamente sus sentencias explicando sobre la base de qué han determinado declarar fundada la demanda de reivindicación, **si no está claro aún que el predio materia de litis sea el mismo o distinto al predio objeto de prescripción, debiéndose por tales efectos ordenarse un dictamen pericial sobre los INFORMES TÉCNICOS emitidos** a fin de contrastar sus contenidos para determinar los alcances de cada uno y determinar el área a reivindicar, facultad que le es conferida a los jueces en virtud de lo previsto en el artículo 194 del Código Procesal Civil. (...)” [Resaltado nuestro] (CASO REINVIDICACIÓN - PICAULT KRONBERGER Y OTROS, 2015).

Asimismo, en la Casación N° 3315-2014-CUSCO, de fecha once de setiembre de dos mil quince, expresó que:

NOVENO. - (...) **habiéndose omitido precisar la ubicación exacta del área en litigio** concluyendo este Supremo Tribunal que **corresponde a las instancias de mérito cuando la apreciación de los hechos controvertidos requieren de conocimientos especiales de naturaleza técnica acudir** a lo prescrito por el artículo 262 del Código Procesal Civil **a la prueba de oficio** en uso de la facultad prevista por el artículo 194 concordante con el artículo 51 inciso 2 del precitado Código [Resaltado nuestro] (CASO REINVIDICACIÓN - PICAULT KRONBERGER Y OTROS, 2015).

A nivel internacional podemos citar la Sentencia T-264/09, de fecha tres de abril de dos mil nueve, emitida por la Corte Constitucional de Colombia, la cual al referirse a la prueba de oficio y su relación con el juzgador ha señalado:

4.9 En síntesis, el decreto oficioso de pruebas, en materia civil, no es una atribución o facultad postestativa del Juez: **es un verdadero deber legal**. En efecto, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente siempre que, a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material. **Como lo ha expresado la Corte**

Suprema de Justicia, la facultad oficiosa del juez, deviene en un deber derivado de su papel como director del proceso y de su compromiso por hallar la verdad como presupuesto de la justicia, especialmente, si se toma en cuenta que la ley no impuso límites materiales al decreto de pruebas por parte del juez, como sí ocurre en el caso de las partes[62] [Resaltado nuestro] (CASO DE PRUEBA DE OFICIO, 2011).

En la Sentencia T-591/11, de fecha cuatro de agosto de dos mil once, emitida por la Corte Constitucional de Colombia, ha señalado que:

5.22.- En suma, **dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho al acceso a la administración de justicia se encuentra el principio de prevalencia del derecho sustantivo sobre el procesal, y la pretensión de corrección de las decisiones judiciales.** Esta última demanda de corrección implica, entre otras cosas, que el derecho sustantivo se ejecute sobre una base fáctica ajustada a la verdad real, pues esta es un presupuesto esencial de la vigencia del derecho material. **En ese sentido, el juez de la causa debe tomar las medidas que estime necesarias para integrar al proceso los elementos de convicción necesarios para el establecimiento de la verdad** [Resaltado nuestro] (CASO DE PRUEBA DE OFICIO, 2011).

Finalmente, podemos citar la Sentencia 49/2006, de trece de febrero de dos mil seis, del Tribunal Constitucional de España, a través de la cual se resolvió la pretensión de un ciudadano que se encontraba en proceso de extradición, declarándose la vulnerabilidad de sus derechos al no merituar los derechos materia de *litis* y no actuar prueba de oficio, en los siguientes términos:

4. Del contenido **de las actuaciones se desprende que el demandante de amparo satisfizo plenamente esa exigencia de desarrollo de una actividad probatoria mínimamente diligente** al aportar ante la Audiencia Nacional, como pruebas de la persecución política a la que su familia y él mismo estaban siendo sometido, no sólo recortes de prensa y una carta de su madre, sino también una carta del ex presidente del Parlamento albanés sobre su situación, así como un informe de la organización internacional Human Rights Watch, documentación que, por lo demás, era coincidente con la presentada en el otro procedimiento extradicional que dio lugar a la STC 148/2004. 5. Una vez comprobado

que el recurrente cumplió con la diligencia probatoria que de él se requería, hemos de afirmar, a la vista del contenido de las resoluciones impugnadas, que no cabe por el contrario decir lo mismo respecto de la actividad desarrollada a ese respecto por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. En consecuencia hemos de concluir, de conformidad con lo manifestado por el Ministerio Fiscal, **que la concesión de su extradición a Albania por los Autos recurridos ha vulnerado sus derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías, en relación con su derecho a las pruebas pertinentes para la defensa (art. 24.1 y 2 CE), al no haberse prestado la debida consideración a sus alegaciones de que era objeto de persecución política en Albania y de que su vida corría peligro de ser extraditado a dicho país y al haberse omitido recabar información del Estado reclamante con la que poder refutar tales alegaciones**; lo que, de acuerdo con la doctrina sentada en las SSTC 32/2003 y 148/2004, **constituye un déficit de tutela judicial efectiva del reclamado en un procedimiento de extradición cuando alega causas de denegación de la misma conectadas con la eventual vulneración de sus derechos fundamentales en el país de destino** [Resaltado y Subrayado nuestros] (CASO DE PRUEBA DE OFICIO, 2006).

De lo expuesto, nos permite reafirmar que en el marco del Estado constitucional al juez le corresponde como “obligación” evaluar los derechos invocados en el proceso en concreto, independientemente de la materia (y antes de emitir sentencia); y a partir de ello, pueda determinar o no la actuación procesal complementaria (por ejemplo: prueba de oficio, ante la insuficiencia probatoria de las partes), el cual se dará en cumplimiento de su mandato constitucional de administración de justicia impuesta a esta función estatal por el modelo de Estado adoptado por nuestra Constitución.

3. INTERÉS PÚBLICO: CONCEPTO QUE SUSTENTA LA OBLIGATORIEDAD DEL JUEZ A MERITUAR LOS DERECHOS INVOCADOS CASO POR CASO.

3.1. APROXIMACIONES CONCEPTUALES.

En palabras del profesor LOPEZ FLORES, tenemos que “(...) el Interés Público nace en Norteamérica como un movimiento cuya intención era

reformular los métodos tradicionales de enseñanza del derecho que comenzaron a ser cuestionados durante los años treinta (...)” (2008, pág. 59).

Es así que, el referido autor, citando a GONZALES MANTILLA, define el **interés público** como “(...) el espacio deliberativo en el cual los ciudadanos participan libremente para propiciar consensos respecto de temas de interés y necesidades compartidas, haciendo referencia a instituciones y valores de la comunidad que tengan incidencia en la agenda política (...)” (Lopez Flores, 2008, pág. 61); resaltándose, que en la elaboración del discurso teórico y político, “(...) esta última noción hace énfasis en señalar que es la pluralidad de individuos que conforman una comunidad la que alberga lo público, además de ser una posición teórica que involucra en su desarrollo las normas y principios de organización de sistema social en su conjunto, configurando los elementos básicos para acentuar una democracia participativa y pluralista, necesaria para dotar legitimidad al Estado (...)” (Lopez Flores, 2008, pág. 61).

Concluyendo, el citado profesor, que “(...) el interés público se refiere a la discusión en torno a temas comunes a los participantes - extendiéndose en sus resultados, también, a quienes no participan de manera activa, pero que guardan lazos comunes en la satisfacción de tales necesidades- y que definen *posiciones jurídicas-políticas* importantes y necesarias para la toma de decisiones; las cuales, a su vez, redundan en la actuación decisiva para la consagración de los asuntos o temas que han sido materia de la discusión; a lo cual debe agregarse, que la gestación de estos espacios deliberativos se atribuyen a una cuota de sensibilidad social, entendiendo ésta como la transcendencia del interés meramente individual para solucionar o atender problemas concretos, a aquel interés que parte de la satisfacción de las inquietudes o necesidades de la comunidad que, por su propio peso, tiendan a satisfacer las necesidades individuales; donde la fijación de los temas con base en la elaboración de una agenda política de una comunidad determinada, constituyen los insumos, los bienes comunes sobre los cuales se inicia el proceso

deliberativo que configura y forma el interés público (...)" (Lopez Flores, 2008, pág. 61).

3.2. POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

En el caso recaído en el Expediente N° 3283-2003-AA/TC (Caso Taj Mahal Discoteque), de fecha quince de junio de dos mil cuatro, ha establecido que (FJ. 33):

i) Se denomina como interés público al conjunto de actividades o bienes que, por criterio de coincidencia, la mayoría de los ciudadanos estima, meritoria o tasa como "algo" necesario, valioso e importante para la coexistencia social; ii) En otras palabras, todo aquello que, por consenso, se comparte y considera como útil, valioso y hasta vital para la sociedad, al extremo de obligar al Estado a titularizarlo como uno de los fines que debe perseguir en beneficio de sus miembros. Por tal imperativo, el cuerpo político jamás podrá tener como objetivo la consagración de intereses particulares; iii) Agregando, que en el interés público confluyen las expectativas de la sociedad civil y la actuación del Estado. Elizabeth Salmón [Las acciones de interés público y el derecho internacional de los derechos humanos. En Ensayos de interés público. Gorki Gonzales editor. Lima: PUCP, 2002, págs. 81-82] sostiene que el papel del Estado consiste en reconocer la coincidencia de opinión de los ciudadanos en relación a "algo" considerado como necesario e importante; y en ese contexto crear los instrumentos eficaces de protección e instaurar las acciones que viabilicen la defensa de dicho interés público; y, iv) Que el papel del Estado no absorbe la actividad de la sociedad civil en la defensa y promoción del interés público, ni tampoco se limita a la regulación normativa, sino que se orienta a las responsabilidades de ejecución y administración propiamente dichas (CASO TAJ MAHAL DISCOTEQUE Y OTROS, 2004).

Posteriormente, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC (Caso Juan Callegeri), de fecha 15 de julio de 2004, expresó que:

"El concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión: el interés público.

(...)

11. El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa. La administración estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público. El interés se expresa confluyentemente como el valor que una cosa posee en sí misma y como la consecuencia de la inclinación colectiva hacia algo que resulta atractivo, apreciable y útil. De allí que Fernando Sainz Moreno [“Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico”, Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N.º 008, enero - marzo de 1976] plantee que la noción interés público se entienda como expresiones del valor público que en sí mismo tienen ciertas cosas; o bien como expresión de aquello que únicamente interesa al público. Dicho interés es tan relevante que el Estado lo titulariza, incluyéndolo entre los fines que debe perseguir necesaria y permanentemente. En ese aspecto, Emilio Fernández Vázquez (“Diccionario de derecho público”. Buenos Aires: Astrea, 1981) enfatiza que “El Estado no puede tener más que intereses públicos”; razón por la cual éste está comprendido en un régimen de Derecho Público. Consecuentemente, el interés público es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo. Como bien refiere Fernando Sainz Moreno (vide supra), en sí misma, la noción de “interés público” se distingue, aunque no se opone, a la noción de “interés privado”. Dicha distinción radica en que, por su capital importancia para la vida coexistencial, el interés público no puede ser objeto de disposición como si fuese privado. Empero, el carácter público del interés no implica oposición ni desvinculación con el interés privado. No existe una naturaleza “impersonal” que lo haga distinto del que anima “particularmente” a los ciudadanos. Por el contrario, se sustenta en la suma de los intereses compartidos por cada uno de ellos. Por ende, no se opone, ni se superpone, sino que, axiológicamente, asume el interés privado. Es por eso que su preeminencia no surge de la valoración de lo

distinto, sino de lo general y común. En ese contexto, la discrecionalidad opera cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público. (...). Al respecto, Juan Igartua Salaverría, citando a Eduardo García de Enterría, [“Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa”, Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N.º 092, octubre - diciembre de 1996], precisa que “la Administración, está obligada a justificar las razones que imponen la decisión en el sentido del interés público de una manera concreta y específica y no con una mera afirmación o invocación abstracta”. Por ello, para Igartua Salaverría, las decisiones de la Administración no gozan de presunción alguna, y no basta que se expresen en formas típicas e iterativas. Al contrario, el ejercicio de una potestad discrecional debe acompañarse de una motivación que muestre puntualmente el nexo coherente entre el medio adoptado y el interés general circunscrito al que apunta. Es así que el interés público, como concepto indeterminado, se construye sobre la base de la motivación de las decisiones, como requisito sine qua non de la potestad discrecional de la Administración, quedando excluida toda posibilidad de arbitrariedad. (...)” (CASO JUAN CALLEGARI HERAZO, 2004).

3.3. LAS ACCIONES DE INTERÉS PÚBLICO: DERECHO DE INTERÉS PÚBLICO.

Para el profesor LUCIANO LOPEZ, al hacer referencia al derecho de interés público, expresa que “(...) aquel se forma sobre la base de la perspectiva particular de solucionar los casos de transcendencia social, comunitaria y colectiva (...)” (2008, pág. 67).

Definiendo, por otro lado, el término “*acciones de interés público*” como “(...) la materialización del resultado del proceso deliberativo que encarna el interés público; es decir, es la forma de traducir y ejecutar la posición teórica que el particular enfoque del interés público le ha atribuido a los asuntos o temas de interés general, respecto de los cuales los agentes de la sociedad civil, participantes en tal proceso de deliberación, han concluido en consenso (...)” (Lopez Flores, 2008, pág. 70).

Con lo cual tendríamos que: el interés público es la posición teórica, mientras que la acción de interés público es la consecuencia práctica de dicha posición (método); consecuentemente, "(...) el interés público no puede lograr sus metas si no existe de por medio una acción de interés público (...)" (Lopez Flores, 2008, pág. 70); todo esto, en el marco de lo que denomina GORKI GONZALES, como "*polivalencia táctica*", el cual está determinado por la capacidad de actuación simultánea en múltiples espacios para colocar o acentuar la "posición jurídico-político" que entraña el enfoque del interés público en el tema discutido; esto es, su vínculo sustancial con el "(...) Estado constitucional y su funcionalidad para el desarrollo de acciones orientadas a la defensa de derechos y afirmación de la institucionalidad democrática (...)" (Gonzales Mantilla, 2002, pág. 15).

Es así, agrega el citado autor, que "(...) el resultado del consenso generado por el interés público tiene incidencia directa en todos los ámbitos del quehacer ciudadano; donde la polivalencia alude así a la capacidad de recoger dicha multiplicidad en búsqueda de propiciar institucionalidad democrática; siendo dicha virtud la que explica que lo público pueda ser considerado como una instancia de mediación entre la sociedad civil y el Estado. Así, la defensa de los derechos ciudadanos, tanto como las estrategias orientadas a preservar o reformar las instituciones políticas-jurídicas son inherentes a dicha funcionalidad del interés público (...)" (Gonzales Mantilla, 2002, págs. 24-25).

3.4. CASOS DE INTERÉS PÚBLICO: SU DETERMINACIÓN.

Otro aspecto relevante respecto al concepto de interés público, es referente a los casos de interés público.

Sobre el particular, el profesor LOPEZ FLORES señala que "(...) se justificaría la denominación de un **caso como de interés público**, siempre y cuando, el mismo se vincule con la defensa de los derechos fundamentales, la observancia de principios y valores constitucionales o la instrumentalización del caso para generar institucionalidad democrática, que tenga un correlato arribar a una decisión de política

pública, tanto a nivel jurisdiccional –un precedente- o político en estricto –una ley u otra disposición normativa, una decisión del Estado en torno al tema o caso- (...)” [Resaltado nuestro] (2008, pág. 74).

3.5. INTERÉS PÚBLICO Y DERECHOS HUMANOS.

GONZALES MANTILLA sostiene que, “(...) es posible afirmar que existe un nivel de complementariedad entre la perspectiva de los derechos humanos y el interés público; entendiendo, que lo público genera un procedimiento de deliberación ciudadana con incidencia positiva y directa en las instituciones del Estado, que implica a su vez la puesta en marcha de mecanismos necesarios para vincular a los ciudadanos- que es donde se activa el interés público- con la institucionalidad emergente; siendo dichos mecanismos los derechos fundamentales, núcleos de garantías cuya entidad es reconocible pero no por ello desvinculada del interés público; lo cual le permite concluir que en su ejercicio los derechos fundamentales se impregnan de la carga política del interés público, porque desde su vigencia depende el fortalecimiento o erosión del Estado constitucional; de este modo, los derechos fundamentales son, a su vez, la bisagra que permite integrar plenamente los principios que rigen el ordenamiento político, con la función del Estado orientada a la protección y defensa de tales derechos (...)” (2002, págs. 19-20).

Esto le permite concluir, al citado autor, que “(...) dicha relación produce una recíproca e inevitable influencia que genera un espacio compartido: el sistema jurídico-político; entendiendo, que mientras lo público permite su articulación desde la sociedad civil, los derechos fundamentales los justifican y legitiman (...)” (Gonzales Mantilla, 2002, pág. 20).

4. RESPONSABILIDAD DE LOS JUECES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.

Si entendemos a los jueces como “funcionarios públicos” al servicio del ciudadano, cabe señalar que *per se* asumen responsabilidad por el mal uso del poder que detentan; siendo ésta en palabras del profesor FLORES LOPEZ “(...) residual, tributaria y consecuente del control constitucional de

la decisión judicial (...)” (Lopez Flores, 2016, pág. 513); con lo cual termina siendo, agrega el autor, “(...) una herramienta que coadyuva a legitimar la función judicial, fortaleciéndola a través de hacer responsables a los funcionarios y al Estado por un deficiente servicio de justicia materializado en el dictado de la sentencia arbitraria (...)” [Resaltado nuestro] (Lopez Flores, 2016, pág. 513); y que -citando a Berizone y Fucito-, manifiesta, también “(...) Así, desde este punto de vista, la responsabilidad se convierte en un instrumento de política pública que coadyuva al normal funcionamiento del servicio de justicia (...)” (Lopez Flores, 2016, pág. 513).

Respecto a la responsabilidad de los jueces tenemos que CAPPELLETTI expresa la siguiente:

El término "responsabilidad judicial", es indudablemente ambiguo porque significa tanto el ejercicio de un poder como la responsabilidad consiguiente. Aun en su primer significado, el poder involucra no sólo un derecho sino también un deber; es un derecho-deber, de naturaleza pública, que tienen algunos órganos o personas -tribunales y jueces- para ejercer la función jurisdiccional de dictar sentencias. Y puesto que hay principios y normas escritos o consuetudinarios que reglamentan ese derecho-deber, la consecuencia obvia es que haya una responsabilidad directa de quienes ejercen esa función, y posiblemente indirecta del Estado, cuando tales principios y normas son transgredidos (2009, págs. 28-29).

En esta misma línea, el profesor GONZALES MANTILLA ha señalado que:

La enorme responsabilidad del juez y el poder que ella representa hace necesario, entonces, considerar la posibilidad de acentuar la concurrencia de herramientas diversas para que la razón de los jueces sea un reflejo nutrido por las razones públicas, un eco articulado de las voces más vulnerables de la sociedad, lo cual hace aún más evidente la relevancia de la argumentación jurídica como aspecto sensible para la integridad del sistema democrático (2009, pág. 87).

4.1. SENTENCIA ARBITRARIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.

Si concebimos al derecho (protección) de la persona frente a las decisiones judiciales arbitrarias, como un concreto desarrollo del

reconocimiento implícito del *principio de interdicción de la arbitrariedad*²⁰, nos permite afirmar que ello precisamente es una obligación que en caso de incumplimiento acarrea la responsabilidad del juzgador en el paradigma del Estado constitucional (el cual va de la mano con la debida motivación).

Sin embargo, ante la pregunta ¿en qué momento estamos ante una sentencia arbitraria? Podemos señalar lo manifestado por el profesor LOPEZ FLORES quien expresa que “(...) calificar a una sentencia como arbitraria presupone, (...), la previa realización de una acción de control sobre dicho acto jurisdiccional, solo así podrá ser catalogada de arbitraria y abrirá paso a la responsabilidad del magistrado por su emisión. (...)” (2016, pág. 497); siendo complementada tal afirmación, por el citado autor, en los siguientes términos “(...), una sentencia será arbitraria cuando traicione el deber de motivación. Y la arbitrariedad – más allá de ser siempre un “error judicial” en sentido amplio- decanta en la responsabilidad (...)” (2016, pág. 514).

Aquí también cabe señalar lo estipulado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 00728-2008-PHC/TC (Caso Giuliana Llamoja), de fecha trece de octubre de dos mil ocho, sobre la sentencia arbitraria por indebida motivación, que:

La sentencia arbitraria por indebida motivación y el principio de la interdicción de la arbitrariedad. 8. De modo similar, en sentencia anterior, este Tribunal Constitucional (Exp. N.º05601-2006-PA/TC. FJ 3) ha tenido la oportunidad de precisar que “El derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una

²⁰ Ver la STC recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC (Caso Juan Callegari Herazo), en su fundamento 12, señala que el principio de interdicción de la arbitrariedad tiene un doble significado: a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y, b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad.

motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional". En ese sentido, si bien el dictado de una sentencia condenatoria per se no vulnera derechos fundamentales, sí lo hace cuando dicha facultad se ejerce de manera arbitraria, esto es, cuando no se motivan debidamente o en todo caso legítimamente las decisiones adoptadas y/o no se observan los procedimientos constitucionales y legales establecidos para su adopción. La arbitrariedad en tanto es irrazonable implica inconstitucionalidad. Por tanto, toda sentencia que sea caprichosa; que sea más bien fruto del decisionismo que de la aplicación del derecho; que esté más próxima a la voluntad que a la justicia o a la razón; que sus conclusiones sean ajenas a la lógica, será obviamente una sentencia arbitraria, injusta y, por lo tanto, inconstitucional. 9. Lo expuesto se fundamenta además en el principio de interdicción o prohibición de la arbitrariedad, el cual surge del Estado Democrático de Derecho (artículo 3º y 43º de la Constitución Política), y tiene un doble significado: a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y, b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo (Exp. N.º 0090-2004-AA/TC.FJ 12). A lo dicho, debe agregarse que constituye deber primordial del Estado peruano garantizar la plena vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, interdictando o prohibiendo cualquier forma de arbitrariedad (artículo 44º, de la Norma Fundamental) (...)" (CASO GIULIANA LLAMOJA HILARES, 2008).

En consecuencia, si entendemos que en "(...) el Estado Constitucional la responsabilidad e independencia judicial: son dos caras de una misma moneda (...)" (Lopez Flores, 2016, pág. 509); nos permite afirmar que luego que un juez constitucional determine la arbitrariedad de la sentencia, este podría atribuirle al funcionario responsable (juez) las responsabilidades políticas, civiles o administrativas que corresponda (no la responsabilidad penal puesto que ello implicaría determinar si existió dolo u negligencia, que no es materia de esta investigación); con lo cual "(...) se equilibra la independencia a la cual tiene derecho el Juez que emitió la decisión cuestionada y se derrota,

a su vez y justificadamente, la inmutabilidad de la cosa juzgada (...)" (Lopez Flores, 2016, pág. 515).

5. DECANTANDO LA HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.

La hipótesis que planteo se asienta sobre la base del paradigma del Estado constitucional cuyos postulados nos llevan a entender la Constitución como dúctil, en la coexistencia de la ley, los derechos y la justicia. Esto es, donde la tutela efectiva de los derechos y el fortalecimiento de la institucionalidad democrática son los pilares fundamentales de una sociedad jurídicamente organizada.

En consecuencia, y como se ha explicado en las líneas precedentes, dicho paradigma tiene un gran impacto sobre el proceso -igual que sobre el juez-; por lo que, para los fines de la presente investigación, consideramos que el proceso desde el Estado constitucional, a lo cual nosotros denominamos Modelo de Proceso Garantista (o "Constitucionalismo Procesal"), se sostenga en los siguientes pilares:

- i) La defensa de los derechos fundamentales: tutela efectiva de derechos;
- ii) La independencia – imparcialidad judicial: como instrumentos dirigidos a la tutela jurisdiccional de derechos privados, sino además como medio para cumplir una función pública del Estado;
- iii) La igualdad de "armas" de las partes: garantía del debido proceso; y,
- iv) La prestación idónea del servicio público de justicia como parte de la tutela jurisdiccional efectiva: servicio al ciudadano.

Esto hará, a nuestro entender, que el proceso esté dominado por garantías procesales-constitucionales, a través de las cuales la idea del juez creador de derecho cobrará especial relevancia y estará garantizado; denotándose su "*constitucionalismo*" (influencia en el Estado constitucional) en la solución jurídica elaborada para cada caso en concreto (sentencia).

Sin embargo, quiero dejar en claro que no considero que todo el proceso debe ser constitucionalizado, sino que todo proceso debe verse a la luz de

la Constitución; lo cual son llamados por el profesor LOPEZ FLORES: “(...) **casos constitucionales (...)**”; los mismos que no son patrimonio exclusivo de los procesos constitucionales; bajo los parámetros de un modelo que el citado autor denomina: “(...) *justicia constitucional difuminada (...)*” (2015, pág. 16); esto en concordancia con lo señalado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 3694-2012-PA/TC (Caso Mario Torres), de fecha catorce de diciembre de dos mil doce, al expresar:

1. Que en efecto, en la jurisdicción constitucional comparada es pacífico asumir que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales les corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios. Conforme al artículo 138° de la Constitución, los jueces administran justicia con arreglo a la Constitución y las leyes, puesto que ellos también garantizan una adecuada protección de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Sostener lo contrario significaría afirmar que el amparo es el único medio para salvaguardar los derechos constitucionales, a pesar de que a través de otros procesos judiciales también es posible obtener el mismo resultado. **De igual modo debe tenerse presente que todos los jueces se encuentran vinculados por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos; más aún, la Constitución los habilita a efectuar el control difuso conforme a su artículo 138°** (Cfr. Exp. N° 3792-2010-AA/TC) [Resaltado nuestro] (CASO MARIO TORRES ANDRADE, 2012)

Consecuentemente, tenemos que **los jueces ordinarios no están exentos de valorar los derechos invocados**, ya que a partir de ello deberán emitir sus decisiones (tutela de los derechos fundamentales). Esto en nuestra doctrina si bien no se ha concretizado, creemos que a nivel jurisprudencial se ha dado las primeras luces -lo cual reiteramos-; por ejemplo, en la STC N° 1417-2005-AA/TC (Caso Anicama); STC 02132-2008-PA/TC (Caso Proceso de Alimentos); y, STC N° 0206-2005-PA/TC (Caso Laboral); entre otros.

Es en este sentido, que líneas arriba concluimos, que en el marco del Estado constitucional al juez le corresponde como “obligación” evaluar los derechos invocados en el proceso en concreto, independientemente de la materia o el

objeto de la *litis* en la que nos encontremos; lo que nosotros llamaremos: modelo de identificación de los derechos; para que partir de ello, pueda determinar o no la actuación procesal complementaria (por ejemplo: prueba de oficio), el cual se dará en cumplimiento de su mandato constitucional de administración de justicia impuesta a esta función estatal por el modelo de Estado adoptado por nuestra Constitución; debiéndose tener presente también que, desde un concepto epistemológico, se debe prever un procedimiento (acción) estructurado a fin de contrarrestar -o al menos minimizar- la tendencia de las partes a distorsionar la verdad; "(...) dotándole al Juez, a quien le compete la función epistémica fundamental, de un rol más activo y determinante para la obtención de la verdad de los hechos; debiendo, por tanto, dirigir sus actuaciones, en el curso del proceso, hacia esa finalidad (...)", según el profesor TARUFFO (2012, págs. 207-221).

Esto, resultaría siendo por completo obvio, pues sería contradictorio que quien tenga la responsabilidad de determinar la verdad de un hecho (o evaluar los derechos en litigio) no tenga la posibilidad de obtener los conocimientos necesarios para este fin, que otros sujetos: las partes o terceros, no le ha proporcionado; respetando, claro está, el principio del contradictorio y de imparcialidad; más aún si cabe la posibilidad que al momento de ordenar prueba de oficio todavía no esté convencido de nada, sino que simplemente ha descubierto que ese medio de prueba podría ser útil para la determinación de los hechos; destacándose la búsqueda de la verdad como un elemento esencial de la imparcialidad; lo cual convierte al juez, en consideración de TARUFFO, en el "(...) *Juez de los Hechos* (...)" (2012, págs. 217-221).

Es así que habiendo esbozado esta primera premisa; nos corresponderá, en base al modelo planteado de proceso -garantista-, **justificar la práctica de la prueba de oficio** desde el Estado constitucional (por qué), para luego señalar el lugar que ocupa dentro del esquema probatorio planteado (dónde), así como el momento en que cabe ser utilizado (cuándo) y los límites que deben considerarse al momento usarlas (cómo); esto partiendo de la idea que dicha actuación representa una manifestación del deber del

juez de tutelar los derechos fundamentales e indagar la verdad de los hechos en un proceso judicial.

Como regla general, sabemos que para la tutela de nuestros derechos fundamentales, y dentro de cada proceso, cada “*actor procesal*” cumple un rol a efectos de que al final del proceso se encuentre la verdad jurídica (en la medida de lo posible, claro está); debiéndose utilizar para ello todas las herramientas jurídicas que brinda el derecho; por ejemplo, en el caso del Juez, la actuación de la prueba de oficio.

Así tenemos, en respuesta a la primera pregunta (**por qué**), que la prueba de oficio no carece de relevancia jurídica, pues su finalidad es asegurar – entre otros- la efectiva igualdad de las partes en el proceso, el develamiento de fraudes en perjuicio de terceros e impedir sentencias inhibitorias y nulidades futuras; y con ello dar sustento jurídico (argumentación) a las decisiones de los jueces: principales actores en este nuevo paradigma constitucional.

En consecuencia, si en el marco del Estado constitucional se desprende que la función del juez es: la tutela de los derechos fundamentales; debiendo para ello, evitar que la desigualdad entre las personas afecte el desarrollo y/o resultado del proceso; no debe extrañarnos que los procesos judiciales no sean vistos más como *un simple debate entre intereses privados*, sino que por el contrario se establezcan límites o medidas que eviten los excesos de una de ellas sobre otra; consagrándose, en tal sentido, los deberes de lealtad, veracidad, probidad, y buena fe; además, de regularse la posibilidad de sancionar las conductas dilatorias o que paralicen el proceso por parte del propio juzgador -incluso-; y en el caso en particular, la posibilidad del juez de dictar prueba de oficio; más aún si debemos entender que la etapa probatoria debe tener una finalidad epistémica; esto es, procurar acceder al conocimiento de los hechos jurídicamente relevante (búsqueda de la verdad jurídica objetiva).

Al respecto, sobre el hecho de contar con la verdad jurídica, debemos hacer las siguientes precisiones, en palabras de VELÁSQUEZ MELÉNDEZ:

i) Contar con la verdad es necesario pero no suficiente para alcanzar decisiones justas, pues a pesar de verificarla, puede ocurrir una mala aplicación del Derecho; ii) No decimos que la verdad sea el objeto de la prueba, sino que es su finalidad, la que difícilmente será alcanzada en el proceso; iii) Pero la dificultad de acceso a la verdad en el proceso no significa que deba renunciarse a su búsqueda; iv) La verdad supone una correspondencia entre afirmación y realidad, pero en el proceso solo se “aceptan” hipótesis como verdaderas, que si bien es algo distinto es lo más que puede hacerse para acercarse a la finalidad de la prueba; y, v) La búsqueda de la verdad debe ponderarse con otros principios que limitan tal búsqueda, pero nunca debe rechazarse a priori pues eso implicaría abrir las puertas, sin más, a errores en los hechos e injusticias en las decisiones (2015, págs. 252-254).

Lo mencionado hasta aquí nos permite justificar o responder por qué debe admitirse las pruebas de oficio. En efecto, el juez al tener como norte la consecución la protección de los derechos fundamentales –como lo es desde del Estado constitucional-, puede comprenderse el porqué de la necesidad de que el juzgador decreta pruebas de oficio que le sirvan para el esclarecimiento de los hechos, así como para emitir una sentencia fundada en derecho.

Ahora, respecto a **dónde** se ubica la prueba de oficio, podemos decir que el juez pueda decretar prueba de oficio ante su falta de convicción sobre los hechos, lo que bien puede ser entendido como una situación de incertidumbre al momento de sentenciar (por ejemplo: insuficiencia probatoria por ausencia de prueba o insuficiencia en sentido estricto – empate probatorio de las partes-).

Sobre la incertidumbre TARUFFO ha señalado que “(...) el enunciado sobre los hechos formulados por las partes, hasta la emisión de la decisión final sobre el caso, tiene el estatus epistémico de incertidumbre; el cual durante el proceso puede ser dudosa e incierta o verdadera o falsa (...)” (2012, págs. 29-30).

En consecuencia, ahora nos corresponderá determinar en qué casos el Juez deja su status de observador y toma un rol activo en un proceso judicial, independientemente de la vía judicial, especialidad o materia.

Por ello, respecto a **cuándo** corresponde practicar prueba de oficio, tenemos que el juez deberá en primer lugar, aplicar los estándares de prueba (carga de la prueba) a quien debió probar y no lo hizo (insuficiencia probatoria por ausencia de pruebas), o a quien probó pero no le alcanzó para superar al grado de prueba de su contraparte (insuficiencia en sentido estricto o empate probatorio).

Esto nos lleva a preguntarnos ¿al juez le corresponderá determinar prueba de oficio en todos los casos? La respuesta preliminar que esbozamos es que NO debería actuar prueba de oficio en todos los casos, sino que en un Estado constitucional deberá el juzgador evaluar los casos en función a los derechos discutidos o invocados, como hemos señalado precedentemente.

Más aún si el juez podría encontrarse en los siguientes dos supuestos, con sus respectivas consecuencias:

- Si en el caso en concreto el juzgador no observa insuficiencia probatoria, le correspondería aplicar los estándares de prueba – carga de la prueba a las partes; y,
- Si en el caso en concreto el juzgador observa insuficiencia probatoria, al juzgador le correspondería aplicar prueba de oficio, según sea el caso.

Sin embargo, en este último ítem, debemos mencionar que se podrían dar dos situaciones más; por ejemplo:

- La insuficiencia probatoria por ausencia de pruebas; y,
- La insuficiencia en sentido estricto o empate probatorio.

En el **primer caso**, al juez no le correspondería incorporar prueba de oficio, debido a que dicho accionar a nuestro entender suplantaría a alguna parte (a quien debió probar y no lo hizo), rompiendo con ello las garantías del proceso; reconociendo, solo una excepción, cuando estemos en un caso

donde una de las partes no tenga la mismas posibilidades de probar por razones económicas, políticas, etc. (por ejemplo: un madre no pide prueba de ADN para determinar la filiación de su hijo por falta de recursos económicos, el Juez, por su parte, puede decretar dicha prueba como de oficio, predominando el interés superior del niño); en cambio, en el **segundo caso** (ante la situación de que quien probó no le alcanzó para superar al grado de prueba de su contraparte), si le correspondería incorporar medios probatorios complementarios; esto es, pruebas de oficio.

Acá, entendemos, que la razón es básicamente una sola: si el juez concluye que en dichos casos no está convencido sobre la probanza de un hecho (dejando claro que se trata de un hecho alegado por las partes y de indispensable esclarecimiento para la resolución de la causa), entonces él deberá ordenar (poder- deber) la actuación de una prueba de oficio ¿Y en qué sustentaría su accionar? Nosotros consideramos, en la necesidad de buscar la verdad jurídica objetiva en el proceso.

Ante esto, debemos realizar un deslinde conceptual para definir qué es una facultad discrecional, poder discrecional y qué es un deber jurídico. Se entiende por *facultad* en significados más puramente jurídicos como derecho subjetivo, poder, potestad o atribución. Tanto *facultad* como *poder* (del latín *potere*) tienen significado similar pues esta última significa facultad para hacer o abstenerse o para mandar algo. Ahora, lo *discrecional* técnicamente significa la posibilidad de que una autoridad elija entre dos o más opciones con idéntica legitimidad. De otro lado, "(...) deber jurídico, es la necesidad moral de una acción u omisión, impuesta por ley, pacto o decisión unilateral irrevocable, para servicio o beneficio ajeno y cumplimiento de los fines exigidos por el ordenamiento social humano (...)", en palabras de IBARRA DELGADO (2014, pág. 216).

Aquí debe tenerse en cuenta también que la otra cara de ordenar prueba de oficio es la argumentación (motivación) que deberá hacer el juez al momento de desestimar o rechazar los medios probatorios que considere inútiles o dilatorios y que pueda llevar al exceso, al desequilibrio de la relación procesal o violente el debido proceso; lo cual implicaría evaluar diversas garantías procesales tales como: principios fundamentales de acción, de libertad de

alegar, de libertad de probar, a un juez imparcial, a la verdad, a una decisión justa.

Ahora, también debemos señalar de forma categórica que ante esta situación la incorporación y actuación de medios probatorios de oficio (o complementarios) no deriva del ejercicio de algún derecho de las partes u otros sujetos procesales, sino del rol del juez derivado del Estado constitucional, que más que facultad vendría ser un **poder-deber**, como hemos explicado líneas precedentes.

Resumiendo hasta aquí: tenemos que a los jueces les corresponde emitir decisiones justas teniendo en cuenta no solo los fines *per se* del proceso sino también desde la perspectiva de los derechos invocados (por ejemplo: previsional, laboral, interés superior del niño, identidad, etc.); para lo cual, el uso de la prueba de oficio, si ello resulta necesario y ante la insuficiencia probatoria de los partes (o incertidumbre en sentido estricto), le permitirá tener una mayor convicción (certeza) posible respecto a los hechos presentados.

Aquí conviene citar a DEVIS ECHANDIA, quien sostiene que "(...) la inexistencia de dirección judicial, haría que el debate probatorio se convertiría en una lucha privada y la prueba dejaría de tener carácter de actor procesal de interés público (...)" (2006, pág. 79).

Por otro lado, y como es sabido el derecho influye de manera trascendente en las distintas actuaciones a nivel social, jurídico y judicial, reorientando sus fines e impactando a la población en sus constantes problemas y dinámicas, desde perspectivas muchas veces alejadas de los intereses de la comunidad; por ello, es que urge una reevaluación de los conceptos tradicionales del mismo, desde el Estado constitucional; lo cual debe confluir en un todo integrado que regresa la mirada a la sociedad -individuos- como fin último del Estado.

Esto, nos lleva a plantearnos la siguiente pregunta *¿qué otro parámetro tendría el Juez para determinar la actuación sí o sí de la prueba de oficio?* sobre ello, consideramos, que podría vincularse con un concepto no nuevo

para el derecho, pero sí mejor definido, como es el de **interés público** – como enfoque jurídico-.

Debiéndose, precisar, que a este concepto debe desvestirse de toda vinculación directa y única a lo estatal: definición desfasada; puesto que hoy es concebido -en líneas generales- como resultado de un consenso en torno a intereses que la comunidad internacional considera importantes para su supervivencia o de donde su violación afecta a la comunidad internacional en su conjunto; es decir, donde la ciudadanía cumple un rol sumamente importante (de relevancia constitucional).

A esto debemos sumar lo señalado por el profesor LOPEZ FLORES respecto a “*las acciones de interés público*” entendidas como “(...) la materialización del resultado del proceso deliberativo que encarna el interés público; siendo la forma de traducir y ejecutar la posición teórica que el particular enfoque del interés público le ha atribuido a los asuntos o temas de interés general, respecto de los cuales los agentes de la sociedad civil, participantes en tal proceso de deliberación, han concluido en consenso; permitiéndonos, ampliar la perspectiva de cómo enfocar la litigación en aras de lograr no solamente la solución del caso concreto, sino también de cómo plantear líneas argumentativas sólidas que permitan que dicha solución trascienda -en visión macro- hacia el fortalecimiento de los derechos fundamentales de todos los miembros de la sociedad civil (...)” (Lopez Flores, 2008, pág. 70).

Aquí tenemos, en palabras del profesor LOPEZ FLORES, que “(...) la idea de lo *jurídico* que aporta el *interés público*, el cual, frente a los eventuales dilemas conceptuales en torno al contenido de los derechos constitucionales en juego que emergen del caso planteado, coadyuva a flexibilizar dogmas en pro de diseñar nuevas estrategias de defensa que permitan, ahora sí, una eficaz tutela de los derechos fundamentales; en otras palabras, implica ampliar la perspectiva de cómo enfocar la litigación en aras de lograr no solamente la solución del caso concreto, sino también de cómo plantear líneas argumentativas sólidas que permitan que dicha solución trascienda – en su versión macro- hacia el fortalecimiento de los derechos fundamentales de todos los miembros de la sociedad (...)” (Lopez Flores, 2002, pág. 143).

Es así que, a la luz del interés público, se debe arribar consensos que permitan formular “**posiciones jurídicas-políticas**” frente a los derechos fundamentales; que permitirá mostrar una textura consistente pero, a su vez, flexible y ágil, del planteamiento teórico formulado, en contraposición con la estructura rígida que la lógica formal le confiere a las nociones construidas por la dogmática imperante en la actualidad.

A continuación, veremos algunos casos donde prima el interés público y faculta al juez a dictar prueba de oficio; por ejemplo, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC (Caso Anicama), de fecha ocho de julio del dos mil cinco, ha señalado que:

58. Por otra parte, **dado que en los asuntos previsionales**, es la Administración o, en su caso, la entidad en la que prestó servicios el ex trabajador, las que se encuentran en mayor capacidad de proveer al Juez de los medios probatorios que coadyuvan a formar convicción en relación con el asunto controvertido, el hecho de que el recurrente no haya presentado los medios probatorios suficientes que permitan acreditar su pretensión, en principio, no puede considerarse como motivo suficiente para desestimar la demanda. En tales circunstancias, **es obligación del Juez recabar de oficio los medios probatorios que juzgue pertinentes**. (...)”²¹ [Resaltado nuestro] (CASO ANICAMA, 2005).

Igualmente, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 02132-2008-PA/TC (Caso Martínez García), de fecha nueve de mayo de dos mil once, el supremo intérprete de la Constitución, señaló que:

41. (...) en gran medida aquel principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y del adolescente, pues procesos como los de alimentos (fijación, aumento, reducción, extinción o prorrateo) requieren de **medidas especiales** –como la improcedencia del abandono de la instancia– **para hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales de los menores de edad**. Si en un proceso de alimentos el juez ha determinado en sentencia definitiva el pago de una pensión a

²¹ Fundamento recogido en la Casación N° 3168-2014-HUAURA, de fecha cuatro de septiembre de dos mil catorce, emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

favor de un menor de edad, resultaría arbitrario condenar a tal menor de edad –por inacción de su representante– a que se vuelva a iniciar un nuevo proceso para lograr el cobro de la respectiva pensión. 42. Finalmente, complementando lo hasta aquí expuesto, debe resaltarse **la obligación** ineludible del juez que fija la pensión de alimentos, de que al momento de realizar tal acto informe, bajo responsabilidad, tanto al obligado u obligada, como al representante o representantes del menor de edad, las obligaciones, derechos y consecuencias que se van a producir a partir de tal sentencia, los modos de acreditar el pago de la pensión de alimentos (recibos, cuentas bancarias, depósitos judiciales o cualquier medio objetivo idóneo), los plazos de prescripción, los supuestos en los que se pueda interrumpir o suspender la prescripción, entre otros asuntos que se estime pertinente según el caso concreto. Asimismo, es obligación de tal juzgador efectuar, **incluso de oficio**, una revisión periódica del cumplimiento de su mandato, **pero sobre todo vigilar que el menor de edad no se encuentre desamparado respecto de los alimentos que por derecho y por justicia le corresponden.** (...)” [Resaltado nuestro] (CASO MARTÍNEZ GARCÍA, 2011).

Por su parte en la Sentencia recaída en el Expediente N° 00227-2011-PA/TC (Caso Mariani Secada), de fecha cuatro de enero del dos mil doce, el Tribunal dispuso en su fundamento quinto que:

Este Colegiado aprecia también que detrás de **toda pretensión de declaración de paternidad subyace in vivo el ejercicio del derecho fundamental a la identidad**, el cual comprende el derecho a un nombre –conocer a sus padres y conservar sus apellidos, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica (Cfr. STC N° 02432-2005-PHC, Fundamento 4), **derecho éste que encuentra concretización y operatividad judicial en la actuación –de parte o de oficio– de la prueba de ADN**; razón por la cual la actuación de esta prueba no puede estar circunscrita o limitada en su uso a un único y específico proceso judicial (como alega el recurrente), sino que, por el contrario, su actuación corresponderá ser ordenada en todo tipo de proceso judicial cuando esté de por medio el derecho a la identidad de las personas (declaración judicial de paternidad), pues el ordenamiento procesal preconiza un sistema abierto de pruebas (típicos y atípicos), los cuales tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos

por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones (artículo 188º del Código Procesal Civil). (...). De modo tal que, en el caso de autos, **la orden de actuación de la prueba de ADN no vulnera derecho constitucional alguno** del recurrente, **sino que, por el contrario, constituye la concretización judicial del derecho** de Ludovica del Cisne Mariani Tapia a la identidad, a efectos de saber realmente quién es o no es su padre; a la par que constituye la concretización del valor Justicia en la resolución del proceso judicial. Por estos motivos, la demanda debe ser desestimada. (...)" [Resaltado nuestro] (CASO MARIANI SECADA, 2012).

Y en la Sentencia recaída en el expediente N° 0206-2005-PA/TC (Caso Baylón Flores), de fecha veintiocho de noviembre de dos mil cinco, se señaló en el fundamento diecinueve que:

De otro lado, conforme a la línea jurisprudencial **en materia de derechos laborales de carácter individual** (por todas Exp. N.º 2526-2003-AA), se ha establecido que el amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador **cuando se trate de hechos controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, que evidentemente no pueden dilucidarse a través del amparo**. En efecto, es claro que, en este supuesto, para que se produzca certeza en el juzgador, respecto de los puntos controvertidos, y pueda así sustentar su fallo en determinado sentido, **necesariamente tendrá que desarrollar la actividad probatoria a través de sus diversas etapas**, en particular respecto de la actuación y valoración de la prueba que, entre otras muchas, se relacionarán con declaraciones de parte, testigos, documentos (libros de planillas, informes), peritajes y, especialmente, **las pruebas de oficio**. (...)" [Resaltado nuestro] (CASO BAYLÓN FLORES, 2005).

Nuestra Corte Suprema en línea parecida se ha pronunciado en la Casación N° 1706-2015-LIMA, de fecha veinticuatro de noviembre de dos mil quince, que:

DÉCIMO SÉTIMO.- Siendo así, las instancias de mérito no han motivado debidamente sus sentencias explicando sobre la base de qué han determinado declarar fundada la demanda de reivindicación, **si no está claro aún que el predio materia de litis sea el mismo o distinto al predio objeto de prescripción, debiéndose por tales efectos ordenarse un dictamen pericial sobre los INFORMES TÉCNICOS emitidos** a fin de contrastar sus contenidos para determinar los alcances de cada uno y determinar el área a reivindicar, facultad que le es conferida a los jueces en virtud de lo previsto en el artículo 194 del Código Procesal Civil. (...)” [Resaltado nuestro] (CASO REINVIDICACIÓN - PICAULT KRONBERGER Y OTROS, 2015).

Asimismo, en la Casación N° 3315-2014-CUSCO, de fecha once de setiembre de dos mil quince, expresó que:

NOVENO.- (...) **habiéndose omitido precisar la ubicación exacta del área en litigio** concluyendo este Supremo Tribunal que **corresponde a las instancias de mérito cuando la apreciación de los hechos controvertidos requieren de conocimientos especiales de naturaleza técnica acudir** a lo prescrito por el artículo 262 del Código Procesal Civil **a la prueba de oficio** en uso de la facultad prevista por el artículo 194 concordante con el artículo 51 inciso 2 del precitado Código (...)” [Resaltado nuestro] (CASO REINVIDICACIÓN - PICAULT KRONBERGER Y OTROS, 2015)

A nivel internacional podemos citar la Sentencia T-264/09, de fecha tres de abril de dos mil nueve, emitida por la Corte Constitucional de Colombia, la cual al referirse a la prueba de oficio y su relación con el juzgador ha señalado:

4.9. En síntesis, el decreto oficioso de pruebas, en materia civil, no es una atribución o facultad postestativa del Juez: **es un verdadero deber legal**. En efecto, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente siempre que, a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del

sendero de la justicia material. **Como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, la facultad oficiosa del juez, deviene en un deber derivado de su papel como director del proceso y de su compromiso por hallar la verdad como presupuesto de la justicia, especialmente, si se toma en cuenta que la ley no impuso límites materiales al decreto de pruebas por parte del juez, como sí ocurre en el caso de las partes[62] (...)**” [Resaltado nuestro] (CASO DE PRUEBA DE OFICIO, 2011).

En la Sentencia T-591/11, de fecha cuatro de agosto de dos mil once, emitida por la Corte Constitucional de Colombia, ha señalado que:

5.22.- En suma, **dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho al acceso a la administración de justicia se encuentra el principio de prevalencia del derecho sustantivo sobre el procesal, y la pretensión de corrección de las decisiones judiciales.** Esta última demanda de corrección implica, entre otras cosas, que el derecho sustantivo se ejecute sobre una base fáctica ajustada a la verdad real, pues esta es un presupuesto esencial de la vigencia del derecho material. **En ese sentido, el juez de la causa debe tomar las medidas que estime necesarias para integrar al proceso los elementos de convicción necesarios para el establecimiento de la verdad. (...)**” [Resaltado nuestro] (CASO DE PRUEBA DE OFICIO, 2011)

Igualmente, podemos citar la Sentencia 49/2006, de trece de febrero de dos mil seis, del Tribunal Constitucional de España, a través de la cual se resolvió la pretensión de un ciudadano que se encontraba en proceso de extradición, declarándose la vulnerabilidad de sus derechos al no merituar los derechos materia de *litis* y no actuar prueba de oficio, en los siguientes términos:

4. Del contenido **de las actuaciones se desprende que el demandante de amparo satisfizo plenamente esa exigencia de desarrollo de una actividad probatoria mínimamente diligente** al aportar ante la Audiencia Nacional, como pruebas de la persecución política a la que su familia y él mismo estaban siendo sometido, no sólo recortes de prensa y una carta de su madre, sino también una carta del ex presidente del Parlamento albanés sobre su situación, así como un informe de la organización internacional Human Rights Watch, documentación que, por

lo demás, era coincidente con la presentada en el otro procedimiento extradicional que dio lugar a la STC 148/2004. 5. Una vez comprobado que el recurrente cumplió con la diligencia probatoria que de él se requería, hemos de afirmar, a la vista del contenido de las resoluciones impugnadas, que no cabe por el contrario decir lo mismo respecto de la actividad desarrollada a ese respecto por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. En consecuencia hemos de concluir, de conformidad con lo manifestado por el Ministerio Fiscal, **que la concesión de su extradición a Albania por los Autos recurridos ha vulnerado sus derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías, en relación con su derecho a las pruebas pertinentes para la defensa (art. 24.1 y 2 CE), al no haberse prestado la debida consideración a sus alegaciones de que era objeto de persecución política en Albania y de que su vida corría peligro de ser extraditado a dicho país y al haberse omitido recabar información del Estado reclamante con la que poder refutar tales alegaciones**; lo que, de acuerdo con la doctrina sentada en las SSTC 32/2003 y 148/2004, **constituye un déficit de tutela judicial efectiva del reclamado en un procedimiento de extradición cuando alega causas de denegación de la misma conectadas con la eventual vulneración de sus derechos fundamentales en el país de destino.(...)** [Resaltado y Subrayado nuestros] (CASO DE PRUEBA DE OFICIO, 2006).

Aquí encontramos la idea de que no puede limitarse al juez, en materia probatoria, cuando esté de por medio el interés colectivo (público); interés frente al cual, sólo cabe la sumisión del interés privado; más aún si tenemos en cuenta que en el Estado constitucional sería de interés público hacer justicia (convirtiéndolo en caso de interés público: por la relevancia de los derechos en disputa), y el único medio aceptable sería el descubrimiento de la verdad (mediante la prueba de oficio).

Hasta acá podemos advertir que el ejercicio del derecho plantea grandes retos, tales como:

- i) Seguridad jurídica;
- ii) Garantizar la protección y reconocimiento de los derechos fundamentales; y,

- iii) Organizar las instancias y funcionamiento del Estado, entre otras tareas que, en el vivir cotidiano del ejercicio legal, se trata de relacionar para llegar a un cumplimiento efectivo de la justicia, el orden (la ley) y la paz.

Para esto el interés público cumple una función principal, que en palabras de GONZALES MANTILLA es “(...) el interés público como herramienta conceptual de gran valor estratégico para la articulación de la institucionalidad democrática del Estado constitucional (...)” (2002, pág. 15) Es así que podemos estar ante un caso que a primera vista sea netamente privado pero al analizarse podría establecerse que estemos ante un caso de interés público que nos compete a todos como sociedad; con lo cual el Juez deberá activar su rol de garante de la Constitución por un fin superior; como es la tutela de los derechos fundamentales y la institucionalidad democrática, y con ello ordenar la actuación de medios probatorios de oficio ante la falta de certeza que le genera la insuficiencia probatoria dada por las partes procesales; debiendo, claro está, motivar debidamente su decisión; más aún si como lo hemos señalado previamente, la relación entre interés público y los derechos fundamentales que concebimos es de mera complementariedad; puesto que el primero vincula a la sociedad civil con la institucionalidad emergente, a través de los derechos fundamentales; con lo cual tenemos, en palabras de CALAMANDREI, citando a CHIOVENDA, que “(...) el equilibrio se rompe a favor del interés público, que claramente comienza a predominar sobre el privado (...)” (1945, pág. 145).

Otro concepto relevante en el presente esquema -para los fines de nuestra investigación- es la **búsqueda de la verdad**; el cual se construye en dos etapas:

- i) En la primera, el juez debe obtener la mayor cantidad de información jurídicamente relevante para la resolución del caso sometido a su estudio (evaluación); y,
- ii) En la segunda, y según la relevancia del mismo (analizando los derechos materia de debate), deberá ordenar la actuación de prueba oficio; aquí debe primar el mandato de dar prevalencia al derecho

sustancial en las actuaciones judiciales, y la obligación de los funcionarios de evitar fallos que erosionan el derecho al acceso a la administración de justicia de los justiciables; lo cual se constituiría en decisiones arbitrarias.

Además, deberá tenerse en cuenta **el principio de relevancia**, el cual TARUFFO, desde la “dimensión epistémica del proceso”, indica que “(...) si trata de determinar la verdad de un enunciado, es necesario que se puedan utilizar todas las informaciones útiles para alcanzar ese objetivo; es decir, todas las pruebas potencialmente útiles para la determinación de los hechos debieran ser admitidas en juicio -salvo las redundantes- (...)” (2012, págs. 170-175) .

Es en este sentido, tenemos que el proceso así concebido sería el resultado de una forma de comprender el Estado y el Derecho que aparece en un determinado momento. Es decir, “(...) Es el resultado de una visión determinada de la relación Poder Legislativo y Poder Judicial, de los valores que nos inspiran como sociedad -interés público u otros- y también es el resultado de una concepción sobre el conocimiento que privilegia el razonamiento lógico y que por ello tiene al contradictorio en la base misma de su comprensión (...)”, en palabras del profesor PRIORI POSADA (2015, pág. 983).

Por otro lado, otro aspecto importante que debemos abordar en la presente investigación, es sobre la supuesta pérdida de **imparcialidad u objetividad** del Juez al actuar una prueba de oficio en el proceso. Sobre el particular, conviene señalar, en primer lugar, que dicho accionar ya no es más calificada como meramente potestativa, sino hoy por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en materia previsional u otros) es un auténtico poder-deber²². Y si a ello, le sumamos que la estructura política del Estado constitucional exige estándares relacionados con la decisión judicial; esto nos permitirá inferir, preliminarmente, que los jueces no perderían su imparcialidad al dictar prueba de oficio, sino por el contrario lo comprometería mucho más

²² Ver el fundamento 56 de la Sentencia recaída en el Expediente número 1417-2005-AA/TC, de fecha 08 de julio de 2005.

debido a que está obligado a establecer la igualdad de las partes (igualdad de armas) en la controversia probatoria; asegurando, para ello:

- i) La legítima defensa;
- ii) El impulso procesal (sin dilaciones indebidas);
- iii) La calificación de los hechos representativos;
- iv) La identificación de la mejor manera de confirmar la veracidad de los hechos; y,
- v) La integración del ordenamiento jurídico vigente.

En este punto cabe preguntarnos también ¿cuál sería el accionar del Juez en un Estado constitucional si no está ante un “caso constitucional” bajo el enfoque del interés público o es de interés privado sin incertidumbre probatoria? bueno, al respecto, corresponde señalar que ante estas situaciones el juzgador deberá igualmente resolver el caso fundado en derecho, con la única diferencia que no actuaría prueba de oficio debido a que de los hechos alegados y pruebas aportadas le darían la necesaria certeza para poner fin al proceso bajo parámetros y lineamientos del Estado constitucional.

Aquí debemos señalar que la función judicial en el Estado constitucional echa mano de la discrecionalidad; siendo su contrapeso, claro está, la motivación de sus decisiones, entendida ésta como remedio frente a la arbitrariedad; con lo cual la independencia e imparcialidad se ven garantizadas, la una con la otra, cuando la decisión judicial es sometida al contradictorio y al escrutinio de un juez constitucional, como lo hemos señalado precedentemente.

Es común advertir que justicia que tarda no es justicia; con lo cual resulta coherente afirmar que todo ciudadano siempre buscará que la solución de sus controversias se produzcan en un plazo razonablemente corto (sin dilaciones indebidas), de modo que se resuelva el conflicto social o personal subyacente sin que se alargue la inseguridad jurídica de manera innecesaria;

lo cual va de la mano con la motivación, ya que cuanto más se dilate la aplicación de la justicia menor será la justificación de dicha decisión.

Esto en palabras de FERRER BELTRÁN, nos permite aseverar que pensar solo en la averiguación de la verdad solo justificaría largas investigaciones (y quizás un proceso decididamente inquisitivo), debiéndose ponderar, por tanto, "(...) los derechos en litigio –los derechos fundamentales, por ejemplo-, a efectos que la decisión adoptada en un corto lapso temporal sea acorde y fundada en derecho (...)" (2009, pág. 67).

Asimismo, debe tenerse en cuenta que esta iniciativa probatoria del Juez, no debe entenderse como ayuda al débil o al más débil sino como una manera de esclarecer la situación fáctica materia de controversia; esto es, la denominada verdad jurídica objetiva; no requiriéndose para ello "(...) una convicción psicológica interna (...)", en palabras de BONILLA CONCHA (2007, pág. 214). Además, la carga probatoria de oficio -repetimos- debe respetar el derecho de defensa de las partes (principio de contradicción y debido proceso); puesto que, si la producción de las pruebas de oficio se hiciera a sus espaldas o se les limitara el derecho de contradicción, se afectaría todo el proceso.

Esto, nos ayudará a resolver la última pregunta, en el sentido de **cómo** debería ordenarse o decretarse la prueba de oficio; al respecto, debemos señalar que al momento de la actuación de la prueba de oficio debe cumplirse con los parámetros establecidos por el profesor español JOAN PICÓ Y JUNOY, quien señala que dicho accionar "(...) tiene que estar sí o sí limitado a los hechos controvertidos que nacen de las posiciones de las partes, a las fuentes de prueba aportadas por las mismas; y, a los límites que imponen los principios de contradicción, con lo cual se garantiza el principio de igualdad de las partes y de imparcialidad del juez como tercero en la relación procesal heterocompositiva (...)" (2007, págs. 117-118).

Bajo tal contexto, tenemos que si cabe concebir a la prueba de oficio en un contexto probatorio de respeto de los derechos de defensa y de criterios de razonabilidad (Estado constitucional), que impidan la transformación del Juez en absoluto ayudante de una de las partes; debiéndose tener en cuenta, además, lo señalado por ALSINA que "(...) el conocimiento del Juez

no se forma, por lo regular, a través de un solo medio de prueba, sino que es consecuencia de una elaboración mental de reconstrucción mediante la confrontación de los distintos elementos de juicio que las partes le suministran (...)” (1961, pág. 227); lo cual debe ser concordado con lo señalado por MITIDIERO, quien expresa que “(...) la decisión será tanto más justa cuanto mayor sea la abertura del proceso hacia la búsqueda de la verdad (...)” (2016, pág. 208).

Por otro lado, postulamos que este accionar debería darse al momento del **saneamiento procesal** donde no solo se fijan los puntos controvertidos sino también se admiten los medios probatorios; con lo cual tendríamos un proceso muchos más predecible para los justiciables; en concordancia con el principio de preclusión, entendida como la pérdida de una “*facultad procesal*” que puede bien producirse “(...) por no realizar actuaciones procesales de manera oportuna (o haberlas realizado parcialmente) por parte de las partes procesales -que operan hacia dentro del proceso: presupuestos procesales-, y que incluye al juez, como sujeto procesal- produciendo vinculación a sus decisiones precedentes en el proceso- (...)” (Ariano Deho, 2013, págs. 31-32).

Teniendo, con ello el juzgador -y las partes- meridiana claridad respecto a los hechos y pruebas incorporados al proceso al momento de emitir su decisión final; siendo ya no más el objeto de la *Litis* un convidado de piedra; debiéndose precisar que esta aseveración o metodología en nada impediría que posteriormente, en el decurso del proceso, el juez pueda ordenar la actuación de pruebas adicionales, en caso se den hechos nuevos o pruebas que se pudieran conocer u obtener posteriormente a dicha etapa; en correcta aplicación y vigencia de la tutela judicial efectiva y debido proceso; es decir, sin menguar para nada el concepto de que las normas procesales deben ser de procedimientos laxos en el marco del Estado constitucional para privilegiar las convenciones procesales (por ejemplo: sin dilaciones indebidas, economía procesal, la carga de la prueba o reducción de los costos de los procesos judiciales, etc.) y, sobre todo, la planificación del proceso por parte del juzgador atendiendo al grado de complejidad del asunto, entre otros factores, de aquellos que piden una justicia pronta, imparcial y efectiva, lo cual nos “(...) permitiría tener una decisión final con

legitimidad y sentido democrático que requieren las partes- evitando, con ello, la emisión de sentencias injustas- (...);” conforme lo señala el profesor LOPEZ FLORES (2016, págs. 151-174).

Puesto que lo contrario, en concordancia con la profesora ARIANO DEHO, implicaría que “(...) tengamos un sistema de preclusiones rígidas -y precoces- en materia de prueba, el cual lesionaría abiertamente el derecho de defensa en cualquier estado del proceso (tanto en primer como en el segundo grado) que la Constitución nos asegura a todos; con la consecuencia de tener: sentencias irreversiblemente injustas, lo cual, se ha dicho, resultaría inaceptable y debería a constreñirnos a pensar en modelar *ex novo* todo nuestro «banalizado» proceso declarativo” (...)” (2013, pág. 165).

Asimismo, cabe recalcar que la profesora ARIANO DEHO, señala respecto al saneamiento procesal que “(...) de ninguna manera el auto de saneamiento -como el auto admisorio- pueden ser provisorios, radicando ahí su importancia para el proceso [y para nuestra investigación]; con lo cual el juez, *ex post*, en la sentencia, ya no podría volver a pronunciarse sobre lo mismo -por ejemplo: sobre la validez de la relación procesal o la necesidad de incorporar una prueba de oficio-, siendo, por tanto, vinculante en el proceso; ya que una vez emitida dicha resolución -de saneamiento-, se debe entender, “agota” el juzgador su poder de señalar aspectos que ya hizo anteriormente -como se ha dicho precedentemente-; por lo que, una vez llegado el momento de la sentencia, no le queda, como regla, sino emitir un pronunciamiento de fondo, estimatorio o desestimatorio de la demanda (...)” (2013, págs. 94-101); salvo las excepciones señaladas en los párrafos anteriores.

Con ello, evitaríamos lo que ARIANO DEHO²³ identificó en relación al accionar actual de nuestros magistrados al momento de dictar prueba de

²³ Ver el artículo de ARIANO DEHO (2003), “Prueba y Preclusión”, donde expresa que resulta pernicioso el sistema de preclusiones de nuestro sistema cuando este poder sí es utilizado por el juez, el cual habría sido elaborado partiendo de la mala fe de las partes y sus abogados. Agregando, que las partes estas están amarradas a plazos rígidos, cortos y perentorios, de tal forma que una vez definido el tema *probandum* las partes ya no pueden desplegar ninguna actividad probatoria. En cambio, el juez sí puede disponer las pruebas que estime convenientes para auto convencerse sobre las afirmaciones de una de las partes, sin que los

oficio: “(...) De allí que mientras las partes tienen que “vaciar el saco”, en sus “actos postulatorios (y luego tienen que callar) y “enseñar todas sus cartas” ofreciendo en ellos todas sus pruebas, el juez, si quiere –y cuando quiera–, puede ordenar “los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos”, pero ciertamente, “respetando el derecho de defensa de las partes” (o sea defenderse del juez no de la contraparte) (...).” (2001, pág. 80); entendiendo, la citada autora, que “(...) las facultades discrecionales e incontrolables del juez colocan en un estado de indefensión a las partes, puesto que una de ellas estará en ventaja en relación a la otra, que será la más perjudicada (...).” (2001, pág. 80).

Esto entendiendo, que la toma de decisiones sobre la prueba en el proceso en el marco de Estado constitucional debe estar sometida a **estrictas limitaciones temporales**. Así, ALFARO VALVERDE, en relación a los aspectos tiempo-espacio, ha señalado que es posible colegir dos tipos de parámetros o presupuestos a la iniciativa probatoria del juez:

- i) El temporal, en virtud del cual el juez no puede solicitar y actuar pruebas de oficio en cualquier etapa del proceso, sino solo luego de haber valorado los medios probatorios ofrecidos por las partes, es decir, después de la anuencia de pruebas en la etapa decisoria (para “mejor resolver”); y, ii) El materia, por el que se sostiene que para su ejercicio el juez debe argumentar que los medios ofrecidos han sido insuficientes para formarse convicción y resolver (2017, pág. 77).

Igualmente, el aspecto relevante en este punto también es la obligación que el juez tiene respecto a fundamentar el auto por el que ejerce este poder probatorio; no pudiéndolo sustentar, claro está, en cuestiones subjetivas; sino por el contrario, se le deberá exigir en sus decisiones, al menos, los siguientes criterios, conforme lo ha señalado ALFARO VALVERDE:

- i) Que no se haya excluido ninguna prueba relevante; ii) Se proceda a individualizar cada medio probatorio, y que las interferencias se fijen a partir de generalizaciones fundadas en conocimientos científicos o

interesados puedan hacer nada al respecto. Debiéndose, por tanto, replantearse el sistema de preclusiones para que asegure el derecho de las partes de defenderse probando, conforme ordena la Constitución y, con ello, realmente nos encontremos ante un proceso moderno.

empíricos; iii) Que la hipótesis se encuentre confirmada por los medios de prueba y no haya sido objeto de refutación; y, iv) Que la evidencia sea suficiente para superar el estándar de prueba que rija en el respectivo proceso (2017, pág. 186).

Ahora, **¿qué pasaría si el juez no cumple con el esquema planteado?** El no hacerlo -consideramos- vulneraría el derecho al debido proceso (o Tutela Judicial Efectiva, en cuanto a la concepción del proceso como servicio público); entendiendo en palabras del profesor LOPEZ FLORES, que:

El derecho constitucional a la Tutela Jurisdiccional se concibe como aquel que tiene todo sujeto de derechos –por el solo hecho de serlo- que lo habilita para exigir al Estado que haga efectiva su función jurisdiccional. Por consiguiente, una vez que ingresa al proceso para satisfacer su necesidad de justicia mediante la solución del conflicto intersubjetivo, el ciudadano requiere la protección de su derecho a contar con todas las herramientas inherentes al proceso judicial (observancia de las garantías mínimas), lo cual determinará la emisión de una solución justa por parte de quien deba resolver el conflicto. Esto último, en el Derecho peruano, es lo que atañe al Debido Proceso y aquello que lo dota de contenido (2002, págs. 157-158).

Al respecto, debemos traer a colación la sentencia recaída en el Expediente N° 1209-2006-PA/TC (Caso AMBEV PERU S.A.C), de fecha veintisiete de octubre del dos mil seis, a través del cual el Tribunal Constitucional ha señalado sobre el debido proceso que:

4.3. El debido proceso como garantía no sólo procedimental sino también sustancial de los derechos.

28. Unido a las consideraciones precedentes, debe también tenerse en cuenta que la **dimensión sustancial del debido proceso** abre las puertas para un control no sólo formal del proceso judicial sino que incide y controla también los contenidos de la decisión en el marco del Estado Constitucional. **Es decir, la posibilidad de la corrección no sólo formal de la decisión judicial, sino también la razonabilidad y proporcionalidad con que debe actuar todo juez en el marco de la Constitución y las leyes.** Como lo ha precisado la Corte Constitucional Colombiana en criterio que en este extremo suscribimos, “El derecho al debido proceso es un derecho fundamental constitucional, instituido para proteger a los ciudadanos contra los abusos y desviaciones de las autoridades, originadas no sólo en las

actuaciones procesales **sino de las decisiones que adoptan y pueda afectar injustamente los derechos e intereses legítimos de aquellos**”[9]

29. Por nuestra parte, hemos expresado que a partir del debido proceso también es posible un control que no es sólo procesal o formal, sino también material o sustancial, respecto de la actuación jurisdiccional vinculado esta vez con la proporcionalidad y razonabilidad de las decisiones que emite en el marco de sus potestades y competencias[10]. En este sentido hemos establecido que, “el debido proceso no es sólo un derecho de connotación procesal, que se traduce (...) en el respeto de determinados atributos, sino también una institución compleja, que no alude sólo a un proceso intrínsecamente correcto y leal, justo sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también como un proceso capaz de consentir la consecución de resultados esperados, en el sentido de oportunidad y de eficacia”[11].

30. **El debido proceso en su dimensión sustancial quiere significar un mecanismo de control sobre las propias decisiones y sus efectos, cuando a partir de dichas actuaciones o decisiones se afecta de modo manifiesto y grave cualquier derecho fundamental (y no sólo los establecidos en el artículo 4° del CPConst.). No se trata desde luego que la justicia constitucional asuma el papel de revisión de todo cuanto haya sido resuelto por la justicia ordinaria a través de estos mecanismos, pero tampoco de crear zonas de intangibilidad para que la arbitrariedad o la injusticia puedan prosperar cubiertas con algún manto de justicia procedimental o formal. En otras palabras, en el Estado Constitucional, lo “debido” no sólo está referido al cómo se ha de actuar sino también a qué contenidos son admitidos como válidos. Tal como refiere Bernal Pulido[12], el Estado Constitucional bien puede ser definido en su dimensión objetiva como un “conjunto de procesos debidos” que vinculan la actuación de los poderes públicos a los principios, valores y reglas del Estado democrático.**

31. De este modo, también a partir de la dimensión sustancial del debido proceso, cualquier decisión judicial puede ser evaluada por el juez constitucional no sólo con relación a los derechos enunciativamente señalados en el artículo 4° del CPConst. sino a partir de la posible afectación que supongan en la esfera de los derechos constitucionales. En consecuencia, el argumento de Backus, en el sentido de que el derecho a la libertad de empresa, comercio e industria no deben merecer análisis por este Colegiado al no tratarse de derechos incluidos en el ámbito de la tutela procesal efectiva,

carece de sustento y en consecuencia se debe proseguir a su análisis. (...)”
[Resaltado nuestro] (CASO AMBEV PERÚ SA, 2006).

Debiéndose tener en cuenta, además, que “(...) en el “*neoconstitucionalismo*” las normas son principios o reglas. Los principios son los derechos, sus garantías y las normas que los consagran, todos fundamentales. Los principios tienen una estructura normativa conformada por el supuesto de hecho -que fluye del derecho fundamental y que siempre es la vulneración de su contenido- y la consecuencia jurídica -que fluye de la garantía del derecho fundamental y que siempre implica un obrar negativo o positivo estatal-; consecuentemente, los principios no tienen un supuesto de hecho abierto y se aplican todo o nada y no de modo parcial. A esto se suma que los contenidos del principio del debido proceso son también principios y no reglas (...)” (Gonzalez Alvarez, 2013, pág. 206).

Es así que en relación al debido proceso debemos tener en cuenta lo siguiente:

i) Los derechos fundamentales no son sus garantías, ni viceversa; ii) El principio fundamental de acción está conformado normativo-estructuralmente por el derecho de acción y sus correlativas garantías que son, entre las más importantes, la tutela jurisdiccional y el debido proceso; iii) El debido proceso es garantía del derecho de acción, y ambos tienen sus contenidos vinculados entre sí; y, iv) El principio de proporcionalidad, permite delimitar los contenidos de los derechos y garantías fundamentales, cuando interactúan en un caso concreto: como por ejemplo: i) debido proceso como garantía del derecho de participación democrática; ii) debido proceso como garantía del derecho a la eficiencia del proceso; o, iii) debido proceso como derecho a las mínimas garantías a la garantía de máximos derechos (Gonzalez Alvarez, 2013, pág. 207).

Es respecto a este último ítem que en palabras de GONZALEZ ALVAREZ, se vierte un nuevo concepto, como es el debido proceso proporcional, entendido:

[como] una concepción neoprocesal del debido proceso, es decir, encajada en el orden normativo de los principios comprendidos con una

estructura (normativa) integral entre derechos y sus correlativas garantías; así, el derecho de acción tiene entre sus correlativas garantías las de tutela jurisdiccional y debido proceso, la primera es garantía del derecho de acción, como derecho a la tutela jurisdiccional (plano del método jurídico normológico); y la segunda, en sentido amplio, es garantía del derecho de acción como derecho a la justicia (plano del método jurídico dialógico) y, en sentido estricto, es garantía del derecho de acción como derecho al proceso (plano del método jurídico sociológico). La conjunción estructural del derecho de acción con sus correlativas garantías se denomina principio de acción, en tanto esto no es óbice para denominar “principio” al derecho de acción (y a cualquiera de los derechos fundamentales contenidos en él) o a cualquiera de sus garantías, pues recuérdese que neoconstitucionalmente los principios son los derechos, sus garantías y las normas que los consagran, todos fundamentales. Si bien, el debido proceso, tiene una composición trialista ésta es integrativista, es decir, no presume separación alguna de su estructura pues obra, toda ella (2013, pág. 231).

Señalando, a su vez, el citado autor, que:

El principio, propiamente garantía, de debido proceso proporcional, como se puede ver, participa de la estructura integrativistatrialista del objeto jurídico, transitando por el escenario neoconstitucional en tanto se solventa en la democracia constitucional, ergo, en el Estado democrático de derecho, por lo que, su naturaleza fundamental no es oscilante sino permanente, de manera que no se puede identificar el debido proceso como estructura meramente formal, sino siempre procesal fundamental; en consecuencia, el desdoblamiento que nace de la perspectiva del common law sobre el debido proceso, en tanto se le asigna una faz sustantiva (substantive dueprocess) y otra procesal (procedural dueprocess), es absolutamente intolerable en la concepción neoprocesal del debido proceso. (...)" (2013, pág. 232).

Expresando, igualmente, que:

Si el debido proceso es siempre procesal fundamental, su aplicación siempre será ponderativa, sea por interacción intensa o por aplicación de todo el contenido del principio de proporcionalidad, soportado en el criterio de razonabilidad. En el primer caso, que es el de actuación de la

garantía de debido proceso por interacción principal intensa, los principios obran espontáneamente, *motu proprio* o *in natura*, de manera que el aplicador no requiere desplegar el contenido del principio de proporcionalidad y en él el criterio de razonabilidad, particularmente debido a que se trata de manifestaciones principales de eficiencia es decir de principios técnicos procesales, caracterizados porque son binarios o dicotómicos, que no por ello dejan de comprometer contenidos fundamentales. En el segundo caso, que es el de actuación forzosa (motivada con razonabilidad) de los principios, éstos conjuran la arbitrariedad por declaración jurisdiccional expresa, lo que bien puede ocurrir en el proceso ordinario o en el proceso constitucional, sin que ello justifique una diferenciación entre debido proceso constitucional o debido proceso legal, que es altamente innecesaria e impertinente frente a la perpetua naturaleza procesal fundamental del debido proceso. El principio de proporcionalidad es fundamento de la efectividad procesal. En cualquiera de las situaciones en que obra la garantía de debido proceso, no deja de ser proporcional, no deja de ser un debido proceso proporcional. (...). Los contenidos del debido proceso son fundamentales, por tanto no pueden ser contenidos mínimos, sino son **siempre máximos**, en tanto esta maximización también comprende su interpretación y aplicación a través del principio de proporcionalidad, el cual, actúa en forma espontánea en la interacción latente (o intensa, que compromete solo el contenido de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, como resultado no como aplicación) de los contenidos del debido proceso; y en forma forzosa en casos de interacción patente de los contenidos del debido proceso, es decir, fluctúa inherente al obrar del debido proceso (que compromete los tres sub principios del principio de proporcionalidad, como interpretación y aplicación), razón por la que no queda sino hablar de debido proceso proporcional [Resaltado y Subrayado nuestro] (Gonzalez Alvarez, 2013, págs. 232-233).

Por otro lado, cabe manifestar también lo señalado por ELIZABETH CABRASER, quien traduciendo su texto APPORTIONING DUE PROCESS: PRESERVING THE RIGHT TO²⁴, expresa que si nuestro sistema de

²⁴ Texto original:

"If our civil litigation system is to maintain—or recapture—its integrity, its efficiency, and the confidence of the public whose health, safety, and financial security depends upon it, pragmatic due process, in which necessity is the mother of procedural innovation, must be practiced. The term "pragmatic" may be

litigación civil es mantener -o recuperar- su integridad, su eficiencia y la confianza del público -cuya salud, seguridad, y la seguridad financiera depende de ello-, será el concepto de **debido proceso pragmático**, el que debe practicarse. A pesar que el término "pragmático" puede ser desfavorable, ya que, para algunos, puede connotar una indiferencia o reducción del principio (Cabraser, pág. 473).

Por ello, la citada autora, señala que en el caso del debido proceso, principio y pragmatismo son aliados. Agregando que el debido proceso pragmático no es menos puro y no ignora las devastadoras realidades del costo y la demora sobre la administración de justicia. Así, el **debido proceso pragmático es proporcional**, y es más fiel a los principios subyacentes del debido proceso en su reconocimiento como un debido proceso perfecto, desde un punto de vista, que permitiría inferir como una negación del proceso sobre el otro (Cabraser, pág. 473).

Asimismo, describe que el debido proceso no tolera las duras desigualdades observadas con demasiada frecuencia, pero no corregidas, en complejos litigios; donde defensores y adjudicadores que caen en la trampa de ver debido proceso desde una perspectiva de riesgo distorsiona las decisiones que perjudican a uno lado mientras busca proteger al otro (Cabraser, pág. 473).

Por ello, concluye la profesora, que **el debido proceso exige un reconocimiento y protección de los derechos de "ambas partes ahora"**. El debido proceso no existe si no se comparte entre adversarios. Debe ser

disfavored, because it may, to some, connote a disregard or discount of principle. In the case of due process, however, principle and pragmatism are allies. Pragmatic due process is no less pure than that which ignores the devastating realities of cost and delay upon the administration of justice. Pragmatic due process is proportional, and is most faithful to the underlying principles of due process in its recognition that perfect due process, from the standpoint of one side, may work as a denial of process upon the other. Due process does not tolerate the stark disparities all too often observed, but uncorrected, in complex litigation. Advocates and adjudicators who fall into the trap of seeing due process from one perspective risk distorted decisions that prejudice one side while seeking to protect the other. Due process demands a recognition and protection of the rights of "both sides now."¹⁴⁶ Due process does not exist if it is not shared among adversaries. It must be apportioned. Each side may feel affronted, or deprived, of perfect due process if it does not receive all of the process that it wishes in a given case. But if there is a shortage of judicial resources, as indeed there is, and if the time and money of each side is finite, which it is, then due process must be allocated so that all have some, lest many have none".

distribuido. Cada parte puede sentirse afrentada, o privada, del debido proceso perfecto si no recibe todo el proceso que desea en un caso dado. Pero "(...) si hay una escasez de recursos judiciales, como de hecho existe, y si el tiempo y el dinero de cada lado son finitos, lo cual es, entonces el debido proceso debe ser asignado para que todos tengan alguno, para que muchos no tengan ninguno (...)" (Cabrerer, pág. 473).

Todo esto, consideramos, acarrea en el Juez una gran responsabilidad (por ejemplo: el poder-deber de no aplicar la ley inconstitucional), la cual se plasma, como lo ha establecido SAGER, en la "(...) obligación de ofrecer las razones que fundamentan sus decisiones a los demás jueces como al público en general; y estas razones, consecuentemente, deben ser: accesibles públicamente y defendibles públicamente (...)" [Resaltado nuestro] (2004, págs. 91-107); utilizando para ello la interpretación constitucional (STC N° 05854-2005-AA/TC) o la argumentación jurídica (debida motivación: *test de proporcionalidad*); pudiéndose consolidar -en el mejor de los casos- una "Teoría del Precedente"; en la cual la función de los jueces sea especializada y esté dirigida a evaluar las normas, la conducta gubernamental y de los privados a la luz de la Constitución.

Aquí debe quedar claro que la disposición de actuaciones de oficio, debe ser viable, o en término del Estado constitucional, ser posible; significando que tras un examen acucioso y concienzudo por parte del juzgador, éste deberá concluir acerca de su posibilidad, y más aún si con dicha actuación se generen elementos de convicción que le permitan un mejor resolver, imponiéndose como requisito que éstos, sean indispensables y manifiestamente útiles para el esclarecimiento de la verdad; cuidándose, en todo sentido, de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes o vulnerándose algún derecho fundamental.

Visto así las cosas, es evidente que la **responsabilidad judicial** derivada de una sentencia arbitraria implicaría el previo control –constitucional- de la motivación de dicho fallo; por lo que, habiendo señalado precedentemente que la falta de actuación de una prueba de oficio (según el modelo propuesto) sería atentar el derecho fundamental al debido proceso (o Tutela Judicial Efectiva, en cuanto a la concepción del proceso como servicio

público), nos permite afirmar que dicha sentencia no estaría acorde a derecho con lo cual sería arbitraria e injusta; donde la arbitrariedad supone la ausencia de motivación o motivación indebida en la toma de decisiones judiciales; haciéndolo susceptible a que se la atribuya las responsabilidades de ley.

Esto es, en palabras de la profesora ARIANO DEHO, teniendo un adecuado régimen de responsabilidad, que:

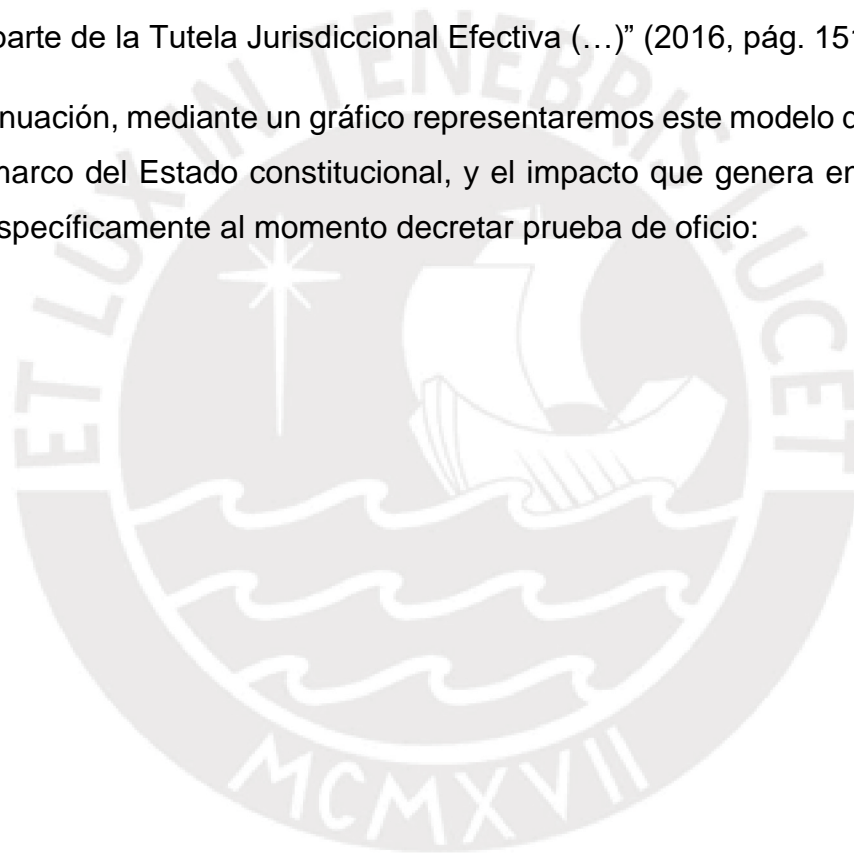
i) Desde el ángulo de los jueces implicaría la responsabilidad por desviación de su primario deber de sometimiento a la ley lo cual debe conducirles a una severa responsabilidad disciplinaria y penal; y, ii) Desde el ángulo del justiciable-víctima implicaría la objetiva desviación del aparato jurisdiccional de sus funciones debe conducir a una responsabilidad por los daños provocados a cargo única y exclusivamente del Estado-juez. Dentro de este supuesto debería comprenderse tanto los daños provocados por error judicial (en tanto no imputables a la propia parte) como de las normas reguladoras del ejercicio de la potestad jurisdiccional –o sea del proceso- (lo que los españoles llaman “funcionamiento anormal de la administración de justicia”), que no necesariamente serían provocados por acción u omisión del juez, sino también de los demás miembros del aparato judicial (2005, pág. 16)

En resumen, tenemos que una vez establecidas las consideraciones precedentes sobre los fines del proceso, y la relación entre la verdad y la justicia, resulta claro que el decreto oficioso de pruebas constituye una manifestación del deber de juez de indagar la verdad de los hechos antes de tomar una decisión determinada, con pleno sustento en la adopción de la forma política del Estado constitucional, en donde el juez deja de ser un frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley, para adoptar el papel de garante de los derechos materiales; lo cual nos permitiría tener un proceso justo en el que se resalte la verdad jurídica; lo que en palabras de GIOVANNI PRIORI, sobre la materia (en un Estado constitucional), sería que “(...) la solución al caso debe ser ante todo y sobre todo constitucional, antes que legal, y en esa solución, la interpretación de la ley y de las demás normas jurídicas deben ser realizadas siempre conforme a la Constitución (...)” (2015, pág. 3); en tal

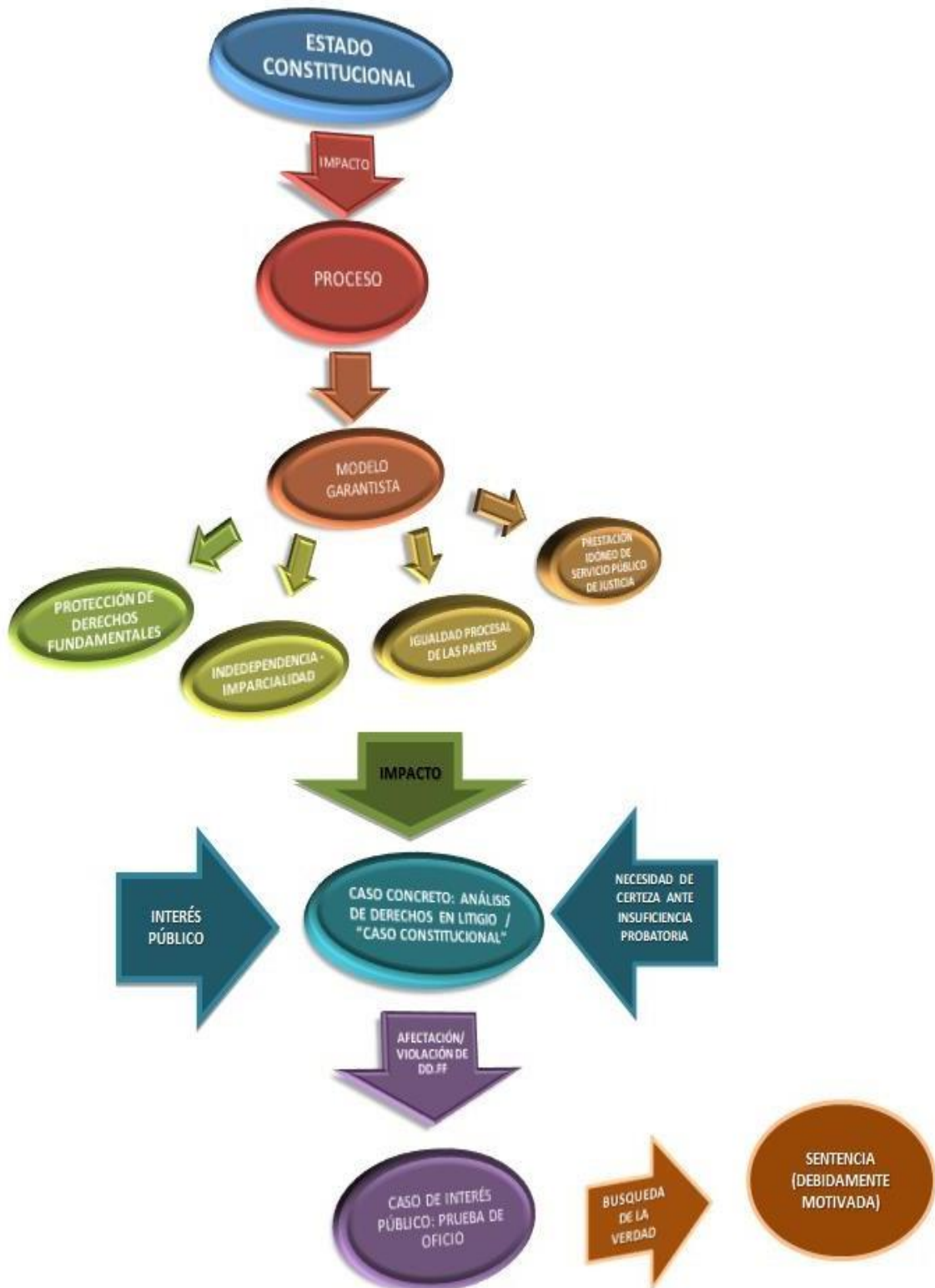
sentido, cuando un juez se encuentre frente a la prueba de oficio (cualquiera sea la vía procesal), deberá pensar dos veces si le corresponde seguir la ley o aplicar un juicio de constitucionalidad (evaluar los intereses en litigio) a fin de tutelar los derechos de las partes involucradas en cada caso en concreto.

Destacándose, a su vez, la decisión judicial como la “concretización del Estado constitucional” o en palabras del profesor LÓPEZ FLORES del *“Estado de los Derechos Fundamentales”*; donde a las “(...) partes se les haya respetado las garantías mínimas del proceso, como son: la defensa de los derechos fundamentales, la independencia – imparcialidad judicial, la igualdad de armas de las partes y la prestación idónea del servicio público de justicia como parte de la Tutela Jurisdiccional Efectiva (...)” (2016, pág. 151).

A continuación, mediante un gráfico representaremos este modelo de proceso en el marco del Estado constitucional, y el impacto que genera en el rol del juez, específicamente al momento decretar prueba de oficio:



**CUADRO N° 02
 MODELO DE PROCESO GARANTISTA EN EL MARCO DEL ESTADO
 CONSTITUCIONAL**



CAPITULO IV

MODELO DE RAZONAMIENTO PARA DECRETAR PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO DESDE EL MARCO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL (DESARROLLO DE LA HIPÓTESIS)

Hasta el momento se ha podido constatar la validez constitucional de la iniciativa probatoria del juez; dejándose atrás conceptos respecto a que dicha situación implicaría: i) la presencia de un sistema político autoritario (régimen dictatorial – sistema procesal publicístico o inquisitivo); ii) la incapacidad de ordenar pruebas de oficio; iii) la pérdida de imparcialidad (objetividad); o, iv) la negación de la búsqueda de la verdad (procesal) como fin de la prueba y del proceso en sí mismo; con lo cual la formulación atenuada del principio de aportación de parte (así como las reglas de carga de la prueba) tiene una base constitucional en la que sostenerse: el Estado constitucional, pues como hemos visto -precedentemente- tanto nuestra Constitución como el Tribunal Constitucional nos han enmarcado en dicho paradigma; debiéndose tomar en cuenta, además, que el juez en este estadio tiene como deber fundamental el velar por la efectividad en la tutela de los derechos fundamentales de cada ciudadano, logrando con ello la paz social con justicia.

Ahora como bien sabemos la prueba como actividad tiene como función de comprobar la producción de los hechos condicionantes a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas o, lo que es lo mismo, determinar el valor de la verdad de las proposiciones que describen la ocurrencia de esos hechos condicionantes; sin embargo, debe tenerse en cuenta también que dicha finalidad no puede excluir otras; así FERRER BELTRÁN señala que “(...) en este caso, estaríamos en una excepción, entendida como la imposición de excepciones a las reglas de la epistemología general en aras de la protección jurídica con la averiguación de la verdad; así, por ejemplo, puede mencionarse el interés por la celeridad en la toma de una decisión que resuelva el conflicto planteado y que lo haga definitivamente, la garantía de la paz social, la protección de los derechos individuales o el secreto de determinadas comunicaciones (como la que se dé entre abogado y cliente), etc. (...)” (2009, págs. 62-63).

Para lo cual el juez cuenta también con el poder jurídico necesario para ponderar no solo esos principios sino los intereses de las partes, evitando que por cualquier circunstancia se genere el desequilibrio de la defensa de cada una de ellas (en base al modelo de proceso planteado). Esto, en cuanto podría suponer no sólo la afectación de sus derechos fundamentales de orden procesal, sino el incumplimiento estatal de las obligaciones que emanan de las constituciones de cada Estado.

Con lo cual, cabe rescatar la importancia de la ponderación (de derechos) para la formulación de decisiones justas que permitan otorgar seguridad jurídica respecto al contenido y alcance de los derechos fundamentales; puesto que en la práctica jurídica, éstos conformarían un sistema jurisprudencial que permitiría la aplicación consistente-coherente de los principios y la predicción de los resultados (precedentes); y así el ejercicio de la ponderación les permitirá la legitimación de su función en el contexto de un régimen democrático, esto es, desde el marco del Estado constitucional.

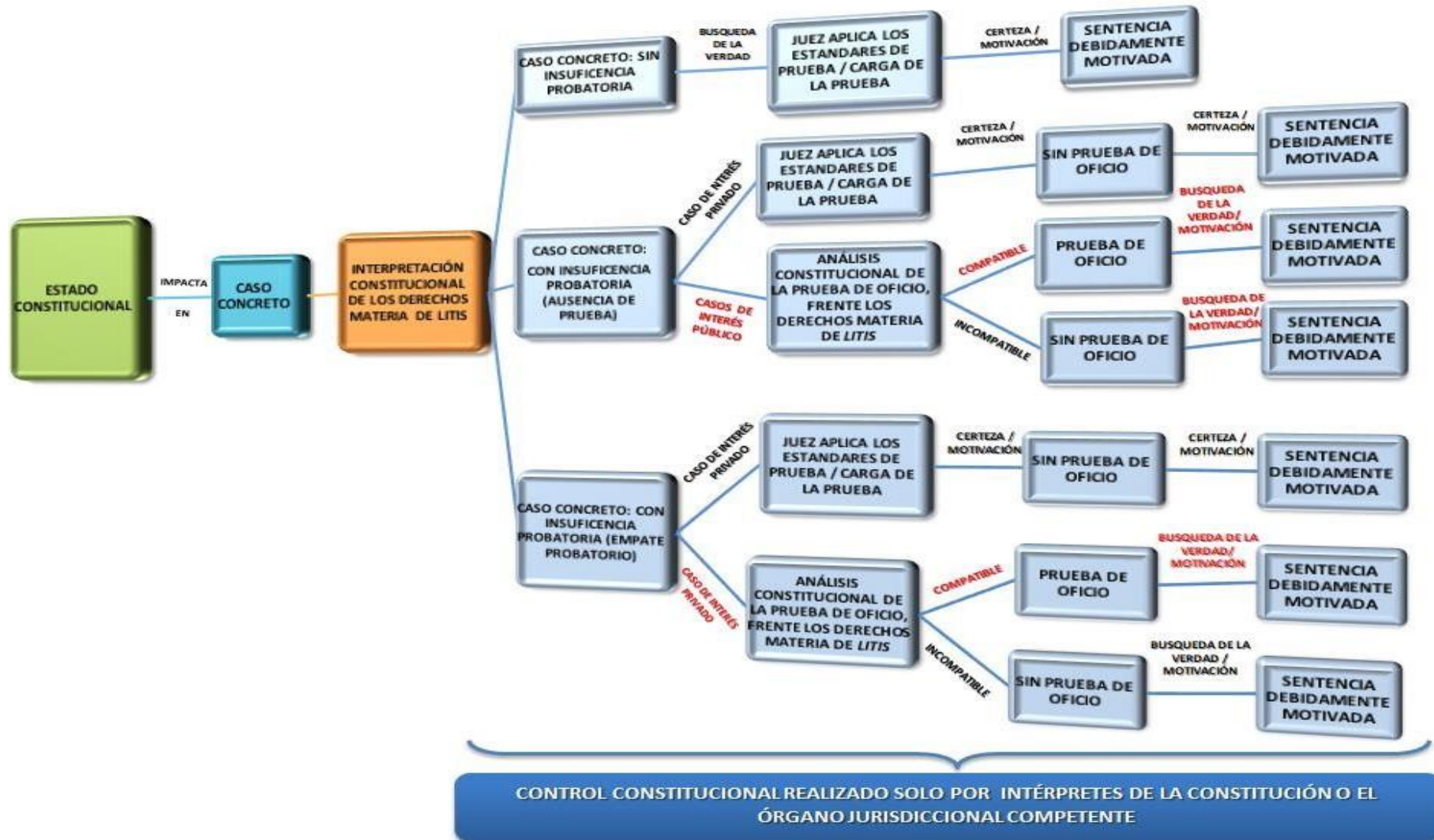
Por ende, la misión del juez no consistirá en determinar de manera concluyente cuál ha de ser la única interpretación posibles, sino, en cualquier caso, indicar qué interpretaciones resultan intolerables –en este caso para no decretar prueba de oficio-; partiendo de la idea que “(...) la interpretación constitucional supone, fundamentalmente, un ejercicio intelectual que debe responder a problemas de convivencia en una sociedad con aspiraciones plurales y que ha creído que la Constitución puede ser un nexo o punto de unidad de esa convivencia (...)”, en palabras del profesor GRÁNDEZ CASTRO (2016, págs. 83-84).

Por ello, planteamos como eje central de la tesis un modelo de razonamiento para decretar o no prueba de oficio en el proceso desde el Estado constitucional; el cual mostramos en el cuadro siguiente:

1. PLANTEAMIENTO PARA UN ADECUADO RAZONAMIENTO AL MOMENTO DE DECRETAR PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO DESDE EL MARCO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL.

CUADRO N° 03

MODELO DE RAZONAMIENTO PARA DECRETAR PRUEBA DE OFICIO DESDE EL MARCO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL



**1º PASO: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS EN LITIGIO EN EL CASO
EN CONCRETO: CASO CONSTITUCIONAL.**

Este análisis de constitucionalidad supone, entonces, implícitamente un acto de interpretación constitucional de los derechos en litigio (modelo de identificación de los derechos); es decir, determinar su contenido esencial, a efectos de que el Juez tenga claro ante qué derechos se encuentra en frente y cuál sería el rigor probatorio que **permita llegar a la verdad objetiva en el proceso**, que implique, a su vez, la tutela efectiva de los derechos fundamentales.

Por ejemplo, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC (Caso Anicama), de fecha ocho de julio del dos mil cinco, respecto al contenido de los derechos fundamentales, así como de los derechos de configuración legal y eficacia de los mismos, que:

2.1. **Los derechos de sustento constitucional directo.** 9. Existen determinados derechos de origen internacional, legal, consuetudinario, administrativo, contractual, etc., que carecen de fundamento constitucional directo, y que, consecuentemente, no son susceptibles de ser protegidos a través del proceso de amparo. La noción de “*sustento constitucional directo*” a que hace referencia el artículo 38º del Código Procesal Constitucional, no se reduce a una tutela normativa del texto constitucional formal. Alude, antes bien, a una protección de la Constitución en sentido material (*pro homine*), en el que se integra la Norma Fundamental con los tratados de derechos humanos, tanto a nivel positivo (artículo 55º de la Constitución), como a nivel interpretativo (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución); y con las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales que así lo requieran. Tales disposiciones conforman el denominado canon de control constitucional o “*bloque de constitucionalidad*”. De ahí que el artículo 79º del Código Procesal Constitucional, establezca que “[p]ara apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar (...) el ejercicio de los derechos fundamentales”. 10. Un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un

marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa. Correspondiendo un mayor o menor desarrollo legislativo, en función de la opción legislativa de desarrollar los derechos fundamentales establecidos por el constituyente.

2.2. Los derechos fundamentales de configuración legal. 11. La distinta eficacia de las disposiciones constitucionales, da lugar a que éstas puedan ser divididas entre “*normas regla*” y “*normas principio*”. Mientras que las primeras se identifican con mandatos concretos de carácter autoaplicativo y son, consecuentemente, judicializables, las segundas constituyen mandatos de optimización, normas abiertas de eficacia diferida, que requieren de la intermediación de la fuente legal, para alcanzar plena concreción y ser susceptibles de judicialización. En tal perspectiva, existen determinados derechos fundamentales cuyo contenido constitucional directamente protegido, requiere ser delimitado por la ley, sea porque así lo ha previsto la propia Carta Fundamental (vg. el artículo 27º de la Constitución en relación con el derecho a la estabilidad laboral. Cfr. STC 0976-2001-AA, Fundamento 11 y ss.) o en razón de su propia naturaleza (vg. los derechos sociales, económicos y culturales). En estos casos, nos encontramos ante las denominadas leyes de configuración de derechos fundamentales. 12. Los derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido *per se* inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito *sine qua non* para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental. Y es que si bien algunos derechos fundamentales pueden tener un carácter jurídico abierto, ello no significa que se traten de derechos “en blanco”, es decir, expuestos a la discrecional regulación del legislador, pues el constituyente ha planteado un grado de certeza interpretativa en su reconocimiento constitucional directo. Aquí se encuentra de por medio el principio de “libre configuración de la ley por el legislador”, conforme al cual debe entenderse que es el legislador el llamado a definir la política social del Estado social y democrático de derecho. En tal sentido, éste goza de una

amplia reserva legal como instrumento de la formación de la voluntad política en materia social. Sin embargo, dicha capacidad configuradora se encuentra limitada por el contenido esencial de los derechos fundamentales, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales.

2.3. La distinta eficacia de los derechos fundamentales. 13. De esta manera, la distinta eficacia que presentan los derechos fundamentales entre sí, no sólo reposa en cuestiones teóricas de carácter histórico, sino que estas diferencias revisten significativas repercusiones prácticas. En tal sentido, cabe distinguir los derechos de preceptividad inmediata o autoaplicativos, de aquellos otros denominados prestacionales, de preceptividad diferida, progresivos o programáticos (STC 0011-2002-AI, Fundamento 9). A esta última categoría pertenecen los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales (DESC) que, en tanto derechos subjetivos de los particulares y obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercitarlos de manera plena. Tal es el sentido de la Undécima Disposición Final y Transitoria (UDFT) de la Constitución, al establecer que “[l]as disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente” (Fundamento 13). 14. Si bien los DESC son derechos fundamentales, tienen la naturaleza propia de un derecho público subjetivo, antes que la de un derecho de aplicación directa. Lo cual no significa que sean “creación” del legislador. En tanto derechos fundamentales, son derechos de la persona reconocidos por el Estado y no otorgados por éste. Sin embargo, su reconocimiento constitucional no es suficiente para dotarlos de eficacia plena, pues su vinculación jurídica sólo queda configurada a partir de su regulación legal, la que los convierte en judicialmente exigibles. Por ello, en la Constitución mantienen la condición de una declaración jurídica formal, mientras que la ley los convierte en un mandato jurídico aprobatorio de un derecho social. 15. Lo expuesto significa que en determinadas circunstancias los DESC no pueden ser objeto de una pretensión susceptible de estimación al interior del proceso de amparo (vg. la exigencia judicial al Estado de un puesto de trabajo o una prestación de vivienda). Ello, sin embargo, no puede ser considerado como una regla absoluta. En efecto, tal como se ha

precisado en otro momento, el principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la UDFT de la Constitución, “no puede ser entendido con carácter indeterminado y, de este modo, servir de alegato frecuente ante la inacción del Estado, pues para este Colegiado la progresividad del gasto no está exenta de observar el establecimiento de plazos razonables, ni de acciones concretas y constantes del Estado para la implementación de políticas públicas” (STC 2945-2003-AA, Fundamento 36). En esa perspectiva, entre los deberes del Estado previstos en el artículo 44º de la Constitución, no sólo se encuentra el garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales, sino también *“promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”*. 16. Por ello, si bien es cierto que la efectividad de los DESC requiere la actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población.

17. Los DESC cumplen efectos positivos, vinculando al Estado y a los particulares en la promoción de las condiciones para su cabal eficacia. Asimismo, generan efectos negativos, al proscribir toda conducta gubernamental o particular que niegue u obstaculice su goce y ejercicio.

18. Debe recordarse que *“toda política pública nace de obligaciones objetivas concretas que tienen como finalidad primordial el resguardo de derechos tomando como base el respeto a la dignidad de la persona, y que en el caso de la ejecución presupuestal para fines sociales, esta no debe considerarse como un gasto sino como una inversión social. Por esta razón, sostener que los derechos sociales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, no solo es una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución (Morón Diaz, Fabio. La dignidad y la solidaridad como principios rectores del diseño y aplicación de la legislación en materia de seguridad social. Anuario de Derecho Constitucional. CIEDLA. Buenos Aires 2000. Pág. 668). (...) En consecuencia, la exigencia judicial de un derecho social dependerá de*

factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando puedan comprobarse acciones concretas de su parte para la ejecución de políticas sociales”. (STC 2945-2003-AA, Fundamentos 18 y 33). 19. Así las cosas, en el Estado social y democrático de derecho, la *ratio fundamentalis* no puede ser privativa de los denominados derechos de defensa, es decir, de aquellos derechos cuya plena vigencia se encuentra, en principio, garantizada con una conducta estatal abstencionista, sino que es compartida también por los derechos de prestación que reclaman del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, a efectos de asegurar las condiciones mínimas para una vida acorde con el principio-derecho de dignidad humana.

2.4. El contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales. 20. Tal como refiere Manuel Medina Guerrero, “*en cuanto integrantes del contenido constitucionalmente protegido, cabría distinguir, de un lado, un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados, y, de otra parte, el contenido esencial, absolutamente intangible para el legislador; y, extramuros del contenido constitucionalmente protegido, un contenido adicional formado por aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiera crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales*” (La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales. Madrid: McGraw-Hill, 1996, p. 41). 21. Así las cosas, todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental sólo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume. Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse a priori, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación

medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona. En tal sentido, el contenido esencial de un derecho fundamental y los límites que sobre la base de éste resultan admisibles, forman una unidad; por lo que, en la ponderación que resulte necesaria a efectos de determinar la validez de tales límites, cumplen una función vital los principios de interpretación constitucional de “unidad de la Constitución” y de “concordancia práctica”, cuyo principal cometido es optimizar la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en su conjunto. 22. Si bien es cierto que la exactitud de aquello que constituye o no el contenido protegido por parte de un derecho fundamental, y, más específicamente, el contenido esencial de dicho derecho, sólo puede ser determinado a la luz de cada caso concreto, no menos cierto es que existen determinadas premisas generales que pueden coadyuvar en su ubicación. Para ello, es preciso tener presente la estructura de todo derecho fundamental. (...).” [Resaltado y Subrayado nuestros] (CASO ANICAMA, 2005).

A esto podemos agregar lo señalado por Anna Pintore, quien expresa que:

Los derechos, efectivamente, pueden colisionar entre sí y, con frecuencia, entran en relaciones recíprocas de suma cero. Lo que nos obliga a admitir que el espacio moral que ocupan no resulta ilimitado (por razones normativas y no sólo fácticas). En el marco de estas menos atrayentes pero más realistas consideraciones, la idea de la extensión del contenido de los derechos termina por perder toda su autoevidencia la idea de que su actuación pueda consistir en operaciones puramente ejecutivas. (...).” (2007, pág. 258);

En ese mismo sentido la autora, agrega, que:

La lógica o, mejor dicho, la teoría no puede ni debe producir los contenidos de los derechos, es decir, colmar el marco normativo de nuestras constituciones. Estos contenidos, sino están ya ahí, sólo podrán ser el fruto de la decisión y la elección, es decir, que pertenecen enteramente a la esfera política y de lo deducible, y no a la esfera jurídicamente predada y de lo no decidible. Lo no decidible de que habla Ferrajoli resulta, en realidad, siempre decidido (y no podría ser de otra forma), por lo que demostraría una desmesurada ingenuidad filosófica quien pensase que fuese suficiente calificar un ámbito normativo como

tal para substraerlo a la decisión; solo un déspota ilustrado, en realidad, lograría obtener tal resultado (Pintore, 2007, pág. 263).

Finalizando con que:

La alternativa, por tanto, no está entre un poder de decisión y una autoejecución, sino entre un método de administración democrático, y uno no democrático. (...). Asumir como fundante el valor ético político de la autonomía supone la dolorosa consecuencia de aceptar su principal colorario, es decir, el riesgo de que sea ejercida de forma inepta, malvada o incluso autodestructiva; por eso, como se ha dicho la democracia es el régimen del riesgo y es un régimen trágico. Ahora bien, resulta ilusorio creer que sea posible desterrar este riesgo (nunca totalmente inevitable salvo por medios despóticos), refugiándose en la defensa exclusiva de la razón que está ya en el derecho, o que el filósofo cree ver en él, e ignorando aristocráticamente la razón que puede operar por el derecho. Es verdad, sin embargo, que <<cualquier teórico de los derechos verdaderamente optimista sobre la posibilidad de protegerlos en un sistema democrático debe poner sus esperanzas, en último término, en su propia capacidad de convencer a un número suficiente de conciudadanos [...] de la importancia de respetar esos derechos>> (Pintore, 2007, pág. 263).

En esta misma línea, el profesor FERRER BELTRÁN, citando a Mirjan Damaska, en cuanto al proceso dentro de un marco de poderes probatorio del juez, señala que:

Ha planteado una dicotomía entre **dos grandes modelos de proceso**: aquél dirigido a la resolución de conflictos y aquél dirigido fundamentalmente a la implementación de políticas públicas mediante la aplicación del derecho previamente establecido por el legislador. El primero de ellos tiende hacia un ideal de justicia procedimental, en el que el juez juega un papel de árbitro de una contienda de la que es espectador necesariamente pasivo, en la que son las partes quienes gobiernan el proceso, determinando su objeto, estableciendo los hechos en disputa y los que quedan fuera del litigio, delimitando las pruebas sobre las que se tomará la decisión y determinando el resultado del proceso mediante su actuar procesal, especialmente en la práctica de las pruebas. Además,

claro está, aunque no es incompatible con ella, resolver el conflicto no requiere como finalidad la búsqueda de la verdad sobre los hechos ocurridos. En cambio, si se pone en el centro de la mesa un **modelo de proceso gobernado por el objetivo de la correcta aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en la legislación sustantiva**, sea esta civil, penal, laboral, etc., esto exige de la institución probatoria que se dirija a la averiguación de la verdad. Sólo si se atribuye la consecuencia jurídica prevista para quien cause daño a un tercero a quien lo haya causado realmente y no se aplica a quien no lo haya causado podrá decirse, en definitiva, que el proceso ha cumplido con su función de aplicar el derecho vigente y, de este modo, **implementar las políticas públicas que el Estado busca conseguir a través del derecho**. Pero entonces el juez ya no puede ser un espectador pasivo de una competición entre las partes respecto de la que le es indiferente quien gane. **Al juez le tiene que importar que gane el proceso quien deba ganarlo de acuerdo con la regulación vigente y con los hechos acaecidos en el mundo**. En otros términos, la imparcialidad exige indiferencia entre las partes, pero no neutralidad entre la verdad y la falsedad: exige que se busque la verdad con independencia de a qué parte beneficie. (...). Si se asume el segundo modelo de proceso (vinculado a un modelo de Estado activista), en cambio, una forma promisorio de abordar el problema es considerar que es el derecho, y no el proceso, el que debe ser considerado un método de resolución de conflictos. Podríamos así concebir el derecho como un mecanismo social ideado para prevenir, gestionar y resolver conflictos sociales [Resaltado y Subrayado nuestros] (2017, págs. 140-141).

Con lo cual, y como hemos explicado líneas arriba, le corresponde al juzgador en el marco del Estado constitucional, **siempre evaluar los derechos en litigio**; debido a la relevancia que ellos alcanzan (nivel de protección: políticas públicas a través del derecho) en este nuevo paradigma constitucional (y dentro del proceso); lo cual tendría que llevar a cabo, en concordancia, claro está, con los postulados establecidos por nuestra Constitución Política del Estado (de garantías máximas).

2º PASO: DETERMINAR SI ESTAMOS EN UN CASO EN CONCRETO CON INSUFICIENCIA PROBATORIA O NO.

Aquí como hemos señalado precedentemente, el juez podría encontrarse en dos supuestos:

- Si en el caso en concreto el juzgador no observa insuficiencia probatoria, le correspondería aplicar los estándares de prueba – carga de la prueba a las partes (hasta la denominada carga de la prueba dinámica); y,
- Si en el caso en concreto el juzgador observa insuficiencia probatoria, le correspondería aplicar prueba de oficio, según sea el caso (como veremos a continuación).

Sin embargo, en este último ítem, debemos mencionar que se podrían dar dos situaciones más; por ejemplo:

- La insuficiencia probatoria por ausencia de pruebas; y,
- La insuficiencia en sentido estricto o empate probatorio.

En el **primer caso**, al juez no le correspondería incorporar prueba de oficio, debido a que dicho accionar a nuestro entender suplantaría a alguna parte (a quien debió probar y no lo hizo), rompiendo con ello las garantías del proceso; reconociendo, solo una excepción, cuando estemos en un caso donde una de las partes no tenga la mismas posibilidades de probar por razones económicas, políticas, etc. (por ejemplo: un madre no pide prueba de ADN para determinar la filiación de su hijo por falta de recursos económicos, el Juez, por su parte, puede decretar dicha prueba como de oficio, predominando el interés superior del niño); en cambio, en el **segundo caso** (ante la situación de que quien probó no le alcanzó para superar al grado de prueba de su contraparte), si le correspondería incorporar medios probatorios complementarios; esto es, pruebas de oficio.

Acá, entendemos, que la razón es básicamente una sola: si el juez concluye que en dichos casos no está convencido sobre la probanza de un hecho (dejando claro que se trata de un hecho alegado por las partes y de

indispensable esclarecimiento para la resolución de la causa), entonces él deberá ordenar (poder- deber) la actuación de una prueba de oficio ¿Y en qué sustentaría su accionar? Nosotros consideramos, en **la necesidad de buscar la verdad en el proceso.**

Al respecto, el profesor FERRER BELTRÁN, nos dice que:

Si una de las funciones principales del derecho es la implementación de políticas a través de la regulación de la conducta, el cumplimiento de esta función requiere que en el proceso se apliquen las consecuencias jurídicas previstas en las normas si, y sólo si, se han producido efectivamente los hechos condicionantes de esas consecuencias. Para ello, **la prueba como actividad tiene la función de comprobar la producción de esos hechos condicionantes o, lo que es lo mismo, de determinar el valor de verdad de los enunciados que describen su ocurrencia.** Y el éxito de la institución de la prueba jurídica se produce cuando los enunciados sobre los hechos que se declaran probados son verdaderos, **por lo que puede sostenerse que la función de la prueba es la determinación de la verdad sobre los hechos.**

Pensemos por un momento en una alternativa radical a esta reconstrucción. Supongamos que la consecuencia jurídica prevista (la sanción, por ejemplo) se atribuyera aleatoriamente. Así, los órganos encargados de la adjudicación jurídica podrían realizar un sorteo para determinar cada mes quién debe ser sancionado, fijando un número de sanciones también aleatorio. Está claro, que en esa situación, no habiendo ninguna vinculación entre las conductas de cada uno de los miembros de esa sociedad y la probabilidad de ser sancionado, no habría tampoco razón alguna para comportarse de acuerdo con lo establecido por las normas jurídicas. Dicho de otro modo, **sólo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios.** Sólo podrá influirse en la conducta de los hombres y mujeres para que no maten si, efectivamente, el proceso cumple la función de averiguar quién mató y le impone la sanción prevista por el derecho.

Por todo ello, **la prueba como actividad procesal tiene la función de comprobar la producción de los hechos condicionantes a los que el**

derecho vincula consecuencias jurídicas o, lo que es lo mismo, determinar el valor de verdad de las proposiciones que describen la ocurrencia de esos hechos condicionantes [Resaltado y Subrayado nuestros] (2017, págs. 145-146).

Debiéndose, tener en cuenta, además, que esta prerrogativa del juez, desde el paradigma del Estado Constitucional, debe estar sumada a una argumentación jurídica válida y constitucional, como bien anota GONZALES MANTILLA:

La enorme responsabilidad del juez y el poder que ella representa hace necesario, entonces, considerar la posibilidad de acentuar la concurrencia de herramientas diversas para que la razón de los jueces sea un reflejo nutrido por las razones públicas, un eco articulado de las voces más vulnerables de la sociedad, lo cual hace aún más evidente la relevancia de la argumentación jurídica como aspecto sensible para la integridad del sistema democrático (2009, pág. 87).

Esto en concordancia, también con lo señalado por la profesora ARIANO DEHO, quien citando a GUASCH FERNANDEZ, expresó que “(...) la motivación es el banco donde el juez paga el precio de la independencia y libertad de la decisión (...)” (2006, pág. 18). Entendiendo, además, que el “(...) deber de motivar ha sido establecido para evitar la arbitrariedad -o detectarla- en ese acto solemne que es el juzgar sobre las situaciones jurídicas de otros (...)” (Ariano Deho, 2006, pág. 27).

3° PASO: EL EMPLEO DE LA TESIS DE LA PONDERACIÓN COMO EJE DEL CONTROL CONSTITUCIONAL.

Aquí el juez deberá ponderar el ordenar la prueba de oficio sobre los derechos en litigio, a fin de buscar la verdad jurídica objetiva; para lo cual deberá argumentar las razones de validez basadas en el respeto de otros derechos o principios constitucionales que permitan enfocar el *interés público* que subyace a la prueba misma.

Es decir, el Juez deberá resolver el *conflicto* o *contradicción* entre ambas posiciones en base a los derechos fundamentales en litigio. Ello recurriendo,

claro está, al *test de ponderación (proporcionalidad)*. A través del cual tendrá que fijar cuál es el fin constitucional que persigue al decretar la actuación de una prueba de oficio; de tal manera que pueda verificar si es válido argumentar justificadamente su compatibilidad o no; determinándose su idoneidad para la satisfacción de los bienes constitucionales que configuran la *finalidad* que dicha medida persigue en el proceso.

Asimismo, analizará si la admisión de la prueba de oficio es la medida menos grave (y necesaria) de varias posibles para evitar la infracción de los derechos fundamentales que tal admisión representa o infringe.

Y, finalmente, también deberá superarse el sub examen que conlleva a catalogar que la admisión de la prueba es proporcional en sentido estricto a su finalidad constitucional.

Esto en un modelo de proceso, que en palabras de FERRER BELTRÁN, debería ser: “(...) mecanismo de implementación de las políticas públicas (...)” (2017, pág. 148).

En palabras del profesor ZAGREBELSKY, tenemos que desde el Estado constitucional, lo señalado precedentemente, respondería a:

El punto sobre el que es preciso insistir es la posición dual que necesariamente corresponde a la magistratura en el Estado Constitucional: una especialísima y difícilísima posición de intermediación entre el Estado -como poder político-legislativo- y la sociedad -como sede de los casos que plantean pretensiones en nombre de los principios constitucionales-, que no tiene paralelo en ningún otro tipo de funcionarios públicos (...) [los Jueces] son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del Derecho en el Estado Constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos, justicia (...) (1999, pág. 149).

En ese sentido, en palabras de BURGA CORONEL, lo que “(...) el juez debe analizar es si el contenido del derecho protegido ha sido verdaderamente infringido, si esto sucede existirá vulneración y, en consecuencia, habrá una pretensión insatisfecha porque no tiene asidero legal; mas no la supremacía

de un derecho sobre otro. Es decir, se puede afirmar que una pretensión ha prevalecido sobre la otra. Para lograr la protección efectiva de los derechos fundamentales resulta imperativo que la Constitución esté redactada de tal modo que los derechos reconocidos se encuentren bien delimitados; asimismo, el ordenamiento jurídico debe ir en consonancia con los preceptos constitucionales de forma que no se pueda encontrar ni siquiera una aparente contradicción o conflicto (...)” (2011, pág. 267).

Agregando, la citada autora, que “(...) el juez o intérprete del derecho, puede apoyarse en la doctrina, en la jurisprudencia de los tribunales internacionales para ayudarse a delimitar el contenido de uno u otro derecho alegado como vulnerado en la pugna de pretensiones que se le somete, puesto que –con frecuencia– lo que se encuentra en la práctica son leyes que pueden ser distintas, que pueden colisionar, esto porque el ordenamiento jurídico no ha sido configurado de manera armónica con la Constitución o con los tratados internacionales sobre derechos humanos, a los que el Estado se encuentra obligado. Presentándose en este contexto un aparente conflicto de normas: de hecho se da en la realidad la situación de que en un caso en litigio aparezcan dos normas vigentes que pueden ser aplicadas y son contrarias entre sí (...)” (Burga Coronel, 2011, pág. 267).

Finalmente, considera la referida profesora, que “(...) el principio de proporcionalidad debe ser utilizado no como respuesta a una situación de conflicto de derechos, sino como una garantía de racionalidad para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador y, en consecuencia, para fundamentar las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes que afectan tales derechos. Así, la aplicación de la ponderación o del principio de proporcionalidad, por lo tanto, no es una “conciliación”. No consiste en “poner de acuerdo” los dos principios en conflicto, o en encontrar un punto de “equilibrio” entre ellos. No consiste en la aplicación o en el sacrificio parcial de dos principios. Uno de los dos principios es aplicado, el otro es ciertamente acantonado. **Puesto que la Constitución es una unidad sistemática, el contenido de los derechos debe ser claro y las normas deben interpretarse de modo compatible entre sí, a fin de garantizar la vigencia armoniosa y efectiva de los**

derechos fundamentales (...) [Resaltado nuestro] (Burga Coronel, 2011, pág. 267).

4º PASO: COMPATIBILIDAD O INCOMPATIBILIDAD CONSTITUCIONAL DE LA PRUEBA DE OFICIO.

El resultado del test de ponderación supone que el Juez arribe a dos posibles decisiones: I) declare compatible el decretar (incorporar) prueba de oficio; o, ii) la declara incompatible, denegando su incorporación al proceso. En cualquiera de ambas situaciones, supone el ejercicio de un acto de control constitucional de la prueba (justificación) y, por ende, de determinar su compatibilidad o no con la Constitución; lo cual, sin duda, también acarrea responsabilidad desde el paradigma del Estado constitucional.

Aquí debemos tomar en cuenta lo señalado por FERRER BELTRÁN, respecto a los poderes probatorios del juez, al expresar que entre ellos está:

i) **La potestad del juez de admitir o inadmitir las pruebas propuestas por las partes**, la cual puede estar reglada a través de criterios claros que no apelen a aspectos subjetivos del juzgador, esto es, discrecionalidad en sentido muy débil; ii) **La capacidad del juez de intervenir en la práctica de la prueba**, especialmente por lo que hace a las pruebas personales (testificales y periciales, especialmente), formulando preguntas, pidiendo aclaraciones, solicitando de los deponentes mayores detalles o precisiones. Y, por el otro lado, la potestad de las partes de delimitar con sus preguntas el objeto de la declaración (principio de contradicción); iii) **La capacidad del juez de indicar a las partes lagunas probatorias que estas deberían integrar, pudiendo incluso determinar qué concretas pruebas deberían aportar y no han aportado al procedimiento**, esto es, **facultad como un poder/deber**, es decir, como un deber del juez de indicar las lagunas probatorias existentes en la proposición de prueba formulada por las partes (por no proponer pruebas que, en cambio, son necesarias para poder probar los hechos alegados) o bien como una facultad en sentido estricto, de modo que quedará a la discreción del juzgador utilizarla o no. Ello tiene también importantes efectos procesales, pues si se considera un deber pudiera abrir la puerta a la impugnación de la sentencia si en

ella se declarara la insuficiencia probatoria por efecto de lagunas probatorias no señaladas; iv) **La capacidad del juez de disponer la incorporación de pruebas no solicitadas por las partes**, este es el supuesto típico de poder probatorio del juez, pero es importante advertir que esta potestad tampoco es uniforme ni una cuestión categorial, de modo que sólo pueda determinarse si se tiene o no se tiene; v) **La capacidad del juez de alterar durante el desarrollo del proceso la carga de la prueba**; es decir, estamos ante la carga dinámica de la prueba (se determina quien tiene la obligación de probar); y, vi) **La imposición al juez del deber de decidir qué hipótesis fácticas se consideran probadas, unida a la ausencia de estándares de prueba que apelen a criterios intersubjetiva-mente controlables**, otorga al juez la mayor de las potestades probatorias: decidir el grado de corroboración que una hipótesis fáctica debe tener para ser considerada probada y, con ello, dirimir el procedimiento. (...). Hay dos situaciones que pueden tener como resultado la atribución de este poder probatorio al juez: a) una mala técnica legislativa, que utilice criterios de decisión absolutamente vacíos (como la sana crítica), totalmente insuficientes (como las reglas de la lógica o el conocimiento científico), o absolutamente subjetivos (como la convicción judicial, la decisión en conciencia, la certeza o el más allá de toda duda razonable); y b) la atribución al juez, de forma expresa o implícita, del poder de determinar el nivel de exigencia probatoria en cada caso individual. En ambos casos el juez dispone del poder probatorio más intenso imaginable, como ya he mencionado, que es difícilmente compatible en mi opinión con el debido proceso y la seguridad jurídica³⁸. Y llama especialmente la atención que esto no haya sido advertido por los detractores de los poderes probatorios del juez ni por los defensores del garantismo en el proceso judicial. [Resaltado y Subrayado nuestros] (2017, págs. 150-160).

Al respecto, el Tribunal Constitucional en la ya citada sentencia del Tribunal Constitucional N° 00728-2008-PHC/TC (fundamento 7.c) dice que "(...) El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión (...)" (CASO GIULIANA LLAMOJA HILARES, 2008).

En mérito a lo anteriormente afirmado, el control constitucional de normas o actuación judicial -como parte del poder probatorio de los jueces, por ejemplo- es un mecanismo que permitirá, mediante la actuación de un ente competente y siguiendo un conjunto de procedimientos, proteger la jerarquía normativa y unidad de la Constitución; con la finalidad de evitar su contravención, expulsando la norma o acción que así lo hiciere; constituyéndose en el mecanismo necesario para asegurar la unidad, armonía y cohesión de las normas dentro del marco de la Constitución; buscando con ello dos objetivos: i) un juicio de compatibilidad entre dos fuentes jurídicas (de distintas jerarquías); y, ii) preservar-proteger los derechos fundamentales de las personas; esto es, impedir que estas puedan generar afectaciones concretas (subjetivas) a los derechos fundamentales de los individuos.

Además, debemos tener en cuenta que desde el Estado constitucional, la inconstitucionalidad es la más grave calificación que se le pueda dar a cualquier acto de poder (por ejemplo: ordenar la incorporación de prueba de oficio), ya sea en "(...) ejercicio de la potestad legislativa, jurisdiccional o administrativa, pues destruye la base misma de la organización política y los fundamentos del propio Estado constitucional, sometiendo a los ciudadanos a un destino incierto, de grave de sus derechos (...)" (Priori Posada, 2009, pág. 104).

Aquí, finalmente, cabe señalar también lo expresado por FERRER MAC-GREGOR, quien respecto al paradigma de supremacía constitucional, ha manifestado que "(...) la Constitución en esta nueva etapa evolutiva se ha convertido en uno de los signos distintivos de las Constituciones escritas, donde los textos supremos dejaron de ser meras hojas de papel subordinadas a la voluntad de los gobernantes en turno y la fuerza normativa de la Constitución (...)" (2010, págs. 29-30); implicando, a su vez, un paradigma sin el cual no podría hoy entenderse el constitucionalismo fuerte, donde los derechos fundamentales son garantizados y el control de la constitucionalidad de las leyes por los jueces cobra vital importancia, sea por cualquier juez en los sistemas difusos para la desaplicación de la norma al caso particular; o bien por el juez constitucional en los modelos

concentrados, para declarar la invalidez de las normas con efectos generales (o actos procesales); dando origen a lo que hoy llamamos Estado constitucional.

2. APOORTE A LA TEORÍA JURÍDICA DEL PROBLEMA INVESTIGADO.

De lo expuesto, nos lleva a insistir la necesidad de un cambio de mentalidad entre nuestros jueces -además: juristas y ciudadanía-, pues solo de esta manera podemos comprender lo que es vivir en un Estado constitucional y dejar atrás esa idea de una función judicial lenta y corrupta; con lo cual las funciones de las autoridades, deberán estar acorde a la realidad desde la cual debe interpretarse la Constitución y los Tratados Internacionales en pos de la defensa de los derechos fundamentales; estableciéndose, con ello, las bases para el desarrollo de la sociedad en general (evidenciándose un pluralismo valorativo y la internacionalización de los derechos fundamentales); en concordancia con lo señalado por MORALES LUNA, quien manifiesta que:

En el Estado constitucional es necesario asumir una distinta manera de entender y trabajar con el derecho, entre cuyos rasgos cabe destacar el tener que concebir al derecho como práctica social y no sólo como orden jurídico; enfatizar la importancia del método jurídico y no sólo la noción de sistema; destacar el protagonismo del juez y no sólo del legislador; destacar el rol de las razones (dimensión valorativa) además del de las reglas (dimensión regulativa); atender a la justificación y no a la imposición; asumir el razonamiento jurídico más como razón práctica que como razón instrumental; integrar las diferentes esferas de la razón práctica (derecho, moral y política) y, especialmente, apostar por la argumentación sobre la discrecionalidad (2016, pág. 23).

Reconociéndose -en líneas generales- estos postulados como gravitantes para el Estado constitucional:

- El paradigma de Estado constitucional significa un auténtico cambio de pensamiento; esto es, un cambio de modo de pensar (concebir) y practicar (hacer) el derecho (Constitución), a través de la implementación progresiva de una nueva cultura jurídica;

- Desde el marco de Estado constitucional toda persona tiene derecho a que se le reconozca el ejercicio y defensa de sus derechos y/o intereses (que sea tutelado: mecanismo de protección idóneo), con sujeción a un debido proceso (inspirados en la dignidad humana y los derechos fundamentales);
- En el Estado constitucional la ley cede paso a la Constitución y las reglas a los principios; con lo cual los derechos ya no dependen de la ley sino deben ser interpretados a la luz de la Carta Magna;
- En el Estado constitucional, los principios y valores jurídicos -los cuales coexisten- tienen contenido constitucional y aspiran a proteger al ciudadano, como característica propia y fundamental (exigencia) del nuevo paradigma;
- El Estado constitucional presupone la existencia de un proceso como garantía de la persona humana (con garantías máximas); es decir, sistema de garantías constitucionales (o “Constitucionalismo Procesal”) que van desde el acceso a la justicia, pasando por el debido proceso hasta la efectividad de las resoluciones judiciales; que serviría, a su vez, para la implementación de políticas públicas en beneficio del ciudadano;
- El Estado constitucional, igualmente, al desafiar fundamentalmente a los órganos que ejercen la función jurisdiccional, hace que el proceso sea dúctil y flexible; debiéndose constituir así en un instrumento idóneo, oportuno y eficaz para la tutela de los derechos fundamentales;
- En base a ello, el Juez tendría la obligación también de evaluar los derechos invocados en cada caso concreto, independientemente de la materia o el objeto de la *Litis* en la que nos encontremos;
- Por su parte, la prueba de oficio constituye una manifestación directa de la función jurisdiccional desde el marco de Estado constitucional, como deber fundamental el velar por la efectividad de los derechos de cada ciudadano;
- La inconstitucionalidad, por otro lado, es la más grave calificación que se le pueda dar a cualquier acto de poder, sea en ejercicio de la potestad legislativa, jurisdiccional o administrativa; debiendo estar,

por tanto, sometido a dicho control tanto la sentencia judicial como la incorporación o no de una prueba de oficio, entre otros;

- La función jurisdiccional, consecuentemente, se erige como una parte primordial del Estado constitucional, pues le tratará de brindar al ciudadano una prestación idónea del servicio público de justicia como parte de la tutela jurisdiccional efectiva; ubicándolo, incluso, en un espacio donde puede llenar los vacíos normativos (o ante una ambigüedad); que le permita, entre otros, la búsqueda de la verdad jurídica procesal y la paz social en justicia;
- Asimismo, el Juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia o de las partes (evitando dilaciones indebidas); siendo, por tanto, previsible crearse mecanismos que frenen a que una de las partes pretenda tergiversar o impedir la búsqueda de la verdad, para lo cual el Juez debe estar alerta para evitar este tipo de situaciones (por ejemplo, a través de la incorporación de una prueba de oficio al proceso);
- Igualmente, desde el Estado constitucional se plantea un modelo de razonamiento para que dicho accionar -admisión de prueba de oficio- tenga como finalidad la tutela efectiva de los derechos fundamentales de forma oportuna, idónea y eficaz;
- En otras palabras, estaríamos ante un modelo de proceso garantista; que nos permitirá, en primer lugar, identificar al juez como garante de los derechos en el proceso (por ejemplo: debido proceso u otros), así como garante de los derechos que protege el proceso (por ejemplo: derecho a la vida, derecho a la identidad, derecho a una pensión digna, etc.); reconociéndole, además, la obligatoriedad de evaluar caso por caso los derechos invocados (en litigio) a efectos de decretar prueba de oficio en un estadio procesal predecible (saneamiento) que les permita a las partes el ejercicio de sus derechos en igualdad de oportunidades y condiciones (con garantías máximas); y,
- Es decir, nos encontraríamos ante un proceso donde primen las garantías procesales, tales como: i) La defensa de los derechos fundamentales: tutela efectiva de derechos; ii) La independencia – imparcialidad judicial: como instrumentos dirigidos a la tutela

jurisdiccional de derechos privados, sino además como medio para cumplir una función pública del Estado; iii) La igualdad de “armas” de las partes: garantía del debido proceso; y, iv) La prestación idónea del servicio público de justicia como parte de la tutela jurisdiccional efectiva: servicio al ciudadano; donde, además, conceptos como debida motivación e, incluso, ponderación tendrán real relevancia, conforme a los parámetros establecidos en el Estado constitucional; con lo que el juzgador en este nuevo modelo de proceso, será sometido a: i) un autocontrol constitucional al momento de decidir o no la admisión de prueba de oficio en el caso concreto; y, ii) a un control constitucional posterior de sus actos por parte de un órgano jurisdiccional correspondiente.



CONCLUSIONES

1. En los Estados modernos, la Constitución Política está llamada a defender los derechos fundamentales; otorgando las herramientas (parámetros) para que tanto el proceso, como el accionar de los operadores de justicia, se manifieste en el respeto cabal del conjunto derechos y/o garantías que conlleven a catalogarlo como un modelo de justicia que apunte a la búsqueda de la verdad (procesal objetiva) como a la paz social con justicia (al interés público en general).
2. El concepto de Estado constitucional implica la defensa de los derechos fundamentales y el fortalecimiento de la institucionalidad democrática de los países; cuya base deriva del proceso evolutivo de las sociedades jurídicamente organizadas. En base a este paradigma no es necesario que se tenga que formular nuevas Constituciones, sino que los principios, garantías y derechos plasmados en las mismas tengan que ser reevaluados y concordados (nuevo modo de pensar y practicar el Derecho) a fin de que no colisionen y/o se opongan con este nuevo modelo de organización jurídico-política (utilizando al derecho y/o proceso para la implementación de políticas públicas).
3. La finalidad principal del proceso, en el marco de un Estado constitucional, deberá consistir en la concretización del derecho (garantizando la defensa de los derechos fundamentales lesionados o amenazados), implicando no solo la búsqueda de la verdad o la resolución de conflictos sino que propugne hacer que el orden jurídico se realice a cabalidad en los casos concretos, de acuerdo con la ley, la moral, los principios generales del Derecho, la equidad y la realidad de los hechos; es decir, bajo los parámetros de un proceso como sistema de garantía de la persona humana (instrumento para la tutela de los derechos), dotándole al juzgador de todos los medios (prerrogativas-acciones) que le permitan esclarecer los hechos y generar certidumbre a efectos de que los justiciables tengan un proceso justo (tutela judicial efectiva); esto es, un proceso dúctil que les brinde una protección idónea, oportuna y efectiva (debido proceso).

4. Para fines de la presente investigación, consideramos que el proceso en el marco de un Estado constitucional debería centrarse en 4 pilares: i) La defensa de los derechos fundamentales: tutela efectiva de derechos; ii) La independencia – imparcialidad judicial: como instrumentos dirigidos a la tutela jurisdiccional de derechos privados, sino además como medio para cumplir una función pública del Estado; iii) La igualdad de “armas” de las partes: garantía del debido proceso; y, iv) La prestación idónea del servicio público de justicia como parte de la tutela jurisdiccional efectiva: servicio al ciudadano; a lo cual nosotros denominaremos Modelo de Proceso Garantista o “Constitucionalismo Procesal”.
5. Los jueces en un Estado Constitucional son garantes de la Constitución. Esto es, garantes de los derechos en el proceso (por ejemplo: debido proceso u otros), así como garantes de los derechos que protege el proceso (por ejemplo: derecho a la vida, identidad, a una pensión digna, a alimentos de un menor, etc.). Igualmente, en este modelo el Juez no puede negar la protección de los derechos que le sean solicitados escudándose en la ausencia o la deficiencia de la normativa vigente; privilegiando, para ello, la Constitución y la defensa de los derechos fundamentales (con garantías máximas). Asimismo, en el Estado constitucional no existe poder sin responsabilidad, por lo que el Juez tiene la obligación-deber de aplicar la ley (previa evaluación de los derechos materia de *litis*) en consonancia con los derechos y garantías proclamados por la Constitución a fin de resolver el conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica, o buscar la verdad objetiva, la justicia o la paz social en justicia. Lo contrario implicaría la vulneración de derechos a los justiciables; por ejemplo: el derecho al debido proceso (o Tutela Judicial Efectiva, en cuanto a la concepción del proceso como servicio público).
6. Los derechos fundamentales desde el Estado constitucional no solo cumplen una función valorativa, sino que también le confieren al proceso y a las instituciones procesales (por ejemplo: prueba de oficio) un determinado contenido constitucional que permita de esta manera establecer los límites, pero al mismo tiempo las exigencias de protección de los intereses individuales o colectivos (tutela judicial efectiva o debido proceso, según

corresponda). Ahora, si bien en el Estado Constitucional se deja un amplio margen de discrecionalidad a los operadores de justicia (jueces) para poder fundar sus decisiones de acuerdo a lo que consideren justo en cada caso, esto no conlleva a que no deba justificar su decisión, a través de la debida motivación (interpretación o ponderación de derechos u otros); siendo ella uno de los mecanismos de legitimidad (interna y externa) de sus decisiones en este paradigma.

7. En cuanto a las “pruebas de oficio” en realidad se refieren al accionar concedido a los jueces para que, de concurrir los supuestos habilitantes, puedan decretar de manera complementaria la actuación de medios de prueba de oficios que sean adicionales a los presentados por las partes con el propósito de esclarecer alguna de las hipótesis fácticas alegadas; debiéndose respetar, para ello, las garantías -máximas- que exige el debido proceso, y que le permita al juzgador emitir una decisión fundada en derecho.
8. Aquí el juez podría encontrarse ante dos supuestos: i) Si en el caso en concreto el juzgador no observa insuficiencia probatoria, le correspondería aplicar los estándares de prueba – carga de la prueba a las partes (incluido la carga dinámica de la prueba); y, ii) Si en el caso en concreto el juzgador observa insuficiencia probatoria, al juzgador le correspondería aplicar prueba de oficio, según sea el caso. Sin embargo, en este último ítem, debemos mencionar que se podrían dar dos situaciones más; por ejemplo: i) La insuficiencia probatoria por ausencia de pruebas; y, ii) La insuficiencia en sentido estricto o empate probatorio.
9. En el primer caso (insuficiencia probatoria por ausencia de pruebas), al juez no le correspondería incorporar prueba de oficio, debido a que dicho accionar a nuestro entender suplantaría a alguna parte (a quien debió probar y no lo hizo), rompiendo con ello las garantías del debido proceso; reconociendo, solo una excepción, cuando estemos en un caso donde una de las partes no tenga la mismas posibilidades de probar por razones económicas, políticas, etc. (por ejemplo: un madre no pide prueba de ADN para determinar la filiación de su hijo por falta de recursos económicos, el Juez, por su parte, puede decretar dicha prueba como de oficio, predominando el interés

superior del niño); en cambio, en el segundo caso (ante la situación de que quien probó no le alcanzó para superar al grado de prueba de su contraparte), si le correspondería incorporar medios probatorios complementarios para generarse certeza; esto es, pruebas de oficio.

10. Acá, entendemos, que la razón es básicamente una sola: si el juez concluye que en dichos casos no está convencido sobre la probanza de un hecho (dejando claro que se trata de un hecho alegado por las partes y de indispensable esclarecimiento para la resolución de la causa), entonces él deberá ordenar (poder- deber) la actuación de una prueba de oficio ¿Y en qué sustentaría su accionar? Nosotros consideramos, en la necesidad de buscar la verdad en el proceso, prioritariamente.
11. La incorporación y actuación de medios probatorios de oficio (o complementarios) no deriva del ejercicio de algún derecho de las partes u otros sujetos procesales, sino del rol del juez derivado del Estado constitucional, que más que facultad vendría ser un poder-deber, como hemos explicado líneas precedentes.
12. Por otro lado, también se tiene que dentro del Estado constitucional se justifica plantear un modelo de razonamiento para decretar prueba de oficio en un proceso; el cual tendría los siguientes parámetros: 1) análisis constitucional de los derechos en litigio en el caso en concreto: caso constitucional; 2) determinar si estamos en un caso en concreto con insuficiencia probatoria o no, 3) el empleo de la tesis de la ponderación como eje del control constitucional; y, 4) compatibilidad o incompatibilidad constitucional de la prueba de oficio.
13. Todo lo cual nos lleva a insistir en la necesidad de un cambio de mentalidad (cultura jurídica) entre nuestros juristas y jueces, y ciudadanía en general, pues solo de esta manera podemos comprender lo que es vivir en un Estado constitucional y dejar atrás esa idea de una Función Judicial lenta y corrupta; llevándonos hacia un Estado donde el ciudadano sea la principal preocupación y objeto de protección.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló Regla, J. (2004). *La Constitución del Estado constitucional*. Bogotá: Palestra SAC.
- Aguiló Regla, J. (2007). *Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*. España: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes - DOXA.
- Alexy, R. (1988). Sistema jurídico, principios y razón práctica. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*(CINCO).
- Alexy, R. (1997). Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. En *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alfaro Valverde, L. (2017). *La iniciativa probatoria del Juez. Racionalidad de la Prueba de Oficio*. Lima: Grijley EIRL.
- Alfredo Gozaini, O. (1997). *La prueba en el proceso civil peruano*. Lima: Editora Normas legales.
- Alsina, H. (1961). *Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial* (Vol. TERCERO). Buenos Aires: Edits.
- Alsina, H. (2001). Fundamentos de derecho procesal. Serie Clásicos de la Teoría General del Proceso. En *Estudios de Teoría e Historia del Proceso* (Vol. CUARTO). México D.F: Royce Editores.
- Aragón Reyes, M. (2002). *Constitución, Democracia y Control*. México: UNAM - Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Ariano Deho, E. (2001). Prueba y Preclusión. En *Ius Et Veritas*.
- Ariano Deho, E. (2003). El Derecho a la Prueba y el Código Procesal Civil. En E. ARIANO DEHO, *Problemas del Proceso Civil*. LIMA: JURISTA EDITORES.
- Ariano Deho, E. (2003). Prueba de Oficio y Preclusión. En E. ARIANO DEHO, *PROBLEMAS DEL PROCESO CIVIL*. LIMA: JURISTA EDITORES EIRL.
- Ariano Deho, E. (2005). Responsabilidad Civil de los Jueces ¿El último remedio? En G. JURÍDICA, *ACTUALIDAD JURÍDICA*. LIMA: GACETA JURÍDICA SA.
- Ariano Deho, E. (2006). Sobre el Deber de Motivar las Resoluciones Judiciales. En J. E. ESPINOZA, *RESPONSABILIDAD CIVIL II*. LIMA: RHODAS SAC.
- Ariano Deho, E. (2013). Cuestiones procesales, preclusión y poderes inagotables del Juez. En E. ARIANO DEHO, *HACIA UN PROCESO CIVIL FLEXIBLE. CRÍTICA A LAS PRECLUSIONES RÍGIDAS DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO DE 1993*. LIMA: ARA Editores EIRL.
- Ariano Deho, E. (2013). El atormentado concepto de Preclusión. En E. ARIANO DEHO, *HACIA UN PROCESO CIVIL FLEXIBLE: CRÍTICAS A LAS PRECLUSIONES RÍGIDAS DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 1993*. LIMA: ARA EDITORES EIRL.
- Ariano Deho, E. (2013). Preclusiones probatorias, poderes del Juez y derecho a la prueba. En E. ARIANO DEHO, *HACIA UN PROCESO CIVIL FLEXIBLE. CRÍTICA A LAS PRECLUSIONES RÍGIDAS DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO DE 1993*. LIMA: ARA Editores EIRL.
- Atienza, M. (2004). *Las razones del derecho*. Lima: Palestra SAC.

Barriga Perez, M. (2013). *El Rol del Estado Constitucional de Derecho*. Obtenido de Blog.PUCP.Edu: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/politicajurisdiccional/2013/09/06/el-rol-del-estado-constitucional-de-derecho/>.

Bentham, J. (1835). *Tratado de las pruebas judiciales*. Imprenta de don Gómez Jordan.

Bernal Pulido, C. (2008). La racionalidad de la ponderación. *El Principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*.

Bernal Pulido, C. (2011). ¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático? Una discusión sobre la teoría de los derechos fundamentales como principios en el contexto de España. *La Teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*.

Blume Rocha, A. (2013). La legitimidad democrática del juez en el marco del estado constitucional de derecho: el debate respecto a la dificultad contramayoritaria. *Revista Peruana de Derecho Constitucional*.

Bobbio, N. (1991). Presente y porvenir de los derechos humanos. En *El tiempo de los derechos*. Lima: Sistema.

Bonilla Concha, Á. (2007). Prueba de Oficio e Imparcialidad. *Revista Jurídica del Perú - Proceso Civil*(79).

Burga Coronel, A. (Noviembre de 2011). El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Gaceta Constitucional*(47).

Bustamante Alarcón, R. (1997). *El derecho fundamental a probar y su contenido esencial*. Lima: ARA Editores.

Bustamante Alarcón, R. (2001). *El derecho a Probar como elemento esencial de un proceso justo*. Lima: Aras Editores.

Cabraser, E. (s.f.). *APPORTIONING DUE PROCESS: PRESERVING THE RIGHT TO*. Recuperado el 17 de Octubre de 2017, de http://www.law.du.edu/documents/denver-university-law-review/v87-2/cabraser_pdf.pdf

Cabrera Leonardini, D. (2009). *El Estado constitucional de Derecho*. Obtenido de <https://fderecho.wordpress.com/2009/10/23/el-estdo-constitucional-de-derecho-y-la-vigencia-de-los-valores-en-el-ordenamiento-juridico/>.

Calamandrei, P. (1945). La relatividad del concepto de acción. En *Estudios de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina.

Calamandrei, P. (1962). *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*. (Vol. I). Buenos Aires: EJEA.

Canosa Usera, R. (2013). La interpretación constitucional como modalidad del control del poder. *El control del poder, I*(SEGUNDA EDICIÓN).

Cappelletti, M. (2010). *La jurisdicción constitucional de la libertad con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*. Lima: Palestra SAC.

Cappelletti, M. (2009). *La responsabilidad de los jueces*. Lima: Librería Communitas.

Carnelutti, F. (1955). *La prueba Civil*. Buenos Aires: Ediciones Arayu-Librería Depalma S.A.C.I.

Carocca Pérez, A. (2005). *El nuevo sistema Procesal Penal* (TERCERA ed.). Chile: Lexis Nexis.

CASACIÓN SOBRE PRUEBA DE OFICIO, 1123-99 (SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA 09 de Diciembre de 1999).

CASO ÁLVAREZ GUILLÉN, Expediente N° 3361-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional 12 de Agosto de 2005).

CASO AMBEV PERÚ SA, Expediente N° 1209-2006-PA/TC (Tribunal Constitucional 27 de Octubre de 2006).

CASO ANICAMA, Expediente N° 1417-2005-AA/TC (Tribunal Constitucional 8 de Julio de 2005).

CASO BAYLÓN FLORES, Expediente N° 0206-2005-PA/TC (Tribunal Constitucional 28 de Noviembre de 2005).

CASO COLEGIO DE ABOGADOS DE CUSCO Y OTROS, Expediente N° 0004-2004-AI/TC (Tribunal Constitucional 21 de Setiembre de 2004).

CASO COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE, Expediente N° 00005-2007-PI/TC (Tribunal Constitucional 26 de Agosto de 2008).

CASO DE PRUEBA DE OFICIO, 49/2006 (Tribunal Constitucional de España 13 de Febrero de 2006).

CASO DE PRUEBA DE OFICIO, T-591/11 (Corte Constitucional de Colombia 4 de Agosto de 2011).

CASO ESTALIN MELLO PINEDO, Expediente N° 04509-2011-PA/TC (Tribunal Constitucional 11 de Julio de 2012).

CASO FISCAL DE LA NACIÓN CONTRA EL CONGRESO, Expediente N° 0004-2006-AI/TC (Tribunal Constitucional 29 de Marzo de 2006).

CASO GIULIANA LLAMOJA HILARES, Expediente N° 00728-2008-PH/TC (Tribunal Constitucional 13 de Octubre de 2008).

CASO GONZALO COSTA GÓMEZ Y MARTHA OJEDA DIOSES, Expediente N° 2192-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional 11 de Octubre de 2004).

CASO HERIBERTO BENÍTEZ RIVAS Y OTROS, Expediente N° 5291-2005-HC/TC (Tribunal Constitucional 21 de Octubre de 2005).

CASO INVERSIONES LA CARRETA, Expediente N° 763-2005-PA/TC (Tribunal Constitucional 13 de Abril de 2005).

CASO JUAN CALLEGARI HERAZO, Expediente N° 0090-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional 15 de Julio de 2004).

CASO MAGALY MEDINA, 0006712-2005-HC/TC (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 16 de Octubre de 2005).

CASO MARIANI SECADA, Expediente N° 00227-2011-PA/TC (Tribunal Constitucional 14 de Enero de 2012).

CASO MARIO TORRES ANDRADE, Expediente N° 03694-2012-AA/TC (Tribunal Constitucional 21 de Setiembre de 2012).

CASO MARTÍNEZ GARCÍA, Expediente N° 02132-2008-PA/TC (Tribunal Constitucional 9 de Mayo de 2011).

CASO PANAMERICANA TELEVISIÓN, STC N° 04617-2012-AA/TC (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 12 de Marzo de 2014).

CASO PEDRO LIZANA PUELLES, Expediente N° 5854-2005-PA/TC (Tribunal Constitucional 8 de Noviembre de 2005).

CASO PEDRO LIZANA PUELLES, Expediente N° 5854-2005-PA/TC (Tribunal Constitucional 8 de Noviembre de 2005).

CASO REINVIDICACIÓN - PICAULT KRONBERGER Y OTROS, CAS. N° 1706-2015-LIMA (Corte Suprema de Justicia 24 de Noviembre de 2015).

CASO RIDBERT RAMÍREZ MIRANDA Y OTRO, Expediente N° 09727-2005-PHC/TC (Tribunal Constitucional 6 de Octubre de 2006).

CASO ROBERTO TORRES GONZALES, Expediente N° 04298-2012-PA/TC (Tribunal Constitucional 17 de Abril de 2013).

CASO ROLY DÁVILA ARENAZA, Expediente CAS. N° 2813-10-LIMA (Corte Suprema de Justicia de la República 2 de Junio de 2011).

CASO RONALD DÍAZ DÍAZ, Expediente N° 00618-2005-HC/TC (Tribunal Constitucional 8 de Marzo de 2005).

CASO RUBÉN CURSE CASTRO, Expediente N° 004831-2005-PHC/TC (Tribunal Constitucional 8 de Agosto de 2005).

CASO SANTIAGO MERINO BRINGAS Y OTROS, Expediente N° 0004-2010-PI/TC (Tribunal Constitucional 14 de Marzo de 2011).

CASO TAJ MAHAL DISCOTEQUE Y OTROS, Expediente N° 03283-2003-AA/TC (Tribunal Constitucional 15 de junio de 2004).

CASO TEXPOP SA, Expediente N° 2763-2002-AA/TC (Tribunal Constitucional 30 de Enero de 2003).

CASO TLC CON CHILE, Expediente N° 002-2009-AI/TC (Tribunal Constitucional 5 de Febrero de 2010).

Castillo Córdova, L. (2009). *La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del Derecho. Pautas para interpretar la Constitución y los Derechos Fundamentales.*

Couture, E. (2010). *Fundamentos del Proceso Civil.* Buenos Aires: Editorial B d F Ltda.

De Asis Roig, R. (2005). *Escrito sobre Derechos Humanos.* Lima: ARA Editores.

Devis Echandía, H. (1967). *Tratado de Derecho Procesal Civil.* Bogotá: Temis.

Devis Echandía, H. (1985). *Teoría General del Proceso* (Vol. TOMO II). Buenos Aires: Editorial Universidad.

Devis Echandía, H. (2006). *Teoría General de la Prueba Judicial* (Vol. I). Bogotá: Temis.

Díaz, E. (1981). *Estado de derecho y sociedad democrática.* Madrid: Taurus.

Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio.* Barcelona: Ariel.

Espinosa-Saldaña Barrera, E. (2004). *Jurisdicción Constitucional, impartición de Justicia y debido proceso. Ius et Praxis*(Año 10, Número 1).

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón, teoría del garantismo penal.* Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y Garantías: La Ley del más débil.* Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2010). *Neoconstitucionalismo.*

Ferrajoli, L. (2016). *Derechos Fundamentales, Democracia Constitucional y Garantismo.* Lima: Editores RZ.

Ferrer Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho.* Madrid: Marcial Pons.

Ferrer Beltrán, J. (2009). El contexto de la decisión sobre los hechos probados en el derecho. En *Proceso, Prueba y Estándar.* Lima: ARA EIRL.

Ferrer Beltrán, J. (2017). Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 138-164.

Ferrer Mac-Gregor, E. (2010). El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucionalidad. *Urbe Et Ius.*

GACETA JURÍDICA . (2008). *El proceso civil en su jurisprudencia: Sentencias vinculadas con los artículos y figuras del Código Procesal Civil*. Lima: GACETA JURÍDICA SA.

GACETA JURÍDICA. (2014). *La prueba en el Derecho Civil y Procesal Civil en la jurisprudencia casatoria - Diálogo con la Jurisprudencia*. (C. M. ROJO, Ed.) Lima: Gaceta Jurídica SAC.

Gaitán Guerrero, L. (2010). La Prueba de Oficio en el Proceso Civil: ¿Imparcialidad del Juez e Igualdad de las partes? *Revista de Derecho Privado*.

Galán González, C. (1988). *Protección de la imparcialidad judicial: Abstención y Recusación*. España: Tirant Lo Blanch.

García Toma, V. (2010). *Teoría del Estado y Derecho constitucional*. Lima: Adrus SRL.

García Toma, V. (2013). Análisis del artículo 43° de la Constitución de 1993. En G. JURIDICA, & W. GUTIÉRREZ (Ed.), *La Constitución Comentada: Análisis artículo por artículo*. Lima: GACETA JURÍDICA SA.

Garrido Carrillo, F. (2016). Delimitación del concepto de independencia judicial. En *Constitución, Derecho y derechos*. Lima: Palestra SAC.

Gascón Abellán, M. (2010). *Cuestiones probatorias*. Colombia: Editorial de la Universidad Externado de Colombia.

Gonzales Mantilla, G. (2002). Interés público e institucionalidad democrática: investigación para la acción. *Derecho y Ciudadanía*.

Gonzales Mantilla, G. (2007). Las Garantías para el Desempeño Profesional del Juez y la Independencia Judicial en un Estado constitucional. *Derecho & Sociedad*.

Gonzales Mantilla, G. (2009). *Los Jueces. Carrera Judicial y Cultura Jurídica*. Lima: Palestra Editores.

Gonzalez Alvarez, R. (2013). El debido proceso proporcional: de derecho a mínimas garantías a garantía de máximos derechos. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*.

Grandez Castro, P. (2016). La interpretación constitucional como argumentación concretizadora de normas: un esquema preliminar. En P. GRANDEZ CASTRO, *El ascenso de los principios en la práctica constitucional*. Lima: Palestra SAC.

Guastini, R. (2001). *Estudios de Teoría Constitucional*. México: Fontamara.

Guastini, R. (2005). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En *Neoconstitucionalismo(s)*. España: Trotta.

Guastini, R. (2008). La interpretación de la Constitución. *Interpretación y Razonamiento Jurídico, I*.

Haberle, P. (2003). *El Estado constitucional* (Vol. PRIMERA EDICIÓN). Lima: Editorial PUCP.

Hernández Chong Cuy, M. (2005). ¿"Legislar o Clonar"? Una invitación a la reflexión legislativa en torno a la introducción de medios de control constitucional local. *Controles Constitucionales*.

Hernández Miranda, E. (2012). Preceptos generales de la prueba en el proceso penal. En P. E. Revilla Llaza, E. Hernández Miranda, & C. Salas Beteta, *La prueba en el Código Procesal Penal de 2004*. Lima: Gaceta Jurídica.

Ibarra Delgado, D. (2014). En búsqueda de la verdad. La Prueba de Oficio como deber jurídico del Juez. *Gaceta Civil & Proceso Civil, 10*.

Landa Arroyo, C. (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia* (Vol. I). Lima: Diskcopy SAC.

Ledesma Narvaez, M. (2009). *Comentarios al Código Procesal Civil: Análisis artículo por artículo* (SEGUNDA EDICIÓN ed.). Lima: Gaceta Jurídica SA.

Ledesma Narvárez, M. (2009). *Comentarios al Código Procesal Civil: Análisis artículo por artículo* (2.º ed., Vol. II). Lima: Gaceta Jurídica S.A.,.

Levene, R. (1993). *Manual de Derecho procesal penal* (SEGUNDA ed., Vol. II). Buenos Aires: Depalma.

Lopez Flores, L. (2000). *Función Jurisdiccional y Democracia. Abogados - Directorio Jurídico del Perú*(Año III).

Lopez Flores, L. (2002). *La Protección del Derecho a la Tutela Jurisdiccional: Flexibilizando dogmas, repensando estrategias desde la perspectiva del interés público. Litigio y Políticas Públicas en Derechos Humanos.*

Lopez Flores, L. (2008). *¿Libertades “Enclaustradas”? Relatoría del manejo de un caso de interés público sobre el debate entre las libertades de culto y desarrollo de la personalidad. I Foro Internacional de Derecho e Interés Público.*

Lopez Flores, L. (2015). *Para evitar el desamparo. Cinco pautas para comprender el modelo residual de los procesos constitucionales. Por qué fracasan los procesos de amparo. El uso adecuado de las vías previas y específicas relacionadas con el amparo.*

López Flores, L. (2016). *Control Constitucional y Control Difuso de Constitucionalidad. A propósito del Precedente “Consortio Requena”.* *Gaceta Constitucional* (TOMO 107).

Lopez Flores, L. (2016). *La decisión judicial arbitraria. Un modelo de equilibrio entre el control de la arbitrariedad y la responsabilidad judicial. VI Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución.*

Lopez Flores, L. (2016). *Los Poderes Judiciales, Proceso y Política Judicial: una mirada desde el Estado constitucional. (PUCP, Ed.) Maestría en Derecho Procesal.*

Marinoni, L. (2010). *El proceso en el Estado constitucional. Revista Peruana de Derecho Procesal.*

Martel Chang, R. (2015). *Pruebas de Oficio en el proceso civil.* Lima: Instituto Pacífico.

Mitidiero, D. (2016). *La justicia civil en el Estado constitucional: Diálogos para un diagnóstico.* Lima: Palestra SAC.

Monroy Galvez, J. (2007). *Teoría General del Proceso.* Lima: Palestra SAC.

Morales Godo, J. (2010). *La Función del Juez en una Sociedad Democrática. Revista de la Maestría en Derecho Procesal, IV(UNO).*

Morales Luna, F. (2016). *La Dogmática en el Estado Constitucional de Derecho. Constitución, Derecho y derechos.*

Ovalle Favela, J. (1974). *Teoría General de la Prueba. Revista de la facultad de Derecho de la UNAM de México, TOMO XXIV(93-94).*

Palacio, L. (2000). *La prueba en el proceso penal.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Payan Moreno, S. (1965). *La Carga de la prueba y su Estructura Jurídica en materia civil.* Bogotá: Impresnta DEPTAL.

Peces-Barba Martínez, G. (1999). *Curso de derechos fundamentales: Teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado.

Perez Luño, A. (2010). *Nuevos retos del Estado constitucional: Valores, derechos y garantías*. Madrid: Universidad de Alcalá.

Perez-Pietro De las Casas, R. (2016). La importancia de las cargas probatorias a la luz de la Tutela Jurisdiccional Efectiva. *Constitución, Derecho y derechos*.

Picó y Junoy, J. (2007). *El Juez y la Prueba*. Barcelona: J.M. Bosch.

Pietro Sanchis, L. (2005). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *AAVV. Neoconstitucionalismo, II EDICIÓN*.

Pintore, A. (2007). Derechos Insaciables. En L. FERRAJOLI, & A. d. Pisarello (Ed.), *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta.

Portocarrero Quispe, J. (2009). Sobre la distinción entre reglas y principios. *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*.

Priori Posada, G. (2009). ¿Rechazando la Jusiticia? El Derecho de Acceso a la Justicia y el Rechazo Liminar de la Demanda. *Revista de Derecho Themis*.

Priori Posada, G. (2014). Del derecho de acción a la efectiva Tutela Jurisdiccional de los Derechos. *Ius Et Veritas*.

Priori Posada, G. (2015). El Proceso Dúctil. *XXXVI Congreso Colombiano de Derecho procesal*.

Priori Posada, G. (2016). La carga de la prueba en la motivación de resoluciones judiciales. *Argumentación Jurídica y motivaciones de las resoluciones judiciales. Actas del VI Seminario Internacional de Derecho Procesal, Proceso & Constitución*.

Priori Posada, G. (2016). La incidencia de los derechos fundamentales en el derecho procesal peruano. En *Constitución, Derecho y derechos*. Lima: Palestra SAC.

Priori Posada, G. (s.f.). *El procedimiento preestablecido en la ley: crisis de una garantía procesal y su rediseño en el Estado constitucional*. Recuperado el 17 de Octubre de 2017, de ACADEMIA.EDU: https://www.academia.edu/12777616/El_procedimiento_preestablecido_en_la_ley_la_crisis_de_una_garant%C3%ADas_procesal_y_su_redise%C3%B1o_en_el_Estado_constitucional.

Priori Posada, G. (s.f.). *La Constitucionalización del Derecho Procesal*. Recuperado el 17 de Octubre de 2017, de EDUCA. PE: https://www.academia.edu/12777616/El_procedimiento_preestablecido_en_la_ley_la_crisis_de_una_garant%C3%ADas_procesal_y_su_redise%C3%B1o_en_el_Estado_constitucional.

Priori Posada, G., & Peres-Prieto De las Casas, R. (2012). La carga de la prueba en el proceso laboral. *Ius Et Veritas*(45).

Priori, G. (2015). La reciente reforma del proceso civil peruano ¿realmente tendremos procesos más rápidos? *Ius360.com*.

Proto Pisani, A. (2014). *La Tutela Jurisdiccional*. Lima: Palestra SAC.

Rocco, U. (2001). Fundamentos de derecho procesal. Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil. En *Estudios de Teoría e Historia del Proceso* (Vol. TERCER). México D.F: Royce Editores.

Rosales Echegaray, J. (s.f.). *PRUEBA DE OFICIO*. Recuperado el Octubre de 17 de 2017, de ALERTA INFORMATIVA:

<http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=documento&com=documento&id=2786>.

Rubio Correa, M. (2011). *El Estado peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Rubio Correa, M. (2013). *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Sager, L. (2004). *Juez y Democracia: una mirada de la práctica constitucional norteamericana*. Madrid: Marcial Pons.

Stein, T. (1994). Estado de derecho, poder público y legitimación desde la perspectiva alemana. En *Derechos humanos, Estado de derecho y desarrollo social*. Caracas: Fundación Konrad Adenauer.

Taramona, J. (1994). *Medios Probatorios en el Proceso Civil* (Segunda Edición ed.). Lima: Editorial Rhodas.

Taruffo, M. (2003). *Cinco lecciones mexicanas*. México: Tribunal Electoral del poder Judicial - Escuela Judicial Electoral.

Taruffo, M. (2009). Poderes probatorios de las partes y del Juez en Europa. *Constitución y Proceso*.

Taruffo, M. (2010). *Simplemente la Verdad: El Juez y la contrucción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons.

Taruffo, M. (2011). *La motivación de la sentencia civil*. Madrid: Trotta SA.

Taruffo, M. (2012). *Teoría de la Prueba*. Lima: ARA.

Távora Córdova, F. (2012). El Estado Constitucional y el Rol del Juez. *Ita Ius Esto*.

Ticona Postigo, V. (1998). La Prueba de Oficio. *Análisis y comentarios al Código Procesal Civil, II*.

Valades, S. (2004). *Problemas constitucionales del Estado de derecho*. Buenos Aires: Astrea.

Van Caenegem, R. (2011). *Jueces, legisladores y profesores: Fases de la historia jurídica europea*. Lima: Palestra SAC.

Velásquez Meléndez, R. (2015). Líneas generales de las "pruebas de oficio" ¿por qué, dónde, cuándo y cómo usarlas? *Gaceta Civil & Procesal Civil*(22).

Zagrebel'sky, G. (1999). *El Derecho Dúctil. Ley, derechos y justicia* (Tercera Edición ed.). Lima: Totta S.A.

Zagrebel'sky, G. (1999). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (3.º ed.). España: Trotta S.A.

Zagrebel'sky, G. (2007). *Jueces Constitucionales. Teoría del Neoconstitucionalismo*.

Zagrebel'sky, G. (2009). Una atormentada apología de la Ley. En *Fe en el Derecho*. Barcelona: Marcial Pons.