

PONTIFICA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**LA INCOMPATIBILIDAD CONSTITUCIONAL ENTRE LA ACTIVIDAD PROBATORIA DEL JUEZ Y SU
FUNCIÓN DENTRO DEL PROCESO CIVIL**

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Presentada por:

Diego Martín Huayta Alipio

ASESOR:

Mag. Magno Abraham García Chávarri

Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, **García Chávarri, Magno Abraham**, docente de la **Facultad de Derecho** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor de la tesis titulada:

LA INCOMPATIBILIDAD CONSTITUCIONAL ENTRE LA ACTIVIDAD PROBATORIA DEL JUEZ Y SU FUNCIÓN DENTRO DEL PROCESO CIVIL


Del autor:

- **Huayta Alipio, Diego Martín**

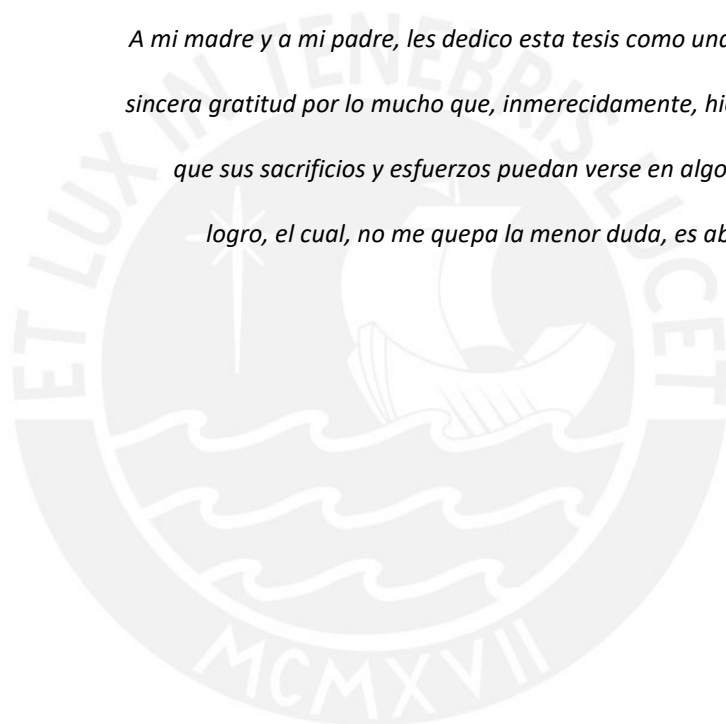
Dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de **34%**. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el **21/05/2024**.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: Lima, 29 de agosto del 2024.

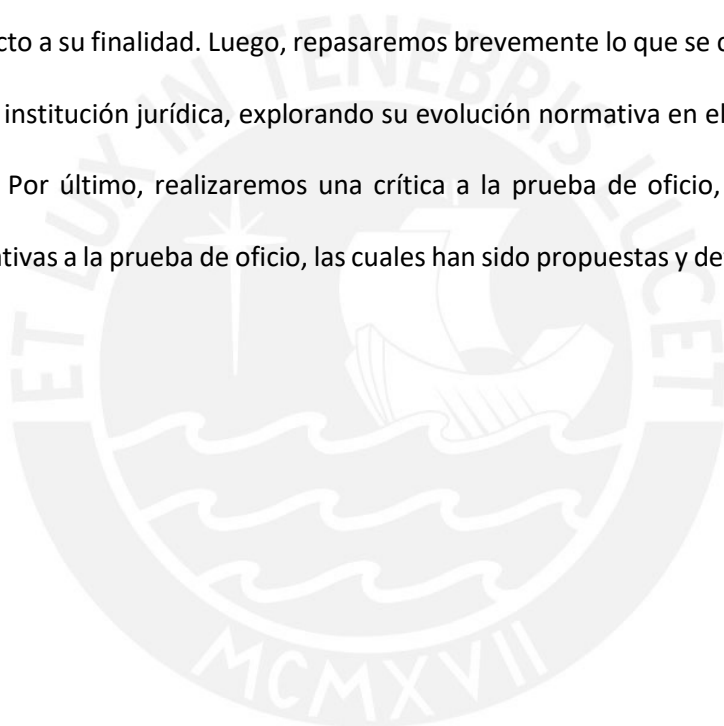
Apellidos y nombres del asesor:	
GARCÍA CHÁVARRI, MAGNO ABRAHAM	
DNI: 40459548	Firma: 
ORCID: 0000-0003-2661-3991	

A mi madre y a mi padre, les dedico esta tesis como una pequeña muestra de mi sincera gratitud por lo mucho que, inmerecidamente, hicieron por mí, esperando que sus sacrificios y esfuerzos puedan verse en algo correspondidos con este logro, el cual, no me quepa la menor duda, es absolutamente de ustedes.



RESUMEN

La prueba de oficio es una institución procesal que ha sido duramente criticada por algunos y, a su vez, fervientemente defendida por otros. En ese sentido, el objetivo principal de la presente tesis es defender y sustentar la idea de que la prueba de oficio es incompatible, tanto con la lógica interna del proceso civil, así como con las exigencias constitucionales que existen sobre el juez. Así, primero, desarrollaremos las aproximaciones teóricas sobre el proceso judicial, y las principales posturas respecto a su finalidad. Luego, repasaremos brevemente lo que se conoce como la prueba de oficio como institución jurídica, explorando su evolución normativa en el Perú y sus principales características. Por último, realizaremos una crítica a la prueba de oficio, y, delinearemos unas cuantas alternativas a la prueba de oficio, las cuales han sido propuestas y defendidas en la doctrina nacional.



ÍNDICE

RESUMEN.....	3
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I: PROCESO, JUEZ Y CONSTITUCIÓN	11
1. El conflicto como causa del proceso	11
2. Aproximación teórica al concepto de proceso	14
3. Sistemas que rigen al proceso	16
3.1. El Garantismo	18
3.2. El Publicismo.....	21
4. Fin del proceso.....	23
4.1. ¿La verdad, verdad parcial, verdad judicial o la justicia?	24
4.2. ¿La solución de conflictos?.....	29
5. ¿Cuál es el fin del proceso según la Constitución Política del Perú de 1993?	31
5.1. El juez y la constitucionalización del proceso judicial	31
5.2. Breves nociones sobre el estado constitucional de derecho	31
5.2.1. Una forma primigenia: el Estado Legal de Derecho	32
5.2.2. El Estado Constitucional	34
6. El rol del juez según la Constitución Política del Perú de 1993	37
6.1. Principios constitucionales que rigen la actividad del juez	40
6.1.1. El debido proceso	41
6.1.2. La tutela jurisdiccional efectiva	44
6.1.3. La imparcialidad judicial	45
6.1.4. La imparcialidad judicial.....	50
6.1.5. La igualdad procesal	51
7. Entonces, ¿según la Constitución Política de 1993, en el proceso, el juez debe buscar solucionar conflictos o alcanzar todas aquellas intenciones teóricamente aceptadas?	52
CAPÍTULO II: LA PRUEBA DE OFICIO EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO	54
1. Aspectos generales en torno a la prueba	54
2. La prueba en el proceso judicial	55
3. Fuente, medio y objeto de prueba	56

3.1. Diferencia entre fuente y medio de prueba	56
4. El objeto de prueba	58
5. La carga de la prueba	60
6. Principios aplicables a la actividad probatoria.....	67
6.1. Principio de unidad de la prueba.....	67
6.2. Principio de comunidad de la prueba.....	68
6.3. Principio de contradicción de la prueba.....	70
6.4. Principio de favorecimiento de la prueba	71
6.5. Principio de intermediación de la prueba	71
7. El derecho fundamental a probar.....	73
7.1. Contenido constitucional del derecho a probar	76
7.2. Límites al derecho fundamental a probar	78
7.2.1. Límites extrínsecos	79
7.2.2. Límites intrínsecos.....	81
8. La iniciativa probatoria del juez en el proceso civil	89
8.1. Aparente fundamento constitucional de la actividad probatoria del juez.....	94
8.1.1. ¿Obtención de decisiones justas?	96
8.1.2. ¿La verdad?	98
8.1.3. ¿Motivación de resoluciones?.....	102
9. Evolución legislativa de las facultades probatorias del juez en el ordenamiento jurídico peruano hasta 1993	104
9.1. La prueba de oficio en el Código Procesal Civil de 1993	106
10. El Décimo Pleno Civil Casatorio y las críticas a la actividad probatoria del juez.....	112
11. Entonces, ¿es constitucional la facultad probatoria del juez que se encuentra regulada en el artículo 194 del Código Procesal Civil?	129

CAPÍTULO III: INCOMPATIBILIDAD CONSTITUCIONAL ENTRE LA FACULTAD PROBATORIA DEL JUEZ Y SU ROL EN EL PROCESO CIVIL..... 132

1. Análisis y crítica del artículo 194 del Código Procesal Civil.....	132
1.1. Vicios en la regulación existente de la prueba de oficio: análisis crítico del artículo 194 del Código Procesal Civil.....	133
1.1.1. Inexistencia de límites reales a la actividad probatoria del juez	135
1.1.2. Reemplazar a las partes en su carga de probar como consecuencia de la actividad probatoria del juez	141

1.1.3. Limitación injustificada al derecho a impugnar.....	149
2. Transgresión de la finalidad del proceso	151
3. Desnaturalización de las funciones constitucionales del juez en el proceso civil.....	155
4. Violación de los derechos constitucionales al juez imparcial e igualdad de armas en el proceso civil	158
5. Aplicación del test de proporcionalidad al artículo 194 del Código Procesal Civil (Prueba de Oficio)	163
6. Planteamiento de soluciones a la prueba de oficio	170
6.1. Repensando la preclusión: una mirada más flexible al proceso civil peruano	171
6.2. Aplicación real del principio de flexibilidad a los procesos civiles en temas probatorios	185
6.3. Aplicación de los artículos 51, inciso 2, del Código Procesal Civil	194
CONCLUSIONES.....	197
FUENTES BIBLIOGRÁFICAS.....	201



INTRODUCCIÓN

El Derecho no puede caminar a espaldas de otras disciplinas del conocimiento humano; por el contrario, constantemente requiere del intercambio disciplinario para adecuarse de la manera más idónea a la realidad social en la que se desarrolla. Se trata, pues, de un campo de estudio condicionado por el mundo que nos rodea y la dinámica regular de la sociedad política.

No hay duda alguna que los grandes cambios o acontecimientos de la historia han influido directa o indirectamente en la visión que se tiene del Derecho; ese fue el caso del Estado Constitucional.

Es indudable que los sucesos de la Segunda Guerra Mundial fueron más que desgarradores, consideramos que casi nadie se atrevería a contradecir ello; no obstante, en sentido jurídico estos no fueron “ilegales”. Nos explicamos: pese a las reprochables decisiones de los protagonistas de este colosal conflicto, estas se vieron amparadas por el ordenamiento jurídico vigente a esa fecha, en específico, por la ley —que en ese entonces se hallaba como la mayor fuente de juridicidad—. Los congresos les dieron respaldo jurídico a decisiones políticas que, de manera manifiesta, vulneraron los derechos humanos.

En todo ese contexto, surgió la necesidad de establecer un parámetro superior a la ley, uno que incluso someta y controle a los principales productores de normas jurídicas —el parlamento o poder legislativo—. Ese rol fue asumido por la Constitución, norma únicamente de carácter político —al menos en el *civil law*— el cual surgió siglos antes como límite al poder político del absolutismo

monárquico. Sin embargo, para esta nueva función, la Constitución requirió alcanzar una nueva dimensión: la dimensión jurídica.

Cuando se tomó conciencia de que la norma legal podría ser también lesiva de derechos fundamentales, se reemplazó el viejo imperio de la ley y se puso en su lugar el de supremacía constitucional. Con la Constitución como norma superior, significó que todos los ordenamientos legales —civiles, penales, laborales, administrativos, procesales, etc.— necesitaran un replanteamiento, un análisis novedoso en mérito al contenido de las normas constitucionales. Todo este proceso en el que las leyes debían ser reinterpretadas y, de ser el caso, modificadas en miras a alcanzar la coherencia con la Constitución se denomina “constitucionalización del Derecho”. En el nuevo modelo de Estado de Derecho —Estado Constitucional de Derecho—, todo el ordenamiento jurídico debe guardar respeto por estos, permitir su despliegue e instituir mecanismos para su protección.

Ahora bien, en ese contexto de reformulación de instituciones, tenemos algunas que son harto controversiales y dejan dudas respecto a si son o no compatibles con el paradigma del Estado Constitucional y el respeto de los derechos fundamentales; en este grupo se encuentra la prueba de oficio en el proceso civil.

La prueba de oficio es una institución procesal que ha sido duramente criticada por algunos y, a su vez, fervientemente defendida por otros. El meollo de la cuestión radica en determinar si la prueba de oficio vulnera o no el derecho constitucional al juez imparcial, el cual se posiciona como uno de los principales pilares del proceso judicial tal y como lo conocemos.

En ese sentido, el objetivo principal de la presente tesis es defender y sustentar la idea de que la prueba de oficio es incompatible, tanto con la lógica interna del proceso civil, así como con las exigencias de la constitucionalización del proceso judicial, puesto que no solo vulnera la imparcialidad judicial, sino también la imparcialidad, el derecho de defensa y la igualdad de las partes procesales.

Para ello, este trabajo se encuentra dividido en tres partes o capítulos. En el primero, desarrollaremos las aproximaciones teóricas del proceso judicial, así como las principales posturas respecto de su finalidad. Del mismo modo, daremos algunas luces sobre lo que consiste el Estado Constitucional de Derecho y las implicancias que este tiene en el proceso a través de los principios jurisdiccionales constitucionales —los cuales se encuentran reconocidos en el artículo 139 de la Constitución Política de 1993—.

En el segundo capítulo, repasaremos brevemente lo que se conoce como la teoría de la prueba judicial, lo que supone el aprendizaje de conceptos teóricos clave para el estudio del Derecho Probatorio. Además, abarcaremos el tema del derecho a la prueba como derecho fundamental: exploraremos su contenido, sus alcances y sus límites. Así mismo, daremos comienzo al desarrollo de la prueba de oficio como institución jurídica, explorando su evolución normativa en el Perú y sus principales características.

Por último, en el tercer capítulo, realizaremos una crítica a la prueba de oficio, tanto como institución como en cuanto a su regulación en el Código Procesal Civil y, delinearemos lo que hemos denominado una “crisis” en cuanto a la imparcialidad judicial. A todo ello, le agregaremos unas

cuantas alternativas de solución, las cuales han sido propuestas y defendidas en la doctrina nacional.



CAPÍTULO I: PROCESO, JUEZ Y CONSTITUCIÓN

1. El conflicto como causa del proceso

Los seres humanos no siempre hemos vivido bajo el modo regulado en el que actualmente lo hacemos. Hemos pasado por distintos cambios como sociedad. Qué duda cabe que algunos de estos cambios han sido más significativos que otros; no obstante, todos han marcado y moldeado aquellos aspectos que en la actualidad nos permiten apreciar la realidad tal cual es.

Así, el estado actual de las cosas ha sido consecuencia de todo lo aprendido a partir de los aciertos y desaciertos en los que hemos incurrido como sociedad a lo largo de aproximadamente 70,000 años —en el sentido más llano del término— (Harari, 2019, p. 15).

Claro ejemplo de lo antes señalado es que, cuando el ser humano se percató de que su individualidad se encontraba necesariamente relacionada con otras, también se dio cuenta de que existían intereses confrontados a los suyos. En ese contexto, nacen los intereses contrapuestos y, consecuentemente el “conflicto”; el mismo que se encuentra fundado en la necesidad bilateral de hacerse con el control de un bien (Alvarado Velloso, 2009, pp.26-27).

El conflicto es connatural a las relaciones humanas, pues, es imposible desenvolvemos sin interactuar dentro de pequeños o grandes grupos sociales; se trata de un fenómeno del que no podemos escapar¹. La posibilidad de eliminar los conflictos, de vivir en armonía, sin luchas ni

¹ En un mundo con dos personas e infinidad de manzanas idénticas, a ninguna de ellas le importará de cuántas se apropie la otra. En un mundo con dos personas y una sola manzana, donde una de ellas quiera hacerse de toda la manzana abriría una amplia discusión respecto al destino de dicha fruta. Los recursos son escasos y

contradicciones, es algo que ya los teóricos del conflicto han descartado —es más, es algo que apoya la Psicología Social—; sobre ello, Moreno Martín (2010) ha señalado que:

La Psicología social ha contribuido de forma decisiva a la aceptación universal de la idea de la inevitabilidad del conflicto. Distintos investigadores aportaron evidencia empírica a un hecho fácilmente detectable en la interacción cotidiana: no es preciso que exista un motivo racional para que se dé un conflicto, basta con que dos partes distintas se relacionen (p. 27).

Como en todo, la humanidad ha procurado avanzar a lo largo de toda su historia, sorteando las distintas dificultades que se le han ido presentando; pues bien, la solución de conflictos no ha sido la excepción. En ese contexto, se buscó salidas menos gravosas y más efectivas a los problemas que fueron surgiendo. Es así que, a partir de la lógica de sobrevivir y convivir, se han encontrado diversas formas de dar remedio a los conflictos interpersonales.

Inicialmente, se usó el método de “la razón de la fuerza” que, como es obvio, proponía que quien tuviera la mayor fortaleza física era quien impusiese su “razón”. Con el pasar del tiempo, se hizo evidente que este método de solución de conflictos no podía seguir siendo la única forma de atender las controversias, pues, acarrea más problemas que soluciones. Por ello, en busca de una mejor alternativa, se buscó que “la razón de la fuerza” se viera reemplazada por la “fuerza de la razón”.

cuando nuestros intereses contrapuestos recaen en ellos aparecen los conflictos. Volvamos al ejemplo de la única manzana: si dos personas quieren comerse la manzana en su totalidad, es claro que hay intereses que «coinciden» en el mismo objeto, pero que son “contradictorios” entre sí. La exteriorización de tales intereses y las respectivas reacciones frente a ello constituyen un conflicto” (La Rosa y Rivas, 1996, p. 18).

Este último enfoque partió de la premisa de que la solución a las controversias debía alcanzarse a partir de la fuerza de las razones y no mediante la fuerza física; se entendió que los conflictos no se resolvían golpeando al enemigo, sino a través de un debate dialógico (Alvarado Velloso, 2009, pp. 28-29). El éxito de esta forma de solucionar los conflictos se debió a que la sociedad encontró un medio adecuado para sustituir la violencia como una herramienta para atender las disputas sociales; así, se delegó en un tercero ajeno al conflicto la responsabilidad de resolver los mismos, apelando a la confrontación de argumentos e ideas (Monroy Gálvez, 2019, p. 41).

Como se puede apreciar, el objetivo era buscar una respuesta al conflicto que no implicara violencia o fuerza física, procurando que las partes, a partir de sus argumentos, alcancen una salida mesurada y equitativa². A través de este método dialéctico y de debate público se alcanzaría certeza sobre cuál era la situación del bien en conflicto en relación a las posiciones discrepantes de cada una de las partes (Alvarado, 2009, pp. 35-37).

La idea del tercero ajeno al conflicto evolucionó hasta convertirse en el mecanismo institucional que hoy conocemos como “proceso”. Es a partir del diseño francés de separación de poderes que tenemos la tan conocida designación de órganos facultados para resolver controversias —función estatal que, modernamente, todos conocemos como administración de justicia o función jurisdiccional³—.

² Entiéndase por equidad a la “Disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece”, una de las acepciones reconocidas por la Real Academia de la Lengua española.

³ Por supuesto, cabe resaltar que el proceso es solo un enfoque por el cual se aborda al conflicto, conocido por los teóricos del conflicto como enfoque adversarial. Existe otro llamado “cooperativo”, dentro del cual pueden enmarcarse los mecanismos alternativos de solución del conflicto, tales como: la negociación, la conciliación y el arbitraje.

En conclusión, en la medida que existen conflictos se hacía preciso contar con mecanismos idóneos para solucionarlos; de ahí que en la actualidad uno de estos mecanismos sea el proceso. De este modo, tenemos al conflicto como la causa por la cual se ha diseñado un esquema de un debate dialéctico de contraposición de ideas, donde un tercero, a partir de lo manifestado por las partes, toma una decisión sobre la controversia sometida a su conocimiento.

2. Aproximación teórica al concepto de proceso

Para lograr aproximarnos al concepto de proceso debemos partir por su unidad más básica. La palabra proceso deriva del latín *processus*, el cual puede ser entendido como la “acción de ir hacia delante”⁴. Así, a partir de esta definición primaria, tenemos que el proceso supone la realización de actos⁵ consecutivos destinados a lograr un resultado. En ese orden de ideas, Sagástegui (1996), reflexiona al respecto y refiere que:

Se entiende por proceso en general la evolución necesaria para tratar de conseguir algo; así, puede existir un proceso tanto en la naturaleza como en la formación de un individuo o en la incubación de una enfermedad; proceso en cambio aplicado a asuntos que interesan en el aspecto social significa ya una serie de “actos” necesarios para obtener una finalidad (p.21).

⁴ De este modo lo señala el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, como primera acepción.

⁵ Concordamos con Jaime Guasp (1997) quien considera que, al hablar de proceso, incluso en este sentido tan genérico, es más apropiado hablar de actos que de hechos, pues en aquellos se manifiesta la intervención de la voluntad del hombre.

Ahora bien, entrando al campo del Derecho, tenemos que la idea de proceso tiene una construcción más compleja. En ese tenor, Hugo Muñoz (2012) sostiene que el proceso es “un instrumento de pacificación social, es un medio idóneo de certeza en las relaciones sociales en una comunidad determinada” (p. 188). Se trata, entonces, de un mecanismo al que pueden recurrir los sujetos en disputa para someter sus intereses contrapuestos al conocimiento técnico de un tercero (Bustamante, 2001, p.176).

Este carácter técnico en el modo de resolver las cosas es lo que distingue al tercero —juez para efectos modernos— de cualquier otro ajeno a la controversia —de ahí que se trate de un mecanismo institucional—. Es bajo esta lógica que el proceso, a entender del profesor Ovalle Favela (2016), se debe entender como:

(...) el conjunto de actos mediante los cuales se constituye, desarrolla y termina la relación jurídica que se establece entre el juzgador, las partes y a las demás personas que en ella intervienen; y que tiene como finalidad dar solución al litigio planteado por las partes, a través de una decisión del juzgador basada en los hechos afirmados y probados y en el derecho aplicable (p. 206).

Entonces, el proceso judicial implica, no solamente un actuar hacia delante, sino un “conjunto de actos y trámites seguidos ante un juez o tribunal, tendentes a dilucidar la justificación en derecho de una determinada pretensión entre partes y que concluye por resolución motivada”⁶. A partir de ello, podemos entender al proceso como una serie de actos concertados y regulados por disposiciones legalmente preconcebidas, las cuales originan la creación de una situación que regirá

⁶ Ver: <https://dile.rae.es/proceso>.

aspectos de la conducta del sujeto —o sujetos— que buscan la intervención de los órganos estatales para determinado caso concreto. De ahí que, Ramiro Podetti (1995) afirme que el proceso es “un fenómeno dinámico, que se construye sucesivamente, con la colaboración del órgano (jueces) y de sus auxiliares, por la otra (...)” (p. 11).

De este modo, el proceso se va dilucidando como un método de debate dialéctico y pacífico entre dos o más personas en perfecta igualdad jurídica, las cuales se presentan ante un tercero con carácter de autoridad jurisdiccional para exponer sus intereses frente a un bien o situación y dar solución a su conflicto (Alvarado, 2009, p. 66). Así, Montero Aroca (1991) señala que el proceso “(...) es el medio jurídico, el instrumento, con el que los órganos jurisdiccionales cumplen las funciones asignadas constitucionalmente” (p. 458).

En definitiva, el proceso no es otra cosa que el método a través del cual los miembros de determinada sociedad buscan alcanzar una solución a determinado conflicto, apelando a las instituciones que normativamente han sido previstas para dicha función —Poder Judicial—, teniendo especial relevancia las reglas y principios —Derecho Procesal— que lo diferencian de los métodos no institucionalizados.

3. Sistemas que rigen al proceso

Considerando el concepto de proceso que hemos desarrollado, ahora es pertinente precisar que existen dos grandes sistemas en el mundo que rigen al proceso —y su forma de concebirlo—: el sistema garantista —o también llamado dispositivo— y el sistema publicista —o también llamado

el inquisitivo—. Al respecto, tenemos al profesor Joan Picó I Junoy (2012), quien sobre el tema refiere que:

Estos fenómenos procesales han generado en la doctrina un debate que se ha concretado en dos posturas antagónicas sobre cuál debe ser el modelo de juez civil [modelo garantista vs modelo inquisitivo]. En la actualidad, este debate científico está adquiriendo una excesiva crudeza debido a su “politización” (...). Se llega de este modo a lo que Taruffo denomina una polarización simétrica, en la que en un polo existe el modelo dispositivo, que suele valorarse positivamente, y en el que se concibe el proceso como instrumento de resolución de conflictos; y en el polo opuesto, el modelo inquisitivo, en el que de forma autoritaria y lesionando las garantías de las partes, el proceso sólo está interesado en buscar la verdad (p. 275).

El sistema denominado sistema garantista (o dispositivo) parte de una premisa: el proceso está hecho “por” y “para” las partes. En otras palabras, son las partes las responsables de llevar adelante al proceso, por cuanto son los intereses de éstas los que se encuentran involucrados en la controversia, dejando así de lado la actividad oficiosa del juez. A este último se le encarga, únicamente, la actividad direccional de controlar el debate dialéctico.

De otro lado, el sistema inquisitorial (o denominado, también, como sistema publicista), postula al proceso como un mecanismo público que está a cargo del organismo jurisdiccional. Si bien son las partes las que cuentan inicialmente con la prerrogativa de dar inicio al proceso, cuando éstas se encuentran dentro del mismo se someten al control y disposición del juez; se puede decir que el juez deja de ser un espectador para pasar a ser un actor más. Lo antes señalado es así en la

medida que la solución de conflictos y aclaración de controversias son de interés público y, por tanto, le corresponde al Estado dotar de efectividad y eficiencia al proceso, proveyendo así de todas las facultades y prerrogativas necesarias al juez para lograr tal fin.

Ambos sistemas se sostienen en ideas completamente distintas —hasta podría decirse que antagónicas— lo que conlleva que sus rasgos sean, evidentemente, también distintos. En este contexto, a continuación, se desarrollarán las principales características de cada uno de estos sistemas.

3.1. El Garantismo

El sistema garantista, tal como señala Alvarado Velloso (2018, pp. 184 - 185), entiende al proceso como el mecanismo a través del cual el Estado otorga a los ciudadanos la oportunidad de resolver sus controversias. De ahí que sea un sistema donde prime el interés de los justiciables por la solución de sus conflictos y que los principios que se aplican al proceso se desarrollen tomando en cuenta este interés exclusivo de las partes —como es el caso del principio dispositivo, el principio de congruencia, el principio de impugnación privada, etc.—.

De este modo, el proceso se encontrará enmarcado dentro del sistema garantista cuando sean las partes quienes asuman el rol preponderante en el impulso del proceso. Son las partes quienes determinarán los alcances y límites de la materia controvertida; son quienes facilitarán el material probatorio necesario para acreditar sus posiciones; bajo la misma lógica, solo las partes podrán ponerle fin al proceso en la oportunidad que estimen pertinente.

De lo señalado se colige que uno de los rasgos esenciales de este sistema es la participación mínima del juzgador en el proceso. Ello es así en la medida que, a entender de doctrina autorizada, el juez

Carece de todo poder impulsorio, debe aceptar como ciertos los hechos admitidos por las partes, así como conformarse con los medios de confirmación que ellas aportan y debe resolver ajustándose estrictamente a lo que es materia de controversia en función de lo que fue afirmado y negado en las etapas respectivas (Alvarado, 1989, p. 44)

Podemos apreciar que el juez, dado su nivel de intervención, acepta los hechos admitidos por las partes y los contrasta, únicamente, con los medios probatorios que las mismas han proporcionado, ciñéndose al objeto de la controversia que ha surgido a partir de lo afirmado y negado por las partes al interior del proceso.

En esta línea de razonamiento, el profesor Alfredo Gozaíni (2005) refiere que, al surgir el proceso por un problema entre dos o más individuos, solo les corresponde a estos instar, afirmar, acreditar e impugnar, impidiendo con ello que el juez pueda promover el inicio del proceso entre las partes. Teniendo lo anterior en cuenta, el citado autor agrega acertadamente que “Al ser el litigio “cosa de partes” solamente éstos aportan los hechos y afirman las realidades. Estas deberán ser confirmadas o verificadas, y el Juez resolver *secundum alegata et probata*, es decir, según lo alegado y probado por las partes” (p. 67).

En este tenor, Monroy Gálvez (2017) explica que el proceso, observado desde la perspectiva garantista, debe ser entendido de la siguiente manera:

(...) el proceso es el medio a través del cual el Estado concede a los particulares la oportunidad de resolver su conflicto de intereses. Por esta razón, como el Estado está a disposición de los particulares, el proceso, que es el vehículo del servicio, está bajo el control de quienes lo reciben, es decir, de los particulares. Se trata, pues, de una concepción que sólo toma en cuenta el interés particular de los justiciables: la solución de su conflicto de intereses, de allí que los principios que los desarrollan sólo tienen en cuenta el interés de las partes, es del caso del principio dispositivo, el principio de congruencia, el principio de impugnación privada, etc. (p. 158).

Por lo tanto, es razonable argumentar que los procesos, en el sistema garantista, son las partes quienes asumen el trabajo de promoverlo, impulsarlo e, inclusive, concluirlo. De este modo, los jueces se obligan a únicamente velar por el respeto irrestricto de los derechos fundamentales de las partes y, en ese sentido, resolver sobre la base de lo afirmado y acreditado por las partes.

En el Perú existe –contrario a lo que cierto sector de la doctrina inquisitiva sostiene– una fuerte influencia del sistema dispositivo. La propia Corte Suprema del Perú ha manifestado que:

Si bien el Juez es el director del proceso, la Corte Suprema, en la Casación N° 2935-1998-Apurimac, estableció que el principio rector del proceso civil es el principio dispositivo, por lo que el Juez no puede irrogarse la calidad de parte y aducir argumentos que no fueron hechos valer por las partes a través de los recursos que les franquea la ley⁷.

⁷ Corte Suprema del Perú. Casación N.° 2935-98-Apurimac. El Peruano, 4 de septiembre de 1999, p. 3428.

Conforme se puede apreciar, en el sistema dispositivo prima la voluntad de las partes y se promueve la actividad de estas, resaltando sobre todo el interés que han depositado en el proceso. El juez tiene el deber de dirigir el debate y controlar que en el mismo se respeten los derechos procesales y fundamentales que les competen a los involucrados. Es así como este sistema apuesta por un proceso —valga la redundancia— garantista que defiende el interés de los justiciables y su legitimidad para hacer efectivo sus derechos, evitando así que, cualquier tercero —así sea el propio juzgador (recuérdese el principio de imparcialidad)— supla a las partes y los derechos —y deberes— que a estas le corresponde.

3.2. El Publicismo

Otro gran sistema aplicado en distintos países del mundo es el sistema inquisitorial, inquisitivo o publicista. Mediante este sistema se le otorga facultades plenas al juzgador, de modo tal que cuente con las potestades suficientes para dar impulso al proceso y procurar la obtención de los medios probatorios necesarios para la obtención de la verdad, por cuanto para este sistema el proceso es entendido como un medio para obtener la verdad (algunos hablan de la “convicción” certera).

En este tenor, tenemos a Micheli Furno (citado en Olmedo, 1986), quien nos dice que el proceso inquisitivo es:

(...) la atribución otorgada al tribunal para suplir la actividad probatoria que en principio pareciera ser propia de las partes, más aún que suplirlas, el tribunal puede reunir elementos tendientes a confirmar o contradecir los reconocimientos, aceptaciones o confesiones

expresas de los litigantes. Esto es propio de las causas en que las cuestiones sometidas a decisión no surgen entre particulares y el Estado afectando el orden público o entre particulares solamente, pero referidas a situaciones indispensables cuya tutela se impone al Estado. (p. 153).

Entonces, se puede decir que este sistema responde al interés estatal por controlar y dirigir el proceso; ello con el afán de ponderar el interés público que se encuentra inmerso dentro del mismo. En ese contexto, el juez asume un rol más activo (oficioso) dentro del proceso civil y, por tanto —a efectos de alcanzar la veracidad que subyace en la controversia sometida a su conocimiento— es proveído de mayores facultades y deberes.

Ahora bien, es necesario destacar que el sistema inquisitivo ha servido a muchos gobiernos para justificar su intervención en la administración de justicia; aspecto que ha motivado su promoción. Basta revisar un poco en la historia para apreciar que la insistencia por un sistema inquisitorial se debe al ánimo del Estado por controlar las actividades públicas y privadas⁸.

Bajo esa línea, resulta necesario precisar que el modelo de Estado sirve para determinar el modelo de proceso que se implanta dentro de un territorio. En ese contexto, por hacer solo una referencia al modelo de Estado y su influencia en el modelo de procesos, tenemos a aquellos modelos estatales de corte absolutista y fascista, que tienden a instaurar modelos inquisitivos del proceso.

⁸ Tenemos, por ejemplo: La inquisición episcopal, La inquisición papal, La inquisición española, El Reglamento Josefino de 1781, La Ordenanza Austríaca de 1895, La Ordenanza Alemana de 1937, El Código Italiano de 1940, La Ley de Procedimiento Civil Soviético de 1979, etc.

En conclusión, en base en lo antes indicado, se puede decir que en el sistema inquisitorial es el juez quien controla y administra el proceso. Tan es así que determinado sector de la doctrina refiere que el sistema inquisitorial es aquel donde el juez actúa como director del proceso, en tanto que no solo conduce los actos de procedimiento, sino también está facultado para incorporar los diferentes medios probatorios que le permita expedir una resolución final en aras de la búsqueda de la verdad de lo que es materia controvertida (Roque Carrión Wam, 1970, p. 46 - 47).

4. Fin del proceso

A partir de lo expuesto, y considerando los distintos enfoques (garantista e inquisitivo) desde lo que podemos abordar el proceso, corresponde ahora desarrollar las posiciones que la doctrina ha asumido respecto a la finalidad del mismo.

Como bien hemos indicado, el proceso es una herramienta que permite a las personas alcanzar una solución pacífica a sus conflictos. Así, la aparición del proceso se dio en un contexto de necesidad por alcanzar soluciones eficaces y eficientes a problemas que han surgido en el desarrollo de la historia humana.

En este tenor, conforme se ha desarrollado, el proceso es un mecanismo legal que se encuentra al servicio de las personas y no al revés. Por ello, se ha indicado que el proceso sirve como un instrumento que permite a los particulares, ante la imposibilidad de juzgarse a sí mismos, encontrar soluciones a sus conflictos de una manera racional, con la intervención de un tercero llamado juez.

No obstante lo antes señalado, uno de los temas que aún es materia de debate en la doctrina procesal es el referido a la determinación del fin del proceso. Notables juristas han procurado realizar aportes a la discusión; sin embargo, a la fecha, aún no existe una posición unánime y pacífica sobre el tema.

Es por ello que, a través del presente apartado, abordaremos las principales tesis que se han postulado a fin de explicar cuál es el fin del proceso, así como también buscaremos determinar la viabilidad fáctica y jurídica de sus postulados.

4.1. ¿La verdad, verdad parcial, verdad judicial o la justicia?

Un considerable grupo de juristas, de manera muy efusiva, considera que el fin último del proceso es la búsqueda de la verdad⁹. Para ejemplificar ello, traemos a colación lo expresado por Becerra Bautista (citado por Antonio Salcedo Flores, 2004) “el proceso es, antes y más que otra cosa, instrumento: instrumento para la verificación de la verdad de los hechos... la prueba tiende a demostrar al juez la verdad de los hechos” (p. 283).

⁹ En la doctrina procesal, en términos generales, se habla de dos tipos de verdad: la verdad formal y la verdad material. La primera, también conocida como verdad procesal, es aquella construcción que se realiza con los alegatos de los justiciables; dicho de otro modo, se trata de la recopilación de los hechos descritos e incorporados por las partes al proceso. Del otro lado, se encuentra la verdad material, sustancial o histórica; esta corresponde a los hechos tal cual ocurrieron en la realidad –independientemente de lo alegado por las partes–.

Resultaría un despropósito señalar ligeramente que la posición antes citada no es una que tenga rotunda influencia en nuestra doctrina y legislación vigente. Sin embargo, resulta importante señalar que dicha posición, a nuestro criterio, carece de fundamento.² | |

En primer lugar, el afirmar que el proceso tiene como meta la búsqueda de la verdad carece de sustento jurídico; esta afirmación se opone a la lógica establecida en el proceso civil. Basta con revisar el Código Procesal Civil —el artículo III del Título Preliminar¹⁰, artículo 461¹¹ y el inciso 1 del artículo 190¹²— para entender que el juez sólo conoce lo que las partes han alegado en el proceso, pudiendo inclusive decretar como cierto lo alegado por una de las partes si la otra es declarada como rebelde; así, según la normativa procesal civil el juez no está obligado a buscar la verdad; es más, ni siquiera ha sido señalada como un fin abstracto del proceso civil. Dicho de otro modo, el juez civil resuelve únicamente sobre el relato construido en el proceso, el cual puede coincidir o no con la realidad.

En segundo lugar, nos parece absurdo esperar que el juzgador civil conozca aquellos hechos o aspectos no ofrecidos por las partes. Estas participan del proceso “mostrando lo que quieren mostrar, lo que pueden mostrar, y lo que no se han olvidado mostrar (...). De allí que la verdad

¹⁰ “Artículo III.- El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.

En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso”.

¹¹ El artículo 461 señala que “La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda (...)”.

¹² El artículo 190 señala que los medios de prueba que versen sobre “Hechos no controvertidos, imposibles, o que sean notorios o de pública evidencia”, serán declarados improcedentes.

substantial queda en la mayoría de los casos oculta (...)” (Kartsch, 2018, p.43). En ese sentido, concordamos con Muñoz Basaez (2012) al afirmar que la verdad “es un valor, una aspiración, un anhelo y como tales, son ideales de vida, de conducta, de respeto en una sociedad dada en un momento dado, pero el que se alcancen o no, no es tema o finalidad del proceso” (p. 195).

Ahora bien, así como existe un sector que propone a la verdad como fin del proceso, existe otro que sostiene que este es, en realidad, la justicia como valor absoluto —por supuesto, este planteamiento padece de similares defectos que el anterior—. Solo por poner un ejemplo, Bustamante Alarcón (1997) comenta que:

(...) el proceso civil no sólo es un instrumento para resolver los conflictos intersubjetivos de intereses, sino que tiene por finalidad abstracta lograr la paz social en justicia. (...) Ya no se trata entonces de una concepción que sólo tome en cuenta el interés de los particulares, sino, fundamentalmente, el interés público, lograr la paz social en justicia” (p. 173).

Abordar a la justicia siempre es una tarea extremadamente compleja. Lo cierto es que no ha existido jamás una definición unívoca de justicia —y probablemente tampoco la haya—. Más que una discusión jurídica, se trata de una cuestión filosófica que hasta nuestros días sigue sin cerrarse.

Hans Kelsen (citado en Peña Jumpa, 2011) fue uno de los más impetuosos críticos de la idea de justicia como valor absoluto —y con sólidos argumentos—. De este modo, al abordar el tema sostuvo que:

Si algo demuestra la historia del pensamiento humano es falsa la pretensión de establecer, en base a consideraciones racionales, una norma absolutamente correcta de la conducta humana, puesto que la razón humana solo puede acceder a valores relativos. **La justicia absoluta es un ideal irracional, o, dicho en otras palabras, una ilusión, una de las ilusiones eternas del hombre.** Desde el punto de vista del conocimiento racional, no existe más que intereses humanos y, por tanto, conflicto de intereses. Es imposible demostrar que solo una de las dos soluciones es justa. Si tomamos la paz social como fin último, y solo entonces, la solución del compromiso puede ser justa, pero la justicia de la paz es (también) una justicia únicamente relativa y no absoluta (p. 322).

A lo expresado por el icónico jurista austriaco, Antonio Peña Jumba (2013) agrega acertadamente que:

La razón del ser humano es limitada, como su propia existencia lo es (...) cambia conforme su proceso de aprendizaje y conforme sus ciclos de vida. Con estos cambios también cambia su razón, lo que hace que ésta tampoco sea permanente o eterna en el tiempo. (...) ¿Quién tiene la razón “verdadera” si los tres tienen limitaciones o procesos de cambios en sus razones respectivas? Si la razón humana cambia y se confronta con otras, la posibilidad de construir una razón absoluta o un valor absoluto es nuevamente una ilusión. (...) El intento del ser humano de alcanzar una razón o valor absoluto hace que en el camino se construyan valores aceptados consensualmente por grupos, dependiendo de los cambios o ciclos de vida de las personas que componen el grupo, pero nunca la razón o el valor único. (p. 323)

Ahora bien, si tenemos en cuenta que la justicia es un valor relativo, resulta incoherente plantear que esta es la finalidad que subyace en el proceso. Si cada parte tiene su razón, entonces intereses y razón se juntan en el conflicto. La simple premisa de que diferentes personas se encuentren en conflicto genera más de una razón válida y, por supuesto, cualquiera de ellas puede ser declarada justa. Sea que se satisfaga los intereses o la razón de una sola de las partes o, de ser el caso, que ambas arriben a un compromiso o transacción, lo cierto es que en ambos supuestos la justicia es relativa (Peña, 2013, p. 323). Un proceso judicial diseñado así, simplemente, sería caótico; supondría afirmar que ningún proceso en la realidad cumple con su finalidad.

Pese a todo ello, tal como hemos comentado, en la doctrina y jurisprudencia de nuestro país aún se insiste en el planteamiento de estas metas tan poco sinceras con la realidad. Así lo hizo la Corte Suprema en el Décimo Pleno Casatorio Civil, convocada para el día 18 de octubre de 2018, a través del cual, con el afán de justificar la aplicación de la prueba de oficio en el proceso civil, el supremo colegiado consideró que, en virtud del paradigma del Estado Constitucional, el proceso tiene como meta la búsqueda de la verdad y, con base en ellas, tomar decisiones “justas”. Así, en el mencionado pleno se casatorio se afirmó que:

(...) Estado constitucional demanda que la función jurisdiccional se logre a través de la aplicación y consolidación del ordenamiento normativo material. Lo que significa, entre otras cosas, que una decisión judicial que aspire a ser justa deba tener como premisa básica el conocimiento de los hechos que pueda calificarse como verdadero, a partir de la búsqueda del equilibrio entre la búsqueda del valor de verdad y la efectividad de las situaciones jurídicas sustantivas. Para ello es justificable que se empodere a los jueces en nuestro país, en el sentido de que son los primeros llamados a ejercer una función directiva del proceso

que esté pensada en materializar un orden justo que se soporte en decisiones que consulten la realidad y permitan la vigencia del derecho sustancial, y con ello la realización de la justicia material”.

En atención a lo expuesto, nos parece poco realista, y bastante idílica, la línea de razonamiento que sigue la Corte Suprema respecto a la finalidad que se procura alcanzar en cada proceso; tanto más si ni si quiera nuestra Constitución ampara dicho planteamiento —algo que abordaremos profundamente en la segunda parte de este trabajo—.

4.2. ¿La solución de conflictos?

Una postura distinta a la antes señalada plantea que el proceso no es un fin en sí mismo, sino que sirve a un propósito: la solución de conflictos entre los individuos. Esta es, a nuestro criterio, la propuesta más sólida y lógica, pues, tal como se planteó al inicio, los conflictos interpersonales son la causa de la existencia del proceso.

Como se ha indicado en los apartados anteriores, el proceso es la discusión civilizada de intereses; así, el proceso es un método de resolución de conflictos y, como tal, solucionarlos con base en el Derecho es a lo que aspira. Al respecto, destaca el comentario de Muñoz (2012) cuando comenta que:

Nos pone de evidencia que la errada implicación del rol del juez en orden a la búsqueda de fines diversos a la sola solución del conflicto de las partes, hace que la propia comunidad, luego en las evaluaciones que hace de su servicio judicial, lo critique y le sancione

socialmente, precisamente por no dedicar sus afanes en lo medular a la función propia, esto es, la resolución del conflicto específico” (p. 195).

Antes del cambio de criterio en el Décimo Pleno Casatorio Civil —algo que comentaremos en el siguiente capítulo—, la Corte Suprema compartía esta posición al respecto. De ahí que sostuviera que “El proceso civil tiene una finalidad concreta (o inmediata) que consiste en resolver un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica, ambas con relevancia jurídica, siendo estas dos categorías jurídicas fenómenos de la realidad social y a su vez presupuestos materiales de la jurisdicción civil”¹³.

Conforme se puede apreciar, para la Corte Suprema lo importante del proceso era que éste sea un instrumento con el que el juez alcance la solución de un conflicto intersubjetivo. De ahí que el verdadero fin del proceso sea el de atender las pretensiones que someten a su fuero, así como resolver las controversias mediante la aplicación de los procedimientos predeterminados que esta herramienta contiene.

Podrá ocurrir que, convencido el juez de lo alegado por una de las partes, lo probado no coincida con la verdad material; sin embargo, este es un aspecto que resulta ajeno a la operatividad del proceso. Obviamente, el escenario ideal será aquel en el que el convencimiento logrado en el juez coincida con la verdad material, pero, como se ha explicado, no siempre es una meta alcanzable, y bajo esas limitaciones el proceso deberá continuar su desarrollo.

¹³ Casación N° 2121-99-Lima.

En conclusión, podemos apreciar que el proceso ha sido una invención del hombre para atender a sus controversias intersubjetivas. Así, se buscó que este mecanismo de solución de conflictos surja como una opción frente a las soluciones tan primarias que existían frente a las diferencias. Ciertamente es que han existido distintas posturas respecto al modo de ver el proceso, prueba de ello son los sistemas garantistas e inquisitoriales, no obstante, más allá del sistema que se adopte, lo cierto es que el proceso, a nuestro entender, no se pensó como una herramienta para alcanzar verdades absolutas o justicias de una certeza divina; teniendo en consideración las limitaciones humanas, queda claro, y así lo ha reconocido la máxima instancia jurisdiccional en el Perú, que el proceso busca alcanzar la solución de conflictos intersubjetivos, siendo esa la máxima aspiración a la que debe aspirar.

5. ¿Cuál es el fin del proceso según la Constitución Política del Perú de 1993?

5.1. El juez y la constitucionalización del proceso judicial

Habiendo establecido el marco doctrinario y jurisprudencial de lo que implica hablar del proceso, así como los fines que persigue el mismo, corresponde ahora, establecer cuál es el rol constitucional de uno de los actores del mismo: el juez. En esa medida pasaremos a desarrollar qué es un Estado Constitucional de Derecho, y cómo es que, a partir de su comprensión del mismo, podemos establecer el rol constitucional del juez al interior del proceso.

5.2. Breves nociones sobre el estado constitucional de derecho

El Estado Constitucional de Derecho no es solamente la forma típica de Estado que tenemos en la actualidad. En realidad, este ha evolucionado en el tiempo conforme a las necesidades de la sociedad, la complejidad de las relaciones políticas y las distintas concepciones éticas del colectivo. Por lo mismo, para conocer mejor como llegamos al punto actual, conviene hacer un breve repaso del Estado de Derecho y sus variantes.

5.2.1. Una forma primigenia: el Estado Legal de Derecho

El Estado de Derecho o *Rechtsstaat* nace en el siglo XIX como una respuesta al Estado Absoluto del siglo anterior. Como su mismo nombre indica, se trata de un Estado cuya organización y ejercicio del poder se encuentran regulados, limitados y estructurados a través de normas de carácter jurídico.

Resulta adecuado traer a colación el comentario de Gustavo Zagrebelsky (2016):

La expresión “Estado de Derecho” es ciertamente una de las más afortunadas de la ciencia jurídica contemporánea. Contiene, sin embargo, una noción genérica y embrionaria, aunque no es un concepto vacío o fórmula mágica, como se ha dicho para denunciar un cierto abuso de la misma. El Estado de Derecho indica un valor y alude solo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado (...). El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos (p. 21).

Entonces, la forma de Estado bajo el régimen del Derecho nace de la necesidad de limitar el ejercicio abusivo del poder, característico del absolutismo del siglo XVII y sobre todo del siglo XVIII; dicho de otro modo, surge de la necesidad de institucionalizar el ejercicio del poder político.

La forma original o primigenia del Estado de Derecho es el Estado Legal de Derecho. Con el surgimiento de la democracia, parecía idóneo que la ley, siendo la norma producida por los representantes de la ciudadanía que se pretendía gobernar, sea aquella que controle a la administración pública. Entonces, el Estado de derecho nace como un Estado legislativo, aquel en el que la ley se posicionó como la principal fuente de juridicidad.

Consecuencia de ello, fue la radical importancia del principio de legalidad. Durante ese entonces y hasta la primera mitad del siglo XX, la doctrina entendía a la ley y sus distintas formas de expresión, es decir los códigos, como la principal fuente del Derecho.

En ese sentido, el proceso de codificación iniciado por Napoleón constituyó una importancia significativa, toda vez que surgió como una voluntad de transformación del Derecho "(...) frente a la imagen de caos con que filósofos, juristas y políticos representaban el derecho del Antiguo Régimen, la codificación aparecía con cierta solución instauradora de un orden y sistema ciertos, estables y seguros, cuya demanda superaba cualquier ideología" (Guzmán Brito, 2006, p. 147).

La norma legislativa era la fuente de legitimidad para las actuaciones de todos los poderes del Estado, sobre todo el Ejecutivo y el Judicial; y justo fue ese el detalle el que dio pase a la necesidad de evolucionar en un Estado Constitucional.

5.2.2. El Estado Constitucional

El interés porque los Estados se rigieran por una Constitución (en su sentido formal), existía incluso antes del propio Estado de Derecho; pues, el movimiento constitucionalista también fue una respuesta a los abusos del absolutismo monárquico. Como bien señala Luis Castillo Córdova (2006):

La etapa previa al nacimiento del Constitucionalismo se caracterizó por el ejercicio arbitrario y despótico del poder por parte de los monarcas absolutos. El Constitucionalismo en general y la Constitución en particular, surgieron con la finalidad de evitar que el poder sea ejercitado de modo que interfiriese en la esfera de autodeterminación individual de las personas. Se empezó, entonces, a hablar de la Constitución como un límite al poder político. (p. 879)

Pese a ello, por la propia finalidad que guardaba este movimiento; en los países del *civil law* las constituciones se limitaron a ser normas de carácter político y, tal como acabamos de mencionar, sería la norma legislativa la fuente más importante de juridicidad.

Tal como sutilmente destacamos líneas arriba, la debilidad del Estado Legal fue estructural: el principio de legalidad no era perfectamente aplicable al ejercicio de las funciones del Poder Legislativo. Esto es muy sencillo de entender, si todo el Estado se encontraba sujeto a la ley, también los legisladores lo estaban; pero, ellos creaban la ley, por lo que, en realidad, estaban sujetos a sí mismos.

La Constitución al ser solo una norma política, en ese entonces, realmente no guardaba un verdadero efecto inhibitor de los abusos legislativos, problema que alcanzó su punto más crítico

con los atroces hechos de la Segunda Guerra Mundial. Si bien aquella ya les reconocía derechos y prerrogativas a los ciudadanos, al carecer de naturaleza normativa, no le eran exigibles a los poderes públicos más que de una perspectiva ética.

Por más reprochables y lesivos de derechos humanos que fueron esos eventos, en estricto, no se encontraban fuera de lo demarcado por el Derecho. Fue allí cuando se hizo evidente que la ley, al ser pasible de usarse contra los derechos de las personas, también debía ser controlada.

Así nace el Estado Constitucional de Derecho: el imperio de la ley fue reemplazado por la supremacía constitucional. La Constitución ya no es solo una norma política, sino que pasa a ser una norma jurídica vinculante en todos sus sentidos¹⁴.

Ahora bien, todo ello supone que ahora es la Constitución la norma que encabeza el ordenamiento jurídico, esta se posiciona en la cúspide de la pirámide normativa y condiciona la validez de aquellas normas que se encuentren por debajo –constitucionalización del Derecho–.

¹⁴ Sobre ello, en la Sentencia N.° 5854-2005-PA/TC, el Tribunal Constitucional señala: “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”.

Es decir, significó superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso -de la mano del principio político de soberanía popular- al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo” (fundamento 3).

Entre otros fenómenos, la constitucionalización del Derecho conlleva que todo el ordenamiento jurídico guarde coherencia con el contenido de la Constitución. En ese sentido, tanto la parte orgánica como el catálogo de derechos fundamentales tienen plena vigencia a lo largo y ancho del sistema de fuentes; es este segundo aspecto el que nos importa más en esta oportunidad¹⁵.

En un Estado Constitucional, la persona humana se ubica en un lugar diferente a la que tenía en el Estado de Derecho legal. En la persona descansa la titularidad de aquellos derechos reconocidos en la Constitución y, en consecuencia, sobre esta descansa también el deber estatal de procurar la realización de tales derechos –lo que no debe identificarse con actividades interventoras en la vida privada–.

Como bien indica el primer artículo de la Constitución de 1993, el fin supremo del Estado es la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad. De ahí la importancia de las normas, los principios y la función interpretadora de todo aquel que cumple la función de administrar justicia como fuentes creadoras de Derecho, ya que permiten comprender el contenido de ciertos textos regulatorios, a efectos de generar una cualificación técnica que facilite una mejor y mayor comprensión de la realidad jurídica en beneficio de la sociedad y la persona que lo conforma. Esto

¹⁵ El profesor chileno Eduardo Aldunate (2009), al respecto señala que “A la idea de aplicación directa de la Constitución (el modo de su normatividad, si se quiere) se agrega la afirmación de que ella obliga a todos, tanto órganos públicos como a particulares (en la extensión de su normatividad), dando lugar a la recepción (...) del denominado efecto horizontal de los derechos fundamentales. Esta afirmación de vigencia directa de la Constitución usualmente no va acompañada de una reflexión sobre la posible distinción que puede tener la idea de aplicación directa de la Constitución en uno u otro caso, desde el punto de vista de las sanciones aplicables (en un caso, en el ámbito de la juridicidad, en el otro, en el ámbito de la libertad) y desde el de las fuentes del derecho.¹² Se volverá a examinar este punto en el párrafo sobre los problemas que plantea la doctrina de la fuerza normativa de la constitución” (p. 449).

es un reflejo directo de la esencia del Estado Constitucional, es decir, de la persona como valor supremo del nuevo Estado de Derecho.

6. El rol del juez según la Constitución Política del Perú de 1993

En el marco de la constitucionalización del Derecho, el estudio de cualquier disciplina jurídica exige una mirada previa al Derecho Constitucional; por supuesto, el Derecho Procesal no es la excepción.

De ahí que el profesor Antonio Lorca Navarrete (2016, p. 291) resalte que el ejercicio de la función jurisdiccional —como objeto de estudio del Derecho Procesal— consista en “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado según, siempre, exigencias constitucionales”. En esa medida, se puede afirmar que la constitucionalización del Derecho incluye, por supuesto, la “constitucionalización del proceso”¹⁶.

El nuevo paradigma del Estado Constitucional ha difuminado la imagen del juez como un simple aplicador de lo que la ley dicta. Lo cierto es que, su sujeción al ordenamiento jurídico no se limita a las normas del legislador ordinario, sino que incluye también lo dispuesto en la Constitución¹⁷.

¹⁶ Nos resulta interesante el comentario de Martín Agudelo (2005) al respecto: “Las relaciones entre el derecho procesal y el derecho constitucional posibilitan el desarrollo de dos disciplinas jurídicas muy próximas entre sí: el derecho constitucional procesal y el derecho procesal constitucional. La primera, por la que se concibe y se replantea el derecho procesal desde la teoría constitucional, mientras que la segunda tiene por cometido estudiar los mecanismos procesales indispensables para la protección de las normas constitucionales” (p. 91)

¹⁷ Es más, de toparse con una ley insalvablemente opuesta a las normas constitucionales, el juez tendrá que inaplicarla —algo absolutamente impensable desde un enfoque clásico—.

Considerando lo antes expuesto, tenemos que el artículo 138 de la Constitución Política del Perú refiere que:

Artículo 138.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

De lo antes señalado se aprecia que es el Poder Judicial el encargado de administrar justicia a través de sus jueces (en todas sus instancias), procurando en todo momento tener presente lo que la Constitución y las leyes del país establecen. Bajo esta lógica, el Tribunal Constitucional ha establecido que:

Así, conforme al artículo 138 de la Constitución, los jueces administran justicia con arreglo a la Constitución y a las leyes, puesto que ellos también deben garantizar una adecuada protección de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. En tal sentido, debe tenerse presente que todos los jueces se encuentran vinculados por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos (cfr. Sentencias 00004-2004-CC/TC, fundamento 22, y 00206-2005-PA/TC, fundamento 5, entre otras)¹⁸.

¹⁸ STC. N.º 04495-2019-PA/TC. F.j. 5.

Conforme se puede apreciar, el Tribunal Constitucional ha sido categórico en señalar que los jueces ejercen sus funciones en atención a lo establecido en la Constitución y las leyes, procurando en todo momento que las acciones y decisiones que este emita sean acordes a los estándares que la Constitución establece.

Cabe destacar que lo señalado no resulta ser una aspiración sin materialización concreta alguna; claro ejemplo de lo antes señalado, lo tenemos en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el cual expresamente refiere que:

Artículo III.- **El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.**

En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso” (resaltado nuestro).

A partir de lo señalado, tenemos que el rol del juez no es otro que resolver conflictos de intereses y eliminar incertidumbres jurídicas con relevancia jurídica, haciendo efectivo los derechos sustanciales. Así, la efectivización de los deberes constitucionales del juez se da a través de la atención de las controversias que los ciudadanos llevan a los tribunales, respetando sus derechos constitucionales y procurando en todo momento alcanzar la solución de sus conflictos y eliminar las incertidumbres jurídicas.

En conclusión, a partir del breve desarrollo efectuado, tenemos que la Constitución Política del Perú de 1993 ha sido clara en establecer que el rol de los jueces dentro del proceso es la de solucionar las controversias que lleguen a los juzgados, procurando en todo momento que los procesos sean tramitados bajo los parámetros y estándares constitucionales.

6.1. Principios constitucionales que rigen la actividad del juez

Considerando lo señalado sobre los parámetros y estándares constitucionales sobre los que se rige el juez, tenemos que, si le echamos una mirada a la Constitución Política del Perú de 1993, encontraremos que el artículo 139 enumera los llamados principios y derechos de la función jurisdiccional. Estos postulados moldean o delimitan el modelo procesal peruano, el cual es desarrollado y especificado a nivel legal por los códigos procesales, la Ley Orgánica del Poder Judicial y otras leyes especiales. Entonces, se puede decir —al menos a nuestro criterio— que esta disposición constitucional nos brinda una primera pauta de estudio.

La mencionada disposición constitucional se posiciona como una hoja de ruta de observancia obligatoria para los jueces y magistrados en el ejercicio de la jurisdicción, tanto ordinaria como electoral o constitucional.

A lo largo de los veintidós incisos del artículo 139 se encuentran principios jurisdiccionales sumamente importantes, tales como: la unidad de la función jurisdiccional, el debido proceso, la tutela jurisdiccional efectiva, la publicidad procesal, el principio de *Iura Novit Curia*, el principio de independencia, pluralidad de instancias, gratuidad, publicidad procesal, cosa juzgada, debida

motivación judicial, etc. No obstante, para los fines de este trabajo solo se requiere profundizar en algunos de ellos.

6.1.1. El debido proceso

El génesis del debido proceso se encuentra en el desarrollo del principio *due process of law* (propio del Derecho Anglosajón). El antecedente histórico más significativo se remonta al siglo XIII, cuando los barones normandos presionaron al rey Juan Sin Tierra para el otorgamiento de la Carta Magna, la cual disponía la prohibición de arrestar, detener, desposeer de la propiedad o de molestar a ningún hombre libre, salvo atravesara previamente por un juicio legal de sus pares (Agudelo, 2005)¹⁹.

El debido proceso es un derecho “continente”, es decir, que comprende una serie de principios y derechos distintos. Así lo reconoce el Tribunal Constitucional en la STC N° 07289-2005-AA/TC, al afirmar que:

(...) dicho derecho comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal y que, en ese sentido, se trata de un derecho, por así decirlo, "continente". En efecto, su

¹⁹ “La Carta Magna fue evolucionando, de lo general a lo particular; al principio, adoptando la noción del law of the land hasta consagrarse en 1354, bajo el reinado del Rey Eduardo III, la idea del due process of law (debido proceso legal). En este último sentido, lo que el texto consagra son dos garantías fundamentales: la de ser juzgado por los pares; y, según las leyes del país. La primera se refiere al derecho medieval de ser enjuiciado por los demás miembros pertenecientes al mismo oficio o corporación que el acusado, y más tarde, al juicio por jurados, lo que impedía condenas dictadas por el Rey o comisiones especiales de su dependencia; en tanto que la segunda, garantizaba que el juicio se realizara “conforme a la ley del país”, es decir, de acuerdo a las leyes, y no a los caprichos del soberano. Ambas garantías se constituían en los pilares de lo que luego se consolidaría y perfeccionaría hasta conformar lo que hoy conocemos como debido proceso” (Ferrer, 2015, p. 157).

contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos.

Entonces, ¿qué derechos componen al debido proceso? Luis Castillo Córdova (2013) sostiene que su “contenido esencial está conformado por la facultad de acceder a los órganos encargados de administrar justicia, por el conjunto de garantías procesales y materiales del procesamiento propiamente dicho, y la ejecución eficaz y oportuna de la sentencia firme” (p. 10). En ese sentido, el derecho al juez legal, el principio de independencia, el principio de imparcialidad, el derecho a la prueba, el derecho de contradicción, el derecho al plazo razonable, el derecho a una resolución motivada, el derecho a la cosa juzgada, entre otros, componen lo que supone un “proceso debido”.

De una manera muy similar, la Corte Constitucional Colombiana (Sentencia C-341/14), sobre el contenido del debido proceso, refiere que:

La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia.

Es apreciable que el contenido que guarda el debido proceso es muy amplio; no obstante, su conocimiento es vital para la calificación de conductas como respetuosas o irrespetuosas de este derecho. El supremo intérprete de la constitución señala que, el “(...) debido proceso no tiene un

ámbito constitucionalmente garantizado en forma autónoma, sino que su lesión se produce a consecuencia de la afectación de cualesquiera de los derechos que lo comprenden”²⁰.

Desde el punto de vista formal, el debido proceso requiere el cumplimiento de elementos mínimos capaces de garantizar a todo aquel que se someta a la vía jurisdiccional un procedimiento adecuado. Esto último comprende el derecho natural a un juez, el derecho de defensa, el derecho a la prueba, el derecho a una debida motivación y todo el listado de derechos que este mismo supone.

Al respecto, mediante la Casación N° 4015-2017-Callao, la Corte Suprema ha puesto en manifiesto —en su fundamento 3— que el debido proceso, definido desde una dimensión, es el conjunto de principios y reglas que tienen que ver con las formalidades estatuidas por ley como procedimiento preestablecido, derecho de defensa y la motivación, etc.

Por su parte, el debido proceso concebido desde un punto de vista material, no es más que el orientador de derechos. Es decir, aquel que genera la expectativa de justicia en quien se somete a esta, encontrando sustento en la realización de actos razonables y eficaces por parte del legislador, los órganos competentes y la propia administración pública.

Del mismo modo, la Corte Suprema se ha tomado el tiempo de definir la dimensión material del debido proceso, a través de la Casación N° 4016-2017-Callao, en donde señala que no es más que el derecho que tienen las partes en un proceso o procedimiento a que la resolución emitida se sustente en la interpretación y la aplicación adecuada de las disposiciones vigentes, válidas y

²⁰ Exp. N° 5194-2005-PA/TC

pertinentes del orden jurídico para la solución razonable del caso, de tal modo que la decisión ofrezca una solución coherente y razonable al asunto litigioso.

En ese sentido, y como veremos más adelante, los actos lesivos de algún o algunos derechos contenidos en el debido proceso –incluso si estos provienen de normas o decisiones judiciales– suponen en sí un detrimento del mismo y, en consecuencia, estaremos ante actos contrarios a la Constitución.

6.1.2. La tutela jurisdiccional efectiva

La tutela jurisdiccional efectiva es un derecho subjetivo que supone la facultad de “solicitar la protección de una situación jurídica que se alega que está siendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego del cual se expedirá una resolución fundada en Derecho con posibilidad de ejecución” (Priori, 2003, p. 280).

Monroy Gálvez (2017) –en un símil con las categorías aristotélicas de potencia y acto– sostiene que la tutela jurisdiccional efectiva comprende dos planos: uno antes y otro durante el proceso. Antes del proceso, supone el derecho de “exigir al Estado que provea a la sociedad de los requisitos indispensables para resolver un proceso judicial en condiciones satisfactorias” (p. 434). Por otro lado, la tutela jurisdiccional efectiva durante el proceso se compone del “haz de derechos esenciales que el Estado debe proveer a todo justiciable que participe en un proceso judicial” (p. 456).

Ahora bien, debido a la amplitud de sus contenidos, muchas veces no es clara la diferencia entre debido proceso y tutela jurisdiccional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ya ha delimitado la cuestión:

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 subjetivos²¹.

En este punto es necesario mencionar que esta concepción “tuitiva” de la jurisdicción no debe justificar actos “paternalistas” por parte de la judicatura. La tutela jurisdiccional, en la medida de que existe en un universo de derechos y posiciones iusfundamentales, debe delimitarse adecuadamente –algo que abordaremos aún en el próximo capítulo–.

6.1.3. La imparcialidad judicial

Conforme hemos hecho hincapié en las líneas introductorias del presente trabajo, uno de los presupuestos esenciales para hablar de un debido proceso es la condición de imparcialidad que debe tener todo juez. Es justamente esta posición en el proceso que impide y restringe que el juez pueda tener posición de demandante o de demandando.

²¹ EXP. N.º 8123-2005-PHC/TC

Así, si el instrumento mediante el cual se resuelve un conflicto pretende ser calificado como proceso debidamente llevado y conformado, es necesaria la presencia de tres sujetos: dos contrapartes naturalmente desiguales y un tercero investido de imparcialidad, encargado éste de resolver determinada cuestión litigiosa (Priori, 2013, p. 76).

La imparcialidad judicial importa pues el derecho fundamental de las partes de pretender y esperar que el juez, dada su investidura, les dé un trato igualitario a dichas pretensiones (lo cual se deriva del derecho a la igualdad garantizado por la Constitución y el deber de igualdad entre las partes a que está obligado el juez, según el artículo 50 del Código Procesal Civil). Siendo así que la existencia de cualquier tipo de prejuicio o interés en el juzgador a favor de una de las partes, supone transgredir el principio básico de igualdad de armas procesales (Priori, 2013, p. 76).

Veamos que, en una sentencia paradigmática respecto al desarrollo de la imparcialidad judicial, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Piersack (sentencia del 1 de octubre de 1982), señaló que:

Si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada de diversas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción de un juez determinado en un caso concreto, y aspecto objetivo, que se refiere a si este ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda al respecto (...) en esta materia incluso las apariencias pueden revestir cierta importancia (...). Lo que está en juego es la confianza que los tribunales pueden inspirar a los ciudadanos de una sociedad democrática.

En la misma línea argumentativa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que habrá imparcialidad judicial cuando “sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia”²². En esa medida, la duda o temor sobre la posible afectación a la imparcialidad por parte de un juez o tribunal, señaló la Corte, debe llevar a separar a este de la causa sometida a su consideración^{23 24}.

En este tenor, Juan Montero Aroca (1999), en una interesante disertación acerca del derecho al juez imparcial, refiere que:

La misma esencia de la jurisdicción supone que el titular de la potestad jurisdiccional, no puede ser al mismo tiempo parte en el conflicto que se somete a su decisión. En toda actuación del derecho por la jurisdicción han de existir dos partes enfrentadas entre sí que acuden a un tercero imparcial, que es el titular de la potestad, es decir, el juez o magistrado. Esta no calidad de partes ha sido denominada también imparcialidad (p. 109).

Entonces, la imparcialidad consiste en una disposición mental (por no decir sentimental) del individuo que ha asumido el compromiso de emitir físicamente la solución a determinada

²² Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N° 135. Parágrafo 146.

²³ Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N° 135. Parágrafo 147.

²⁴ En otra interesante sentencia, la Corte IDH, en el caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, refirió que el deber del juez es aproximarse a la controversia careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad. Ver Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela. Excepción Preliminar. Reparaciones y costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008 Serie C N° 182. Parágrafo 56.

controversia. Así existirá imparcialidad cuando el juzgador se tenga total libertad para tomar la solución más justa según su grado de convicción alcanzado en el proceso, libre de toda influencia o circunstancia ajena a él, distinta de su propio criterio jurídico, que pueda incidir en el sentido de sus decisiones (Rojas, 2022, p. 59) .

Para alcanzar esta condición subjetiva (imparcialidad), el tercero imparcial (Juez) se deberá encontrar libre de cualquier obligación inmediata o mediata respecto de alguna de las partes en litigio o con el resultado del mismo; siendo obligatorio que el proceso judicial sea llevado por un Juez que cumpla con las características antes señaladas en tanto que lo que nuestra Constitución obliga al sistema judicial es que ofrezca garantías suficiente para desterrar cualquier duda razonable de parcialidad (García Toma, 2013, p. 972).

Veamos que hacemos referencia a la duda razonable de parcialidad que pueda existir en el desempeño del Juez y la duda fundada de su falta de imparcialidad. Es decir, basta con tener inseguridad respecto de la imparcialidad del juez para que el proceso devenga en nulo y por tanto transgresor del derecho constitucional al juez imparcial.

De este modo, el principio de imparcialidad —estrechamente ligado al principio de independencia funcional y derecho al debido proceso e igualdad de las partes— se vincula al cumplimiento de determinadas exigencias durante la tramitación de la litis. Así el juez tiene la obligación de garantizar mediante sus actos su neutralidad frente a las partes y al objeto del proceso mismo, demostrando que puede ser capaz de tener una posición constitucional durante toda la tramitación del proceso (García Toma, 2013, p. 973).

Ahora bien, esta no es una exigencia meramente lírica, nuestro Código Procesal Civil en su artículo 50, inciso 2 es categórico al momento de señalar que el juez debe hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, empleando las facultades que este Código les otorga y, por qué no agregar, que la Constitución exige. Como se puede apreciar, nuestro cuerpo normativo adjetivo ordena que el juez actúe en condiciones tal que permita poner jurídicamente en igualdad de condiciones a las partes del proceso.

En efecto, como ya hemos señalado, es función esencial del juez, para efectos del proceso, situar jurídicamente en condiciones de igualdad a dos sujetos naturalmente desiguales —como se puede apreciar, la entelequia de igualdad jurídica es consecuencia directa de la desigualdad natural, social, económica o política de las partes—. Y esa igualdad jurídica a la que nos referimos solo podrá ser alcanzada si es que quien la realiza es un juez que no tiene miramientos ni intereses por la posición de alguna de los sujetos intervinientes en el proceso (ya sea del pretendiente o del resistente).

En este contexto, dada la imparcialidad que inviste al juez, éste no podrá, bajo ningún supuesto colocarse en la posición de ninguna de las partes procesales en tanto que su condición y situación dentro del proceso lo limitará a únicamente (i) vigilar que el proceso sea llevado a cabo respetando los derechos reconocidos en la constitución; y, (ii) llegar a la decisión más justa²⁵ posible

²⁵ En efecto, a juicio nuestro, el fin del proceso radica, únicamente, en resolver determinada controversia, sometida a conocimiento de un tercero llamado juez, a través de una sentencia que puede tener la calidad de ser justa o no. No es, por lo tanto, la finalidad del proceso llegar a determinar cuál es la “verdad” de la controversia; ello en función a que la “verdad” respecto de algo es un aspecto que le puede interesar a otras ciencias como a la filosofía o historia, pero no al derecho; no puede caerse, pues, en la ingenuidad de pensar que cuando un juez sentencia sobre determinada polémica lo hace sabiendo que tal decisión es la verdad respecto de los hechos sometidos a su juicio; lo que el juez ha alcanzado en la sentencia, en todo caso, es un

de alcanzar; más no puede ser una función del juez imparcial pretender suplir las carencias o falencias de alguna de las partes a efectos de alcanzar objetivos que no le incumben al proceso judicial.

En conclusión, la imparcialidad, conforme la hemos desarrollado, es garantía consustancial y necesaria para una correcta impartición de justicia, debiendo esta entenderse, a su vez, como una garantía para los justiciables (es decir, garantía a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial), configurándose, de este modo, una doble dimensión que se debe respetar a lo largo del proceso (García Toma, 2013, p. 973).

6.1.4. La imparcialidad judicial

Dicho esto, también es relevante delinear el concepto de “imparcialidad”. La imparcialidad es una garantía judicial que, aunque sutilmente, es distinta a la imparcialidad y, por tanto, no deben ser confundidas. Por un lado, como venimos mencionando, el juez imparcial es aquel que deja de lado sus sesgos personales –en relación con el objeto y/o los sujetos del proceso– al momento de resolver la controversia. Sin embargo, cuando hablamos de “imparcialidad”, nos referimos a la exigencia de que el juez no actúe como parte, es decir, de la prohibición de que este sustituya a las partes en sus deberes dentro del proceso.

grado de convicción o certeza respecto del tema, pero no una verdad universal e indiscutible respecto de la litis.

De un análisis estrictamente lógico, podemos saber que cada uno de los actores del proceso manejan su “verdad”; de ahí que el demandante posea una verdad pretendiente; el demandado una verdad resistente; y, finalmente, el juez, quien después de lo actuado en el proceso, alcanza únicamente un grado de convicción respecto a las “verdades” expuestas por las partes.

En función a lo señalado concluimos que el proceso tiene como único fin alcanzar la solución más justa posible para las partes, respecto de determinada controversia.

Entonces, se vulnerará la “imparcialidad”²⁶ cuando el juez –consciente o inconscientemente– termine limitando las posibilidades de protagonismo en el proceso de alguna de las partes, sea omitiendo el otorgar la posibilidad de contradicción a alguna de ellas, convirtiéndose en protagonista de los interrogatorios, formulando preguntas motivadas en su personal deseo de saber más sobre la cuestión controvertida, sin que sean las partes quienes por iniciativa propia realicen tales aclaraciones o actuando pruebas de oficio (Alvarado Velloso, 2010, p. 37).

6.1.5. La igualdad procesal

La igualdad ante la ley es un principio-derecho que intenta colocar, jurídicamente, a las personas en un plano de completa equivalencia. Ello implica, pues, que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden con otra, en paridad sincrónica o concurrencia de razones (García Toma, 2008, p. 35).

Cabe aclarar que esto no hace exigible que todas las personas sean tratadas de la misma forma. La igualdad ante la ley presupone que, únicamente, las personas que se encuentren en las mismas condiciones son las que pueden exigir equivalencia en sus situaciones jurídicas. En ese sentido, el principio de igualdad también exige que a las personas que se encuentren –por razones objetivas– en distintas situaciones se les deba dar un trato diferenciado.

²⁶ Cabe acotar que la imparcialidad no es exclusiva de los procesos privados. Solo por poner un ejemplo, el modelo del proceso penal acusatorio (propio del Código Procesal Penal del 2004), uno de los pilares más importantes es el de la imparcialidad e imparcialidad; diferenciándolo del sistema procesal predecesor.

Ángel Zerpa (2009, p. 8), llevando esto al terreno procesal, sostiene que el principio de igualdad le ordena al juez el deber de darle a las partes las mismas oportunidades para exponer sus pretensiones y excepciones, para probar los hechos en las sustenten y para expresar sus propios alegatos o conclusiones. Las partes, durante todo el proceso, deben estar colocadas en un plano de igualdad.

Entonces, tal como señala la Corte Constitucional Colombiana, en la Sentencia C-690/08:

La igualdad procesal debe predicarse de cada una de las partes procesales, en cuanto a la posibilidad de establecer e implementar, sin discriminaciones, cada uno de los mecanismos que pone bajo su disposición el derecho para actuar y defenderse dentro en un proceso. La desigualdad procesal injustificada compromete, entonces, principios y derechos de suma valía en el estado social de derecho, como el debido proceso y el derecho a la defensa.

De lo mencionado, se colige que los vicios con relación a la imparcialidad e imparcialidad judicial también pueden, consecuentemente, vulnerar el derecho a la igualdad de alguna de las partes. Basta con que el juez obre en favor o reemplace a uno de los justiciables para que surta un efecto en cadena de lesiones a derechos constitucionales. En ese sentido, la igualdad de partes procesales se instituye como una de las garantías mínimas que debe tener todo proceso debido, algo que se ve mermado con la prueba de oficio, tal como veremos más adelante.

- 7. Entonces, ¿según la Constitución Política de 1993, en el proceso, el juez debe buscar solucionar conflictos o alcanzar todas aquellas intenciones teóricamente aceptadas?**

A partir de lo desarrollado en este apartado, tenemos que en la Constitución Política del Perú en extremo alguno se ha encargado al juez la obligación de alcanzar ideales como la verdad o la justicia; en todo momento se enfatiza que lo que corresponde alcanzar a través del proceso es la solución de conflictos.

De este modo el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil es claro y preciso en señalar que la finalidad concreta (real), es la solución de conflictos y eliminación de incertidumbres, siendo la finalidad abstracta (esto es, la ideal) lograr paz social en justicia.

Por ello, la conclusión a la que arribamos a partir del desarrollo realizado en este primer capítulo, es que, según la Constitución Política de 1993, el juez no está obligado a alcanzar aquellas buenas intenciones que son anheladas por un sector de la doctrina, sino únicamente a solucionar conflictos dentro de los alcances que técnicamente le sean posibles. Es bajo este paradigma que debemos entender la actuación del juez.

CAPÍTULO II: LA PRUEBA DE OFICIO EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO

1. Aspectos generales en torno a la prueba

El concepto de prueba va más allá del ámbito jurídico. La prueba es una actividad constante en nuestra vida diaria; desde asuntos muy simples hasta asuntos más complejos. A diferencia de ciertos sistemas y conceptos jurídicos que se aplican solo a una rama específica del derecho, el concepto de prueba abarca no solo todas las áreas del derecho, sino que se extiende más allá de su ámbito jurídico, abarcando todas las ciencias que integran el conocimiento humano (Devis Echandía, 2000, p. 13-14).

Bajo estas consideraciones, sería desatinado —es más, equívoco— abordar a la prueba únicamente como un elemento jurídico. Si bien el Derecho ha sido el área donde más y mejor se ha desarrollado el tema, no menos cierto es que este escapa a su única influencia.

La prueba es un vocablo muy común en la actividad cotidiana del hombre. Suele utilizarse casi en todos los campos en los que este realiza actividades para la satisfacción de sus necesidades o para el logro de sus fines (Hurtado, 2009). Etimológicamente, el término prueba proviene del latín *probare*, el cual se puede entender como: justificar y hacer manifiesta la certeza de un hecho o la verdad de una cosa, a través de instrumentos o testigos (Camargo, 2000).

Como es apreciable, generalmente la prueba es el medio por el cual se busca alcanzar la verificación de algo. En el mundo del Derecho, esta premisa se mantiene, aunque con rasgos mucho más complejos —de ahí que se requiera un breve repaso sobre sus aspectos más relevantes—.

2. La prueba en el proceso judicial

La aproximación de la prueba desde la perspectiva del Derecho no es unívoca. Para abordar a la prueba como institución jurídico-procesal, nos parece apropiado mencionar que esta puede referirse, al menos, a tres cosas distintas, aunque relacionadas.

En primer lugar, tenemos la aproximación de la prueba como aquel instrumento que las partes llevan al proceso con miras a demostrar sus afirmaciones; nos referimos a los “medios probatorios” –denominación mucho más técnica y, por tanto, la que manejaremos en ese sentido–.

Por otro lado, cuando hablamos de prueba también nos referimos a las razones que llevan al juez a poder establecer determinado grado de certeza sobre las afirmaciones que se formulan al interior del proceso. Se trata de aquellos “motivos que se desprenden de las fuentes o medios de conocimiento de los que hacen uso las partes o los intervinientes en el proceso para conformar la convicción del juez sobre los hechos que son los presupuestos de sus intereses materiales perseguidos” (Jaramillo, 2007, p. 184). Dentro de esta perspectiva, no todo medio probatorio contiene prueba, pues no necesariamente cualquiera contiene una razón fundamentadora que siempre genere convicción en el juez –aunque a eso quiera apuntar la parte que lo ofrece–.

Por último, con prueba también nos podemos referir al resultado de la tramitación de las pruebas, esto es, el grado de convicción que ha alcanzado el juez a partir de la valoración de los medios de prueba. Esta convicción del juez es aquella a la que “las partes o los intervinientes en el proceso propenden porque el juez reconozca en su decisión en aras a que se les reconozca el

derecho o el interés perseguido” (Jaramillo, 2007, p. 185). En ese sentido, la prueba es un producto al que llega el juzgador cuando se convence de la certeza de un determinado hecho; en ese momento, se podrá decir que este ha sido probado.

Es preciso mencionar que, a partir de ahora, nos referiremos a prueba aludiendo a su segunda conceptualización. Dejamos de lado la primera, pues, como ya mencionamos, es mucho más acertado referirnos a esta como “medio de prueba” o “medio probatorio”. De la misma manera, dejamos de lado la noción de prueba-producto o prueba-resultado, pues, nos referiremos a ella simplemente como “convicción” o “convencimiento”, siendo este un estado psíquico –por tanto, subjetivo– del juzgador.

3. Fuente, medio y objeto de prueba

No nos queda duda de que es necesario delinear algunos conceptos adyacentes al de prueba, a fin de comprender a cabalidad este fenómeno. Tal como dejamos en claro en la parte inicial de este capítulo estamos ante un elemento sumamente complejo para el mundo del Derecho.

3.1. Diferencia entre fuente y medio de prueba

Ya habíamos mencionado que el medio de prueba —o medio probatorio— es un instrumento jurídico-procesal con el cual se busca que el juez alcance certeza sobre algo alegado por las partes. Sin embargo, para entender mejor sus alcances es preciso diferenciarla de otro concepto: fuente de prueba.

En la Casación N° 1242-2017, la Corte Suprema diferenció de manera muy precisa estos preceptos:

La fuente de prueba contiene información relevante para un futuro proceso, esa información puede ingresar —puede que no— al proceso, y lo hace a través de un medio o instrumento que se denomina medio de prueba. Este es el mecanismo adecuado para introducir al proceso la información relevante contenida en las fuentes de prueba desde una realidad extraprocesal a una de dimensión procesal.

Del mismo modo, en la STC N.° 05822-2007-PHC/TC, el Tribunal Constitucional, aunque con menos profundidad, insiste en que tales conceptos aluden a cosas distintas en el marco del proceso:

(...) Ello debido a que a partir de la distinción existente entre fuente de prueba (entendida como realidad extra procesal independiente al proceso) y medio de prueba (que vendría a ser un acto procesal, esto es, una realidad interna al proceso, y por medio del cual la fuente de prueba es ingresada al proceso) (f.j. 2).

En este sentido, la fuente de la prueba se manifiesta a través de los medios probatorios. El juez conoce la fuente de la prueba y de éste deduce el hecho que se va a probar, por lo que la fuente se nos muestra como hechos percibidos por el juez y que requieren de una operación deductiva, en tanto que los medios no se conciben como hechos, sino como el instrumento, cosa o circunstancia en los que el juez encuentra el fundamento de su convicción (Acosta, 2007, p. 66-67)²⁷.

²⁷ Sobre el particular, el citado autor, haciendo un desarrollo más a fondo refiere que: “Así, en un juicio, donde una de las partes promueve uno o varios testigos para demostrar la existencia de la posesión, el testimonio de estos sería el medio, en tanto que la fuente serían los hechos descritos o narrados; de tal manera que, en

4. El objeto de prueba

Se le denomina objeto de prueba a todo aquello que puede probarse en el marco de un proceso. De este modo, a nivel procesal, el objeto de la prueba serán aquellos sucesos o acontecimientos ocurridos en la realidad que las partes insertan al proceso a través de sus afirmaciones (Montero, 2000, p. 306); de este modo, Devis Echanía señala que “Por objeto de la prueba debe entenderse lo que se puede probar en general, aquello sobre lo que puede recaer la prueba; es una noción puramente objetiva y abstracta, no limitada a los problemas concretos de cada proceso, ni a los intereses o pretensiones de las diversas partes (...)” (Echandía, 2000, p. 142)

Ahora bien, a esta definición tan abierta debemos hacerle unos ajustes, pues la totalidad de las cosas no pueden ser objeto de prueba, esto llevaría a un caos operativo dentro del proceso o, peor aún, a la imposibilidad de llevarlo a cabo; al respecto, Matheus (2003) refiere que:

Es por esta razón que resulta adecuado precisar cuáles son los hechos que constituyen estrictamente el objeto de la prueba y, en tal sentido, podemos afirmar que este último viene

atención al ejemplo de la posesión, siendo esta un hecho que produce consecuencias jurídicas a favor de la persona que la ha ejercitado, y tomando en cuenta que quien alega, en un proceso, un hecho del cual quiere deducir consecuencias jurídicas a su favor, debe probarlo, recae en el poseedor dicha carga. Tal conducta por parte del poseedor responde tanto por ser actor en un juicio, en el sentido de que este ejerza cualquiera de las acciones posesorias que la ley le confiere, como cuando es demandado en el juicio reivindicatorio, caso en el cual decida invocar la prescripción como medio de defensa. En todo caso el testimonio de los testigos evacuados constituirá el medio que permitirá llevar al juez la convicción de la ocurrencia o no de los hechos descritos, y los hechos narrados por ellos resultará la fuente, es decir que el demandante o demandado, según el caso, es poseedor de un bien inmueble desde hace un determinado tiempo y que dicha posesión se ha venido ejerciendo de forma continua, pública, pacífica, ininterrumpida, inequívoca y con ánimo de dueño, entre otras afirmaciones de hecho que pudieran ser motivo de aseveración” (Acosta, 2007, p. 66-67).

conformado por los hechos controvertidos, esto es, por aquellos hechos sobre los cuales las partes no se encuentran de acuerdo. Resultando ello consecuencia del principio de contradicción por el que se rige el proceso civil, razón por la cual todo aquello que sea contradicho por alguna de las partes está necesitado de prueba, resultando este tipo de hechos aquellos que constituyen el *thema probandi* (p. 180).

En esa misma línea, tenemos a autores como Julio Cordón Aguilar (2017), quien sobre el particular indican que:

En definitiva, objeto de la prueba son las afirmaciones o negaciones sobre los hechos, los enunciados sobre estos, los que el juzgador habrá de comparar con esas otras afirmaciones proporcionadas mediante la actividad probatoria practicada, para así formar su convicción respecto de aquellas, concluyendo si acaecieron o no en la realidad (p. 49).

En nuestra norma, así como consensualmente en la doctrina, existe un listado de aquellos aspectos que no son objeto de prueba. Cualquier medio probatorio que intente acreditarlos, simplemente, será rechazado por el juez. La prueba debe versar, pues, sobre el asunto del litigio, de ahí que los códigos procesales establecen el rechazo de las que no le pertenezcan, esto es, aquellas que buscan demostrar cuestiones distintas de las pretendidas en el juicio (White, 2008, p. 176).

Tenemos, por ejemplo, que el Derecho no es objeto de prueba, pues “en orden al principio *iura novit curia* (sic) (...) [este] no requiere de prueba, salvo en lo que concierne al derecho extranjero, cuyo conocimiento no es obligatorio para los tribunales nacionales, debiendo proponer,

la parte que invoque su aplicación, la prueba pertinente sobre su contenido y vigencia” (Cordón, 2017, p. 48).

De manera muy didáctica, Matheus (2003, p. 180), señala que no son objeto de prueba los hechos admitidos, los hechos notorios y los hechos imposibles (razonamiento que, además, es seguido por el inciso 1 del artículo 190 del CPC). Los hechos admitidos son aquellos que una parte alega y la otra confirma, es decir, hechos sobre los cuales no existe controversia —no necesitan ser probados en virtud del principio dispositivo y el principio de economía procesal—. De otro lado, los hechos notorios son aquellos que, de por sí, guardan certeza y un nivel de conocimiento generalizado; por ejemplo: los postulados científicos, los datos históricos, etc. Por último, los hechos imposibles son aquellos que, en el mundo real, simplemente no podrían producirse.

Aclarado ello, es necesario recalcar que las nociones de prueba y objeto de prueba son nociones que tienen “necesariamente una misma amplitud, ya que no se concibe la prueba sin el objeto materia de ella” (Devis Echandía, 2000, p. 144). Dentro del objeto de la prueba se incluye la necesidad de la prueba, la cual está referida a lo que las partes procesales deben demostrar, es decir, los hechos que soportan sus correspondientes afirmaciones atinentes a la controversia. Tratar de probar o hacer una afirmación ajena al mismo desarticula la utilidad de la prueba (Acosta, 2007, p. 64).

5. La carga de la prueba

Debemos comenzar este apartado mencionando que “existen muchas cargas procesales (en plural). Podemos mencionar, por ejemplo, la carga de individualizar el pedido o petitorio, la carga

de comparecer al proceso, la carga de recurrir, la carga de identificar los bienes para una futura ejecución, etc.” (Cavani, 2019, p. 8). Dentro de este amplio grupo, se encuentra la carga probatoria, que de manera muy genérica se concibe como “la libertad de diseñar las actuaciones o la estrategia procesal en cuanto a los hechos alegados y al caudal probatorio que se orienta a acreditarlo” (Cavani, 2018, p. 21).

La carga de la prueba nos lleva a responder una de las preguntas más importantes dentro del proceso: ¿quién debe probar en el proceso? Se trata de una institución fundamental dentro del Derecho probatorio, cuya naturaleza a descifrar ha sido todo un reto para los teóricos del proceso²⁸.

Lo antes señalado ha sido confirmado por la propia Corte Suprema del Perú, la cual ha señalado, respecto a la carga de la prueba, lo siguiente:

1.2.3. Carga de la prueba: ¿quién prueba?

La institución de la carga de la prueba busca responder a la cuestión de quién (o quiénes) realizan la actividad probatoria en el proceso o más específicamente a quién le corresponde probar un supuesto de hecho. En otras palabras, lo que se pretende es determinar cuál de los sujetos que actúan en el proceso está llamado a producir la prueba de los hechos que han sido materia de debate²⁹.

²⁸ Como bien señalan Artavia y Picardo (2018), “El concepto de carga de la prueba es quizás el menos entendido de los elementos de la teoría general de la prueba, puesto que se ha interpretado como una suerte de reglas en el ofrecimiento de la prueba y no en la etapa de apreciación de las mismas, es decir, se “juega” con este concepto a la hora de aportación y admisión de las pruebas, cuando realmente su utilización es una etapa posterior: la de apreciación por parte del Juez, y se forma residual, sea que en ausencia de prueba se utilizan las reglas que confirman el *onus probandi*” (p. 3).

²⁹ Casación N° 1242-2017-Lima Este. Décimo Pleno Casatorio Civil.

Lo antes citado corrobora que, a nivel jurisdiccional, en el Perú también se entiende que la carga de la prueba es una institución que busca responder a la pregunta quién debe probar; así, a criterio de la Corte Suprema, la institución en comentario busca atender a determinar qué parte está llamada a acreditar los hechos que han sido materia de controversia al interior del proceso; es el caso que la Corte Suprema ha reconocido de forma categórica que estamos frente a una de las instituciones más importantes dentro del proceso.

En esa misma línea, tenemos al profesor Alvarado Velloso (2018, p. 647), quien reflexionando sobre la carga de la prueba refiere que:

(...) si al momento de sentenciar, un juez se encuentra con un caso en el que hay varias declaraciones testimoniales acordes entre sí, un buen peritaje que responde adecuadamente al interrogatorio formulado al efecto y varios documentos que acreditan los hechos litigiosos, el juez falla según la interpretación que haga de la suma de tales medios y, por supuesto, no se pregunta a quién le incumbía la carga de confirmar. No le hace falta hacer esa indagación. En cambio, si el juez carece de elementos confirmatorios suficientes para que pueda formar su convicción en uno u otro sentido, como no puede ordenar por sí mismo la producción de medio alguno de confirmación (ver supra, # 2.2.) y como tampoco puede hacer valer su conocimiento personal del asunto a fallar, recién ahí se interroga acerca de quién debía confirmar determinado hecho y no lo hizo.

Y la respuesta a ese interrogante sella definitivamente la suerte del litigio: quién debió confirmar su afirmación y no lo hizo, pierde el pleito, aunque su contraparte no haya hecho nada al respecto. Así de fácil.

A partir del escenario antes desarrollado, podemos apreciar claramente en qué supuestos corresponde aplicar la pregunta que sirve de sustento a la institución de la carga de la prueba, esto es, ¿quién debe probar?; como se puede apreciar, la carga de la prueba no se aplica cuando en el proceso las partes han cumplido con acreditar suficientemente los hechos que han afirmado a lo largo del proceso, por cuanto en dicho escenario, el juez tienen los elementos suficientes para proceder a resolver la controversia que ha sido sometido a su conocimiento; no existe duda alguna respecto a la controversia; por el contrario, solo cuando las partes no ha cumplido con acreditar sus posiciones al interior del proceso y el juez no puede, a partir de los medios de prueba que las partes han incorporado al proceso (testimoniales, pericias, documentales, etc.), alcanzar convicción sobre lo que es controvertido es que surge la necesidad de aplicar la institución en comentario y formular la pregunta sobre quién debió acreditar tal o cual hecho.

Qué duda cabe que la aplicación de la carga de la prueba no es sino una herramienta que ha sido otorgada al juez para facilitar la labor jurisdiccional al momento de resolver las controversias que son sometida a su fuero; como se ha señalado en los puntos anteriores, el juez no posee condiciones particulares o sobrenaturales que le permita determinar a sola vista quién tiene o no la razón, sino que es dentro de sus limitaciones y prejuicios que decide, con la única ayuda de las partes a través de la actividad probatoria que éstas realizan al momento de postular sus posiciones; es por ello que resulta tan trascendental la lo posibilidad de aplicar la carga de la prueba toda vez que su aplicación permite que el juez pueda cumplir con su función constitucional, esto es, solucionar conflictos y mantener la paz social, dando certeza a las relaciones de las partes encontradas y asegurar el efectivo cumplimiento de las premisas constitucionales y normativas que rigen a la sociedad.

Autores nacionales³⁰ ³¹ e internacionales (Alvarado Velloso, 2018, p. 650) han señalado que solo la ley (y nunca la jurisprudencia) es la que regula lo referente a la carga de probar, ello a fin de dotar de total y objetiva seguridad a la actividad que los jueces cumplen al momento de decidir en determinada causa, procurando con ello evitar que las reglas aplicables a la carga de la prueba puedan ser alteradas a la discreción del juzgador. De este modo, la titularidad de la carga de la prueba es, en estricto, una decisión legislativa: la norma será la que determine la distribución de la carga probatoria en el proceso, dependiendo del tipo de proceso frente al que nos encontremos.

Así, el artículo 196 del Código Procesal Civil peruano expresa que “la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuren su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”. Bajo similar lógica, tenemos lo establecido en el caso argentino, donde el Código Procesal Civil y Comercial de dicha Nación establece en su artículo 377 que:

Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer.

Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.

³⁰ “De estos ejemplos vemos que la titularidad es asignada por el legislador (distribución estática), que puede corresponder a la parte que alega el hecho (distribución estática fija) o a la contraparte que no lo ha alegado (distribución estática invertida o “inversión de la carga de la prueba”). Excepcionalmente, el propio legislador puede otorgar al juez el poder de ser él quien la distribuya (distribución dinámica), como ocurre en el caso del 33 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (...)” (Cavani, 2018, p. 23).

³¹ Esta regla no es uniforme en todo nuestro ordenamiento jurídico, pues, como bien señala Omar White (2008), “(...) en algunas materias como la laboral o la penal, operan algunos institutos que no obligan a la parte más débil, en todos los casos, a demostrar su dicho. Más bien, la carga de la prueba está sobre los hombros de la parte que la ley entiende es la más fuerte, es decir, el patrono o el Estado, que por medio del Ministerio Público lleva adelante la persecución penal” (p. 176).

Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio.

Entonces, considerando la premisa de que lo alegado debe ser probado, las partes litigantes son las protagonistas de las pruebas, pues son estas las que fundamentan sus alegaciones. Debemos tener necesariamente claro a cuál de las partes le corresponde la carga de probar —*onus probandi*—; es decir, cuál de las partes tendrá un resultado desfavorable para su pretensión por incurrir en negligencia probatoria.

A fin de ejemplificar lo antes señalado siempre será útil recurrir a la realidad para darnos cuenta de cuán importante es aplicar la carga de la prueba:

Nadie comienza un pleito con alegría y despreocupación, como quien sale a pasear por el campo en día festivo. Por el contrario, se realizan previamente muchas conversaciones —e intimaciones— para tratar de evitarlo. Cuando ya el pretendiente —acreedor, por ejemplo— está seguro de que no logrará una autocomposición con el resistente —deudor, que en el ejemplo afirma que pagó—no tiene más remedio (recordar que ésta es la última alternativa pacífica) que concurrir al proceso (para ello, debe pagar honorarios de abogados y carísimas tasas de justicia), donde el deudor, ahora demandado, vuelve a oponerle la misma tenaz oposición que antes, afirmando haber hecho —por ejemplo— un pago que no existió en la realidad de la vida...

Como puede aceptarse fácilmente a esta altura del relato, el actor piensa con visos de razonabilidad comprensible en destruir para siempre a su demandado y deudor impenitente. En tales condiciones, ¿cómo puede serle exigido que colabore solidariamente con su enemigo

y, que si no lo hace, se considere que ha caído en inconducta procesal? (Alvarado Velloso, 2018, p. 649).

En ese sentido, la carga de la prueba es el reflejo del interés individual de cada justiciable de que sus alegatos se valoren como ciertos y, en consecuencia, que la decisión judicial contenga una decisión favorable a sus pretensiones. La carga de la prueba es, entonces, una noción procesal que alude a una máxima procesal: aquel que alegue un derecho debe probarlo.

Este supuesto “deber” no debe ser entendido como una obligación, jurídicamente hablando. La relación obligacional supone que una persona (deudor) despliegue determinada conducta en favor de otra persona (acreedor); además que muchas de ellas pueden admitir el cumplimiento coercitivo o, en su defecto, acarreen responsabilidad civil. Contrario a ello, en el caso de la carga probatoria, es la misma parte —con interés propio en tener éxito en el proceso— la que despliega la conducta de probar en su favor; ello es clara consecuencia de que será esa parte quien asuma las propias consecuencias de no satisfacerla.

Por tal motivo, es más acertado referirse a la carga probatoria como una regla de juicio o una regla de conducta. En primer término, “la regla que distribuye la carga de la prueba tiene como función indicarle al Juez cómo debe fallar en aquellos casos en los cuales, una vez finalizada la actividad probatoria, no se probó la existencia de los hechos invocados por las partes”; mientras que, por otro lado “también está dirigida a las partes, ya que éstas, por no haber probado los hechos invocados, esto es, por no haber realizado una conducta en beneficio de su propio interés, obtendrán un fallo desfavorable” (Iglesias y Long, 2018, p. 83).

Como se ha visto hasta ahora, la carga de la prueba aparece, entonces, como una regla de juzgamiento dirigida al juez para que sepa qué hacer cuando de la revisión de los medios probatorios que obran en autos no pueda alcanzar convicción sobre los hechos materia de litis respecto de los cuales fallará, debiendo esta regla ser precisa y de cumplimiento objetivo y acatamiento irrestricto. Caso contrario, en caso no pudiese aplicarse la carga de probar, lo único que se obtendría serían controversias sin soluciones y el juez no podría alcanzar la función que constitucional y legalmente se encuentran establecidas para él.

En conclusión, a partir de lo expuesto, tenemos que la función de la regla de la carga de la prueba es indicarle al juez qué decisión debe tomar después de que la realización de las actividades probatorias de las partes no le genera convicción, lo cual provoca una decisión negativa en la parte que probó los hechos en los que se basó.

6. Principios aplicables a la actividad probatoria

6.1. Principio de unidad de la prueba

El artículo 197 del Código Procesal Civil establece que: “Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión”. Como se puede apreciar, la norma le exige al juez que, al momento de evaluar los medios probatorios ofrecidos por las partes, este lo haga de manera conjunta. De ahí el nombre del principio, pues todos los elementos de prueba deben ser apreciados como una sola realidad.

En el marco de un proceso judicial, en la mayoría de los casos “se alegan [un] sinnúmero de pruebas individualmente consideradas. Pero la sumatoria de todas ellas constituyen una sola prueba: la prueba del hecho alegado como propósito específico de la actuación procesal según que sean convergentes o divergentes a tal fin” (Bertel, 2009, p. 116). A ello, es acertado agregar lo afirmado por la profesora Ramírez Salinas (2005): “Esa apreciación general de las pruebas permite que se llegue a un mayor grado de certeza, ya que existirán algunas que sirvan de respaldo, como así también otras, que ayuden a desvirtuar las menos creíble” (p. 1029).

En ese contexto, hace mucho sentido que el juez oriente su actividad valorativa con este principio, pues, no solo llega a un mayor nivel de convicción, y con ello a una mejor aplicación del Derecho; también es una práctica respetuosa con el contenido del derecho fundamental de las partes a probar.

6.2. Principio de comunidad de la prueba

La premisa del principio de comunidad es sencilla. Como bien menciona Salas Villalobos (2021), la comunidad probatoria significa que “Los medios de prueba no pertenecen a la parte que los aporta. Pertenecen al proceso mismo y, por lo tanto, quien tiene “mejor conocimiento” del contenido de ellos podrá, sin duda, extraer toda la utilidad requerida a su favor” (pp. 250-251). Las pruebas buscan crear certeza en el juez, indistintamente de la parte que la ofreció; la probanza no tiene como fin beneficiar a alguna de las partes, sino que el benefactor directo es el proceso en sí mismo (Ramírez, 2005, p. 1031)³².

³² Sobre lo señalado por la citada autora debemos indicar que no estamos de acuerdo con la apreciación realizada; el proceso no es algo vivo, no es ni siquiera un fin en sí mismo, sino un medio para llegar a un fin, en este caso, la paz social y la eliminación de conflictos particulares o incertidumbres jurídicas. A nuestro

Como bien señala Devis Echandía (1981), la comunidad de la prueba es una consecuencia directa del principio de unidad, pues:

(...) ella no pertenece a quien la aporta y que es improcedente pretender que sólo a éste beneficie, puesto que, una vez introducida legalmente al proceso, debe tenérsela 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. Como el fin del proceso es la realización del derecho mediante la aplicación de la ley al caso concreto y como las pruebas constituyen los elementos utilizados por el juez para llegar a ese resultado, nada importa quién las haya pedido o aportado; desde el momento que ellas producen la convicción o certeza necesaria, la función del juez se limita a aplicar la norma reguladora de esa situación de hecho (p. 118).

Entonces, el principio de comunidad de la prueba se basa en que "(...) ninguno de los medios probatorios que obran en el proceso, y que fueran aportados por las partes, no tienen, necesariamente, que beneficiar al oferente, dado que estos pertenecen al proceso y no [a] las partes (...) "³³; ello ha sido recogido por nuestro Código Procesal Civil al regular la finalidad de los medios probatorios en su artículo 188, el cual señala 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".

entender, quien se beneficia de los medios probatorios no es, efectivamente la parte que los ofrece, sino más bien el juez, que es quien adquiere mayor convicción o certeza sobre el caso, lo cual le permite resolver conforme a Derecho y buscando la superación de los conflictos interpersonales.

³³ Cas. n° 2004-01 / Lima. el Peruano 30-11-2001, pp. 8139-8140.

Naturalmente, la comunidad probatoria permite que el juez encuentre argumentos que desvirtúen las pretensiones de la propia parte que la ofreció y, en ese mismo sentido, razones que consoliden o refuercen lo alegado por la parte procesal contraria. Es claro el vínculo con el principio de unidad, las pruebas deben valorar en conjunto toda vez que le pertenecen, en su totalidad, al proceso.

6.3. Principio de contradicción de la prueba

Pese a que las pruebas no son de uso exclusivo por las partes que las ofrecen, es claro que estas eligen aquellas que sirven para construir y defender su derecho en cuestión —algo evidente en un escenario donde se enfrentan intereses particulares—. Como consecuencia de ello, es necesaria la contradicción probatoria, con el fin de garantizar un control recíproco de los justiciables sobre sus aportes probatorios.

Cabe mencionar que la contradicción no existe solo en materia probatoria, se trata de un principio general y, a su vez, una garantía consustancial al debido proceso. Sin embargo, en cuanto a este aspecto en particular, se traduce en “la posibilidad de oponer pruebas a aquellas presentadas en su contra. Desde esta perspectiva, el derecho de contradicción aparece como un mecanismo directo de defensa, dirigido a que las razones propias sean presentadas y consideradas en el proceso”³⁴.

³⁴ Sentencia T-461/03 emitida por la Corte Constitucional Colombiana. Ver: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-461-03.htm>

Este principio “abre la posibilidad para que las partes luego de haber conocido lo que se aduce en su contra aporten elementos que desvirtúen las afirmaciones hechas en su contra, y de refutar los argumentos de las decisiones judiciales que le afecten” (Zabaleta, 2017, p. 178). De ahí que se considere una piedra angular, no solo de la actividad probatoria, sino del proceso en general.

6.4. Principio de favorecimiento de la prueba

Cuando hablamos de este principio, referenciamos el vocablo latino favor *probationes* (en favor de la prueba). Se trata de una salida eficiente ante la duda e imperfecta convicción del juez.

Como bien hemos repasado “el medio de prueba es el instrumento a través del cual se busca lograr la convicción sobre el acaecimiento de un hecho particular” (Matheus, 2002, p. 324). No obstante, existen circunstancias especiales en las que la realidad probatoria es más compleja.

En determinados casos, “la ley establece la prescindencia de ciertas pruebas, y a la vez existen dudas o se presentan dificultades con relación a los medios de prueba ofrecidos” (Ramírez, 2005, p. 1035). Ante ello, ya que la finalidad del proceso es solucionar el conflicto presentado ante el aparato judicial, el juez deberá optar por otros medios probatorios alternativos o, incluso, recurrir a los indicios.

6.5. Principio de inmediación de la prueba

La inmediación, al igual que el principio de contradicción, no es un principio exclusivo de la actividad probatoria, sino del proceso judicial en general. No obstante, en este terreno, este

principio significa que el juez tenga la mayor cercanía posible con los medios de prueba aportados por las partes. Tal como señala Liza Ramírez Salinas (2005):

El objeto de la inmediación se centra en permitir al juzgador apreciar personalmente todo aquello que es ventilado en el proceso, procurando así alcanzar una mejor percepción de lo narrado y lo ocurrido realmente.

En ese contacto prueba juez, que se va dando a lo largo del procedimiento probatorio, el juzgador es capaz de aclarar las dudas que acarrea, sin necesidad de valerse de otros mecanismos, que podrán llegar a ser más onerosos y de prolongada duración” (p. 1034-1035).

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional en la STC N.º 00849-2011-PHC/TC señala que:

El Tribunal Constitucional ha precisado que el principio de inmediación conforma el derecho a la prueba. De acuerdo con el principio de inmediación, la actividad probatoria debe transcurrir en presencia del juez encargado de pronunciar sentencia, puesto que solo de esta manera se garantiza que exista un contacto directo entre el juzgador y los medios de prueba aportados al proceso, que permitirá a este ponderarlos en forma debida y plasmar sus conclusiones en forma suficiente y razonada al momento de emitir sentencia (...). (f.j. 6).

En ese sentido, la inmediación de la prueba es un derecho-principio necesario para una adecuada actividad probatoria. No solo favorece la confianza en el juez por la cercanía con los elementos de convicción, sino también protege al proceso de intervenciones fútiles y desviaciones

indeseadas (Ramírez, 2005, p. 1034 – 1035). Sin duda, se trata de un pilar del proceso debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

7. El derecho fundamental a probar

Como hemos mencionado, el proceso judicial supone un escenario en el que las partes procesales, con posiciones contradictorias, buscan convencer al juez sobre la veracidad de sus alegatos. Por eso, es totalmente coherente que estas tengan el derecho de incorporar al proceso los elementos de convicción que consideren necesarios para sembrar en el juzgador una solución favorable a sus intereses. Nos referimos al llamado derecho a la prueba.

Por su vital relevancia, este derecho ha sido consagrado a nivel constitucional en distintos ordenamientos jurídicos. En la Constitución española de 1978, por ejemplo, el derecho a la prueba tiene estatus de derecho fundamental: el artículo 24.2 señala que “todos tienen el derecho (...) a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”³⁵. Por su parte, en la Constitución colombiana de 1991, artículo 29, se reconoce que toda persona tiene el derecho a “presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra”; de este modo, incluso, se vincula el derecho a la prueba y el de contradicción.

En el Perú, al igual que la exigencia de un juez imparcial, el derecho a la prueba no se encuentra expresamente en nuestro texto constitucional. Sin embargo, se ha determinado que este

³⁵ Aquí cabe precisar algo: a diferencia del ordenamiento peruano, donde todos los derechos constitucionales son, también, derechos fundamentales, en la Constitución española solo algunos tienen esta denominación. La calidad de derechos fundamentales solo le corresponde a aquellos comprendidos en los artículos del 15 al 29 (Título I, Capítulo II, Sección 1.ª).

derecho se desprende del contenido implícito del derecho al debido proceso (el cual sí tiene reconocimiento expreso en el inciso 3 del artículo 139 de nuestra norma fundamental, tal como vimos anteriormente).

Al respecto, solo por poner un ejemplo, tenemos las STC N.º 00579-2013-PA/TC, STC N.º 04831-2005-HC y STC N.º 010-2002-AI/TC, donde nuestro supremo intérprete sostuvo lo mencionado, que el derecho a la prueba tiene protección constitucional a partir del reconocimiento del reconocimiento expreso del debido proceso:

STC N.º 00579-2013-PA/TC (f.j. 5.3.2):

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 constitucionalmente protegido, entre ellos, 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 al proceso en irregular, legitimando con ello la necesidad de ejercer labores de control constitucional (resaltado nuestro).

STC N.º 010-2002-AI/TC (f.j. 148):

148. En primer término, este Tribunal Constitucional debe recordar que **el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del**

derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139º, inciso 3), de la Constitución Política del Perú. El derecho a “interrogar a los testigos presentes en el Tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”, como se enuncia en el literal “f”, numeral 2), del artículo 8.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe ser interpretado conforme a la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución (resaltado nuestro).

STC N.º 04831-2005-HC (f.j. 4):

4. **Este Tribunal Constitucional ha señalado** (ver STC N° 010-2002-AI/TC, FJ 133-135) **que el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. En este sentido, una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que permitan crear convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos.** Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales -límites extrínsecos-, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión -límites intrínsecos- (resaltado nuestro).

A partir de las citas antes realizadas, tenemos que el debido proceso es aquel que se encuentra investido de todas las garantías necesarias para que los justiciables puedan hacer valer sus derechos en el marco de un proceso judicial, siendo una de las garantías principales la de probar. A partir de lo expuesto, tenemos que el derecho a probar conlleva tal relevancia que de no

respetarse el mismo, se estaría incurriendo en una afectación, además, al derecho de defensa y a obtener una decisión justa.

En ese sentido –siguiendo la lógica de la Constitución colombiana y peruana–, sin derecho a la prueba no es posible ejercer el derecho de defensa, y sin defensa, no podemos hablar de un proceso debido. Por tanto, todo menoscabo al derecho a la prueba, correlativamente, también lesiona el derecho al debido proceso –por lo que deviene en inconstitucional–.

7.1. Contenido constitucional del derecho a probar

El derecho a la prueba es aquel que faculta a las partes procesales a usar todos los medios probatorios pertinentes que resulten necesarios para acreditar los hechos que fundamentan su pretensión o defensa (Bustamante, 1997, p. 172)³⁶. Sin embargo, de quedarnos con este primer vistazo, estaríamos ignorando la naturaleza compleja de este derecho.

El Tribunal Constitucional, en la STC N° 06712-2005-HC, sostiene que el contenido del derecho a la prueba abarca:

(...) 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

³⁶ En la sentencia recaída en la STC N° 06712-2005-HC, f.j. 15, el Tribunal Constitucional sostuvo que el derecho a la prueba constituye un derecho básico de los justiciables que va más allá de las partes, indicado que: “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”.

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 (Fundamento 15).

Desglosando lo mencionado, tenemos que —en virtud del derecho a probar— las partes tienen: primero, el derecho a ofrecer los medios probatorios que consideren pertinentes; segundo, el derecho de conservación de la prueba, el cual supone la posibilidad de presentar pruebas anticipadas en los casos regulados por la ley; tercero, el derecho a exigir que las pruebas ofrecidas sean valoradas por el juzgador y; por último, el derecho a que dicha valoración guarde una estricta motivación. Son estos los cuatro componentes del derecho a la prueba, los cuales configuran su contenido esencial³⁷.

Ahora bien, sobre el juez —como es evidente— recae una doble exigencia: en primer lugar, debe valorar los medios probatorios ofrecidos por las partes; es decir, deberá admitirlas o rechazarlas, no puede guardar silencio respecto de ellas. En segundo lugar, el juez deberá fundamentar esta valoración en criterios objetivos y razonables. Todo lo contrario, ello supone, en términos generales, una vulneración al derecho fundamental a la prueba.

Entonces, se puede decir que los deberes del juez respecto del derecho a la prueba tienen dos dimensiones: La primera, conlleva “la obligación negativa de omitir cualquier acción lesiva a la

³⁷ Una línea muy similar es la que sigue Jairo Parra Aquino (2007), quien sostiene que los componentes del derecho a la prueba son: derecho a asegurar la prueba, a que se decreten las pruebas, a que se practiquen las pruebas decretadas y, a que la prueba aportada sea valorada.

posición jurídica de los sujetos procesales, sin que para ello tenga razones debidamente justificadas”; y, en la segunda dimensión, “la obligación positiva de admitir, practicar y valorar la prueba en forma racional; y la obligación de conceder el amparo de pobreza para el ejercicio del derecho a la prueba” (Jaramillo, 2007, p. 202).

7.2. Límites al derecho fundamental a probar

Como es natural a todo derecho, incluido a los derechos fundamentales, el derecho a probar tiene límites; no es un derecho absoluto, por el contrario, es un derecho que cuenta con restricciones que se encuentran relacionadas al ejercicio de otros derechos de las partes. Es bajo la lógica antes indicada que el Tribunal Constitucional a través de la STC N.º 010-2002-AI/TC, f.j. 149, ha señalado que:

149. Como todo derecho constitucional, el de la prueba también se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión. En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios que informan la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es, derivados de la propia naturaleza del derecho.

Estando a lo antes señalado, a continuación, pasaremos a desarrollar los límites extrínsecos e intrínsecos del derecho fundamental a probar.

7.2.1. Límites extrínsecos

Como todo derecho subjetivo, el derecho a la prueba no es absoluto³⁸. Los derechos fundamentales coexisten entre sí en un vasto universo; el cual, muchas veces, requiere ser armonizado por los operadores jurídicos. En ese sentido, tenemos los llamados límites extrínsecos del derecho a la prueba, los que resultan de su pertenencia a un sistema jurídico y se determinan caso por caso.

Al tratarse de un derecho constitucional, su interpretación debe realizarse bajo ciertos parámetros. Uno de esos parámetros es el principio interpretativo 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”³⁹.

En otras palabras, en caso de conflicto entre derechos o principios reconocidos por la constitución, los esfuerzos deben orientarse a respetar en todo lo posible el contenido de tales preceptos. El principio de concordancia práctica “sólo admite, en función a las circunstancias del caso, la afectación residual relativa al modo, la forma, el lugar o el tiempo de ejercicio, siempre que

³⁸ “(...) el ejercicio de los derechos fundamentales se encuentra restringido por determinadas exigencias propias de la vida en sociedad. Ello no se contrapone a la convicción de entender que el Ser Humano ha de ser el centro de toda comunidad organizada, sino, muy por el contrario, se vincula con un reforzamiento de las garantías de una existencia plena, pacífica y respetuosa por los derechos y la dignidad humana” (Tortora, 2010, p. 168).

³⁹ STC N° 05854-2005-AA; f.j. 12.

exista razonabilidad y proporcionalidad en la recíproca limitación” (García, 2003, p. 206). De ahí que la ponderación sea una herramienta importante para tal fin.

Entonces, se puede decir que los límites extrínsecos del derecho fundamental a la prueba se delinean a partir de la concordancia práctica de este con otros derechos fundamentales. Para ello, en caso de conflicto, será necesario el empleo del test de proporcionalidad.

Así, cuando hablamos del test de proporcionalidad, nos referimos a una herramienta que permite implementar un análisis sobre los límites de los derechos fundamentales sometidos a conflicto –en este caso, el derecho a la prueba–.

Debemos tener siempre presente que en el Estado Constitucional de Derecho no es válida cualquier restricción a los derechos fundamentales, sino solo aquellas que califiquen como: idóneas para contribuir a la obtención de cierto fin legítimo; necesarias, es decir, las más benignas entre todos los medios alternativos que gocen de por lo menos la misma idoneidad para conseguir la finalidad deseada y; proporcionales en sentido estricto, es decir, aquéllas que alcancen un equilibrio entre los beneficios que su implementación representa y los perjuicios que ella produce (Mariscal, 2019)⁴⁰.

⁴⁰ “(...) no es un método que dependa de la subjetividad del operador de justicia, pues responde a una estructura (examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), que permite establecer en relación a un caso en concreto la prioridad de un derecho, bien o principio constitucional sobre otro de la misma naturaleza, para lograr la vigencia de los derechos que tengan más valor ante la problemática que da origen a su invocación y aplicación” (Mariscal, 2019, p. 155).

7.2.2. Límites intrínsecos

El segundo tipo de límites son los llamados límites intrínsecos, aquellos que derivan de la propia naturaleza de la prueba y su rol en el proceso judicial, siendo estos los siguientes: licitud de la prueba, pertinencia de la prueba y preclusión de la prueba. Así, a continuación, pasaremos a desarrollar cada uno de los límites antes indicados.

A. Licitud de la prueba

El Código Procesal Civil peruano, el artículo 199 referencia de manera muy somera la prueba ilícita o prueba prohibida; esta disposición solamente prescribe que “carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por simulación, dolo, intimidación, violencia o soborno”.

En respuesta a la falta de desarrollo normativo, la jurisprudencia nos ha dado mayores y mejores luces al respecto. Tenemos, por ejemplo, la STC N.º 00655-2010-PHC/TC, f.j. 15, donde el Tribunal Constitucional sostiene que “una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental” –criterio muy similar al que también se ha adherido reiteradamente la Corte Suprema–.

Ahora bien, cabe destacar que no es lo mismo hablar de prueba ilícita que de prueba irregular. Siguiendo el comentario de Manuel Miranda (2010), “Por prueba ilícita debe entenderse aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales. Por el contrario, prueba irregular sería aquella obtenida, propuesta o practicada con infracción de la

normativa procesal que regula el procedimiento probatorio, pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales” (p. 133).

Consecuentemente, los efectos jurídicos de la prueba ilícita no son los mismos que los de la prueba irregular; mientras que esta incurre en nulidad, aquella se somete a la regla de la exclusión. En palabras de nuestro Tribunal Constitucional, esta regla garantiza que “el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental será excluido en cualquier clase de procedimiento o proceso”. Lo que, en otras palabras, se entiende como una prohibición de que “este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona” (STC N° 00655-2010-PHC/TC, considerando 7).

Entonces, el requisito de licitud de la prueba como límite al derecho a probar, evita el ofrecimiento de pruebas ilícitas, prohibiendo que en el proceso se puedan admitir, actuar y valorar medios probatorios obtenidos con la vulneración de algún derecho reconocido en la constitución. Algo completamente lógico, teniendo en cuenta los parámetros del debido proceso.

B. Pertinencia de la prueba

La pertinencia probatoria consiste en “la relación lógica o jurídica entre el medio y el hecho por probar, que un medio de prueba tenga vinculación con el objeto, hecho o pretensión que se reclama” (Artavia y Picado, 2018 p. 13). Si la finalidad del proceso es alcanzar la solución a la controversia, esta no se alcanzará buscando certeza en hechos ajenos al objeto del proceso en particular.

Bajo esa consideración, los medios de prueba impertinentes pueden ser rechazados, pues entorpecen la conducción del proceso. Así lo entiende nuestro Código Procesal Civil, pues el artículo 190 expresa que “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”.

La impertinencia caracteriza a aquellos medios probatorios que busquen acreditar hechos imposibles, ajenos a la controversia, así como también aquellos sobre los cuales no existe controversia –sea por su notoriedad, consentimiento, comprobación o intrascendencia–. Todos estos hechos, al no encontrarse relacionados con las afirmaciones que se discuten en el proceso, no requieren de probanza (Acosta, 2007, p. 63).

Ahora bien, jamás debe confundirse la pertinencia de la prueba con su valor probatorio. Puede darse el hecho de que, un determinado medio de prueba tenga relación con el objeto del proceso. La sola relación lógico-jurídico que tiene esta con el objeto del proceso ya la califica como pertinente, siendo irrelevante para esta cuestión, si es capaz o no de generar convicción en el juzgador (Devis Echandía, 1981, p. 101) –de ahí que líneas atrás hayamos señalado que no todo medio probatorio supone prueba–.

C. Preclusión de la prueba

La preclusión es una idea insertada por el gran jurista italiano Chiovenda en su esfuerzo por renovar el derecho procesal y acuñar nuevos conceptos y sistemas. Así, Chiovenda utilizó por primera vez el concepto de preclusión en su obra de 1905 denominada “Cosa giudicata e

competenza”, ampliada posteriormente en su obra Principios de Derecho Procesal Civil (Ariano, 2013, p. 22-26).

Así, el maestro italiano, reflexionando acerca de la preclusión, señaló lo siguiente:

(...) He observado que todo proceso, cual más cual menos, y así también nuestro proceso, para asegurar precisión y rapidez al desarrollo de los actos judiciales, pone límites al ejercicio de determinadas facultades procesales, con la consecuencia de que, más allá de estos límites, estas facultades no se pueden ya ejercitar. He dado a esta consecuencia el nombre de “preclusión”, de un verbo de las fuentes que se encuentra usado, precisamente con el significado en que yo lo entiendo (...) Son casos variadísimos, ya sea por la facultad procesal a la que cada uno se refiere, ya sea por los efectos que puede tener el precluido ejercicio de esta facultad; pero todos tienen de común este elemento, en el cual está para mí la esencia de la preclusión, quiero decir la pérdida o extinción o consumación, como se quiera, de una facultad procesal por el solo hecho de haberse alcanzado los límites señalados por la ley a su ejercicio (Chiovenda, 1949, p. 224-225).

De este modo, Chiovenda (1949, p. 226), procurando evitar confusiones sobre su postulado, y dotando de mejores elementos para determinar cuándo estamos frente a un escenario de preclusión, estableció los siguientes hechos:

- a) De no haber observado el orden señalado por la ley a su ejercicio, como los términos perentorios o la sucesión legal de las actividades y de las excepciones.

- b) O de haber realizado una actividad incompatible con el ejercicio de la facultad, como la proposición de una excepción incompatible con otra, o el cumplimiento de un acto incompatible con la intención de impugnar una sentencia.
- c) O de haber ejercitado ya válidamente una vez la facultad (consumación propiamente dicha).

Posteriormente, conforme lo ha indicado la profesora Ariano (2013, p. 36-37), autores como Andrioli manifestaron que la preclusión “representaba el ingrediente del cual no se puede prescindir para construir la noción del proceso, entendiendo como serie de actos de las partes y del juez (en general, de los órganos judiciales) cronológicamente ordenados en vista de la resolución final”. De este modo, mejorándose las precisiones fácticas hechas por Chiovenda, se establecen los siguientes supuestos como los hechos típicos que dan cuenta de la existencia de la preclusión:

- a) Preclusiones derivadas del transcurso infructuoso de plazos bajo pena de caducidad.
- b) Preclusiones derivadas del agotamiento de un estado del proceso.
- c) Preclusiones derivadas de no haber realizado de una cierta manera un acto, aunque aún no se haya perfeccionado el estado del proceso, en el cual debería insertarse.
- d) Preclusiones provocadas por el agotamiento de un grado del juicio.

- e) Preclusiones provocadas por la realización de un acto incompatible con aquel que forma su objeto.

Así, a partir del desarrollo doctrinario que existió alrededor del concepto de preclusión, este pasó a entenderse como “la consecuencia de la inactividad de una parte que, teniendo la posibilidad de ejercitar un derecho o una facultad, pero pudiéndola hacer solo dentro de límites y con modalidades previstas por la ley, no lo ha hecho, encontrándose en la imposibilidad de ejercitar ese derecho o esa facultad en tiempos sucesivos o en modalidades distintas” (Ariano, 2013, p. 36-37).

Es bajo esa lógica que, inclusive, actualmente, ya la Real Academia de la Lengua Española reconoce el concepto de “preclusión” como un concepto de carácter jurídico y lo define como “1. f. Der. Carácter del proceso, según el cual el juicio se divide en etapas, cada una de las cuales clausura la anterior sin posibilidad de replantear lo ya decidido en ella”⁴¹.

A partir de lo señalado, tenemos que la preclusión llevada al tema probatorio tiene profundas consecuencias; en efecto, la existencia de la preclusión en el ámbito de la prueba supone que los medios probatorios no puedan incorporarse al proceso en cualquier etapa, sino en los actos postulatorios, tal como lo señala el artículo 189 de nuestro código adjetivo.

Lo que se busca evitar es que, de último minuto, surjan medios probatorios que cambien el sentido total del proceso seguido, convirtiendo en inútiles los esfuerzos realizados hasta tal punto. La aparición de medios probatorios inesperados podría convertir en vanos todos los actos

⁴¹ <https://dle.rae.es/preclusi%C3%B3n>

realizados con anterioridad. Esto podría conllevar la degeneración del proceso pues, más que un medio para resolver el conflicto, podría generar un estado de indefensión constante en las partes.

Así, el principio de preclusión obliga a las partes a “presentar todas sus deducciones dentro de uno o más plazos rígidamente establecidos en el procedimiento, transcurridos los cuales precluye la producción de cualquier defensa tardía, cualquiera que sea la importancia de su fundamento” (Ariano, 2001, p. 77). Con ello, se dice que la preclusión al derecho de ofrecimiento se justifica en la medida de que el proceso cumpla con su fin.

Bajo esta idea, la actual regulación establecida en nuestra ley procesal ha marcado claras preclusiones en el ámbito probatorio; así, el artículo 189 del Código Procesal Civil establece expresamente que “Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código”. En este punto vemos cómo el legislador, procurando establecer un sistema dispositivo, ha configurado el proceso de modo tal que las partes sólo tengan una oportunidad para probar sus alegaciones —existen excepciones a dicha regla (como, por ejemplo, el establecido en el artículo 429 del Código Procesal Civil⁴²), no obstante, la regla es presentar todos los medios de prueba al momento de presentar los actos postulatorios—.

Sin embargo, pese a la limitación antes indicada, tenemos que el legislador ha establecido que el juez sí pueda probar de forma posterior a la etapa postularia, y ello es comprobable si

⁴² “Artículo 429.- Después de interpuesta la demanda, sólo pueden ser ofrecidos los medios probatorios referidos a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o reconvenir. De presentarse documentos, el Juez concederá traslado a la otra parte para que dentro de cinco días reconozca o niegue la autenticidad de los documentos que se le atribuyen”.

tenemos en cuenta el artículo 50, inciso 3, y el artículo 194 del Código Procesal Civil, los cuales establecen que:

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

(...)

3.- Dictar las resoluciones y realizar los actos procesales en las fechas previstas y en el orden que ingresan al despacho, salvo prelación legal u otra causa justificada”

“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”.

Conforme se puede apreciar, el juez, pese a la intención formalista y preclusiva que ha tenido el legislador en procurar un adecuado resultado del proceso, ostenta facultades que nada de preclusivas tienen y por el contrario resultan contradictorias con el sistema preclusivo que se ha intentado instaurar en el Perú; peor aún, este escenario contradictorio lo que provoca es que las partes vean limitado su derecho de defensa, por cuanto estas ya no podrán ofrecer ninguna prueba por cuanto para las partes ya operó la preclusión establecida en nuestra legislación; esto se ve recrudecido si tenemos en cuenta que la resolución que dispone la actuación de la prueba de oficio es inimpugnable.

Pues bien, considerando lo señalado hasta este punto, tenemos que la preclusión es una limitación que se ha impuesto al derecho a probar al interior del proceso; una limitación que “procura” que el proceso pueda alcanzar sus fines y objetivos; este criterio, aparentemente, ha sido seguido por nuestra legislación, aplicando claros supuestos preclusivos; no obstante de la regulación mostrada se aprecia que existen claros supuestos de contradicción que no solo van en contra del “intento” de establecer un proceso con etapas preclusivas, sino que ha incurrido en claros supuestos de vulneración a derechos fundamentales como lo son el derecho a la defensa y a impugnar.

Bajo la lógica antes plasmada, a continuación, pasaremos a desarrollar la iniciativa probatoria del juez en el proceso civil, y ello a la luz de los conceptos, principios, limitaciones, alcances y demás apartados que hemos trabajado en este apartado.

8. La iniciativa probatoria del juez en el proceso civil

Como se mencionó al inicio de este capítulo, la prueba no se desenvuelve únicamente en el ámbito del Derecho; no obstante, es ahí donde se la estudia a profundidad y con rigor técnico. La importancia de la prueba en el Derecho es tal que desde hace mucho se repite un aforismo: tanto vale no tener un derecho como no poder probarlo (Monroy, 1996, p. 98).

Es en el proceso donde la prueba adquiere un nivel de importancia trascendente. El juez necesita verificar lo alegado por las partes y la única posibilidad de perfeccionar este proceso de conexión lógica es la prueba (Monroy, 1996, p. 98). Clara prueba de ello lo tenemos establecido en el artículo 188 del Código Procesal Civil, el cual expresamente 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”. Conforme se puede apreciar, los medios probatorios que se ofrecen al interior del proceso tienen como objetivo generar certeza en el juzgador respecto a lo que es materia controvertida, a fin de que resuelva la controversia.

De este modo, el proceso se desarrolla a partir de lo probado por el demandante y demandado. En este punto, queda claro que el proceso se sostiene en el enfrentamiento argumentativo que tienen los justiciables, los cuales deberán demostrar que sus razones son las que merecen amparo jurídico. Es a partir de lo aportado por las partes que el juez alcanzará convicción respecto de los hechos probados y, con base en ello, tomará una decisión que culmine de manera definitiva el conflicto intersubjetivo que se puso ante su conocimiento⁴³.

⁴³ “No olvidemos que uno de los principios probatorios más efectivos es el de comunidad de la prueba, mediante el cual los medios probatorios aportados no pertenecen en exclusiva a las partes, sino a los sujetos procesales que intervienen en el proceso civil. Así, rige la llamada regla de prueba vs. contraprueba por la que el objetivo de la contienda procesal no solo es la defensa per se, sino el contragolpe, bien con las propias

Sin embargo, puede suceder que lo ofrecido por los litigantes no genere suficiente convicción para que el juez tome una decisión; cuando ocurre ello, el juez se encuentra en un escenario de incertidumbre no pudiendo determinar la fundabilidad o no de las pretensiones sometidas a su conocimiento. Entonces, considerando que el juez debe resolver las controversias que son sometidas a su conocimiento (al respecto, ver el artículo III⁴⁴ e inciso 4⁴⁵ del artículo 50 del Código Procesal Civil), el legislador no tuvo mejor idea que apoyar tal propósito a través del artículo 194 del Código Procesal Civil y la “tan” famosa prueba de oficio.

Quienes han defendido la existencia de la prueba de oficio han señalado que el proceso debe buscar decisiones justas y no que solo pongan fin a la controversia, y ello en la medida que se entiende que la decisión judicial es el resultado de una correcta interpretación y aplicación de la premisa de derecho y la búsqueda de la verdad de los hechos. En ese sentido, tenemos al profesor Luis Alfaro, quien sobre el particular ha señalado que:

Como vemos, se trata de una herramienta que el ordenamiento jurídico reconoce al juez — previo ejercicio del contradictorio—, que permite proveerle la información que necesita para la confirmación de las narraciones sobre los hechos (fuentes de prueba) para superar una

pruebas, o bien con las ofrecidas por el contrincante, de modo que estas le afecten en su contra” (Salas, 2021, p. 233).

⁴⁴ “Artículo III.- El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.

En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso”.

⁴⁵ “4. Decidir el conflicto de intereses o incertidumbre jurídica, incluso en los casos de vacío o defecto de la ley, situación en la cual aplicarán los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia”

insuficiencia probatoria, con el ulterior propósito de alcanzar la verdad del proceso (Alfaro, 2017, p. 171).

Más adelante, el profesor Alfaro señala que este modo racional de entender la prueba de oficio es la forma correcta; así, al respecto señala que:

Comprender este sentido funcional nos permite dar el primer paso para hablar seriamente de la racionalidad de la iniciativa probatoria del juez; por ende, no es muy racional el sistema jurídico que reconozca dicho poder y le asigne el propósito de lograr la mera convicción del juez, como erradamente se piensa, sino para lograr la confirmación de las alegaciones de las partes desde un procedimiento cognoscitivo y objetivo que nos permita reconstruir verazmente los hechos, especialmente frente a una insuficiencia probatoria, que es uno de los presupuestos que justifica dicho accionar del juez (Alfaro, 2017, p. 171).

En esta misma línea, tenemos a autores como Joan Picó I Junoy, quien refiere que la justicia es un valor superior en el ordenamiento jurídico, con lo cual existe siempre un interés público en que el resultado del proceso sea justo; así el Estado se encuentra obligado a proveer de herramientas a quienes prestan el servicio de justicia de los medios y poderes necesarios para que puedan alcanzar el fin de justicia buscado a través de los procesos; en esa línea, el autor en cuestión refiere que es cierto que las limitaciones propias del ser humano hacen que nos siempre pueda alcanzar la tan anhelada justicia, no obstante ello no es razón para que el legislador otorgue al juez los mecanismos necesarios para que éste pueda autogenerarse los mayores y mejores elementos de juicio para poder alcanzar una decisión justa y certera. Entonces, si el objetivo es que los jueces en todo proceso apliquen la ley a determinados hechos, de cuya certeza tienen que está

convencido, la iniciativa probatoria supone una herramienta más que necesaria para alcanzar la tan anhelada tutela jurisdiccional y a la postre la búsqueda de justicia (Pico I Junoy, 2015, p. 135-136).

Cabe destacar que el criterio antes citado se sustenta en que, según algunos autores, el proceso tiene un fin público. Se dice que el proceso civil no es cosa solo de las partes, sino que el mismo tiene un fin abstracto porque el servicio de justicia tiene una proyección social. El proceso tiene una imagen en la sociedad y ella tiene que sentir que el sistema estatal de justicia funciona, con lo cual sería una locura evitar que la paz social se dé con justicia (González Álvarez, 2015, p. 163).

Así, se indica de forma categórica que “Recuérdese que por hallar la verdad no importa quién la proporcione aún sea este el mismismo juez. ¿Por qué el “miedo” de algunos a que el juez se sume a la faena de encontrar la verdad?” (González Álvarez, 2015, p. 163). Sobre ello tenemos que dicho criterio ha sido asumido por la Corte Suprema del Perú, quien ha indicado en algunas decisiones que “si el colegiado consideró necesarios dichos medios probatorios (extemporáneos) para formar convicción, debió hacer uso del artículo 194° del Código Procesal Civil, que permite ordenar prueba de oficio, facultad que puede utilizar en cualquier etapa del proceso”⁴⁶. Asimismo, ha señalado que:

“el artículo 194 de la norma procesal autoriza a los jueces a actuar las pruebas que consideren pertinentes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos; (...) así la Sala Superior, al advertir situaciones descritas en la impugnada y considerar que los medios probatorios

⁴⁶ Casación N° 1249-99-Santa

actuados en el proceso no son suficientes para crear en el juez convicción sobre la materia en controversia, ha hecho uso de la facultad mencionada⁴⁷.

Conforme se puede apreciar, la prueba de oficio es una institución que se emplea en un supuesto: lo aportado por las partes no alcanza para resolver el conflicto intersubjetivo presentado ante la autoridad jurisdiccional. La prueba de oficio es, entonces, una figura que se exceptúa —ya veremos si justificadamente o no— de la regla normativamente establecida en el artículo 196 del Código Procesal Civil, donde le corresponde a las partes probar lo alegado en el proceso, siendo el juez solo un tercero que vela por el respeto de los derechos de las partes en el proceso y procura colocar en estado de igualdad jurídica a las partes para que, una vez oídas, tome una decisión sobre la materia de litis y a partir de lo que estas han alegado y acreditado. Todo esto cambia radicalmente cuando el ordenamiento procesal le otorga potestades probatorias al juez.

Ahora bien, antes de profundizar en la regulación de nuestra norma, corresponde repasar el desarrollo y la evolución de las facultades probatorias del juez en las normas procesales que ha tenido nuestro ordenamiento jurídico.

8.1. Aparente fundamento constitucional de la actividad probatoria del juez

La Corte Suprema ha señalado, en el Décimo Pleno Casatorio, que la existencia de los Estados modernos exige que el ejercicio de la función jurisdiccional se dé a partir de una correcta y adecuada aplicación de las normas al caso concreto a través del proceso. Esto supone que el juez asuma un protagonismo distinto y más presente en la actividad probatoria; así, se indica que es

⁴⁷ Cas. N° 799-99-Arequipa

responsabilidad del Estado, a través del juez, ser el principal garante de que toda decisión judicial respete el derecho constitucional al debido proceso, lo cual implica que en un Estado constitucional —caracterizado por el establecimiento de la justicia como uno de los valores supremos— se requiera de una mayor actividad del juez que trascienda a las formas jurídicas y pueda conocer la realidad que preexiste a los hechos expuestos en el proceso, asumiendo el compromiso como funcionario activo y garante de las diversas situaciones jurídicas.

En función a lo señalado, según la Corte Suprema, el juez se encuentra obligado a asumir las medidas que sean necesarias para que la decisión que emita al interior del proceso sea justa, ello implica que el juez tenga la potestad de disponer aquellos elementos de prueba que estime pertinentes y relevantes para una más certera reconstrucción de los hechos sometidos a su conocimiento en procura de la búsqueda de la verdad⁴⁸.

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional ha señalado que “los medios probatorios de oficio son aquellos ordenados por el juez dentro de su facultad como directo del proceso cuando los medios ofrecidos por las partes no son suficientes para crear convicción en él”⁴⁹. A partir de lo señalado, tenemos que, según el citado Colegiado, en un Estado constitucional existiría la necesidad de que el juez emita decisiones con conocimiento de los hechos que puedan calificarse como verdaderos, con lo cual se confiere a los jueces una función más activa en el proceso.

Considerando lo expuesto, ¿cuál es el fundamento constitucional de la prueba de oficio? Según el Décimo Pleno Casatorio Civil, lo que se procura es tutelar el derecho a un proceso cuya

⁴⁸ Corte Suprema del Perú. Casación N.º 1242-2017-Lima Este. Décimo Pleno Casatorio Civil. Página 35-37.

⁴⁹ STC N.º 01293-2011-PA/TC Lima, f.j.12

decisión sea justa, que se encuentre basada en la verdad. Bajo esta lógica, a continuación, pasaremos a desarrollar cada uno de estos sustentos (decisiones justas y el derecho a la verdad). Abordemos cada uno de estos puntos individualmente, a fin de explicar de mejor manera por qué consideramos que estamos ante un desacierto por parte de nuestro máximo tribunal de justicia.

8.1.1. ¿Obtención de decisiones justas?

En el primer capítulo explicamos que la justicia no puede, ni debe, ser el fin del proceso judicial, puesto que no es posible hallar una única apreciación de esta, ya que es incapaz de instituirse como un valor absoluto.

Contrario a nuestra posición la Corte Suprema ha afirmado que “la Constitución garantiza a todo ciudadano el derecho de acceso al sistema de justicia (...), lo que demuestra palmariamente que la realización de la justicia es una de las funciones fundamentales para el Estado, sobre todo si se precia de ser constitucional”⁵⁰.

Sobre lo señalado, debemos indicar, conforme lo hicéramos en el primer capítulo, que, si tenemos en cuenta que la justicia es un valor relativo, sería incoherente pensar que es el fin del proceso. Cuando todas las partes tienen sus propias razones e intereses existe más de una justificación para que el juez declare como justa cualquiera de las posiciones asumidas, ya sea satisfaciendo los intereses o razones de una sola de las partes, o el de ambas partes, en ambos casos la justicia es relativa. En un proceso legal que se encuentra así diseñado sería complicado admitir que ningún proceso realmente cumplirá su propósito.

⁵⁰ Corte Suprema del Perú. Casación N.º 1242-2017-Lima Este. Décimo Pleno Casatorio Civil. Página 38.

Sin embargo, pese a lo señalado, y como ya lo hemos comentado, la doctrina y la jurisprudencia en nuestro país sigue apelando a justificaciones como lo es el alcance de la justicia para justificar la aplicación de la prueba de oficio. Así lo hizo la Corte Suprema en el Décimo Pleno Casatorio Civil con el afán de justificar la aplicación de la prueba de oficio en el proceso civil, el supremo colegiado consideró que, en virtud del paradigma del Estado Constitucional, el proceso tiene como meta la búsqueda de la verdad y, con base en ellas, tomar decisiones “justas”. Así, en el mencionado pleno se casatorio se afirmó que:

(...) Estado constitucional demanda que la función jurisdiccional se logre a través de la aplicación y consolidación del ordenamiento normativo material. Lo que significa, entre otras cosas, que una decisión judicial que aspire a ser justa deba tener como premisa básica el conocimiento de los hechos que pueda calificarse como verdadero, a partir de la búsqueda del equilibrio entre la búsqueda del valor de verdad y la efectividad de las situaciones jurídicas sustantivas. Para ello es justificable que se empodere a los jueces en nuestro país, en el sentido de que son los primeros llamados a ejercer una función directiva del proceso que esté pensada en materializar un orden justo que se soporte en decisiones que consulten la realidad y permitan la vigencia del derecho sustancial, y con ello la realización de la justicia material.

Teniendo en cuenta lo anterior, el razonamiento de la Corte Suprema sobre el propósito del proceso civil nos parece poco práctico y bastante idílico, especialmente cuando nuestra Constitución ni siquiera protege tal enfoque. Cabe destacar, conforme lo hemos señalado, el Código Procesal Civil, en su artículo III del Título Preliminar, establece claramente que **la finalidad concreta**

del proceso no es otra que la de resolver conflictos, dejando claramente establecido que el fin “abstracto” es la de alcanzar paz social en justicia, lo cual a nuestro entender no es otra cosa que una inserción normativa que está más ligada a aspiraciones morales que son socialmente aceptadas, que a cuestiones humanamente pasibles de ser alcanzadas (como por ejemplo, la solución de conflictos o eliminación de la incertidumbre); lo señalado se sustenta en el hecho de que sea cual sea la decisión que se tome al interior de un proceso, siempre habrá una parte insatisfecha que considerará que la decisión no ha sido justa, más allá de una “correcta” motivación de la decisión, con ello, lo único que se alcanzará siempre será una decisión “justa” bajo el criterio del juez (quien, como hemos indicado, es un tercero con las limitaciones racionales y emocionales de cualquier persona).

En conclusión, la búsqueda de la justicia no resulta ser una razón suficiente para que el juez ejerza el derecho probatorio que la norma le reconoce.

8.1.2. ¿La verdad?

En el capítulo anterior, también, hemos hecho mención a que el fin del proceso no puede ser la búsqueda de la verdad, toda vez que lo que se construye en el proceso no es una copia fidedigna de la realidad en sí misma, sino una “verdad” relativa, construida a partir de lo declarado, demostrado en el proceso y comprendido por el juez.

Contrario a lo señalado, la Corte Suprema, a través de la Casación N° 1242-2017-Lima Este (Décimo Pleno Casatorio), sostiene que “la posición más compatible con los cánones constitucionales es aquella que sostiene que (..) el proceso se dirige a encontrar la verdad”. A ello,

agrega “el Tribunal Constitucional lo ha reconocido como un derecho fundamental: derecho a la verdad, que (...) es un derecho plenamente protegido, derivado en primer lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional”.

Pues pareciera que ni se tomaron la molestia de leer la sentencia que citaron del Tribunal Constitucional. Es cierto, que el derecho a la verdad fue reconocido en la STC N.º 2488-2002-HC/TC, no obstante, carece del contenido que la Suprema le atribuye. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional señaló que:

8. La Nación tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal. Tal derecho se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellos ocurrieron, así como los motivos que impulsaron a sus autores.

(...)

9. Al lado de la dimensión colectiva, el derecho a la verdad tiene una dimensión individual, cuyos titulares son las víctimas, sus familias y sus allegados. El conocimiento de las circunstancias en que se cometieron las violaciones de los derechos humanos y, en caso de fallecimiento o desaparición, del destino que corrió la víctima por su propia naturaleza, es de carácter imprescriptible.

Conforme se aprecia, existe una doble dimensión: individual y colectiva. Así, los titulares de esta dimensión individual, son las víctimas, sus familiares y allegados, mientras que, en una dimensión colectiva, el derecho a la verdad se manifiesta en el derecho y deber de “17. (...) conocer qué es lo que sucedió en nuestro país, a fin de enmendar el camino y fortalecer las condiciones

mínimas y necesarias que requiere una sociedad auténticamente democrática, presupuesto de un efectivo ejercicio de los derechos fundamentales” (STC N.º 2488-2002-HC/TC). Como se aprecia, por ningún lado, el derecho a la verdad incluye en su contenido el derecho a exigirle al juez que funde sus decisiones en, valga la redundancia, la verdad misma.

Por otro lado, podemos desvirtuar lo afirmado por la Suprema, también, desde la función de la prueba judicial. Existen autores que sostienen que la prueba cumple una función demostrativa, premisa en la que subyace una perspectiva gnoseológica de esta institución⁵¹. Tenemos, por ejemplo, Matheus (2002), quien afirma que:

Podemos señalar de modo pacífico que la prueba judicial desarrolla en el proceso una función que denominaremos «demostrativa», entendiéndose consecuentemente por ello que la función de la prueba, aquella dirigida a demostrar la verdad o falsedad de las afirmaciones factuales, debe ser asumida al interior del proceso mediante el recurso a un procedimiento de tipo racional. (p. 324).

Ahora bien, en contraste a esta perspectiva de la función de la prueba, existe otra contraria a la cual nos adherimos: la función persuasiva de la prueba. Resulta pertinente la explicación de Rodrigo Vargas (2011), a saber:

⁵¹ Rodrigo Vargas (2011), referenciando a Taruffo y Gascón, comenta lo siguiente: “Ahora, el concepto de verdad o enunciado verdadero en relación con el de prueba o enunciado probado indica un ideal, que en esta distinción destaca las limitaciones de que el procedimiento probatorio adolece en la averiguación de la realidad de los hechos que han sucedido con anterioridad al inicio de un proceso, pues si bien, es relevante jurídicamente la declaración de hechos probados ella no es infalible. De allí, el carácter autorizado pero falible de la declaración de hechos en la sentencia (p. 140).

El fundamento básico de esta concepción radica en que concibe la prueba jurídica como un instrumento de persuasión, en lugar de constituir una actividad epistemológica, que no tiene relación con el conocimiento racional de hechos. Conforme a esta concepción, la averiguación de la verdad “real”, “objetiva” o “correspondiente” de los hechos no es la finalidad que debe tener el proceso, puesto que de él se predicen objetivos y finalidades más prácticas y socialmente útiles. De tal manera, que la actividad probatoria que en él se suscita, debe perseguir la solución institucional del conflicto o la resolución de un conflicto (p. 140)

La idea de una prueba como elemento de persuasión desviste, sin lugar a duda, la esencia del Derecho probatorio. Si el sujeto que encuentre victoria en el proceso es aquel que logre generarle convicción al juez de que sus pretensiones son amparadas por el Derecho, entonces, es decir, que cumple con su carga probatoria no es razonable creer que la prueba es el correlato de la realidad. Es fácil advertir que esta idea encierra un enfoque meramente filosófico.

En ese sentido, al igual que con la justicia, la verdad como fin del proceso no forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Sin un derecho fundamental que proteger, una potestad tan intrusiva no se encuentra justificada. Queda claro que, la supuesta justificación constitucional que le dio el Décimo Pleno Casatorio Civil es, en realidad, el resultado de un defecto en el análisis de la cuestión planteada o, peor, el reflejo de un sesgo ideológico disfrazado de razones jurídicas.

En conclusión, la verdad es un deseo, y por lo tanto ideales de vida, conducta y respeto en una sociedad, pero si ello se cumple o no, no es propósito del proceso. En esa línea, Hugo Muñoz Basaez (2012) refiere que:

Qué más quisiéramos que toda sentencia judicial, fuere el fiel reflejo de la verdad, entendido en la reproducción de cómo se produjeron los hechos en la época del conflicto y de cómo fueron así admitidos y verificados por el Tribunal. Empero, ello es ilusorio y además inútilmente estéril, pues la finalidad del proceso no es más ni menos, que la resolución del conflicto llevado al Tribunal por las partes (p. 195).

Así, nos gustaría decir que las decisiones de la corte reflejan fielmente la verdad, a propósito de la reconstrucción de los hechos en el momento del conflicto y cómo la corte los reconoció y examinó. Sin embargo, esto es ilusorio y sin sentido, ya que el objeto del proceso no es más que resolver los conflictos que las partes han sometido al tribunal.

8.1.3. ¿Motivación de resoluciones?

Finalmente, tenemos la justificación relativa a la debida motivación como sustento para permitir la actividad probatoria del juez. Sobre el particular es sabido que la mayoría de las Constituciones modernas establecen de forma clara que existe un deber en motivar las decisiones judiciales. En el caso peruano ello no es distinto, el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú establece que “5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”. Conforme se puede apreciar el mandato constitucional relativo a la motivación se extiende a todas las resoluciones judiciales, salvo los decretos. Con lo cual queda más que claro que la sentencia emitida por un juez deba estar debidamente motivada.

Como es sabido, la función principal de la motivación es que posteriormente se pueda hacer el control de los fundamentos que el juez ha utilizado al momento de resolver la controversia. De este modo, existe la necesidad de motivar las decisiones judiciales, a fin de que esta pueda ser controlada y sometida a escrutinio de las partes, de modo que se pueda verificar los fundamentos de los que se ha servido el juez al momento de resolver la controversia. Es en este contexto que, según un sector de la doctrina, refiere que existe la necesidad de que el juez cuente con todas las herramientas y medios necesarios para poder fundamentar de la mejor manera su decisión (esto es concebido como una concepción racional de la decisión judicial), con lo cual se justifica la realización de prueba de oficio, por cuanto según se entiende ello permitirá esclarecer la controversia o alcanzar un mayor grado de convicción sobre lo que es materia de litis.

Sobre este punto es importante señalar que la doctrina y la jurisprudencia hace referencia a la necesidad de contar mayores y mejores elementos para resolver la controversia; no obstante, bajo esta lógica lo único que se logra es sacrificar determinados derechos y principios (igualdad, imparcialidad, imparcialidad) con el fin de que el juez pueda explicar cómo es que llega a una decisión a partir de su propio autoconocimiento, pese a que las partes no han cumplido con el deber de acreditar sus alegaciones, no estando, según lo hemos desarrollado, obligado a alcanzar la justicia o la verdad en un proceso, sino únicamente a resolver una controversia a partir de lo expuesto y acreditado por las partes, pudiendo para tales efectos apostar por declarar fundada, infundada o improcedente las pretensiones materia de controversia.

Entonces, considerando lo señalado hasta aquí, ¿es acaso esto cierto que en un Estado constitucional se requiere un rol más activo por parte de los funcionarios públicos? Consideramos que esta afirmación es incorrecta o, al menos, imprecisa.

La constitucionalización del proceso guarda, como bien se ha mencionado, una premisa básica: que este se convierta en un escenario mediante el cual los justiciables puedan hacer valer los derechos que la constitución les reconoce. Esto no es solamente un discurso político, sino que dentro del ordenamiento jurídico deben existir mecanismos que permitan, faciliten y garanticen tal mandato.

Ahora bien, la tutela de derechos fundamentales no siempre requiere de la intervención estatal; es más, en una buena cantidad de casos, aquella exige que se prescinda de esta; motivo por el cual no existe equivalencia entre “lo constitucional” y “lo publicista”. Consideramos que este rol activo del juez se justifica, solamente, cuando se cumplan con estos dos presupuestos: primero, la intervención debe estar orientada a salvaguardar un derecho fundamental y, segundo, esta intervención debe ser proporcional y respetar el principio de concordancia práctica.

9. Evolución legislativa de las facultades probatorias del juez en el ordenamiento jurídico peruano hasta 1993

Para efectos del presente apartado tendremos en cuenta los siguientes cuerpos normativos: Código de Enjuiciamiento en Materia Civil del año 1852, Código de Procedimientos Civiles de 1912 y el Código Procesal Civil de 1993.

De la revisión del Código de Enjuiciamientos en Materia Civil del año 1852, tenemos que en dicho cuerpo normativo ya existían normas que dotaban al juez de potestades probatorias. En dicho

código encontramos los primeros antecedentes a las potestades probatorias del juez; así, tenemos los artículos 39, 670 y 671, los cuales señalaban que:

“Art. 39. Tienen también facultad:

1º Para practicar, antes de resolver las causas de que conocen todas las diligencias que consideren conducentes al esclarecimiento de los hechos”.

“Art. 670. Los jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia; fijando un término breve y perentorio, si se decreta después de vencido el ordinario. Exceptúese la prueba de testigos, que no puede ordenarse de oficio”.

“Art. 671. Es inapelable el auto en que el juez manda llevar adelante la prueba decretada de oficio”.

Es bastante claro que se trataba de una facultad bastante amplia, pues la norma no tenía reparo en otorgarle plena discrecionalidad al juez para ejercerla. Basta leer los artículos en cuestión para darnos cuenta que dicho código contemplaba la posibilidad de que se realizaran todas las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos, con ello podemos apreciar la voluntad del legislador de que el proceso esté orientado a la “búsqueda de la verdad”. Es bajo esta lógica que en el artículo 670 señala de forma expresa que el juez podrá ordenar de oficio las pruebas que estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad, teniendo la posibilidad de hacerlo hasta antes de la emisión de la sentencia. Es importante poner atención en que, al igual que ocurre ahora, la decisión de actuar una prueba de oficio era inapelable.

Luego, tenemos el Código de Procedimientos Civiles de 1912, el cual también contenía disposiciones normativas que se encontraban orientadas a dotar de facultades probatorias al juez en el marco del proceso civil. Así, encontramos el artículo 340, donde expresamente se indica que: “Art. 340. Los jueces en cualquier estado de la causa, pueden ordenar de oficio, las pruebas que juzguen necesarias, excepto la de testigos y el juramento decisorio. Es inapelable el auto en que el juez ordena prueba de oficio”.

La idea era muy similar a la de la norma predecesora, la prueba de oficio se instituía como una extensa facultad judicial, orientada por la plena discrecionalidad del titular. La única variación que se realizó fue la unión de las normas antes citadas del Código de Enjuiciamientos en Materia Civil del año 1852 a una sola. Como vemos la intención del legislador no ha variado y a partir de la regulación antes citada se sigue apreciando la necesidad de que el juez pueda obtener distintos medios de prueba a fin de resolver la causa.

Ahora bien, habiendo realizado un breve repaso sobre los cuerpos normativos previos al Código Procesal Civil de 1993, corresponde ahora proceder a repasar el actual cuerpo normativo adjetivo que regula la actividad probatoria del juez en el Perú. Resulta interesante resaltar que, es la primera norma procesal civil que se promulga en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, por lo que, a la luz de ello, procederemos a su análisis.

9.1. La prueba de oficio en el Código Procesal Civil de 1993

Como bien hemos mencionado, el actual Código Procesal Civil incluye a la prueba de oficio en su artículo 194. Sobre el particular, es pertinente precisar que esta norma ha tenido dos versiones, y ello es así en la medida que la misma ha sido modificada en un aparente ánimo de “mejorar” la regulación; en un primer momento el artículo 194 estuvo regulado de la siguiente manera:

Artículo 194.- 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.

Excepcionalmente, el Juez puede ordenar la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial.

Conforme se puede apreciar, la primera regulación que se realizó sobre la prueba de oficio esta no distaba mucho de las anteriores regulaciones; de hecho, seguía en muchos sentidos la formula regulatoria del Código de Procedimientos Civiles de 1912 y del Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852. De una simple revisión, tenemos que el legislador, nuevamente, confiere la facultad probatoria al juez sin imponerle algún límite o considerar las posibles afectaciones que esta facultad pudiera tener.

Si vamos un poco más allá, podremos apreciar de forma más clara lo que luego será materia de análisis, esto es, que a través de la regulación inicial se dice de forma expresa que cuando los medios de prueba ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción en el juez, este podrá ordenar la actuación de medios probatorios adicionales; qué duda cabe que esta regulación

no hace otra cosa que autorizar al juez a reemplazar a las partes en la actividad probatoria que únicamente les corresponde a estas.

Sumado a ello, tenemos que la norma en cuestión refiere que el juez puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes, esto es, puede ordenar cualquier medio probatorio sin considerar si el mismo ha sido o no ofrecido o señalado por las partes, lo cual agudiza más la afectación al derecho a probar y a la igualdad de las partes. En efecto, a partir de la regulación que existía el juez podía disponer, inclusive, la actuación de medios de prueba que ni si quiera había sido ofrecidos o invocados en el proceso (no había límite alguno).

Es justamente en este escenario de vicios en la regulación sobre la actuación probatoria del juez al interior del proceso civil que el legislador, en un afán de “corregir” sus errores, aprueba la Ley N° 30293, la cual modifica el artículo 194 del Código Procesal Civil a través de su artículo 2, dejándolo redactado de la siguiente manera:

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.

Como se puede apreciar, el artículo bajo comentario otorga la facultad al juzgador de poder ordenar excepcionalmente la actuación de medios probatorios adicionales a los presentados por las partes a efectos, pues, de generar convicción de cara a la resolución del conflicto.

Consideramos que, a partir de la regulación vigente de la prueba de oficio en el Perú, resulta importante responder a las siguientes preguntas respecto al ejercicio de la potestad regulada en el artículo 194: ¿cuándo se puede actuar una prueba de oficio?, ¿quién puede actuar una prueba de oficio?, ¿qué se obtiene?, ¿cuál es la finalidad?, ¿cómo se puede actuar una prueba de oficio?, ¿cuáles son los problemas con la potestad regulada en el artículo 194? Pues bien, pasemos a dar cuenta de cada una de las interrogantes planteadas.

A. ¿Cuándo se puede ejercer la potestad regulada en el artículo 194?

Se podrá ejercer la facultad probatoria otorgada al juez sólo y únicamente cuando “los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el Juez de Primera o de Segunda Instancia” y “siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes

en el proceso”. Es decir, el juez podrá hacer uso de la prueba de oficio solamente cuando los medios aportados por las partes no sean “suficientes” para que éste alcance convicción respecto de la litis; y que ésta prueba se encuentre relacionada con alguna de las fuentes de prueba⁵² aportadas durante el proceso.

B. ¿Quién puede ejercer la potestad regulada en el artículo 194?

Sólo podrá ejercer esta atribución “el Juez de Primera o de Segunda Instancia”. Conforme ya hemos señalado la prueba de oficio es una potestad jurisdiccional que podrá ser ejercido por el juez de primer grado y de apelación.

C. ¿Qué se obtiene con el ejercicio de la potestad regulada en el artículo 194?

Lo que se obtiene con el ejercicio de la potestad probatoria es “la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios”. Es decir, lo que obtiene el juez a través del ejercicio de esta potestad es la actuación de los medios de prueba que a su entender resulten pertinentes a efectos de alcanzar convicción, teniendo como único parámetro que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso.

⁵² A efectos de entender qué significa hablar sobre fuente de prueba, debemos hacer nuestras las palabras del profesor colombiano Devis Echandía (1981), el cual señala respecto a este tema que: “la fuente de la prueba puede consistir, pues, en hechos representativos o simplemente expresivos de sí mismos, entendiendo por tales las cosas o los objetos, los acontecimiento físicos o naturales, las conductas y relaciones humana y aun las personas físicas o naturales, de donde el juez pueda deducir la prueba de otros hechos o de ellos mismos. Son los hechos que constituyen la fuente del conocimiento que el juez obtiene para los fines del proceso. el hecho fuente de prueba puede conducir a probar otro hecho o a desvirtuarlo y probar en contrario: en el último caso servirá de fuente del hecho diferente que se alega en sustitución del primero, o simplemente de la inexistencia de éste” (p. 270-271).

D. ¿Cuál es la finalidad de ejercer la potestad regulada en el artículo 194?

Señala el artículo en comentario que la finalidad del ejercicio de la prueba de oficio es permitir al juez “formar convicción y resolver la controversia”. En efecto, al igual que cualquier otro medio de prueba, lo que se busca, según se señala, a través de la prueba de oficio es lograr el convencimiento del juez sobre los hechos expuestos en el proceso⁵³ a efectos de resolver el conflicto intersubjetivo materia de enjuiciamiento.

E. ¿Cómo ejercer la potestad regulada en el artículo 194?

Del artículo en comentario se entiende que a efectos de poder hacer uso de la prueba de oficio el juez deberá emitir una “resolución que ordena las pruebas de oficio”, teniendo ésta que “estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad”, siendo “esta resolución inimpugnable, siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo”. Como se puede apreciar, la regulación en cuestión es deficiente y carente de todo sentido lógico-jurídico, ello en función a las consideraciones que pasaremos a comentar.

Es bajo los alcances antes señalados que actualmente se encuentra regulada la prueba de oficio en el proceso civil peruano; como apreciaremos más adelante la regulación actual está sujeta

⁵³ Reynaldo Bustamante, citando a Devis Echandía señala respecto a la finalidad de los medios de prueba que “no se trata de una certeza metafísica, absoluta, que pueda confundirse con la prueba perfecta de la verdad, sino de una certeza histórica, lógica, psicológica y humana (...), se trata de una certeza con sus naturales limitaciones y su inseparable posibilidad de error” (Bustamante, 1997, p. 172).

a cuestionamientos que desarrollaremos a profundidad más adelante, indicando por qué la regulación actual no condice con lo que constitucionalmente se exige al juez.

10. El Décimo Pleno Civil Casatorio y las críticas a la actividad probatoria del juez

Con fecha 18 de octubre de 2018, la Corte Suprema de la República del Perú resolvió convocar a los integrantes de las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República para la realización de un Pleno Casatorio, el mismo que se llevaría a cabo el día jueves 13 de septiembre de 2018 en el Palacio Nacional de Justicia. Cabe destacar que el citado pleno casatorio contó, además, con la presencia de cinco *amicus curiae*: Juan Monroy Gálvez, Luis Alfaro, Renzo Cavani y Christian Delgado Suárez.

Como antecedente, procederemos a citar los hechos del caso que motivó la convocatoria del Décimo Pleno Casatorio (Casación N° 1242-2017-Lima Este); a saber:

Mediante escrito de fecha ocho de marzo de dos mil trece, la parte actora interpone demanda de reivindicación solicitando que el demandado le reivindique o restituya el inmueble ubicado en la mz. D E, lotes 11, 12, 27 y 28 del sector Valle Quebrada Canto Grande (sector 2), Quebrada Media Luna y Canto Grande (ex Jicamarca), distrito de San Juan de Lurigancho, antes denominado mz. C O-lote 06, sector el Valle del anexo 22 de la Comunidad Campesina de Jicamarca, con un área de 2500 m.

Fundamenta su pretensión, afirmando que es propietaria del terreno sub litis, mediante escritura pública de compra y venta de rectificación, aclaración e independización de fecha dieciocho de mayo de dos mil seis, mediante la cual sus inmediatos transferentes: Jorge

Velazco Murillo, Dora Flores Ríos, Carlos leora Oscategui y Custodia Ortiz de Velazco, le transfieren el inmueble de 2500 m', constituidos por los lotes 11, 12, 27 y 28 de la mz. D E, Valle Quebrada Canto Grande (sector 2), Quebrada Media Luna y Canto Grande, distrito de San Juan de Lurigancho, derivada de la partida 11439305, del Registro de Propiedad inmueble de Lima, equivalente al 0.08962%, parte de un área de mayor extensión de 278.95 ha.

El demandado viene ocupando el bien materia de litis y hasta ha construido en la parte delantera del mismo.

En el escrito de subsanación manifiesta la actora que el predio sub litis aún no se encuentra subdividido, ni independizado, por cuanto en dicha zona aún se encuentra pendiente de aprobarse la zonificación de los usos del suelo, y consecuentemente la habilitación urbana, conforme a la Ordenanza n.º 1081 del siete de octubre de dos mil siete y Modificatoria n.º 1552 del cinco de septiembre de dos mil once emitidas por la Municipalidad de Lima.

(...)

La parte emplazada contesta la demanda manifestando que es falso que el bien inmueble ubicado en la Mz. D E, lotes 11, 12, 27 y 28 del sector Valle Quebrada Canto Grande (sector 2), Quebrada Media Luna y Canto Grande (ex Jicamarca), distrito de San Juan de Lurigancho, sea el mismo que el bien inmueble ubicado en la Mz. C O-lote 06, sector El Valle del anexo 22 de la Comunidad Campesina de Jicamarca, con un área de 2500 m², y no existe documentación alguna de que ambas ubicaciones pertenezcan a un mismo bien físico.

(...)

La sentencia de primera instancia declara INFUNDADA LA DEMANDA, Argumentado \$ fallo el A quo en el decimoprimer considerado de la apelada, precisando que la actora no ha cumplido con acredita con medio probatorio alguno durante el séquito del proceso, que la propiedad materia de litis, mz. C O-lote 06, sector el Valle del anexo 22 de la Comunidad

Campesina de Jicamarca, sea la misma que aparece en la escritura pública de compra y venta de rectificación, aclaración e independización del dieciocho de mayo de dos mil seis y que posteriormente se le haya dado la nueva denominación mz. D E lote 11, 12, 27 y 28 del sector Valle Quebrada Canto Grande (sector 2), Quebrada Media Luna y Canto Grande (ex Jicamarca), distrito de San Juan de Lurgancho, pues ello no se desprende de ninguna de las pruebas aportadas en su escrito de demanda, absolución y demás presentados en el proceso.

(...)

Por sentencia de vista del siete de noviembre de dos mil dieciséis, el Ad quem resuelve revocar la sentencia y reformándola declara improcedente la misma, señalando en el decimoséptimo considerando de la sentencia impugnada que de los planos perimétricos y de ubicación, así como de la resolución subgerencial de la Municipalidad de San Juan de Lurigancho con los cuales pretende que se reconozca la identidad del predio que tiene dos direcciones; sin embargo, evaluados tales documentos no se advierte que acrediten que ambas direcciones se traten de un mismo predio, ello en tanto que no se sustenta con pruebas adicionales, como una pericia técnica, que, evaluando los antecedentes registrales, haya podido establecer la indicada identidad. Y en el vigésimo considerando de la impugnada precisa el Ad quem que en el proceso no se ha acreditado uno de los elementos que se requieren para la reivindicación (identificación concreta del bien ocupado por el demandado), lo que correspondería efectuar en el presente proceso a efectos de solicitar la reivindicación del bien. Ello deberá efectuarse previamente a fin de interponer una demanda como la presente, por la que el caso do-autos se advierte una causal de improcedencia por falla de interés para obrar.

(...) refiere que las instancias de mérito han sostenido que la existencia de las denominaciones del predio no les ha generado certeza ni convicción respecto a la identificación del predio a efectos de determinar el área materia de reivindicación, por lo que era de vital importancia que el juez, siendo director del proceso, debía hacer uso de la facultad conferida en el artículo 194 del Código Procesal Civil, pudiendo disponer la realización de inspección judicial y el peritaje correspondiente con la finalidad de establecer la verdad jurídica objetiva, la cual debió sustentar de una sentencia justa y no inhibitoria, la misma que concuerda como una causal de omisión contraria al inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, que determina la nulidad insubsanable a tenor de lo previsto del artículo 171 del Código Procesal Civil (p. 4-8).

En ese marco, la Corte Suprema de Justicia del Perú señaló que a fin de brindar un desarrollo teórico adecuado, serio y amplio respecto al poder probatorio establecido en el artículo 194 del Código Procesal Civil, estimaba pertinente establecer reglas jurídicas que deban seguir los jueces en esta materia, siendo ese el contexto en el que se desarrolló el Décimo Pleno Casatorio Civil.

Es pertinente indicar que, en el marco del Décimo Pleno Casatorio Civil, se realizaron las intervenciones de los *amicus curiae* que, para lo fines del presente trabajo, resultan pertinentes traer a colación. Así, a continuación, pasaremos a citar algunos apartados de las intervenciones de los juristas invitados, a fin de dar cuenta de cómo es que éstos conciben la prueba de oficio en el marco del proceso judicial, y a partir de allí realizar los comentarios pertinentes.

En primer lugar, tenemos al profesor Christian Delgado Suárez⁵⁴, quien en su intervención señaló, entre otras cosas, lo siguiente:

(...) conocer la verdad de las cosas, de los hechos, tal cual han ocurrido, es una actividad que hasta el día de hoy seduce la mente del ser humano; desde métodos científicos hasta pseudo científicos siempre nos hemos preguntado o cuestionado cómo han ocurrido las cosas; si es que eso tan solo a un nivel extrajurídico o coloquial resulta difícil, a nivel del proceso, a nivel de la tutela judicial de los derechos, esta dificultad crece exponencialmente y básicamente por una sencilla razón: porque hay un responsable que tiene que otorgar tutela judicial del derecho y que al final del proceso debe decir esto ocurrió o esto no ocurrió; de tal forma cuando se está hablando de la actividad probatoria, en realidad, lo que se intenta es especificar la actividad de las partes para poder probar las alegaciones sobre los hechos es una idea al día de hoy ya desterrada de que se intente buscar la verdad material en el proceso, porque así como no existe una verdad absoluta, tampoco podría existir medio probatorio alguno que pueda definir si esta circunstancia ocurrió de una forma o de otra (...) la definición de verdad en el proceso debe ser entendida como una verdad por correspondencia; probar lo que las partes alegan; hechos constitutivos impeditivos o extintivos (...) una constatación diaria de que nuestro modelo es un de modelo mixto; se preserva tanto la libertad de las partes en la iniciativa probatoria, pero también, para poder sopesar estos poderes dentro del proceso, se permite que el órgano jurisdiccional, en caso excepcional de inercia o insuficiencia, pueda actuar y ordenar medios probatorios de oficio o

⁵⁴ Transcripción libre realizada de la intervención del profesor Christian Delgado Suárez en el marco de su intervención como amicus curiae en el Décimo Pleno Casatorio convocado por la Corte Suprema de la República del Perú. Ver: <https://www.youtube.com/watch?v=kTjbeWzMU7w&t=6804s>

también pueda tener alguna facultad discrecional para poder actuar medios probatorios de oficio.

Quisiera llamar su atención al vocablo facultad, porque en esto, después en la segunda parte, de esta breve exposición me centraré en por qué debe continuar siendo una facultad. En ese sentido, nuestro modelo procesal al haber compartido de alguna forma estas iniciativas probatorias lo que ha intentado de alguna forma es no sólo preponderar la búsqueda de la verdad sino también de que el proceso judicial, y en este caso el proceso civil, pueda ser un instrumento de tutela más justo o más ético para poder alcanzar lo más próximo y correspondiente posible a los hechos que las partes han alegado; para ello si es que las partes entonces tienen algún tipo de insuficiencia o inercia en la actividad probatoria, bajo esa primera hipótesis, y si es que el juez no ha llegado a un razonamiento probabilístico, no estoy hablando de convicción, si no un razonamiento probabilístico, entonces está en la facultad, no deber, en la facultad discrecional de poder actuar medios probatorios de oficio (...).

En segundo lugar, tenemos al profesor **Luis Alfaro**⁵⁵, quien en su exposición señaló, entre otras cosas, lo siguiente:

(...) La prueba de oficio, o cómo lo suelo denominar iniciativa probatoria del juez, es en rigor una potestad de carácter probatorio en virtud del cual el sistema procesal le reconoce, o le atribuye, al juez, a fin de que desde su propia iniciativa puede abrir la posibilidad de incorporar elementos de prueba, o elementos de juicio, que permitan una mejor reconstrucción de los hechos. Esto significa entonces que sería conveniente, como lo intento

⁵⁵ Transcripción libre realizada de la intervención del profesor Luis Alfaro en el marco de su intervención como amicus curiae en el Décimo Pleno Casatorio convocado por la Corte Suprema de la República del Perú. Ver: <https://www.youtube.com/watch?v=kTjbeWzMU7w&t=6804s>

plantear en otros ambientes también académicos, que sería mejor hablar de iniciativa y no tanto de una prueba de oficio dado que no es una cuestión que pertenezca exclusivamente, al menos no en un estado constitucional que pretende ser de un corte deliberativo y participativo.

¿Cuál es el fundamento [de la prueba de oficio]? El fundamento es de carácter epistémico (...) el proceso es un lugar donde se trabaja con ideas y creencias respecto de enunciados planteados por las partes; si consideramos este carácter del proceso, y si además entendemos que la prueba es precisamente un instrumento que coadyuva a esclarecer las creencias e ideas que las partes aportan al proceso, entonces la iniciativa probatoria del juez no es otra cosa que un mecanismo, un medio de carácter epistémico que permite mejorar la conformación del material probatorio, a efectos de propiciar una mejor reconstrucción o, si quiere, una reconstrucción verdadera de los hechos; y aquí resaltó este fundamento epistémico; es decir, la razón de por qué el sistema procesal civil peruano, una de las razones en todo caso, o desde mi punto de vista una razón importante, es que al Estado, en este caso representado por la magistratura le interesa bastante una reconstrucción verdadera de los hechos, es decir, cómo realmente han acontecido los hechos y la iniciativa probatoria juega un papel importante que permite maximizar este objetivo (...).

En tercer lugar, tenemos al profesor **Juan Monroy Gálvez**, quien en su exposición señaló, entre otras cosas, lo siguiente:

(...) todo lo que hay que lograr en el proceso es la convicción del juez, eso de la verdad de los hechos me parece una soberbia que me parece absurda (...) Todo sujeto procesal en un proceso tiene deberes y facultades el juez también (...) uno de los deberes de las partes es

producir al juez convicción positiva sobre los hechos que afirma y negativa sobre los hechos que afirma la otra parte. (...) La carga de la prueba no inhabilita al juez para tener iniciativa (...) lo que pasa es que tiene ocurrir siguiendo algunas reglas a las cuales me quisiera referir; primera regla, si una parte no prueba un hecho decisivo, pierde el caso; ahí no hay tema, una cosa es el juez activista y otra cosa es reemplazar en un hecho constitutivo, impeditivo o trascendente, decisivo dice Barboza, a la parte; segunda regla, si un hecho está parcialmente probado, el juez puede pedir o proponer medios probatorios para provocarse convicción, porque hay principio de prueba y, como es importante, no lo puede dejar ahí, porque la culpa de no probar es de nosotros, porque somos incompetentes, nosotros cobramos nomás; se pierde, ya se verá; entonces, hay alguien que tiene que decir: aquí tiene que haber una decisión justa; más allá de lo irresponsable que ha sido este señor; tercera regla, si la posición jurídica consta de varios hechos y algunos están probados sin que le produzcan convicción al juez, puedo ordenar se actúen medios probatorios para mejorar, pero jamás sobre los hechos no probados; regla cuatro, una actuación probatoria del juez es excepcional y complementaria, pero jamás es sustitutiva; el juez no puede sustituir a las partes, porque en ese momento ya dejó de ser el juez que queremos, dejó de ser el juez con poder y el juez imparcial (...).

En cuarto lugar, tenemos al profesor **Renzo Cavani**⁵⁶, quien en su exposición señaló, entre otras cosas, lo siguiente:

⁵⁶ Transcripción libre realizada de la intervención del profesor Renzo Cavani en el marco de su intervención como amicus curiae en el Décimo Pleno Casatorio convocado por la Corte Suprema de la República del Perú. Ver: <https://www.youtube.com/watch?v=kTjbeWzMU7w&t=6804s>

(...) cuando hablamos del 194, señores magistrados, ante qué poder estamos; si es verdad es un tipo de poder probatorio, pero no sólo eso tiene mayores particularidades; podría identificar, de repente, cinco características de este poder que está reconocido en el 194. Uno, concepto, se trata de un poder probatorio que se debe a la falta de esclarecimiento o probanza de algún hecho, pero no cualquier hecho, algún hecho esencial, o sea, un hecho que conforma el objeto litigioso del proceso; el juez no va a ir atrás de cualquier hecho; ¿cuál es el presupuesto de este poder? El propio artículo 194 dice que es la insuficiencia para formar convicción; a mí me queda muy claro, entonces, cuál es la oportunidad, yo creo que no hay mucha duda aquí; cuál es la oportunidad, el único momento para usar ese poder del 194, cuando ya hubo actuación de las pruebas y cuando el juez ya está valorando, y está por sentenciar, pero, en ese momento, él advierte que la hipótesis fáctica que ha formulado no está suficientemente corroborada, o sea, en otras palabras, hay una falta de probanza, eso es; y eso solamente puede darse luego de toda la actividad probatoria. (...) en cuanto al contenido del poder; en qué consiste en ordenar la práctica o incorporación de un medio de prueba, evidentemente no ofrecido por las partes, de eso trato; y eso dice el 194; ¿cuál es la consecuencia de ese orden de practicar un medio probatorio o de incorporar [un medio probatorio]? incremento de la acervo probatorio; y para qué, y esa es la última característica, se busca incrementar el acervo probatorio: para buscar la verdad; (...) este poder probatorio busca incrementar el acervo probatorio para que el juez tenga mayores elementos de juicio para poder realizar la valoración probatoria y así poder aproximarse a lo que realmente ocurrió, porque de hecho la verdad solamente hay una y es la que está fuera de nosotros; se debe buscar la correspondencia (...).

Sin embargo, yo quisiera aquí un poco apartarme de lo que mis colegas han dicho; hay una norma prohibitiva en el artículo 194, producto de la modificación de la Ley 30293 de

diciembre del 2014; el juez, dice el 194, cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria; está enunciado como una suerte de consejo, pero es una norma prohibitiva; está diciendo: juez no puedes reemplazar a las partes en su carga probatoria o sea en la actuación propia que le corresponde las partes; entonces, allí la gran pregunta que podría hacerse para poder interpretar rigurosamente bien este artículo 194 sería el siguiente: cuándo, yo juez, puedo ejercer este poder del 194 sin reemplazar la carga probatoria de las partes; esto es fundamental; y esto es fundamental, porque cuando se habla de carga probatoria, se está hablando de libertad de las partes; o sea, la libertad de estructurar las actuaciones o la estrategia procesal en cuanto a materiales probatorios; entonces, habría que responder, para poder responder esta gran pregunta, una gran interrogante, es ¿cuáles son las cargas procesales?, podríamos mencionar por ejemplo la carga de individualizar el pedido o petitorio, carga de comparecer al proceso, carga de recurrir (a presentar un recurso, por ejemplo), y dentro de las cargas procesales existen las cargas probatorias que también se puede individualizar; podríamos mencionar, por ejemplo, la carga de alegar hechos; ósea, incorporar hechos al proceso y así estructura la causa de pedir, la carga de ofrecer medios de prueba o también la carga de aportación probatoria, la carga de argumentar a partir de material fáctico incorporado por la propia parte y también por la parte contraria; y, finalmente, tal vez la más conocida y que está regulado en el 196, que es un artículo fundamental para poder entender el 194, la carga de probar o carga de la prueba o de forma un poco más precisa tal vez, la carga de corroboración de la hipótesis fáctica que el juez pueda formular en su sentencia (...).

Entonces, la pregunta, una vez que hemos individualizado las cargas probatorias, es ¿cuáles son esas cargas que el juez no puede reemplazar?, yo me centraré en una: la carga de corroboración que creo es de las más importantes; si nosotros nos concentramos en esta

carga de probar denominada carga de corroboración, entendida como una regla de desempate para poder determinar quién debe ganar cuando no hay una suficiente probanza de uno o más hechos, entonces yo respondería, señores magistrados, que no veo forma cómo usar la prueba de oficio sin reemplazar esa carga de corroboración; no veo ninguna manera, porque siempre hay algo que la parte ha podido hacer; presentar tal o cual medio probatorio, pedir inspección judicial, siempre; al menos, desde mi modesta percepción, no veo cómo es que el juez no pueda reemplazar, usando la prueba oficio; entonces, si es que esto es verdad, si es que nunca puede haber tal reemplazo, y vean que es una norma expresa de nuestro Código Procesal Civil, entonces, me parece que la modificación del 2014, lo que generó en los jueces es un candado; es decir, puedes usarla, pero no puedes usarla; y es un problema interpretativo muy serio este de no reemplazar cargas probatorias; entonces, a partir de aquí, habría dos alternativas: la primera es pensar si es que existe una posibilidad de usar la prueba de oficio sin reemplazar la carga de corroboración, y mi opinión humilde, es que no hay; la otra la otra alternativa sería hacer control difuso de esa norma prohibitiva, y por tanto en inaplicarla (...).

Como se puede apreciar, a partir de la exposición de los citados profesionales, se puede apreciar de forma clara que no existe posición pacífica respecto al uso de la facultad probatoria otorgada al juez a través del artículo 194 del Código Procesal Civil. Por un lado, tenemos a los profesores Delgado, Alfaro y Monroy, quienes bajo distintos motivos están de acuerdo con el ejercicio de esta facultad; por su parte, tenemos al profesor Cavani, quien refiere que la facultad conferida al juez a través del artículo 194 del Código Procesal Civil es bastante cuestionable. Considerando las posiciones asumidas por los citados juristas, a continuación, pasaremos realizar unos comentarios sobre lo manifestado.

El profesor Delgado señala que, en el proceso, la actividad probatoria no busca alcanzar la verdad; no obstante, lo que se busca es alcanzar el mayor grado de correspondencia entre los hechos alegados por las partes y lo ocurrido de la realidad; en ese sentido, manifiesta que, en la medida que estamos ante un modelo mixto —a nivel probatorio—, es correcto que las partes tengan iniciativa probatoria, pero además que el órgano jurisdiccional, de forma excepcional, y ante la insuficiencia probatoria, pueda actuar y ordenar medios probatorios de oficio. Bajo esa lógica, el profesor señala que la prueba de oficio no es otra cosa que un instrumento para alcanzar la tutela más justa posible; así, indica que cuando el juez no ha llegado a obtener convicción sobre los hechos expuestos por las partes, tiene esta facultad para atender la insuficiencia probatoria existente.

Sobre lo indicado por el profesor Delgado, debemos resaltar que coincidimos con él en el extremo que señala que no es un deber del juez probar, ello es importante tener en cuenta en la medida que, conforme se ha desarrollado en apartados anteriores, existe un gran sector de la doctrina que sostiene que es un deber del juez suplir las deficiencias probatorias de las partes.

Sin embargo, somos enfáticos en señalar que el argumento sobre el cual se sostiene lo señalado por el profesor Delgado no resulta acorde con los derechos que tienen las partes durante el proceso; el profesor Delgado manifiesta que la facultad probatoria que tiene el juez sirve para atender aquellas insuficiencias probatorias generadas por las partes, siendo el fin de la facultad probatoria del juez suplir dichas decisiones; en este punto, no nos encontramos de acuerdo con lo señalado por el citado profesor, toda vez que no se entiende cómo se puede considerar la prueba de oficio como un remedio ante la insuficiencia probatoria si el propio artículo 194 del Código Procesal Civil señala de forma clara y expresa que la facultad regulada en dicha norma no puede,

bajo ningún contexto, reemplazar a las partes en su carga probatoria, con ello tenemos que bajo cualquier modo que se quiera ver la facultad materia de análisis, ésta siempre suplirá a las partes en su actividad probatoria, por cuanto sólo ante la inactividad probatoria de éstas, el juez estará en la facultad de poder hacer uso de la facultad que se encuentra regulada en el artículo 194 del código procesal civil.

A nuestro criterio se está privilegiando el fin sobre los medios; es decir, no se está tomando en consideración que el costo de alcanzar una —supuesta—decisión justa es la vulneración de los derechos fundamentales de las partes, derechos que no ostentan un mayor o menor valor que el de la tutela jurisdiccional efectiva —derecho que, según se dice, se procura proteger—; con ello, reiteramos, se coloca el fin “justicia” sobre lo que realmente importa al proceso, esto es, solucionar los conflictos a partir de lo que las partes han podido o no acreditar en el proceso. En conclusión, no coincidimos íntegramente con lo señalado por el profesor Delgado, en la medida que estimamos que el fin de supuesta justicia no puede significar el avasallamiento de otros derechos fundamentales de igual importancia (igualdad, defensa, juez imparcial, juez imparcial).

Por su parte, el profesor Alfaro refiere que la facultad probatoria del juez no es otra cosa que un mecanismo que ayuda a generar una mejor reconstrucción de los hechos, siendo este su fundamento epistémico; el citado profesor refiere que, a través de esta facultad, el Estado muestra su interés por una reconstrucción verdadera de los hechos.

Sobre lo señalado por el profesor Alfaro, debemos indicar que, a nuestro entender, la causa y el fin que señala no son justificantes suficientes para poder hacer uso de la facultad probatoria regulada en el artículo 194 del Código Procesal Civil. El profesor Alfaro refiere que la facultad

probatoria del juez encuentra su causa en la necesidad de poder contar con un mecanismo que permita al juez poder realizar una mejor reconstrucción de los hechos expuestos por las partes; sobre ello debemos señalar que, conforme lo hemos expuesto en los apartados anteriores, a través del proceso no se busca alcanzar la verdad de los hechos, por cuanto ello es una actividad que excede a las posibilidades humanas; en efecto, encontramos un problema sustancial si consideramos que la única valla que se coloca para hacer uso de la facultad regulada en el artículo 194 del Código Procesal Civil es la obtención de un mayor grado de certeza de los hechos, por cuanto no podríamos establecer un punto mínimo o máximo de referencia para poder determinar hasta dónde es permitido que el juez, a través de su actividad probatoria, se inserta en el proceso.

En otras palabras, a nuestro entender, si seguimos en la lógica del profesor Alfaro, no tendremos una valla mínima o máxima que pueda regular la actuación oficiosa del juez en el proceso a nivel probatorio, por cuanto todo se justificará en que el juez necesita “verificar” realmente cómo han acontecido los hechos; como es obvio, no se puede pretender que el supuesto interés del Estado en reconstruir “la verdad de los hechos” sea justificante para que el juez, indebidamente, intervenga en el proceso a nivel probatorio, sustituyendo a las partes en su deber de proveer al juez de todos los elementos de convicción necesarios para acreditar los hechos que afirma en sus actos de defensa. Entonces, con ello tenemos que la causa y el fin que plantea el doctor Alfaro como sustento para el uso de la facultad regulada en el artículo 194 del Código Procesal Civil no resulta ser suficiente para poder justificar la transgresión de los derechos fundamentales de las partes.

En la línea de lo señalado por los dos primeros juristas, tenemos al profesor Juan Monroy Gálvez quien, desde una perspectiva más procesal, manifiesta que existen cuatro reglas para que el

juez pueda hacer uso de la facultad regulada en el artículo 194 del Código Procesal Civil; así, el citado profesor refiere que la primera regla es que si una parte no ha probado un hecho decisivo, el juez no puede probarlo, con lo cual correspondería que pierda el caso; la segunda regla es que si un hecho está parcialmente probado, el juez puede proponer la actuación de medios probatorios para provocarse convicción; la tercera regla consiste en que si la posición de la parte consta de varios hechos y sólo algunos de ellos han sido probados, el juez puede ordenar que se actúen medios de prueba para mejorar lo que se ha probado, mas no para probar lo que no se ha probado; finalmente, tenemos la cuarta regla la cual indica que el juez puede actuar material probatorio siempre y cuando éste no sustituya a las partes en carga de probar, por cuanto en ese momento el juez dejó de ser imparcial. Consideramos valioso el esfuerzo realizado por el profesor Monroy por establecer filtros procesales más claros y exactos de cara al uso de la facultad probatoria del juez; no obstante, pese a la buena intención del citado jurista, dichos filtros no resultan ser suficientes para evitar que el ejercicio de la facultad probatoria del juez provoque la afectación de los derechos fundamentales de las partes.

De la revisión de las cuatro reglas establecidas por el doctor Monroy, tenemos que, en todo momento, lo que se evita es que el juez sustituya a las partes; sin embargo, ello no es posible por cuanto en el momento en el que el juez incorpore un medio de prueba no ofrecido por las partes significa que, en ese momento, sustituyó en sus cargas a la parte cuyo abogado actuó de forma negligente y no ofreció determinado medio de prueba; lo señalado es perfectamente corroborable si tomamos en cuenta que en las cuatro reglas se aprecia un elemento en común: si un hecho no es probado, el juez no puede, a través de su facultad probatoria, corroborarlo, por cuanto ello implicaría estar sustituyendo a la parte que no ha realizado una correcta actividad probatoria.

A nuestro entender, el uso de la facultad probatoria del juez siempre implicará la sustitución de la parte que no ha probado correctamente, nunca se cumpliría la cuarta regla, por cuanto cada vez que el juez intervenga probatoriamente se estará sustituyendo a las partes. En efecto, como bien señala el mismo doctor Monroy, las partes tienen el deber principal de generar convicción al juez, siendo este, a nuestro entender, el más importante que tienen al interior del proceso; entonces, si las partes no cumplen este deber, y el juez lo hace a través de sus pruebas de oficio (a fin de autogenerarse convicción), se estaría supliendo, necesariamente, a las partes en este deber procesal. Con ello, las reglas procesales que establece el doctor Monroy para el uso de la facultad probatoria del juez no resultan ser suficientes para que esta facultad pueda considerarse como viable y coherente con el marco constitucional que rige el proceso.

Finalmente tenemos al profesor Cavani, quién a diferencia de sus colegas, tiene una posición abiertamente distinta sobre la facultad probatoria del juez. El profesor Cavani sostiene que esta facultad está dada para que el juez pueda formarse convicción; así, indica que el único momento para usar la facultad establecida en el artículo 194 del Código Procesal Civil es cuando ya hubo actuación de las pruebas, ya se valoraron las mismas, se está por sentenciar, pero no se ha alcanzado la suficiente corroboración de los hechos, esto es, existe una falta de probanza de los hechos.

Sobre el particular, el profesor Cavani, distanciándose de lo señalado por los juristas antes citados, manifiesta que el artículo 194 posee una norma prohibitiva, la cual consiste en que la actividad probatoria del juez no puede reemplazar a las partes en su carga probatoria; en este punto, el profesor Cavani sostiene enfáticamente que, a su entender, no existe ninguna manera y ningún escenario en el cual la actividad probatoria del juez no sustituya, reemplace o supla la carga

de corroboración que tienen las partes en el proceso; sostiene lo antes señalado en la medida que, a su entender, todo medio probatorio que requiera el juez actuar para “generarse convicción” puede ser ofrecido por las propias partes, en otras palabras, no existe ninguna actividad probatoria que el juez pueda realizar que las partes no puedan hacerlo al momento de postular sus posiciones en el proceso.

Considerando lo expuesto, a nuestro entender, el profesor Cavani concluyó, de manera correcta, que, si no se puede evitar reemplazar a las partes, entonces el artículo 194 tiene un candado que impide hacer uso del mismo. Lo señalado por el profesor Cavani no es un acto de elucubración teórica sobre la interpretación que se pueda tener de la prueba oficio; consideramos que la posición adoptada por el profesor Cavani es simple consecuencia lógica de la regulación actual del artículo 194 del Código Procesal Civil; en efecto, si revisamos el citado artículo, tenemos que el mismo expresamente señala que la actividad probatoria del juez en momento alguno puede sustituir al de las partes; sin embargo, cómo puede pretenderse la no sustitución de la carga de corroboración de las partes si lo que el juez hace no es otra cosa que realizar una actividad que obligatoriamente les corresponde a las partes que acuden a un proceso, esto es, la de probar cada hecho que alegado; entendemos que ello obedece a la mala técnica legislativa aplicada al momento de regular el artículo 194 del Código Procesal Civil.

Bajo esta lógica, el artículo 194 no solamente es un artículo que transgrede derechos fundamentales (debido proceso, igualdad, etc.), sino que en su pésima regulación también encuentra una clara inconsistencia por cuanto “en aras de evitar la vulneración de derechos fundamentales” establece una prohibición que a todas luces es incumplible si lo que se faculta al juez es a sustituir la carga y deber de las partes en el proceso.

En definitiva, coincidimos con el profesor Cavani respecto a que no existe modo alguno de interpretar el artículo 194 del Código Procesal Civil que permita justificar la necesidad de actuar una prueba de oficio, por cuanto no hay actividad probatoria que pueda realizar el juez que en su momento las partes no pudieran haber ofrecido o solicitado su actuación; con ello podemos concluir que la facultad probatoria del juez regulada en el artículo 194 no sólo afecta derechos fundamentales sino que en su propio contenido es incongruente, por cuanto la prohibición que establece resulta imposible de ser acatada en la medida que, sea cual sea el escenario, la actividad probatoria del juez siempre va a reemplazar la parte en su carga de corroborar los hechos que afirma.

11. Entonces, ¿es constitucional la facultad probatoria del juez que se encuentra regulada en el artículo 194 del Código Procesal Civil?

A partir de lo expuesto hasta este punto, tenemos que no existe unanimidad en el modo de interpretar y entender los alcances de la facultad probatoria del juez; no hay consenso alguno a nivel doctrinario ni a nivel jurisprudencial (prueba de ello es el Décimo Pleno Casatorio, donde los *amicus curiae* discreparon sobre la forma de entender la prueba de oficio). Por un lado hemos tenido a destacados juristas que han opinado que la facultad del juez de probar se encuentra justificada en el deber del Estado de alcanzar el mayor grado de corroboración posible de los hechos, ello con el fin de alcanzar la decisión más justa posible; asimismo, hemos tenido a quienes en el intento de poder darle algún sentido de viabilidad a la facultad probatoria del juez han intentado establecer reglas para la procedencia del uso de esta facultad; finalmente, hemos tenido a quienes han coincidido con la tesis este trabajo que han señalado que, sea cual sea el caso, toda

la actividad probatoria del juez implica necesariamente el reemplazo y sustitución de las partes en su obligación de generar convicción en el juez.

A partir de lo expuesto, queda claro que el debate sobre la facultad probatoria del juez no ha concluido, por el contrario sigue aún abierto a la necesidad de poder establecer mayores y mejores razones para poder considerar como viable y constitucional el ejercicio de dicha facultad, por cuanto a la fecha lo único que existe son justificaciones únicamente filosóficas del por qué el juez debería probar aquello que por obligación le corresponde a las partes hacer en el proceso (acreditar los hechos expuestos).

Sin embargo, hasta este punto, no encontramos razones pragmáticas y constitucionales que validen el ejercicio de la facultad probatoria del juez, por cuanto en cualquier escenario en el que nos colocamos significa la ruptura del orden constitucional y la vulneración de derechos fundamentales como lo son la igualdad, al juez imparcial o al derecho de defensa, esto es así en la medida que cualquier acto destinado a suplir a las partes en sus deficiencias probatorias significa necesariamente su reemplazo en dicha carga y la vulneración de estos derechos fundamentales; en ese punto, encontramos un sector de la doctrina que reconoce la existencia de estos vicios en la facultad probatoria que el Código Procesal Civil le reconoce al juez.

Lo señalado hasta este punto no resulta ser insostenible ni mucho menos contrario a lo que cualquier razonamiento lógico podría llevar, es consecuencia de la comprensión pragmática y real de lo que sucede al interior de un proceso y lo que humanamente se puede hacer a través del mismo; es bajo estos alcances que consideramos que lejos de existir algún tipo de consenso o esclarecimiento de las facultades probatorias del juez, lo único que hay es fuertes elementos que

permiten entender que la facultad probatoria del juez es claramente contraria a los principios y derechos constitucionales que rigen al proceso civil.



CAPÍTULO III: INCOMPATIBILIDAD CONSTITUCIONAL ENTRE LA FACULTAD PROBATORIA DEL JUEZ Y SU ROL EN EL PROCESO CIVIL

1. Análisis y crítica del artículo 194 del Código Procesal Civil

A partir del desarrollo efectuado en los dos primeros capítulos del presente trabajo, hemos podido apreciar que la institución de la prueba de oficio en sí misma resulta ser problemática en su entendimiento y aplicación. Ahora, por si ello no fuera suficiente, la regulación que actualmente existe de esta institución en el Perú, termina generando mayores problemas para su aplicación en el proceso civil.

Es así que, de la revisión del artículo 194 del Código Procesal Civil, hemos podido apreciar falencias regulatorias que, a nuestro criterio, dificultan su aplicación y terminan yendo en contra de otras disposiciones normativas, derechos y principios. Debe destacarse que este problema en la regulación de la prueba de oficio ha sido reconocido por doctrina nacional autorizada la cual desde su valoración en la forma de concebirse el citado artículo señaló:

A pesar de ello, **NOS QUEDA LA SENSACIÓN DE QUE LA NOVÍSIMA REGULACIÓN DE LAS PRUEBAS DE OFICIO SE HA PRESENTADO UN TANTO ACCIDENTAL**, debido a un cambio casi por puesta de mano y a última hora con el segundo texto sustitutorio. En otras palabras, bien podría sostenerse que lo que no se pudo conseguir como Proyecto, ni como Dictamen de la Comisión, ambos con una exposición de motivos, sí se obtuvo en "mesa" de parte (específicamente del Departamento de Relatoría, Agenda y Actos), **HECHO QUE TIÑE DE UN TONO UN TANTO OSCURO LAS RAZONES O FUNDAMENTOS QUE INSPIRARON AL TEXTO**

ACTUAL, TRASLADÁNDOSE DE ESTA MANERA LA TAREA O RESPONSABILIDAD INTERPRETATIVA A LA DOCTRINA A FIN DE QUE EXPLIQUE LAS RAZONES Y MOTIVOS JURÍDICOS DE LOS CAMBIOS, A EFECTOS DE QUE PUEDA SER APLICADA CORRECTAMENTE POR LOS JUECES Y MEJORAR SU DESARROLLO JURISPRUDENCIAL, EN EL CONTEXTO DE UN PROCESO MÁS COLABORATIVO E ISONÓMICO (Alfaro, 2017, p. 87) (resaltado nuestro).

Conforme se puede apreciar, ya existen pronunciamientos autorizados que dan cuenta de la forma tan irregular y problemática con la que ha sido concebido el artículo 194 del Código Procesal Civil (tanto más si se tiene en cuenta que este articulado cuenta con una exposición de motivos), lo cual refuerza nuestra posición respecto a que existen vicios —desde su nacimiento— en la facultad probatoria que nuestra normativa le reconoce al juez.

En ese sentido, en este apartado analizaremos el artículo 194 del Código Procesal Civil, a fin de dar cuenta de las inconsistencias y vicios que consideramos existen en dicho dispositivo normativo.

Así, del análisis del artículo 194 de nuestro código adjetivo, hemos detectado una serie de incoherencias y excesos que resultan importantes resaltar, a fin de confirmar la tesis que en este trabajo sostenemos, esto es, que la potestad probatoria del juez en el proceso civil es abiertamente inconstitucional.

1.1. Vicios en la regulación existente de la prueba de oficio: análisis crítico del artículo 194 del Código Procesal Civil

Actualmente, la prueba de oficio se encuentra regulada de la siguiente manera:

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 especial⁵⁷.

Entonces, considerando la regulación existente, procederemos a desarrollar los vicios más relevantes que a nivel normativo hemos detectado, ello a fin de dar cuenta de la postura que sostenemos en el presente trabajo, siendo estos los siguientes:

- Inexistencia de límites reales a la actividad probatoria del juez.

⁵⁷ Versión actual, posterior a la modificatoria realizada al artículo 194 del Código Procesal Civil a través del artículo 2° de la Ley N° 30293.

- Reemplazo de las partes en su carga de probar como consecuencia de la actividad probatoria del juez.
- Limitación injustificada al derecho a impugnar.

1.1.1. Inexistencia de límites reales a la actividad probatoria del juez

Algo que intentó el legislador con la modificatoria del 2014 e insistió la Corte Suprema con el Décimo Pleno Casatorio Civil, fue limitar las facultades probatorias del juez a fin de superar las críticas respecto de la imparcialidad y la igualdad de partes en el proceso judicial. Ya dejamos en claro que, esos intentos de limitar, en realidad, se quedó en buenos deseos.

De la revisión del artículo 194, se puede apreciar que existen, por lo menos a nivel formal, los siguientes “límites”: i. excepcionalidad de la prueba de oficio; ii. insuficiencia de prueba; iii. la fuente de prueba debe ser citada por las partes. No obstante la existencia de estos escenarios limitantes, lo cierto es que ninguno de estos permite poner un límite real y concreto a la actividad probatoria del juez. Pasamos a explicarnos.

Respecto a la excepcionalidad, debe indicarse que, según la Real Academia de la Lengua Española, la excepcionalidad la define como “1. adj. Que constituye excepción de la regla común”, “2. adj. Que se aparta de lo ordinario, o que ocurre rara vez”, como se puede apreciar, lo excepcional es aquello que no es común o cuya realización no es regular o normal o de más de una oportunidad; es más, lo señalado se ve corroborado si tenemos presente los sinónimos que se

encuentran relacionados a esta idea, los cuales son palabras como insólito, inusual, raro, anómalo, ocasional, etc.

Así, la excepcionalidad de la prueba de oficio es, tal como se sostiene en la doctrina procesal, uno de los rasgos más característicos que posee. Es más, esta cualidad se instituye como el límite procesal más importante que tienen las facultades probatorias del juez civil –o al menos eso se pretende–.

Pues bien, actualmente, la potestad probatoria del juez no tiene límites reales en cuanto a los medios probatorios que éste puede ordenar su actuación. Esta afirmación nace de lo señalado en el artículo 194 de forma expresa que el juez podrá ordenar la actuación de tantas pruebas de oficio como considere pertinente con el fin de generarse convicción, siendo esta una frase que genera profundas preocupaciones por las implicancias que podría conllevar tal actuación sin límites; con esto, a todas luces, se rompe la excepcionalidad o irremplazabilidad de las partes de la que se habla al momento de ordenar una prueba de oficio.

En efecto, si se autoriza al juez a ordenar la actuación de “tantas pruebas como considere pertinente” estaríamos rompiendo esa excepcionalidad a que se hace referencia en el artículo 194 del Código Procesal Civil; algo no puede ser excepcional e ilimitado a la vez; resulta ser un contrasentido pretender incluir en un mismo texto normativo dos ideas que se contraponen en esencia y que lo único que genera son serios problemas en la aplicación de la institución normativa.

En este punto, el legislador debe decidir si estamos frente a una facultad excepcional o si estamos frente a una facultad que no tiene limitación alguna; más aún si se considera que en la

propia norma se incorporan frases como “tantas como se considere pertinente”; con ello, podemos decir que no estamos frente a un limitante claro; sino que simplemente ha sido colocado a fin de cumplir con la formalidad, mas no con el propósito de cumplir con establecer claras limitantes a la actividad probatoria del juez.

Sumado a ello, tenemos que el artículo 194 del Código Procesal Civil precisa que el juez puede ordenar de oficio la actuación de medios probatorios adicionales a los ofrecidos por las partes, pero únicamente en el supuesto de que estos sean insuficientes para generarle “convicción”. Es aquí donde encontramos un gran problema, aunque poco perceptible. La convicción o el convencimiento es un estado psíquico-mental y, por lo mismo, investido de una gran carga subjetiva. En ese sentido, con las mismas pruebas (razones), un juez puede alcanzar un absoluto nivel de convicción, pero, del mismo modo, puede que no sea el caso con otro juzgador.

En ese contexto, ¿qué tan excepcional puede ser la prueba de oficio si depende de la disposición mental de cada juez en particular? Nos parece que no mucho, puesto que no es posible establecer jurídicamente un estándar al estado mental de los individuos —el juez en este caso—. Entonces, a pesar de que se coloquen otros supuestos límites a esta facultad, tales como: previa cita de las fuentes de prueba, la pertinencia de estas o el contradictorio previo; la situación problemática que existe transversalmente a la prueba de oficio no se soluciona, esto es, no existe garantía de que la prueba de oficio sea excepcional en su aplicación.

Por su parte, tenemos que la norma establece como un segundo limitante la insuficiencia de prueba, pero nuevamente nos encontramos frente a un supuesto que, a nuestra consideración, no configura una restricción a la actividad probatoria del juez.

El motivo por el cual consideramos que no se puede considerar este segundo supuesto como una limitación a la prueba de oficio es que la insuficiencia probatoria será determinada por la misma persona que usará la facultad: el juez. Es decir, no es un tercero o un factor externo a su fuero de control el que determinará cuándo estamos o no frente a insuficiencia probatoria. Con lo cual es el propio juez quien decidirá si en determinado caso hay o no suficiencia probatoria.

Puede ocurrir el caso que, en efecto, las partes hayan cumplido con aportar todos y cada uno de los elementos probatorios necesarios y suficientes para resolver la controversia, pero que a criterio del juez ello no sea suficiente, o peor aún, que por desconocimiento del derecho en controversia considere necesario la actuación de un medio de prueba.

Considerando ello, cómo puede pretenderse hablar de límites si este se encuentra entregado a la discrecionalidad absoluta de quien va a ejercer la facultad. Entonces, estamos frente a un limitante claramente subjetivo que en lo absoluto asegura un adecuado uso de la facultad en comentario.

Por otro lado, tenemos que la fuente de la prueba de oficio que se pretende actuar debe haber sido citada por las partes en el proceso. La norma señala que se podrá ordenar la actuación de tantas pruebas de oficio “siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso”. A fin de establecer por qué consideramos que no es un límite real, procedamos a entender qué es una fuente de prueba.

A decir del profesor Montero Aroca, la expresión fuente de prueba hace referencia a un concepto extrajurídico, esto es, a una realidad que se da fuera al proceso; así, las fuentes de prueba son los elementos que existen en la realidad fuera del proceso. Con ello, resulta correcto afirmar que la fuente de prueba es anterior al proceso y existe independientemente de él (Montero, 2000, p. 319). Así, en esa misma línea, el doctor Martín Hurtado Reyes (2016, p. 414) señala que:

La fuente de prueba contiene información sobre hechos vinculados al proceso y que resultan relevantes para el propósito de las partes, en la tarea de convencer al juez respecto de la veracidad de sus afirmaciones, no obstante esta información se encuentra fuera del proceso, por lo que, se dice que la fuente es pre procesal, porque existe antes del proceso y además es extraprocesal, debido a que se encuentra fuera del proceso.

Conforme se puede apreciar, la fuente de prueba puede estar relacionada con un sujeto, objeto o lugar que contiene información relacionada con el proceso.

Bajo esta lógica, podemos apreciar que estamos frente a un límite bastante gaseoso que poco ayuda a delimitar la facultad probatoria que nuestro código adjetivo le reconoce al juez. Como hemos indicado, la fuente de prueba puede ser cualquier hecho de la realidad que tiene aspectos relevantes para el proceso; en esa medida, al ser la fuente de prueba una idea conceptualmente bastante amplia, no permite establecer parámetros claros y concretos respecto a la facultad probatoria del juez.

En efecto, podría darse el caso que estamos frente a un hecho que está relacionado al proceso, pero cuya comprensión es tan amplia que para una parte pueda tener un significado,

mientras que, para otra, otro significado, y para el juez un tercer significado, convirtiéndose así en un hecho tan amplio que permitiría realizar un sinnúmero de actuaciones probatorias por parte del juez —tantas como considere pertinente— con el objeto de “acreditar” determinado aspecto de la controversia.

Con lo señalado en el párrafo anterior, se puede apreciar que, aun cuando la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso, esto no necesariamente asegura límites a la actividad probatoria del juez; por el contrario, podría significar un cajón de sastre para que el juez pueda ordenar la actuación de cuantos medios probatorios de oficio considere, sin que exista parámetro alguno que impida controlar su actuación. De este modo, tampoco consideramos este “límite” sea un real y efectivo.

Por su parte, además de lo señalado, tenemos que el artículo 194 del Código Procesal Civil le exige al juez que, además de no ocupar el lugar de las partes, les garantice a estas el contradictorio. Cabe mencionar que el artículo no se refiere al contradictorio previo, el cual garantiza que el juez atienda las alegaciones de ambas partes previa a su decisión; sino, se refiere a un contradictorio posterior a la prueba de oficio. Quizás, este sea el que mejor pareciera posicionarse como un límite a este poder, el juez es el llamado “contradictorio diferido”.

El contradictorio diferido es aquel que faculta a las partes a objetar, contradecir y desvirtuar lo probado por este medio de prueba adicionado por el juez. Se trata de una reapertura del debate probatorio para que las partes puedan ofrecer nuevos medios probatorios para la contraprobanza (Cavani, 2018, p. 25).

No obstante, hay aún un detalle que se escapa de este límite, razón por la cual seguimos convencidos de que los límites a la prueba de oficio solo son ideales. En una situación como esta, es decir, en el contradictorio diferido, las partes ya no están intentando desvirtuar lo actuado por la otra, sino lo probado por el mismo juez. Se trata de confrontar el propio criterio del juez de turno, frente al cual no existe igualdad de condiciones. En un escenario así, el juez aparece como un tercero con interés propio en la litis.

Lo que tratamos de exponer, es que se abre una puerta a que existan vicios en la imparcialidad del juzgador, toda vez que las partes tendrían que refutar una prueba que el tercero neutral consideró vital para resolver la controversia: ¿cómo podemos afirmar que este es un límite idóneo? En conclusión, la prueba de oficio, dentro de nuestra normativa actual, solo posee límites disfuncionales –que es lo mismo que no tenerlos–.

En conclusión, conforme se ha podido desarrollar a lo largo de este apartado no existen límites reales a la actividad probatoria del juez, por cuanto no solo existe una redacción bastante imprecisa a la facultad en cuestión, sino que además los supuestos límites impuestos en la realidad no sirven para establecer parámetros claros al juez al momento de decidir actuar o no una prueba de oficio.

1.1.2. Reemplazar a las partes en su carga de probar como consecuencia de la actividad probatoria del juez

A partir de lo expuesto, consideramos que la actividad probatoria del juez conlleva a un segundo vicio, esto es, el reemplazo de las partes en su carga de probar.

Como es sabido, el artículo 188 del Código Procesal Civil es claro en señalar 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”. Sobre el particular, el jurista Enrique Palacio explica que se debe considerar como medios de prueba los mecanismos formales y legales a través de los cuales se introduce al proceso información de la existencia o inexistencia de uno o más hechos (Palacio, 1990, p. 331). Así, se entiende como medios de prueba una declaración de testigo, una confesión de parte o un dictamen pericial (Sagastegui, 1980, p. 93). Considerando ello, tenemos que los medios de prueba sirven para acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez y que este pueda fundamentar su decisión a partir de ellas.

De este modo, el artículo 196 del Código Procesal Civil establece que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos. Lo señalado, en otros términos, quiere decir que es deber de las partes acreditar todos y cada uno de los hechos que sostienen sus pretensiones, sea sustentando lo pretendido o resistiéndose a lo peticionado.

Cabe destacar que, el artículo 200 del Código Procesal Civil, coherentemente, establece que en caso las partes no cumplan con la carga de probar los hechos alegados, “**estos no se tendrán por verdaderos y su demanda será declarada infundada**” (resaltado nuestro). Así, tenemos que, si las partes no cumplen con su carga de probar los hechos que sustentan sus pretensiones, la demanda será declarada infundada.

Lo establecido en el artículo 200 del Código Procesal Civil resulta relevante si se tiene en cuenta que la normativa aplicable al proceso civil sí establece consecuencias cuando las partes no acreditan los hechos que sustentan sus pretensiones; con ello, no resultaría cierto que la improbanza de los hechos genera como único escenario el deber del juez de hacer uso de su potestad probatoria, sino que conlleva a que el juez actuando conforme a lo establecido en su norma adjetiva, declare infundada la demanda.

En efecto, quienes defienden el uso de la prueba de oficio, soslayando el contenido del artículo 200 del Código Procesal Civil, refieren que el juez no puede emitir pronunciamiento cuando las partes no hayan cumplido con acreditar los hechos que sostienen su posición y que lo que corresponde es actuar más pruebas; como se puede apreciar, ello es un error si consideramos que la consecuencia normativamente establecida para la improbanza de hechos, es que las pretensiones sean declaradas infundadas.

Esto no es un aspecto menor si consideramos que la propia norma ordena al juez declarar infundada las pretensiones formuladas si su probanza no ha sido debidamente realizada. De este modo, si se tomara en cuenta lo dispuesto en el artículo 200 del Código Procesal Civil, el juez no incurriría en excesos y transgresiones, a fin de asumir una carga que no le corresponde, esto es, probar los hechos alegados por las partes.

Y lo antes señalado guarda coherencia con lo establecido en el primer párrafo del artículo 194 del Código Procesal Civil, el cual de forma expresa señala lo siguiente: “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” (resaltado nuestro). Sobre ello debe indicarse

que, pese a la buena intención que pudiera tener el legislador al realizar esta exhortación, ello no es posible de ser cumplido en los hechos.

Al respecto, es pertinente tener en cuenta que lo señalado en el párrafo anterior es claramente contrario a lo establecido en el artículo 196 del Código Procesal Civil. Según dicho artículo, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos. Como se puede apreciar, el legislador ha sido claro y expreso en señalar que son las partes quienes deberán acreditar los hechos que sustentan sus pretensiones.

Así, tenemos que en la Casación N° 2660—2006, publicada en el diario *El Peruano* el día 1 de abril del 2008, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema ha señalado sobre la carga de la prueba lo siguiente: “(...) quien tiene la titularidad de la carga de la prueba es la parte que persigue los efectos jurídicos en función a los hechos que sustentan su pretensión (...)”. Con ello, queda claro que la carga de probar recaerá sobre quien busca la producción de efectos jurídicos a partir de las pretensiones que conforman su petitorio.

La duda que surge inmediatamente es ¿acaso el juez persigue los efectos jurídicos de las pretensiones formuladas en el proceso? Pues la respuesta inmediata es que no, el juez no ostenta la titularidad de la carga de probar los hechos que sustentan las pretensiones que se formulan al interior del proceso. Con lo cual cómo sería posible que el Juez, al momento de disponer la actuación de algún medio de prueba, no reemplace a las partes en su carga probatoria.

Lo señalado no es una idea sólo sostenida en este trabajo, sino que ha sido ya expresamente denunciado en el Décimo Pleno Casatorio, donde el profesor Renzo Cavanni declaró expresamente que:

(...) hay una norma prohibitiva en el artículo 194, producto de la modificación de la Ley 30293 de diciembre del 2014; el juez, dice el 194, cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria; está enunciado como una suerte de consejo, pero es una norma prohibitiva; está diciendo: juez no puedes reemplazar a las partes en su carga probatoria o sea en la actuación propia que le corresponde las partes; entonces, allí la gran pregunta que podría hacerse para poder interpretar rigurosamente bien este artículo 194 sería el siguiente: cuándo, yo juez, puedo ejercer este poder del 194 sin reemplazar la carga probatoria de las partes; esto es fundamental; y esto es fundamental, porque cuando se habla de carga probatoria, se está hablando de libertad de las partes; o sea, la libertad de estructurar las actuaciones o la estrategia procesal en cuanto a materiales probatorios; entonces, habría que responder, para poder responder esta gran pregunta, una gran interrogante, es ¿cuáles son las cargas procesales? (...).

Entonces, la pregunta, una vez que hemos individualizado las cargas probatorios, es ¿cuáles son esas cargas que el juez no puede reemplazar?, yo me centraré en una: la carga de corroboración que creo es de las más importantes; **SI NOSOTROS NOS CONCENTRAMOS EN ESTA CARGA DE PROBAR DENOMINADA CARGA DE CORROBORACIÓN, ENTENDIDA COMO UNA REGLA DE DESEMPATE PARA PODER DETERMINAR QUIÉN DEBE GANAR CUANDO NO HAY UNA SUFICIENTE PROBANZA DE UNO O MÁS HECHOS, ENTONCES YO RESPONDERÍA, SEÑORES MAGISTRADOS, QUE NO VEO FORMA CÓMO USAR LA PRUEBA DE OFICIO SIN REEMPLAZAR ESA CARGA DE CORROBORACIÓN; NO VEO NINGUNA MANERA, PORQUE**

SIEMPRE HAY ALGO QUE LA PARTE HA PODIDO HACER; PRESENTAR TAL O CUAL MEDIO PROBATORIO, PEDIR INSPECCIÓN JUDICIAL, SIEMPRE; AL MENOS, DESDE MI MODESTA PERCEPCIÓN, NO VEO CÓMO ES QUE EL JUEZ NO PUEDA REEMPLAZAR, USANDO LA PRUEBA OFICIO; ENTONCES, SI ES QUE ESTO ES VERDAD, SI ES QUE NUNCA PUEDE HABER TAL REEMPLAZO, Y VEAN QUE ES UNA NORMA EXPRESA DE NUESTRO CÓDIGO PROCESAL CIVIL, ENTONCES, ME PARECE QUE LA MODIFICACIÓN DEL 2014, LO QUE GENERÓ EN LOS JUECES ES UN CANDADO; ES DECIR, PUEDES USARLA, PERO NO PUEDES USARLA; y es un problema interpretativo muy serio este de no reemplazar cargas probatorias; entonces, a partir de aquí, habría dos alternativas: la primera es pensar si es que existe una posibilidad de usar la prueba de oficio sin reemplazar la carga de corroboración, y mi opinión humilde, es que no hay; la otra la otra alternativa sería hacer control difuso de esa norma prohibitiva, y por tanto en inaplicarla (...) (resaltado nuestro).

Por tal motivo, concordamos plenamente con Renzo Cavani (2018) cuando expresa que no encuentra “la forma de cómo emplear la prueba de oficio sin reemplazar la carga de corroboración de las partes. Y es que siempre hay algo que la parte pudo hacer y que no hizo (...)”; a lo que agrega: “Si esto es verdad, si es que nunca puede dejar de haber tal reemplazo de esta carga, me parece entonces que la modificación del año 2014 generó en los jueces un candado aparentemente inexpugnable” (p. 21).

Es así que la carga de corroboración supone que, si una parte del proceso no logra corroborar un hecho alegado dentro de los que sostienen su pretensión, simplemente, será declarada perdedora del proceso judicial. Lo que sucede con la prueba de oficio es que, en lugar de seguir esta

regla básica, es decir, en lugar de resolver en contra de aquel que no satisfizo su carga probatoria, lo que hace es incrementar el acervo probatorio (Cavani, 2018, p. 21).

Cómo se precisó en el Décimo Pleno Casatorio, la facultad probatoria del juez se activa en aquellos casos donde se ha producido una negligencia en las partes al momento de probar. En este punto es importante reflexionar acerca de si es deber del juez suplir esa negligencia; un argumento clásico que surge al momento de debatir este tema es que nunca será igual el nivel técnico de defensa de una transnacional a la defensa de, por ejemplo, un obrero; en este punto, es pertinente pensar en si es deber del juez suplir la falta de preparación, por ejemplo, de los abogados; acaso, constitucionalmente, es responsabilidad del juez la preparación o la formación académica o profesional de aquellos que se dedican al ejercicio de la abogacía, pues la respuesta es no; en todo caso, el único responsable de la preparación académica y profesional de los abogados es el sector educativo del Estado, pero no de aquel que cuya única función es ser un tercero imparcial y resolver en función al derecho; es por ello que sostenemos que sea cual sea la situación en la cual se haga uso de la facultad probatoria del juez, lo que realmente se está haciendo es suplir la falta de preparación o ignorancia de los profesionales que se dedican al ejercicio de la defensa judicial. Como es obvio, no es función del juez realizar tal labor.

En este tenor, resulta inconcebible sostener que la actuación de una prueba de oficio no reemplaza la carga probatoria (o de corroboración) de alguna de las partes, si a partir de este medio el juez será quien, actuando de parte, acredita los hechos que el demandante o el demandado tuvo que haber acreditado, todo en aras de alcanzar una “convicción” forzada que le permita resolver.

Bajo ese contexto, corresponde señalar que la única convicción que debiera alcanzar el juez es la que se deriva de la actuación de los medios de prueba que las partes hayan aportado al proceso, toda vez que lo contrario implicará necesariamente el suplantar a las partes en su carga probatoria.

Así, a nuestro juicio, no es función del juez hacer las veces de abogado defensor de las partes, sino alcanzar una decisión a partir de la actuación de los medios probatorios que las partes ofrecen al proceso (pudiendo esta ser fundada, infundada o improcedente); no es labor del juez alcanzar la verdad absoluta ni mucho menos escudriñar en los hechos que las partes presentan, en tanto esa es función y deber atribuible únicamente a éstas.

Como se puede apreciar, la prueba de oficio es, sea cual sea el escenario, una “ayuda” del juez —consciente o inconsciente— que beneficiará a alguna de las partes; con ello, el ejercicio de esta facultad lo único que hace es vulnerar derechos fundamentales (igualdad) y generar incertidumbres respecto al ejercicio y aplicación de otros derechos (juez imparcial). Así, la actuación de pruebas de oficio, provoca el riesgo cierto y concreto de que este termine siendo parte (pretendiente o resistente) en el proceso, dado que el resultado de todo este procedimiento probatorio culminará en dar o no la razón al demandante o demandante; en ese sentido, el juez adoptando la posición de demandante o demandado suplirá la negligencia probatoria de cualquiera de las partes (Cruz Arenhart, 2015, p. 63-67).

Tal como ya repasamos, el artículo 194 del Código Procesal Civil —gracias a la modificación normativa del 2014— exige expresamente que el juez, en el ejercicio de sus facultades probatorias excepcionales, no reemplace a las partes en su carga probatoria. Cabe precisar que lo antes

señalado no se trata de una sugerencia o recomendación, por el contrario, forma parte de los deberes del juez de no reemplazar a las partes en la tramitación del proceso judicial.

Como es evidente, la finalidad de esta regulación es salvaguardar el derecho a un juez imparcial que tiene todo justiciable. Sin embargo, pese a las buenas intenciones, cabe preguntarnos: ¿acaso es esto posible? ¿Se puede ejercer la prueba de oficio sin reemplazar a las partes en su carga probatoria? Nosotros apoyamos la postura doctrinaria que considera que esto es ilusorio.

1.1.3. Limitación injustificada al derecho a impugnar

Como hemos sostenido hasta este punto, la actual regulación de la prueba de oficio se encuentra claramente mal regulada. Veamos, de acuerdo al artículo 194 del Código Procesal Civil “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” (resaltado nuestro). No entendemos cómo se puede decir que la resolución que ordena la prueba de oficio es inimpugnable y a la vez decir que la misma puede ser declarada nula si no está debidamente motivada.

Nos explicamos, de acuerdo al artículo 355⁵⁸ del Código Procesal Civil, los medios impugnatorios son los instrumentos legales a través de los cuales se anula o revoca un acto procesal (como lo puede ser una resolución) por vicio o error (como lo puede ser la carencia de motivación);

⁵⁸ Artículo 355.— Mediante los medios impugnatorios las partes o terceros legitimados solicitan que se anule o revoque, total o parcialmente, un acto procesal presuntamente afectado por vicio o error.

así, los recursos, como por ejemplo, el de apelación (regulado en el artículo 364⁵⁹ del Código Procesal Civil), buscan que la resolución que ha causado agravio sea anulada⁶⁰ o revocada; no obstante, para que ello ocurra, una de las partes debe denunciar el vicio a través de uno de los recursos impugnatorios regulados en el Código Procesal Civil —es bastante difícil pretender que el mismo juez denuncie su resolución y someta la misma a revisión—, con lo que es un sin sentido que se disponga que la resolución que ordena la prueba de oficio podrá ser declarada nula si no se motiva, pero a la vez se deja expresa constancia de que la misma es inimpugnable.

La incongruencia advertida en este punto es más visible si consideramos lo establecido en el artículo 174 del Código Procesal Civil, el cual establece que “Quien formula nulidad tiene que acreditar estar perjudicado con el acto procesal viciado y, en su caso, precisar la defensa que no pudo realizar como consecuencia directa del acto procesal cuestionado. Asimismo, acreditará interés propio y específico con relación a su pedido”; conforme se puede apreciar, es naturalmente la parte quien debe impugnar, vía nulidad, el acto viciado, con lo cual nuevamente nos encontramos frente a la imposibilidad de cómo cuestionar un acto si el mismo es inimpugnable. Ahora, cierto es que el artículo 176 del Código Procesal Civil establece que “Los Jueces sólo declararán de oficio las nulidades insubsanables, mediante resolución motivada, reponiendo el proceso al estado que corresponda”; no obstante ello, resulta, como se ha indicado, bastante forzado pretender que sea el propio juez, quien a partir de un “reexamen” declare nula una decisión que a su entender era necesaria para la solución de la controversia. Entonces, cualquiera fuese el escenario, los medios

⁵⁹ Artículo 364.— El recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente.

⁶⁰ Respecto al efecto nulificante del recurso de apelación, tenemos que el artículo 382 del Código Procesal Civil establece de forma clara que “El recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad, sólo en los casos que los vicios estén referidos a la formalidad de la resolución impugnada”.

impugnatorios (nulidad o apelación) requieren de la posibilidad de que el acto sea pasible de ser impugnado, lo cual no ocurre en el presente caso.

Ahora, lo denunciado en este punto no es un caso aislado, pues en el Código Procesal Civil existen varios supuestos de exigencia de motivación, como desarrollo legal del derecho fundamental a la motivación (art. 139, inc. 5, de la Constitución); sin embargo, en la misma medida —en forma incoherente— estila acompañarla con la expresión de "inimpugnable" o con algunas variantes: "en decisión motivada e inimpugnable", "decisión debidamente motivada e inimpugnable" o "decisión debidamente fundamentada e inimpugnable". Existen al menos treinta supuestos en los que no procede impugnación, al igual que pasa con la iniciativa probatoria del juez.

Esta situación es paradójica, pues al limitar el derecho a impugnar se está generando un escenario de vulneración al derecho que tienen los justiciables a controlar las decisiones que se emiten en el proceso del cual son parte; con ello, se puede decir, como bien señala Alfaro (2017) “¿cuál es el sentido de que un ordenamiento exija la motivación de la decisión judicial si no permite su control?” (p. 90-91).

2. Transgresión de la finalidad del proceso

Como hemos indicado, a lo largo del desarrollo de la teoría del proceso se ha dado a la finalidad del proceso distintos sentidos; algunos han indicado que la finalidad del proceso es la búsqueda de la verdad, otros han manifestado que la finalidad real del proceso es la búsqueda de la justicia, y hay quienes han postulado que el proceso como creación humana no es otra cosa que

una herramienta que permite a las partes, a través de la intervención de un tercero llamado juez, alcanzar la solución a un determinado conflicto.

Acorde a lo expuesto hasta este punto, es nuestra posición, a partir de una real estimación de cuál es el fin del proceso, que el proceso civil tiene como finalidad resolver conflictos, ello a partir de las alegaciones y pruebas que las partes interesadas en su controversia aportan al proceso.

Sobre la base de ello, hemos demostrado que la prueba de oficio transgrede abiertamente lo que nosotros consideramos como fin del proceso.

Se ha indicado que la prueba de oficio surge como una supuesta herramienta que permite al juez autoconvencerse de que lo dicho por las partes es cierto o no; asimismo, se ha señalado que dicha herramienta surge como necesaria a partir de la inactividad (negligencia) probatoria de las partes; de este modo, se ha resaltado que esta aparente herramienta no es otra cosa que un medio a través del cual el juez interviene en el proceso como parte para acreditar los hechos alegados por el demandante o por el demandado, ello en aras de autogenerarse “convicción” y así alcanzar una supuesta decisión justa.

Qué duda cabe que lo antes señalado no permite que validemos la intervención probatoria del juez en el proceso para alcanzar una decisión “justa”. Hemos desarrollado ampliamente el fin no puede justificar los medios.

Somos de la idea de que la justicia no se alcanza desconociendo derechos fundamentales, por el contrario, la justicia tiene como presupuesto al respecto insoslayable de todos aquellos derechos que las partes tienen al interior del proceso.

Lo que el legislador pretende a través de la prueba de oficio no es otra cosa que brindar al juez de una facultad que sea cual sea el escenario en el que se use implica la transgresión directa a los derechos fundamentales, todo ello con el afán lírico de alcanzar una aparente justicia para las partes.

En esa línea, nos preguntamos qué clase de justicia podemos alcanzar así al actuar una prueba de oficio, lo único que se genera es que una de las partes vea que su derecho a la defensa, a la igualdad, a un juez imparcial, no sean respetados.

En función a ello, es que no se puede hablar de justicia o del cumplimiento del fin del proceso, cuando lo que realmente ocurre, a través del ejercicio de la facultad probatoria del juez, es el desconocimiento de los principios y derechos fundamentales que rigen el proceso civil.

En este punto es pertinente recordar que los medios importan para llegar a la finalidad; conforme hemos desarrollado ampliamente a través del presente trabajo; existen derechos que resultan ineludibles al momento de llevarse a cabo un proceso.

No puede considerarse que un proceso ha sido debidamente tramitado si apreciamos que, por ejemplo, no se ha respetado el derecho a ser tratado en igualdad, o que no se ha respetado el derecho a ser juzgado por un tercero imparcial y que no tiene el más mínimo interés en ser parte.

En función a ello, nos resulta difícil poder coincidir con determinados autores en el extremo que manifiestan que la prueba de oficio permite obtener justicia y paz social; cómo podría ver justicia social si una de las partes aprecia que el tercero que sólo debía resolver una controversia por cuanto así se lo exige la norma, se presta a realizar una actividad que no le corresponde su función, que competía únicamente a la parte interesada que pretendía o que resistía una determinada posición; es difícil poder establecer una relación entre justicia, paz social y prueba de oficio, por cuanto esta última conlleva a que una de las partes no tenga justicia ni paz social, por el contrario a nuestro parecer lo único que se generaría es mayor controversia sobre lo ya existente.

El juez no tiene que buscar la verdad ni alcanzar la justicia; creemos que como consecuencia de desarrollos teóricos aislados de la realidad se ha cargado al juez y al proceso de muchas buenas intenciones, pero de poco realismo. Esto ha llevado a que se realicen un sinnúmero de teorías acerca de lo que el proceso debe buscar y como consecuencia alcanzar; se han realizado un sinnúmero de esfuerzos por justificar que la finalidad del proceso es la búsqueda de la verdad, de la justicia, o de la corroboración de hechos, etc. En ese escenario se ha recurrido a mecanismos que lejos de alcanzar alguno de esos fines, lo único que ha logrado es transgredir derechos y principios.

Como hemos indicado el proceso es un mecanismo o si se prefiere una herramienta para poder solucionar, en la medida que las partes lo permitan, conflictos de carácter inter subjetivo, y lo antes señalado es claramente corroborado si se tiene en cuenta que en el proceso existen distintos tipos de decisiones, el juez está permitido de poder declarar fundada, infundada, o improcedente una demanda, y esto es así porque justamente el proceso como construcción humana entiende que no siempre podrá alcanzar la solución de un conflicto porque por sí solo no

es suficiente para poder alcanzar ese fin, sino que necesita de las partes y los medios de prueba que esta soporte para que el juez tercero imparcial a partir del conocimiento que toma de los hechos y medios de prueba evalúe si lo pretendido es acorde a derecho y por tanto corresponde que sea declarado fundado, o si por el contrario lo pretendido no ha sido acreditado y en esa medida corresponde que sea declarado infundado o improcedente.

El proceso sólo alcanzará su finalidad si las partes interesadas se comprometen a buscar una solución a sus conflictos, sea para confirmar lo señalado o para rechazar lo señalado pero sea cual sea el caso el proceso va encontrar una solución al conflicto amparando lo peticionado o rechazando lo pretendido; es, en ese escenario, que se cumple con la finalidad del proceso; por eso, consideramos un error señalar que la prueba de oficio es una herramienta necesaria para alcanzar la finalidad expuesta, considerar lo contrario implicaría necesariamente sobreponer un aparente fin (sin la certeza de obtener el resultado buscado) sobre derechos fundamentales sobre los cuales se sostiene el proceso.

3. Desnaturalización de las funciones constitucionales del juez en el proceso civil

Resulta indispensable resaltar que la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la correcta aplicación de la ley cualquiera que fuere su significado, sino que ahora se busca una sujeción a la ley que tenga la cualidad de ser coherente con la Constitución (Ferrajoli, 1991, p. 125).

En este tenor, en el modelo constitucional garantista, la validez ya no es un dogma ligado a la mera existencia formal de la ley, sino a la calidad de la misma, ligada a la coherencia legislativa

con la Constitución. De ello se sigue que la interpretación judicial, que corresponde hacer al juez, tiene la responsabilidad de elegir significados compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas (Ferrajoli, 1991, p. 125).

Ahora bien, cuando la comparación resultase insanable, es deber constitucional del juez cuestionar la validez de la ley interpretada; así como rechazar la misma y mantener la sujeción ante todo a la Constitución; en este tenor, se le impone al juez la obligación de ser crítico de las leyes inválidas tras su interpretación constitucional, denunciando, en ese sentido, su inconstitucionalidad. Entonces siempre existirá la sujeción del juez a la Constitución, y, en consecuencia, su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, como principal elemento (Ferrajoli, 1991, p. 124-125).

De lo dicho hasta aquí, se puede afirmar que lo que al proceso importa es que, a nivel probatorio, el juez respete los derechos fundamentales reconocidos a los justiciables y falle conforme a lo acreditado en el proceso y nada más, por eso la trascendencia de evitar que éste oficiosamente ordene pruebas y tome iniciativas a fin de poder supuestamente pronunciarse con absoluto conocimiento de causa y convencimiento pleno.

En este contexto, no le está permitido al juez utilizar su conocimiento personal y particular para resolver una causa, sino que deberá alcanzar convicción —o no— únicamente a partir de los medios probatorios presentados por las partes.

En otros términos, toda la actividad probatoria del juez deberá circunscribirse a la información que éste adquiera de las partes, debiendo en este sentido todo su análisis estar

debidamente deducido de la controversia sometida a juicio porque es de esta forma que se garantizará la igualdad de las partes y las plenas garantías constitucionales (Ramírez, 2009, p. 216).

Entonces, tenemos que es fundamental que las partes se apropien, con diligencia y cuidado, de la solicitud y aportación de la prueba. Teniendo, en ese sentido, la responsabilidad de preparar adecuada y justificativamente la contradicción de la prueba, porque de allí se derivan los límites a los poderes oficiosos del juez (Ramírez, 2009, p. 216).

De ahí que hay estrecha relación de dependencia entre la actividad responsable de las partes y la intervención oficiosa del juez. De tal manera que a una menor actividad cuidadosa, precisa y diligente de las partes corresponde una mayor intervención de instrucción por el juez (Ramírez, 2009, p. 217). De esto se desprende que el uso de la prueba de oficio responderá exclusivamente al descuido de una de las partes, conllevando esto a una ruptura del derecho fundamental de igualdad de las partes; o, peor aún a la desprotección de personas altamente vulnerables en la sociedad (Ramírez, 2009, p. 217).

En conclusión, de lo expuesto en este apartado, podemos decir que los límites probatorios del juez se encuentran configurados en el hecho de que este no puede suplantar a las partes ni superponer sus facultades oficiosas sobre la actividad probatoria de éstas, en tanto que esta no es la finalidad de los poderes de instrucción que le fueron dados. Además, con ellos se irrespetarían las garantías constitucionales de contradicción y defensa, además de otros derechos (Ramírez, 2009, p. 217).

4. Violación de los derechos constitucionales al juez imparcial e igualdad de armas en el proceso civil

Queda claro que, para la efectiva administración de justicia, en cualquiera de sus ramas — civil, penal, contencioso administrativa, militar, laboral, fiscal— es necesaria la apreciación objetiva de los medios o elementos probatorios que se lleven al proceso.

Dejemos de lado, por un momento, la discusión acerca de si el juez debe perseguir la prueba de los hechos con iniciativa propia o, por el contrario, si debe ser un espectador del debate probatorio; como es obvio, lo trascendental en la función jurisdiccional, dentro del proceso, es velar porque los derechos constitucionalmente reconocidos a las partes procesales sean tomados en cuenta al momento de apreciar las pruebas aportadas por estas (Devis Echandía, 1977, p. 63).

En lo señalado hasta aquí importa, inevitablemente, la imparcialidad del juzgador al momento de actuar dentro del proceso; imparcialidad que se verá comprometida cuando el juzgador se extralimite en sus funciones e intervenga directamente suplantando a una de las partes en los elementos estructurales del litigio (Devis Echandía, 1977, p. 63).

Nos explicamos. Más allá de lo que señale el artículo 194 del Código Procesal Civil —que la razón por la cual se le otorga al juez la posibilidad de disponer la actuación de pruebas de oficio sea el alcanzar un mayor grado convicción—, consideramos que esta potestad desnaturaliza el derecho que tienen las partes a tener un proceso dirigido por un juez imparcial e imparcial.

Sobre ello, es necesario tener presente el contenido constitucionalmente protegido del derecho a ser juzgado por un juez imparcial. Al respecto, el Tribunal Constitucional en la STC N° 01918-2022-PHC/TC, f.j. 7, refiere respecto al contenido esencialmente protegido del derecho a un juez imparcial lo siguiente:

7. En lo que concierne a su contenido constitucionalmente protegido, este Tribunal ha precisado que el derecho a ser juzgado por un juez imparcial posee dos dimensiones: imparcialidad subjetiva, que se refiere a la ausencia de compromisos del juez con alguna de las partes procesales o con el resultado del proceso; e imparcialidad objetiva, referida a la influencia negativa que la estructura del sistema puede ejercer en el juez, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable (cfr. sentencias emitidas en los expedientes 00004-2006-PI/TC, fundamento 20, y 03403-2011-PHC/TC, fundamento 5).

Conforme se puede apreciar, el derecho constitucionalmente protegido a ser juzgado por un juez imparcial implica que este no tenga intereses relacionados con las partes ni con el resultado del proceso; y que su actuar como juez no se vea influenciado por las deficiencias o influencias externas (propias del sistema) que rodea al proceso, garantizando en todo momento un actuar probo y acorde con las reglas constitucionales y procesales establecidas.

Ciertamente, a nuestro criterio la existencia de la facultad de probar de oficio vulnera el contenido constitucionalmente protegido del derecho a un juez imparcial. Lo antes señalado es así en la medida que el tercero (juez), que supuestamente no debiera tener ningún interés en las pretensiones de las partes, pasa a acreditar los hechos que éstas presentan al proceso. Dicho en

otras palabras, el juez pasa a tomar el lugar de parte en el proceso, toda vez que busca generarse convicción a sí mismo respecto de los hechos postulados —función que a nivel procesal le es inherente las partes procesales—.

En efecto, la razón fundamental de la necesidad de contar con un juez imparcial es, justamente, la de crear un contexto jurídico en el cual las partes —naturalmente desiguales— puedan enfrentarse pacíficamente y en igualdad de armas. Para alcanzar todo ello, será necesario que este tercero coadyuve en todo momento a mantener la igualdad de condiciones en el proceso.

Pues bien, en aquellos casos donde se vulnere el derecho a un juez imparcial, tendremos —valga la redundancia— a un tercero parcializado, el cual no podrá, bajo ningún contexto, asegurarles a las partes un trato igualitario y con mucho menos razón, las mismas condiciones de ataque y de defensa. Un escenario así no puede, ni siquiera, ser llamado proceso judicial. Acertadamente comenta White (2008) “No se puede hablar de una verdadera administración de justicia si no hay un juez(a) y un personal auxiliar imparcial. El(la) juez(a) y sus colaboradores deben ser terceros ajenos a las partes, los cuales han de estudiar y resolver el asunto con absoluta imparcialidad” (p. 53).

En este sentido, consideramos que la prueba de oficio carece de absoluta legitimidad a nivel constitucional y, por el contrario, viola directamente el derecho fundamental que tienen las partes a un juez imparcial y sin interés alguno en el proceso. De ahí que, ante la ausencia de esta condición, la norma despoje a las partes de las garantías constitucionales previstas para ellas. Un verdadero juez activo es respetuoso de los principios de legalidad y publicidad, y, por excelencia, del debido proceso y de todos sus principios integradores.

En esa misma línea, tenemos el derecho a la igualdad de armas. Sobre ello, el Tribunal Constitucional, a través de la STC N° 00009-2007-PI/TC, f.j. 20, al momento de definir el contenido esencialmente protegido de este derecho ha expuesto lo siguiente:

Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

Sumado a lo expuesto, tenemos que el derecho fundamental a la igualdad cuenta con una suerte de subtipo relacionado directamente al proceso, siendo este el derecho a la igualdad de armas. Sobre ello, el Tribunal Constitucional, a través de la STC N° 06135-2006-PA/TC, f.j. 5, ha señalado que:

5. El derecho de igualdad procesal o de igualdad de armas se deriva de la interpretación sistemática del artículo 2, inciso 2, (igualdad) y del artículo 138, inciso 2 (debido proceso), de la Constitución. En tal sentido, todo proceso, judicial, administrativo o en sede privada, debe garantizar que las partes del proceso detenten las mismas oportunidades de alegar, defenderse o probar, de modo que no se ocasione una desventaja en ninguna de ellas

respecto a la otra. Tal exigencia constituye un componente del debido proceso ya que ningún proceso que inobserve dicho imperativo puede reputarse como "debido".

Considerando lo expuesto, tenemos que el derecho a la igualdad importa que las partes tengan las mismas posibilidades y estén en las mismas condiciones de sostener argumentalmente sus respectivas pretensiones y rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular. Sin embargo, si se permite la existencia de potestades que quiebren tal balance –como es el caso de la prueba de oficio– se colocará a los litigantes en condiciones de profunda desigualdad, contradiciendo todo lo que nuestro sistema de justicia y sociedad requieren de los procesos judiciales (Pico, 1997, p. 102).

Sobre ello, debe indicarse que lo que importa finalmente es si las partes lograron generarle convicción al juez a partir de los medios probatorios que aportaron al proceso, lo cual se podrá ver reflejado en una sentencia que declarará fundada o no las pretensiones. En este tenor, no es exigible a nivel constitucional que se dicten sentencias con verdades absolutas, en tanto que al juez no le corresponde alcanzar la verdad absoluta de nada⁶¹.

Importante es recordar que, en un Estado Constitucional, los derechos fundamentales tienen eficacia en todos los rincones del sistema jurídico. No obstante, esa eficacia no solo tiene carácter

⁶¹ Salas (2021, p. 254), parafraseando a Fajardo, comenta que "(...) para garantizar la debida imparcialidad del juez, tienen que constar en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales posteriormente tendrá lugar su actividad probatoria. Agrega que debe restringirse únicamente a las fuentes probatorias que ya constan en autos; nunca debe investigar fuentes nuevas. Caso contrario, se compromete su imparcialidad porque sería incontrolable su fuente de conocimiento respecto de las pruebas que utilizará para resolver la controversia sometida por las partes.

lórico, aspiracional o político, sino que debe buscarse la forma de delinear sus alcances con racionalidad para una correcta aplicación del Derecho.

Esta encomienda, obviamente, se refleja también en el ámbito procesal. Por los argumentos antes expuestos, hemos de concluir en que las facultades probatorias del juzgador no solo se oponen a la lógica interna de nuestro sistema procesal, sino que despoja sin razón válida a los justiciables de los derechos contenidos en el debido proceso (juez imparcial e imparcial).

En ese sentido, una institución como la prueba de oficio no solo no guarda respaldo constitucional —tal como ha intentado fallidamente demostrar la Corte Suprema— sino que en realidad se opone al contenido de la propia constitución.

5. Aplicación del test de proporcionalidad al artículo 194 del Código Procesal Civil (Prueba de Oficio)

El Tribunal Constitucional (STC N° 00045-2004-AI/TC, f.j. 31-32) y doctrina autorizada, definen el principio de proporcionalidad como un método para dar solución a la existencia de conflictos entre derechos. Sobre ello, Bernal Pulido (2003, p. 227) ha señalado que *“al igual que el silogismo, la ponderación es solo una estructura, que está compuesta por tres elementos, mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso concreto”*. Como se puede apreciar, el principio de proporcionalidad sirve como una herramienta para verificar cuál derecho debe prevalecer en el caso concreto; así, esta ponderación (test) se compone y estructura de tres

elementos: idoneidad, necesidad y ponderación. Sobre ello, el Tribunal Constitucional, a través de la STC N° 00045-2004-AI/TC, f.j. 37 – 39, ha señalado lo siguiente:

38. *Examen de idoneidad.* La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio, a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin. (...) En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será inconstitucional.

En el examen de idoneidad, el análisis del vínculo de causalidad tiene dos fases: (1) el de la relación entre la intervención en la igualdad - medio- y el objetivo, y (2) el de la relación entre objetivo y finalidad de la intervención.

39. *Examen de necesidad.* Bajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una *relación medio-medio*, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos. Ahora bien, el presupuesto de este examen es que se esté ante un medio idóneo, puesto que, si el trato diferenciado examinado no lo fuera, no habría la posibilidad conceptual de efectuar tal comparación entre medios. En el examen de necesidad se compara dos medios idóneos. El optado por el legislador -la intervención en la igualdad- y el o los hipotéticos alternativos. Por esta razón, si el primero estuviera ausente, debido a que no habría superado el examen de idoneidad, el test de necesidad no tendrá lugar.

El examen según el principio de necesidad importa el análisis de dos aspectos: (1) la detección de si hay medios hipotéticos alternativos idóneos y (2) la determinación de, (2.1) si tale/s medios -idóneos- *no intervienen* en la prohibición de discriminación, o, (2.2) si,

interviniéndolo, tal intervención reviste *menor intensidad*. El análisis de los medios alternativos se efectúa con relación al *objetivo* del trato diferenciado, no con respecto a su *finalidad*. El medio alternativo hipotético debe ser idóneo para la consecución del objetivo del trato diferenciado.

En consecuencia, si del análisis resulta que (1) existe al menos un medio hipotético igualmente idóneo que (2.1) no interviene en la prohibición de discriminación o que (2.2), interviniendo, tal intervención es de menor intensidad que la adoptada por el legislador, entonces, la ley habrá infringido el principio-derecho de igualdad y será inconstitucional.

40. Proporcionalidad en sentido estricto. La proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (*Abwägung*), proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación. Conforme a ésta:

"Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro".

Como se aprecia, hay dos elementos: la afectación -o no realización- de un principio y la satisfacción -o realización- del otro.

Sobre la base de lo señalado, el Tribunal Constitucional STC N° 00045-2004-AI/TC, f.j. 41, indica que los elementos antes indicados deberán aplicar de forma escalonada; primero, debe examinarse la idoneidad de la intervención; si de la evaluación se concluye que la norma objeto de análisis no es idónea, entonces será inconstitucional. Con lo cual, no corresponderá efectuar el análisis del subprincipio de necesidad. Por el contrario, si se aprecia que la norma no es idónea, se

procederá al examen de necesidad. Asimismo, si resultase que la norma es necesaria, corresponderá someterla a un examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

Considerando lo señalado, corresponde realizar el test de proporcionalidad a la disposición establecida en el artículo 194 del Código Procesal Civil, a efectos de determinar si en realidad el mismo resulta ser constitucional:

En este extremo debe determinar si el tratamiento establecido en el artículo 194 del Código Procesal Civil puede considerarse como una "vulneración" en el derecho a un juez imparcial y el derecho a la igualdad de armas. La disposición impugnada establece lo siguiente:

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.

Como se ha desarrollado a lo largo del presente trabajo, la citada disposición normativa establece la posibilidad discrecional del juez de poder actuar medios de prueba a efectos de generarse convicción, ello en la medida que la actuación probatoria de las partes no resultó ser suficiente a efectos de resolver la controversia. Se ha indicado que la finalidad de esta disposición

es que el juez pueda contar, aparentemente, con la mayor cantidad de elementos probatorios a efectos resolver la controversia, procurando, según se indica, alcanzar así una decisión.

- ***Análisis de idoneidad de la facultad probatoria del juez regulada en el artículo 194 del Código Procesal Civil***

En el caso del examen de idoneidad, corresponde realizar un análisis de medios y fines. En ese sentido, considerando lo señalado hasta este punto, tenemos que de la revisión de todas las posiciones que han abogado por la aplicación de la prueba de oficio éstas han sostenido, generalmente, que la finalidad de la prueba de oficio es obtener decisiones justas (entiéndase debidamente motivadas), ello a partir de contar con mayores elementos probatorios distintos a los ofrecidos por las partes.

Estando a lo antes señalado corresponde verificar si la posibilidad de que el juez pruebe hechos que las partes no han cumplido con acreditar debidamente es idónea para alcanzar la finalidad establecida, esto es, una decisión debidamente motivada y, por tanto, justas.

Sobre el particular, debemos señalar que sí existe una relación directa entre la posibilidad de que el juez pueda probar todo lo que a su criterio considere pertinente (medio) con alcanzar una decisión claramente más acorde con lo que se podría considerar justa (finalidad); ello es así en la medida que, al contar con mayores elementos de juicio, resulta natural que éste pueda verificar —o no— la veracidad o falsedad de los hechos que las partes plantean al interior del proceso civil.

De este modo, si solo se analiza medios y fines, a nuestro criterio la medida sí resultaría idónea para alcanzar lo que se procura, más allá que eso signifique la transgresión de los derechos constitucionales a un juez imparcial y a la igualdad de armas.

- ***Análisis de necesidad de la facultad probatoria del juez regulada en el artículo 194 del Código Procesal Civil***

Superado el examen de idoneidad, procede, ahora, examinar la transgresión del derecho al juez imparcial y a la igualdad de armas a la luz del subprincipio de necesidad. Conforme se precisó, dos aspectos han de analizarse bajo este principio: a) si existen medios alternativos igualmente idóneos para la realización el objetivo y, b), si tales medios no afectan los derechos al juez imparcial y a la igualdad de armas o, de hacerlo, la afectación reviste menor intensidad que la del cuestionado.

Considerando lo señalado, tenemos que en el presente caso sí existen medios alternativos que permitirían alcanzar el mismo objetivo que procura atender el artículo 194 del Código Procesal Civil. A nuestro modo de ver, un mecanismo que podría permitir alcanzar el mismo objetivo sin afectar directa y frontalmente los derechos a un juez imparcial y el derecho a la igualdad en armas, es el principio de flexibilidad aplicado al proceso civil.

Sin perjuicio de desarrollar más a profundidad en el siguiente punto de este trabajo el mecanismo en cuestión, nos limitaremos a decir que a través del principio de flexibilidad podríamos reevaluar la preclusión de las etapas procesales (sobre todo a nivel probatorio) y

procurar otorgar a las partes mayor cantidad de oportunidades para que éstas, en ejercicio de su carga probatoria, puedan acreditar lo que a su entender resulte necesario y pertinente a efectos de que el juez pueda resolver la controversia sometida a su conocimiento. Como es sabido, la oportunidad de probar inicia y culmina en la etapa postulatoria del proceso, cuando las partes presentan su demanda y su respectiva contestación, según corresponda; luego de ello, no existe mayor posibilidad para las partes de poder reevaluar su posición y, considerando lo planteado por su contraparte, presentar mayores medios de prueba, a efectos de otorgar al juez los elementos que éste requiere para resolver la controversia.

Si se repensara la preclusión que actualmente existe en el proceso civil (a la luz de la flexibilidad), podríamos establecer un nuevo momento de corte para que las partes puedan ofrecer sus medios de prueba; por ejemplo, un nuevo límite idóneo, considerando que a ese momento las partes ya han tenido la oportunidad de ofrecer sus argumentos y medios de prueba, sería por ejemplo hasta la fijación de los puntos controvertidos o de posteriormente. Con ello, se lograría que sean las partes —y no el juez— quienes tengan la oportunidad suficiente de advertir la deficiencia probatoria de sus posiciones al interior del proceso, no existiendo luego de ello argumento válido alguno que permita las partes o el juez justificar la falta de medios de prueba para resolver la controversia, por cuanto en ese escenario las partes no han tenido una sino dos oportunidades para probar aquello que sustentan al interior del proceso.

Como se ha indicado, se recurre a la prueba de oficio cuando el juez ha advertido aspectos del proceso que requieren de mayor acreditación y que las partes no lo han considerado al momento de ofrecer sus medios probatorios (ya sea porque no tuvieron la

oportunidad o porque no tenían a la vista las afirmaciones de su contraparte); pues bien, si se adoptara el mecanismo planteado, ya no existiría esa justificación en las partes y en el juez, por cuanto habrá existido más de una oportunidad para que las partes puedan probar aquello que consideraban necesario. Bajo esta lógica, el juez no tendría que suplir deficiencias probatorias de las partes, por cuanto no existiría argumento alguno que pudiera justificar tal nivel de negligencia; ahora, en el supuesto que pese a ello el juez buscara presentar más medios probatorios para “alcanzar convicción” y “motivar mejor”, claramente estaríamos frente aun tercero que está sustituyendo a las partes en su carga de probar (con lo cual se vulneraría los contenidos constitucionalmente protegidos de los derechos de imparcialidad e igualdad de armas), y que está priorizando de forma rotunda y categórica el fin sobre los medios.

En consecuencia, la disposición cuestionada no supera el examen bajo el subprincipio de necesidad, por cuanto, a nuestro entender existe otro mecanismo que permitiría alcanzar, sin vulnerar el derecho a la imparcialidad y a la igualdad de armas, el mismo objetivo y finalidad que procura la prueba de oficio (artículo 194 del Código Procesal Civil), siendo el mecanismo planteado (flexibilidad a las preclusiones) igual de idóneo al examinado sin que ello signifique la vulneración de derechos.

6. Planteamiento de soluciones a la prueba de oficio

Como hemos desarrollado ampliamente, existe una problemática bastante grande en torno a la prueba de oficio; es así que en el presente trabajo se ha demostrado que la prueba de oficio vulnera la imparcialidad e imparcialidad judicial y la igualdad de las partes en el proceso.

Ahora bien, a fin de dar una salida al problema procesal existente, ahora repasaremos brevemente algunas soluciones prácticas a esta crisis, y que a nuestro entender son necesarias.

6.1. Repensando la preclusión: una mirada más flexible al proceso civil peruano

Sobre la preclusión procesal se ha dicho muy poco en el Perú; existen contados trabajos que han analizado a fondo el significado de la preclusión y los efectos que la misma tiene sobre los fines y objetivos del proceso. Así, la preclusión se entiende como el fin de una etapa, el fin de un momento, la culminación de la oportunidad de poder realizar algún acto procesal al interior del proceso; sobre ello se ha dicho que:

Como nosotros heredamos de España el "preclusivo" juicio ordinario, se nos presenta (aún hoy en que el "juicio solemne y dispendioso" ha sido formalmente eliminado) de lo más natural y consustancial al proceso mismo el que necesariamente esté dividido en un conjunto de fases, las que a su vez deben estar -también inexorablemente- conformadas por un conjunto de actos. A cada fase un conjunto de actos. Cerrada la fase, se pasa a otra, no pudiéndose ya realizar los actos correspondientes a la fase anterior. En suma, cuando se dice "preclusión" se piensa, por un lado, en la división del proceso en fases y, por el otro, en la consecuencia: la pérdida -para las partes- de la posibilidad de realizar tal o cual acto por haber pasado el plazo previsto por la ley o por haberse ya cerrado el estadio procesal respectivo (Ariano, 2001, p. 73).

No obstante lo señalado, muy poco se cae en la cuenta de que la preclusión no sólo significa el fin de una oportunidad o de una etapa, sino también el fin de la posibilidad de poder realizar actos destinados a alcanzar el fin supremo del proceso, esto es, resolver una controversia.

A nuestro entender, en el Perú la preclusión ha sido mal malentendida y mal regulada. Tenemos un proceso que lo único que hace es generar cargas y obligaciones a las partes, sin considerar en momento alguno que el proceso está hecho para las partes y no al revés. Todo esto ha sido debidamente atendido por doctrina nacional autorizada, la cual al respecto ha señalado que:

Ergo, pura expresión del proceso como conjunto de "cargas": el demandante tiene la carga de alegar sus hechos históricos en la demanda y de ofrecer sus medios probatorios; el demandado tiene la carga de tomar expresa posición frente a esos hechos, de alegar sus propios hechos y de ofrecer sus pruebas en la contestación de la demanda. **Si así no lo hacen se exponen a las consecuencias negativas por la no liberación de sus respectivas cargas: nunca más podrá el demandante alegar los hechos que silenció y nunca más podrá ofrecer las relativas pruebas; el demandado no podrá ya nunca pronunciarse sobre los hechos alegados por el demandante (y es más el juez los podrá considerar verdaderos), nunca más podrá alegar sus hechos impeditivos, modificativos y extintivos y nunca más podrá ofrecer las relativas pruebas.**

Si el proceso es un conjunto de cargas y las partes no adecuan su comportamiento a su propio interés, pues mala suerte, sufrirán las consecuencias negativas.

¿Todo bien? ¿Las preclusiones así establecidas para las partes responden a la lógica del proceso? Pues no creo (Ariano, 2001, p. 75).

Como se aprecia, si las partes no hacen las cosas según la pauta indicada están condenadas a recibir el castigo de la indefensión y probablemente que su derecho no sea atendido; todo ello es consecuencia del diseño formalista y rígido del cual se guía nuestro proceso —y que a la fecha no ha sido corregido en lo más mínimo por el legislador—.

Lo antes señalado es perfectamente corroborable si consideramos todo el debate que existe alrededor de la prueba de oficio. Nos explicamos, la actividad probatoria de oficio, a nuestro entender, se podría evitar si el nivel de preclusión que existe actualmente en el proceso ordinario fuese distinto (lo cual está íntimamente ligado con lo que se denomina el principio de flexibilidad).

El proceso civil en el Perú está regido por todos los formalismos que existen en nuestro código adjetivo; todo abogado que alguna vez ha litigado, se ha topado siempre con el problema de la preclusión de los plazos; de ahí que, por lo menos en el proceso civil, importa más la forma que el fondo, importa concluir con la etapa que el fin de la misma. Sobre ello, la profesora Eugenia Ariano refiere lo siguiente:

“Nosotros, en realidad, estamos acostumbrados a las "preclusiones". No por nada hemos sido -y seguimos siendo- herederos del proceso común medieval: un sistema que si bien era extremadamente rico en manifestaciones procesales, en su vertiente hispánica se centró, por lo que atañe al proceso declarativo, en el denominado *solemnis ordo iudiciarius*, vale decir, un proceso que presentaba como notas esenciales el de ser rigurosamente escrito y como tal secreto, y, por lo que nos interesa, dividido en rígidas fases separadas y preclusivas: todo en

el proceso solemne tenía su momento, tras el cual se cerraba el estadio y se pasaba a otro, hasta llegar su último momento: la sentencia (Ariano, 2001, p. 73).

Prueba de lo antes señalado son los artículos como el 374, 424, 428, 442, 447, 454 del Código Procesal Civil, los cuales establecen de forma clara los momentos preclusivos de cada acción y etapa; a saber:

Artículo 374.- Las partes o terceros legitimados pueden ofrecer medios probatorios en el escrito de formulación de la apelación o en el de absolución de agravios, únicamente en los siguientes casos:

1. Cuando los medios probatorios estén referidos a la ocurrencia de hechos relevantes para el derecho o interés discutido, **pero acaecidos después de concluida la etapa de postulación del proceso;** y

2. **Cuando se trate de documentos expedidos con fecha posterior al inicio del proceso o que comprobadamente no se hayan podido conocer y obtener con anterioridad.** Es inimpugnable la resolución por la que el superior declara inadmisibles los medios probatorios ofrecidos. Si fueran admitidos y los requiriese, se fijará fecha para la audiencia respectiva, la que será dirigida por el Juez menos antiguo, si el superior es un órgano colegiado.

Artículo 424.- La demanda se presenta por escrito y contendrá:

(...)

6. Los hechos en que se funde el petitorio, expuestos enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad.

Artículo 428.- **El demandante puede modificar la demanda antes que ésta sea notificada.** Es posible modificar las pretensiones planteadas en la demanda, siempre que las nuevas pretensiones se refieran a la misma controversia que fue objeto del procedimiento conciliatorio.

Puede, también, ampliar la cuantía de lo pretendido si antes de la sentencia vencieran nuevos plazos o cuotas originadas en la misma relación obligacional, siempre que en la demanda se haya reservado tal derecho. A este efecto, se consideran comunes a la ampliación los trámites precedentes y se tramitará únicamente con traslado a la otra parte.

Igual derecho de modificación y ampliación tiene el demandado que formula la reconvencción.

Artículo 442.- Al contestar el demandado debe:

(...)

2. Pronunciarse respecto de cada uno de los hechos expuestos en la demanda. El silencio, la respuesta evasiva o la negativa genérica pueden ser apreciados por el Juez como reconocimiento de verdad de los hechos alegados;

(...)

4. Exponer los hechos en que funda su defensa en forma precisa, ordenada y clara;

5. Ofrecer los medios probatorios.

Artículo 447.- **Las excepciones se proponen conjunta y únicamente dentro del plazo previsto en cada procedimiento,** sustanciándose en cuaderno separado sin suspender la tramitación del principal.

Artículo 454.- **Los hechos que configuran excepciones no podrán ser alegados como causal de nulidad por el demandado que pudo proponerlas como excepciones.**

En la línea de lo señalado, a nivel probatorio, tenemos el artículo 189 del Código Procesal Civil, el cual también establece de forma clara y expresa el momento preclusivo para presentar los medios de prueba; así, el citado artículo precisa que el momento para ofrecer todos los medios de prueba que sustenta la posición de cada parte es en la etapa postulatoria, esto es, al momento de presentar la demanda y contestarla (o en la reconvenición y su contestación), conforme se puede apreciar: “Artículo 189.- Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código”.

Es cierto que existen ciertas excepciones a tal situación, clara muestra de ello es la conocida prueba nueva regulada en el artículo 429 del Código Procesal Civil, donde expresamente se dice lo siguiente:

Artículo 429.- Después de interpuesta la demanda, sólo pueden ser ofrecidos los medios probatorios referidos a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o reconvenir.

De presentarse documentos, el Juez concederá traslado a la otra parte para que dentro de cinco días reconozca o niegue la autenticidad de los documentos que se le atribuyen.

Conforme se puede apreciar, el código permite presentar nuevos medios de prueba siempre y cuando estos cumplan con determinados requisitos; a saber: los medios probatorios tienen que estar referidos a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o

reconvenir. Estamos ante un escenario que en lo más mínimo permite a las partes tener oportunidad de acreditar hechos que, por descuido, en su debido momento no acreditaron.

En efecto, dicha excepción no resulta ser un mecanismo que solucione el problema de la oportunidad de probar, por cuanto el presupuesto para una prueba nueva es la ocurrencia de hechos nuevos, con lo cual es una situación que se aleja del problema advertido: que las partes no puedan tener mayor oportunidad de probar hechos existentes al momento de presentar su demanda, pero que por descuido no lo hicieron.

Como se ha dicho, el contexto de la actividad probatoria de oficio se da una vez que las partes ya presentaron sus medios de prueba en sus actos postulatorios de defensa; y una vez que las pruebas ya fueron valoradas por el juez en la etapa de actuación probatoria correspondiente; sólo una vez ocurrido ello, el juez está en condiciones de verificar si con el acervo probatorio existente a ese momento cuenta con la corroboración suficiente que le permita resolver la controversia.

Qué distinto sería si nuestra norma procesal, a partir del real entendimiento y comprensión de los fines del proceso y de la aplicación correcta de los principios procesales (por ejemplo, de flexibilidad), estableciera más posibilidades a las partes para probar su posición, esto es, de forma posterior a la etapa postulatoria donde las partes puedan complementar su acervo probatorio con aquello que al momento de postular sus actos de defensa no realizó. Sobre ello, se han generado cuestionamientos que resultan importantes tener en cuenta:

En tal sentido, debemos preguntarnos ¿por qué el objeto del proceso debe quedar definitivamente establecido en base a la demanda y a su contestación, ambos actos escritos?

¿Se justifica racionalmente que el demandante deba ofrecer sus medios probatorios antes de saber cuál será la actitud del demandado? ¿Se justifica, en general, que las partes sólo puedan ofrecer sus medios probatorios en sus "actos postulatorios"? ¿Se justifica que el demandado sólo pueda hacer valer sus argumentos defensivos en los momentos que le señala la ley? En suma, ¿qué se buscó con estas rígidas preclusiones para las partes? (Ariano, 2001, p. 76).

Resulta obvio que no es lo mismo acreditar sin tener conocimiento de lo que ofrecerá la otra parte que acreditar una vez que se ha tomado conocimiento de todos los medios de prueba aportados al proceso; en ese sentido, si en el Perú aplicáramos correctamente el principio de flexibilidad y entendiéramos correctamente el principio de preclusión podríamos evitar hacer uso de la facultad probatoria del juez.

Cabe destacar que quienes han defendido el sistema preclusivo en el proceso civil han señalado distintas ideas que, en resumen, podrían ser sintetizadas de la siguiente manera: hay que evitar que las partes actúen maliciosamente (a través de estratagemas) y presenten toda su estrategia en un solo acto. Sobre ello, tenemos al profesor Monroy quien refiere lo siguiente:

(...) usualmente los ordenamientos procesales privatísticos fijan plazos para la actuación de algunos actos procesales, pero no le imponen el rigor -queremos decir perentoriedad- al cumplimiento de dichos plazos. Ante tal situación, la actividad procesal se desplaza sin límites a lo largo del tiempo del proceso y provoca conductas abiertamente maliciosas, a las que -a no estar previstas como tales en la norma procesal- la costumbre o práctica generalizada las han revestido pomposamente de la calidad de "habilidades" o "estrategias"". Como

consecuencia para evitar las conductas abiertamente maliciosas, el Código Procesal Civil ha incorporado la preclusión, y ello se manifiesta, por ejemplo, al haberse regulado la conducta procesal de las partes con su respectivo sistema de sanciones y, asimismo, al haberse asumido como requisito de admisibilidad que todos los argumentos y los medios probatorios se acompañen a las demandas, las defensas y a toda petición que exija prueba en el momento que se postula (Monroy, 1996, P. 107-108).

De acuerdo a lo citado, tenemos que el sustento, por lo menos aplicado en el Perú, de la preclusión es cuidar la lealtad de las partes y la buena fe en su comportamiento, sin importar si en ese afán se desvirtúa el fin del proceso o si los derechos de las partes se ven afectados.

Lo curioso es que mientras el Código Procesal Civil restringe a las partes en sus alegaciones y pruebas, éste mismo otorga al juez discrecionalidad absoluta para poder ordenar las actuaciones de medios de prueba cuando lo considere necesario (no existiendo límite ni parámetro objetivo alguno al respecto); es por ello que mientras las partes deben mostrar todas sus cartas al iniciar el proceso, el juez puede disponer, cuando quiera, los actos procesales que considere necesario, recortando abiertamente el derecho de las partes, por cuanto estas, por ejemplo, ya no podrán rebatir dichos medios de prueba en la medida que la etapa para probar ya precluyó. Todo esto ha sido detectado por doctrina autorizada, quien al respecto ha señalado lo siguiente:

Como sabemos el legislador procesal centró todas sus esperanzas en el juez, afiliándose a lo que Capelletti llamó la publicización del Proceso Civil. De allí que se haya llegado a sostener entre nosotros que "sólo concediéndole al juez autoridad y medios procesales idóneos, se puede provocar o coadyuvar a la obtención de decisiones justas, entendiéndose por éstas

aquellos pronunciamientos jurisdiccionales en donde la cuota de certeza y celeridad se presenta en contenido suficiente, si no pleno".

Es por eso que el Código le concede al juez una infinidad de facultades procesales, todas discrecionales, pues con ellas él -y sólo él- puede lograr un proceso rápido y emitir sentencias justas.

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 en cualquier instancia la comparecencia personal de las partes, a fin de interrogarlas sobre los hechos discutidos" (artículo 50 inciso 3); además puede "ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos", pero, ciertamente, "respetando el derecho de defensa de la partes" (o sea defenderse del juez no de la contraparte).

Ello significa que mientras las partes sólo pueden (poder como oportunidad) ofrecer sus pruebas en los actos postulatorios, el juez puede (poder como facultad) ordenar "los actos necesarios para el esclarecimiento de los hechos" -léase fundamentalmente- puede disponer de oficio los medios probatorios que estime necesarios para formar su convicción, tal como lo faculta el artículo 194 del Código Procesal Civil, y todo ello en decisión motivada e inimpugnable.

Habría que preguntarse ¿cómo se engarzan estas disposiciones con ese proceso rígido (y formalista) que regula nuestra vigente ley? ¿qué valor tendrán las respuestas al interrogatorio clarificador del juez a las partes en relación a la determinación del objeto del proceso, si conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil el juez sólo puede basarse en los hechos alegados por las partes, y el lugar para alegar es la demanda o la contestación? ¿Tendrá ese interrogatorio clarificador eficacia probatoria? Es más, si un

juez dispone una prueba de oficio ¿cómo podrían las partes ejercer su derecho de defensa (frente al juez) si ellas ya no pueden ofrecer ninguna prueba pues para ellas operó la rígida preclusión y la resolución que dispone la actuación de la prueba es inimpugnable?”⁶².

Estando a lo señalado, tenemos que tal y como está regulada la preclusión lo que se hace es dejar en manos del juez —y su real saber y entender— el destino de las partes, siendo éste quien establecerá la “verdad real” y no la que las partes plantean en sus actos de defensa, por cuanto solo así tendremos una decisión “justa”. Sobre lo señalado, debemos decir que nada más alejado de la realidad; a nuestro entender esto conlleva a que se desnaturalice el proceso y la función del juez del mismo; al respecto, la profesora Ariano ha señalado lo siguiente:

“Cuando se otorgan todas estas facultades al juez (todas discrecionales e incontrolables), se coloca en un estado de indefensión a las partes, que siendo siempre en el proceso al menos dos, ciertamente por lo menos una se verá aventajada y otra perjudicada, lo que equivale a decir pérdida de imparcialidad de juez. ¿Es que acaso si un juez dispone, en ejercicio de la facultad del artículo 194, la actuación de una prueba de oficio no está favoreciendo a una parte en desmedro de la otra? Si las partes son dos, y cada una afirma sus hechos, cuando se dispone una prueba de oficio se hace porque no se está convencido de la afirmación de la una o de la otra, y con ello está tomando partido, se está coadyuvando a la defensa (cual tercero adhesivo simple, o abogado suplente) o de la una o de la otra parte. Ello es inevitable. Ello es muy grave, pues la esencia del proceso está en la imparcialidad del juez. Cuando por razones de publicización y de socialización del proceso se permite al juez perder su esencia,

⁶² Ariano Deho, E. (2001). Prueba y preclusión. Reflexiones sobre la constitucionalidad del Proceso Civil peruano. IUS ET VERITAS, 12(23), 80. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16018>

se pierde el proceso. Por eso es que hoy en día en el campo penal se lucha por la introducción del denominado proceso acusatorio que coloca al juez en su posición de tercero imparcial, y a las partes acusadora y acusada en un total plano de igualdad. Parecería absurdo que en el proceso civil no se abogara por lo mismo. Un proceso como el que tenemos en donde las partes está sometidas a rígidas preclusiones y, en cambio, el juez tiene amplios poderes de indagación y de iniciativa probatoria desnaturaliza el proceso pues impide al juez desplegar "con objetividad, serenidad e imparcialidad su esencial tarea: hacer justicia a quien demuestra tener la razón en el curso del proceso, y no a quien tal razón le sea concedida de modo más o menos desinteresado, o subrepticio, por quien debería estar super partes (Ariano, 2001, p. 81).

En nuestra consideración, no sería necesaria la actividad probatoria de oficio si es que las partes tuvieran la oportunidad de probar de forma posterior a la etapa postulatoria; si consideramos el escenario antes descrito, las partes podrían probar aquellos hechos que inicialmente consideraron como no relevantes, pero que a partir de escuchar a su contraparte o atender a sus medios prueba, comprenden que existen hechos que requieren de mayor probanza. Con este nuevo escenario, no cabría duda que las partes tuvieron todas las oportunidades de probar los hechos que sustentan su posición, y así el juez no estaría en la obligación y deber de "probar" aquello que las partes han tenido más que suficientes oportunidades para corroborar en el proceso, pudiendo así resolver con el material probatorio que está a su disposición.

Si el fin de la prueba de oficio es que el juez se autoconvenza de lo alegado por una u otra parte, con la flexibilización del proceso y la aplicación correcta de la preclusión, desaparecería la causa por la cual se pretende hacer uso de la facultad probatoria del juez. A partir de la actuación

probatoria y la alegación de hechos, las partes podrían verificar que sus posiciones aún se encuentran poco acreditadas, pudiendo a partir de ese momento presentar mayores y mejores elementos de juicio para que el juez termine de generarse una convicción sobre los hechos alegados.

Entonces la preclusión no debe ser entendida como un fin en sí mismo, sino que debe ser abordada como un mecanismo que permita alcanzar un proceso funcional y al servicio de las partes, más no debe de tenerse a la preclusión como un mecanismo de reducción de posibilidades de que las partes puedan acreditar de forma suficiente sus posiciones.

Es cierto que la preclusión permite que el proceso judicial sea ordenado, lo que conlleva un desarrollo mucho más eficiente. Pero, es necesario recordar que la justificación de la existencia del proceso radica en la necesidad de una forma institucional de resolver los problemas entre las personas de la sociedad política. De nada sirve ser estrictos en mantener el orden en el proceso si este deja de cumplir con su finalidad.

El proceso es un instrumento en favor de sus usuarios, es un mecanismo jurídico al servicio de los justiciables. Dicha instrumentalidad tiene un contenido social y exige un rendimiento eficaz a las instituciones procesales, todas al servicio de una gran finalidad, que no es otra que la pacificación social⁶³.

⁶³ “Al servicio de esa gran finalidad de la paz social, se atribuyen al proceso tres órdenes de fines a alcanzar: sociales, políticos y jurídicos. Y se distingue entre un “aspecto positivo” y un “aspecto negativo”. El aspecto positivo para exigir la necesaria efectividad del proceso, facilitando el acceso real y efectivo de todos para las peticiones de tutela jurisdiccional, removiendo los obstáculos de toda índole que impidan el libre y efectivo acceso a la jurisdicción y a las instancias procesales. El aspecto negativo, para remarcar que las formas del proceso no son un fin en sí mismas, ya que si el proceso se concibe como un instrumento de un orden jurídico

Con todo ello en consideración, una reformulación de las reglas de preclusión para así flexibilizarlas parece una salida razonable. La propuesta supone, entonces, dejar de lado esta perspectiva rígida de la preclusión para permitirle a las partes ejercer su derecho de defensa más allá de la demanda y la contestación.

Es importante destacar que este enfoque flexible de las formalidades del proceso no son algo nuevo en el ordenamiento peruano. Por ejemplo, el Código Procesal Constitucional guarda una regla especial, denominada principio de elasticidad, en la parte final de su artículo III: “(...) el juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este código al logro de los fines de los procesos constitucionales”.

Incluso, en el TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General, en su artículo 1.6, reconoce el principio de informalismo:

Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.

justo (expresado en el derecho material) las formas tienen que ser consideradas a su vez como meros instrumentos (...) y han de servir solo para que el proceso se desarrolle en condiciones de seguridad que permitan alcanzar una solución confiable” (Vásquez, 2003, p. 188).

Tanto el juez constitucional como la autoridad administrativa, a fin de proteger a los sujetos procesales de la rigidez de las formalidades, tienen la función de identificar su abuso dentro del proceso o procedimiento. ¿Realmente es descabellado exportar, con ciertas precisiones, esta lógica al proceso civil? Pareciera, en realidad, una alternativa bastante defendible.

6.2. Aplicación real del principio de flexibilidad a los procesos civiles en temas probatorios

Lo antes indicado va de la mano con la aplicación del principio de flexibilidad. Como es sabido, el principio de flexibilidad procura que las formas no se impongan sobre los derechos de los justiciables, sino que en todo momento prime los derechos de las partes, aun si eso implica modificar los parámetros establecidos.

En efecto, no se puede pretender que si después de una audiencia de ilustración de hechos, las partes han detectado que existen determinados medios probatorios que pueden presentar para mejorar su posición en el proceso, por la sola formalidad, se vean impedidas de ofrecerlas dentro del proceso.

Como se aprecia, el objetivo es uno solo: procurar que las partes tengan todas las posibilidades y oportunidades para poder acreditar de forma suficiente los hechos que postulan al interior del proceso; con ello se eliminaría la absurda justificación de que no se pudo acreditar tal o cual hecho por falta de oportunidades o conocimiento, procurándose de este modo que sean las partes (a través de sus abogados), en su actuar diligente, cumplan con su carga de probar.

Claro ejemplo de que la flexibilización sirve es el arbitraje. En esta jurisdicción alternativa a la ordinaria, existen claros elementos que nos permiten afirmar que la correcta aplicación e interpretación de la flexibilización y la preclusión, permiten no solo que el proceso sea tramitado, en la mayoría de casos, de forma eficiente y celeridad, dotando a las partes de la mayor cantidad de oportunidades para poder acreditar sus posiciones y a los denominados Tribunales Arbitrales contar con mayores y mejores elementos de juicio para resolver la controversia.

Normativamente, el arbitraje se rige por lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1071 (vigente desde el 1 de septiembre de 2008). Dentro de las disposiciones que nos interesa tenemos las siguientes:

- **Artículo 12: Notificaciones y plazos**

En este apartado, la norma expresamente comienza señalando “Salvo acuerdo en contrario de las partes...”; desde el inicio de la redacción de la norma, tenemos que ya de por sí el arbitraje confiere a las partes la gran posibilidad de poder adecuar al proceso a las necesidades de éstas, no imponiendo parámetros ni estableciendo límites; de este modo, el legislador ha procurado que las partes sean las reales actoras en el proceso, tanto más si son las necesidades y problemas de éstas las que están en controversia; en esta línea, el profesor Cantuarias nos dice lo siguiente:

No es un aspecto desconocido que, al amparo de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, la “Ley de Arbitraje”), las partes pueden determinar libremente las reglas procedimentales aplicables al arbitraje. Ahora bien, por lo general si bien las partes tienen libertad para elegir las reglas que determinen más apropiadas para su caso concreto, es el

tribunal arbitral el que se encarga de la dirección del procedimiento en el día a día, una vez que se encuentra constituido; sin embargo, esta dirección tiene que ser contrastada con las necesidades de las partes (Cantuarias Salaverry, F., & Servan, N., 2019, p. 31)

En este sentido, el artículo en cuestión comienza enumerando los aspectos que podrían ser objeto de acuerdo entre las partes. Así, tenemos aspectos como la notificación de los actuados procesales y de los plazos aplicables al proceso; sobre este último aspecto, resulta bastante importante tener presente que este Decreto Legislativo permite a las partes poder ampliar o variar los plazos que la norma establece, procurándose con ello que tengan todas las facilidades para poder ejercer de forma efectiva sus derechos al interior del proceso, siendo este un aspecto sustancial y relevante si lo comparamos con el proceso ordinario que está plagado de preclusiones y plazos rígidos.

- **Artículo 33: Inicio del arbitraje**

El Decreto Legislativo N° 1071 establece en lo relacionado al inicio del arbitraje que “Salvo acuerdo distinto de las partes, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje”; como se puede apreciar, el legislador nuevamente le da amplia libertad a las partes para poder establecer cuándo se debe considerar el inicio del proceso, pudiendo este ser inclusivo en una fecha distinta a la presentación de la solicitud de arbitraje. Con esto, lo que se hace es primar el interés de los actores centrales sobre la forma.

- **Artículo 34: Libertad de regulación de actuaciones**

En este apartado encontramos el mejor ejemplo de lo que consideramos debiera ser la flexibilidad en el proceso. En este artículo, el legislador ha señalado lo siguiente:

Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones.

1. **LAS PARTES PODRÁN DETERMINAR LIBREMENTE LAS REGLAS A LAS QUE SE SUJETA EL TRIBUNAL ARBITRAL EN SUS ACTUACIONES.** A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

2. **EL TRIBUNAL ARBITRAL DEBERÁ TRATAR A LAS PARTES CON IGUALDAD Y DARLE A CADA UNA DE ELLAS SUFICIENTE OPORTUNIDAD DE HACER VALER SUS DERECHOS.**

3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral.

4. **EL TRIBUNAL ARBITRAL PODRÁ, A SU CRITERIO, AMPLIAR LOS PLAZOS QUE HAYA ESTABLECIDO PARA LAS ACTUACIONES ARBITRALES, INCLUSO SI ESTOS PLAZOS ESTUVIERAN VENCIDOS** (resaltado nuestro).

Desde el numeral 1 del artículo 34, se nos dice que serán las partes quienes podrán determinar libremente las reglas que se aplicarán al proceso. Qué duda cabe que este es el mejor ejemplo de la aplicación del principio de flexibilidad que debería aplicarse en todo proceso. Sobre ello, debe manifestarse que esta no es una novedad si apreciamos el panorama mundial, donde la

flexibilidad procesal es una característica normal y regular; al respecto, Fernando Mantilla señala que:

En el ámbito mundial dicha libertad no constituye novedad alguna, pues desde hace tiempo se considera como un elemento indisoluble y evidente del arbitraje. De hecho, en la gran mayoría de los países europeos que poseen una verdadera tradición y práctica arbitral (p. eje. Francia y Suiza, principalmente, pero también Alemania, Bélgica, Holanda e Italia), la libertad (o autonomía) de las partes para regular todo lo atinente al proceso arbitral no sólo no es materia de discusión, sino que constituye uno de los principios fundamentales del arbitraje.

(...) En Latinoamérica esa tendencia ha sido liderada por México, seguido de Guatemala y Perú, que han promulgado leyes que permiten un procedimiento arbitral flexible, sin el procesalismo del proceso judicial, y apto para hacer del arbitraje un verdadero instrumento de apoyo al comercio y un mecanismo alternativo para la solución de litigio (resaltado nuestro)
(Mantilla, 1997, p. 1-2)

De la cita efectuada, tenemos que la flexibilización es una característica de aplicación a nivel mundial, donde lo que justamente se ha buscado es alejarse del procesalismo judicial, siendo el Perú, como se ha señalado, uno de los principales promotores del ejercicio flexible en las actuaciones arbitrales. Ahora, la explicación a que en el arbitraje se aplique de forma tan abierta el principio de flexibilidad es porque el arbitraje tiene como real propósito servir a las partes como un mecanismo que sirva a las partes a solucionar sus controversias, y no a cumplir el anhelo estatal, muchas veces idealista, de alcanzar paz social, justicia o la verdad, sobre ello, doctrina extranjera ha señalado que:

No se debe olvidar que el verdadero sentido del arbitramento es el de ser un «instrumento» al servicio de las partes -no del Estado- para solucionar conflictos que surjan en relación con derechos sobre los cuales éstas tengan la libre disposición. No es fruto del azar el hecho de que el arbitramento (y los centros de arbitraje) se han desarrollado fundamentalmente (tanto en la esfera nacional tanto en la esfera nacional como internacional) en el seno de cámaras de comercio y asociaciones de comerciantes u hombres de negocios (Mantilla, 1997. Página 8).

Con este tipo de regulaciones más flexibles, lo que se obtiene es que no existen excusas para poder resolver las controversias en trámite. Y esto se ve reflejado en lo establecido en el numeral 2 del artículo 34, la cual de forma expresa señala que el Tribunal Arbitral deberá darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos, lo antes señalado se puede apreciar en lo que el profesor Cantuarias refiere cuando hace el comparativo entre la justicia ordinaria y la arbitral:

A diferencia de lo que ocurre en el proceso judicial en el que el plazo para contestar la demanda viene establecido de manera previa por la ley de acuerdo con la vía procedimental predeterminada, en el arbitraje las partes y los árbitros cuentan con libertad para que, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, puedan establecer mayores o menores plazos para la presentación de una demanda o de una contestación de demanda. **En el fondo, las partes someten sus controversias a arbitraje con el objetivo de obtener un trajo justo y procedimiento neutral, flexible, eficiente y susceptible de ser moldeado de acuerdo con las**

necesidades de las partes, sin referencia a las formalidades procedimentales de las Cortes nacionales (resaltado nuestro) (Cantuarias Salaverry, F., & Servan, N., 2019, p. 30)

De acuerdo a lo indicado, la lectura que se tiene de la flexibilización y el arbitraje es que importa más que las partes puedan tener la mayor cantidad de herramientas para poder plantear sus posiciones que simplemente obedecer los formalismos establecidos normativamente, de ahí que en ese aspecto el arbitraje esté un paso adelante del proceso ordinario y todos sus ritualismos.

En definitiva, lo que el numeral 2 del artículo 34 nos dice es que son las partes, como interesadas en resolver sus controversias, quienes establecen de forma clara las reglas a seguir en el proceso, por cuanto asumen la responsabilidad que son con esas reglas que podrán lograr el correcto ejercicio de su derecho de defensa y por tanto a probar.

Finalmente, tenemos el numeral 4 del artículo 34, el cual permite que el propio Tribunal Arbitral, flexibilizando las reglas establecidas, permita la modificación de los plazos de las actuaciones procesales, inclusive, si estos estuvieran vencidos. Qué duda cabe que este escenario de flexibilidad es imposible pensarlo en un proceso ordinario, donde el solo hecho de que se te venza por un minuto del plazo establecido, significa la pérdida de la oportunidad de ejercer un derecho; cuántas situaciones irregulares y contrarias a los principios procesales (por ejemplo, el de imparcialidad) evitaríamos si los jueces ordinarios si quieran pudiesen tomarse la libertad de poder mirar un poco más allá del formalismo establecido en el Código Procesal Civil, teniendo más en cuenta lo establecido en el último párrafo del artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el cual expresamente refiere que:

Artículo IX.- Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario.

Las formalidades previstas en este Código son imperativas.

Sin embargo, el Juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso. Cuando no se señale una formalidad específica para la realización de un acto procesal, éste se reputará válido cualquiera sea la empleada”.

Conforme se puede apreciar, la norma misma le permite al juez poder adecuar las formas del proceso a los fines del mismo, pero como es sabido esta norma resulta casi inexistente para los jueces en el Perú (entendemos por la poca o inexistente costumbre en la práctica judicial de entender el proceso más allá de sus ritualismos); difícilmente, un juez ordinario entenderá que importa más el derecho de las partes que la preclusión de una etapa; en el proceso ordinario importa más “correr” con los plazos que detenerse para permitir a las partes poder reevaluar sus posiciones y poder mejorar la acreditación de sus hechos en el proceso; ello conllevaría a que la controversia sea resuelta con la mayor cantidad de acervo probatorio.

Tal como se aprecia, el Decreto Legislativo N° 1071 promueve y facilita la flexibilidad en el proceso; de este modo, confiere a las partes y al Tribunal Arbitral la posibilidad de moldear el proceso para alcanzar su finalidad, esto es, resolver la controversia surgida, colocando por encima de la formalidad los derechos e intereses de las partes.

Con ello, a nuestro entender, por ejemplo, podría extenderse la actividad probatoria de las partes hasta un momento anterior al del cierre de la etapa probatoria. Así, las partes podrían tener muchas más oportunidades para poder acreditar sus posturas al interior del proceso, siendo ello

posible a partir de haber escuchado a la otra parte y sus argumentos y medios de prueba. Con esto, no se podría justificar la aplicación de la prueba de oficio, por cuanto el juez no podría alegar la falta de convicción allí donde las partes, pese a haber tenido un claro conocimiento de la controversia, no han acreditado de forma suficiente; ahora, aun si en este escenario el juez dispusiera actuar una prueba de oficio, lo cierto es que eso respondería únicamente al intento de este tercero imparcial por suplir la negligencia absoluta de las partes, contraviniendo con ello todos los principios que rigen el proceso.

Ahora, debemos ser enfáticos que nuestra postura no es que se eliminen todas las formas y que no se cumplan con los requisitos procedimentales que la norma establece, tanto más si consideramos que las formas permiten ordenar el proceso; lo que postulamos es que los requisitos procedimentales no sean de mayor relevancia que los derechos fundamentales que se procuran tutelar a través de los procesos, en este caso del proceso civil. El solo formalismo no puede limitar, por ejemplo, el derecho de las partes a probar en un momento posterior a la etapa postulatoria, tanto más si consideramos que a partir de escuchar a la contraparte pueden surgir aspectos que, a nivel probatorio, pudiera no haber si probado o probado con deficiencia, y lo señalado ha sido recogido por el profesor Mantilla, quien sobre ello ha indicado que “Evidentemente, en aras de dicha «flexibilidad» no podría atropellarse el derecho al debido proceso y, en consecuencia, el respeto al derecho de defensa y a un contradictorio. Dichos derechos son fundamentales e irrenunciables en cualquier forma de justicia, pública o privada, incluido el arbitramento” (1997, p. 9).

Entonces, si el argumento central del uso de la prueba de oficio es que el juez cuente con todos los medios de prueba necesarios para generarse convicción, no puede ser que por

formalidades malentendidos las partes luego de escucharse no puedan presentar aquellos medios de prueba que resultan esenciales para generar convicción al juez.

El principio de flexibilidad se convierte en una de las mejores soluciones al problema de la prueba de oficio, por cuanto a partir del ejercicio de este principio las partes no sólo tendrán la oportunidad para probar sus hechos, sino que tendrán más oportunidades para probar aquellos que consideran necesario acreditar de cara a la resolución de su conflicto.

Si se tiene en cuenta lo señalado hasta este punto, no existiría argumento válido para que el juez o las partes indiquen que en el proceso no se tuvo las condiciones suficientes para acreditar los hechos postulados y de ese modo tutelar sus derechos, menos aún que no se cumplió con el fin del proceso, por cuanto se tuvo más de un momento para poder acreditar aquello que las llevo al proceso judicial. Es por ello que consideramos que una solución al problema de la preclusión probatoria (y con ello la insuficiencia de acreditación) es aplicar de forma más frecuente el principio de flexibilidad en el procedimiento tan formalista como lo es el proceso civil.

6.3. Aplicación de los artículos 51, inciso 2, del Código Procesal Civil

Junto a la idea de flexibilizar la preclusión, existe otra que parece complementarse bastante bien con aquella y que, incluso, parece una salida más salomónica entre lo flexibles y lo rígido. Sobre ello, el profesor Renzo Cavani (2019, p. 13) propone una salida válida ante los casos de insuficiencia probatoria es la reinterpretación y ejercicio del artículo 51, inciso 2, del Código Procesal Civil, el cual expresamente señala que: “Artículo 51.- Los Jueces están facultados para: (...) **2. Ordenar los actos**

procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes” (subrayado nuestro).

El mencionado autor sostiene que la solución ante el problema del artículo 194 está, en realidad, ligada a una adecuada organización de la causa por parte del juez. Esta “buena organización”, bajo el criterio Cavani, consiste en dos cuestiones:

- i. Determinar a priori si un hecho tiene un medio de prueba que lo respalde
- ii. Determinar la calidad de tales medios de prueba

En ese sentido, Cavani refiere que “(...) si el juez hace un trabajo pulcro en dicha etapa, logrará determinar cuáles son los hechos discutidos y las pruebas vinculadas a la controversia, aspectos que posibilitan la obtención de una decisión adecuada. Dicho de otro modo, es en la organización de la causa el momento en el que el juez podrá estructurar cabalmente el material probatorio, en la medida de lo posible con la activa participación de las partes, para que, de esta forma, no haya ningún tipo de desvío, alteración o reestructuración del debate cuando esté por sentenciar” (2019, p. 16-17).

Entonces, ya que el artículo 51 faculta a los jueces civiles a “Ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes (...)” (Cavani, 2019, p. 18), es válido aseverar que el juez puede “organizar el material probatorio, lo cual implica desarrollar una adecuada metodología para elaborar los vínculos entre hechos (esenciales) y medios de prueba” (Cavani, 2019, p. 18).

La idea de esto es que, una vez admitidos los medios probatorios ofrecidos por las partes, se programen inmediatamente dos audiencias: una en la que se discuta la fijación de los puntos controvertidos, es decir, la organización de la causa y; otra para la actuación de pruebas. Lo que busca esta propuesta es que las partes discutan oralmente el material probatorio y, cuando estas lo soliciten, el juez ordene completarlo.

Se trata, entonces, de una salida mucho menos intrusiva que la del artículo 194, la cual garantiza que el juez no ocupe el lugar que a las partes les corresponde en el cumplimiento de su carga probatoria, es decir, que garantiza la imparcialidad y, por tanto, se apega mejor a las exigencias del debido proceso.

Por supuesto, esto no sería posible si no se flexibilizaran las reglas de preclusión, pues solo así las partes podrían incorporar material probatorio en momentos posteriores al de la demanda y contestación (por ejemplo, hasta la audiencia de vista de la causa). En esencia, la propuesta planteada por Renzo Cavani podría ser ese equilibrio entre lo formal y lo material del proceso, entre la eficiencia y la finalidad del propio proceso, que, sin cansancio, repetiremos que es la solución del conflicto intersubjetivo presentado ante la autoridad jurisdiccional.

CONCLUSIONES

1. La finalidad del proceso civil no es otra que la solución del conflicto intersubjetivo presentado ante la autoridad jurisdiccional. Esto se sostiene tranquilamente con comprender que el proceso nace como un método institucional de resolución de conflictos, sienta el conflicto, justamente, su causa y razón de ser. Si bien en la doctrina existen posturas que proponen alternativas como la búsqueda de la verdad o la obtención de decisiones justas, estas carecen de absoluto sustento técnico. Aunque suenen muy llamativas, tales metas se limitan a ser aspiraciones éticas o filosóficas, por lo que se imposibilita su concretización en el terreno jurídico.
2. El Estado Constitucional de Derecho tiene como premisa básica a la naturaleza normativa de la Constitución y su posición en la cúspide de la pirámide normativa. En esa medida, la validez de todas las normas jurídicas, sean legales o reglamentarias, depende de la coherencia que estas guarden en la forma y en el fondo con las normas constitucionales. Por tanto, el estudio de cualquier institución y de cualquier disciplina del jurídica requiere de una revisión al Derecho Constitucional.
3. Con el Estado Constitucional, la persona humana adquiere una nueva posición respecto del ordenamiento jurídico. La vinculación del contenido de los derechos fundamentales se extiende a cada rincón del del ordenamiento jurídico; el proceso no es la excepción. Como consecuencia de ello, el proceso judicial se vuelve un escenario en el que los justiciables busquen la aplicación del Derecho, pero con la garantía de que los derechos que la Constitución les reconoce les serán respetados. La constitucionalización del proceso conlleva

la exigibilidad de determinadas exigencias en favor de la persona, lo que nos lleva a hablar de debido proceso o proceso debido.

4. Las facultades probatorias del juez en el proceso civil no solo no guardan coherencia con el principio dispositivo y las reglas de la carga de la prueba, sino que también vacían de contenido a determinadas exigencias propias del debido proceso, tales como: la imparcialidad e imparcialidad judicial y la igualdad de partes en el proceso. Siendo este un derecho fundamental, se colige que la prueba de oficio es contraria con la constitucionalización del proceso.
5. La justificación de la prueba de oficio que le dio el Décimo Pleno Casatorio Civil demuestra, en realidad, un error de comprensión de los alcances del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. El contenido de este derecho le exige al juez la búsqueda de la verdad, así como tampoco ordena que estos funden sus decisiones en la justicia como valor. Lo que sí se puede y debe exigirse con la tutela jurisdiccional es la resolución de conflictos conforme a Derecho.
6. La regulación actual de la prueba de oficio posee defectos de técnica legislativa. Si bien existe en el juez una orden de no ocupar o reemplazar a las partes en su carga probatoria, al momento de ejercer la prueba de oficio, esto es simplemente imposible de cumplir. Se trata de, quizás, el defecto teórico más grosero del artículo 194 del Código Procesal Civil. Lo cierto es que es fácticamente imposible que el juez ordene de oficio la actuación de un medio probatorio y, a su vez, se respeten las reglas de la carga probatoria del artículo 196 y la distribución estática fija de la carga probatoria. Basta con que el juez haga algo que en un

primer momento les corresponde a las partes para afirmar, sin miedo a errores, que este ocupó su lugar —dejando su imparcialidad de lado—.

7. Uno de los presupuestos más importantes de la prueba de oficio, y aquella que determina su excepcionalidad, es la insuficiencia probatoria por ausencia de convicción en el juzgador. Sin embargo, aquello es ilusorio, puesto que al ser la convicción un estado psicológico, en realidad depende de las características subjetivas del juez. En ese sentido, la idea de una prueba de oficio realmente excepcional supone, más que un delineamiento de su campo de aplicación, un pretexto ingenuo para su permanencia en el ordenamiento procesal civil.
8. Si bien la prueba de oficio es lesiva del derecho al juez imparcial y, como efecto dominó, del debido proceso, también es cierto que eliminarla sin más no es una solución válida. Si el legislador atara de manos al juez ante los casos de insuficiencia probatoria, este estaría contraviniendo el fin del proceso civil: resolver la controversia entre los justiciables. En esa medida, suprimir las facultades probatorias del juzgador requiere, a su vez, de una alternativa de solución.
9. Una de las principales alternativas de solución es aquella que apunta a repensar la preclusión en el proceso civil. Es decir, la que plantea que, en realidad, las reglas rígidas de la preclusión son la causa de la necesidad de que el juez tenga facultades probatorias y, por tanto, el modificarlas solucionaría el problema. Por otro lado, y de manera menos radical, existen propuestas que se inclinan por una interpretación más extensa del artículo 51 inciso 2, puesto que el problema de la prueba de oficio desaparecería si la causa fuera adecuadamente organizada por el juez. Sea cual sea la alternativa, lo cierto es que la solución siempre debe

apuntar a un mayor respeto por los derechos constitucionales y por favorecer las actuaciones de interés particular de los justiciables, ya que esa es la esencia del proceso civil.



FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

A. Libros y artículos

Acosta, Luis. (2007). *Diferencias entre medio, fuente y objeto de prueba*. Cuestiones Jurídicas, 1(2).

Recuperado a partir de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=127519340004>

Agudelo, Martín. (2005). *El debido proceso*. *Opinión Jurídica*, 4(7). Recuperado de:

<https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1307>

Aldunate, Eduardo. (2009). *La fuerza normativa de la constitución y el sistema de fuentes del derecho*. Revista de derecho (Valparaíso), (32). Recuperado de:

<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000100013>

Alfaro, Luis. 2017. *La iniciativa probatoria del juez: racionalidad de la prueba de oficio*. Lima: Editora y librería jurídica Grijley EIRL.

Alvarado Velloso, Adolfo (2018). *Sistema Procesal: Garantía de la Libertad*. Editorial: A&C EDITORES.

Alvarado Velloso, Adolfo (2010). *El Garantismo Procesal*. Editorial ADRUS.

Alvarado Velloso, Adolfo (1989). *Introducción al estudio del derecho procesal* (Tomo I). Rubinzal-Culzoni.

Alvarado Velloso, Adolfo (2009). *Sistema Procesal: Garantía de la Libertad* (Tomo I). Rubinzal-Culzoni Editores.

Ariano, Eugenia. (2001). *Prueba y preclusión. Reflexiones sobre la constitucionalidad del Proceso Civil peruano*. IUS ET VERITAS, 12(23), 73. Recuperado de:

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16018>

Ariano, Eugenia. (2013). *Hacia un proceso civil flexible: Crítica a las preclusiones rígidas del Código Procesal Civil peruano de 1993*. Lima: Ara Editores.

Bertel, Alvaro. (2009). *Derecho probatorio partes general y especial*. Grupo Editorial Ibáñez.

- Bustamante, Reynaldo. (1997). *El derecho fundamental a probar y su contenido esencial*. IUS ET VERITAS, 8(14), 171-185. Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15713>
- Bustamante, Reynaldo. (2001). *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. ARA Editores.
- Cantuarias Salaverry, F., & Servan, N. (2019). *¿Arbitraje Procesal Civil? La necesidad de implantar buenas prácticas en el arbitraje*. Forseti. Revista De Derecho, 7(10). Recuperado de: <https://revistas.up.edu.pe/index.php/forseti/article/view/1097/1261>
- Carrión, R. (1970). *Los principios dispositivo e inquisitorio del proceso civil*. Derecho PUCP, (28). Recuperado de: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.197001.004>
- Castañeda, Fernando. (2007). *Aproximación al régimen jurídico de la independencia judicial en el Perú*. Foro Jurídico, (07). Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18456>
- Castillo, Luis (2006). *El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Tomo II. Año 12. Recuperado de: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=871a16c7-57d7-7755-f0be-a36421a780e3&groupId=271408
- Castillo, Luis. (2013). *Debido proceso y tutela jurisdiccional*. En W. Gutiérrez (Coord.), *La Constitución comentada: análisis artículo por artículo* (Vol. III, pp. 57-71). Lima: Gaceta Jurídica.
- Cavani, Renzo. (2018). *Prueba de oficio y prohibición de reemplazar cargas probatorias ¿Debemos insistir en el artículo 194 del Código Procesal Civil?* Gaceta Civil & Procesal Civil, (65).
- Cavani, Renzo. (2019). *“Prueba de oficio” y “carga de la prueba”: una propuesta equilibrada*. Revista. Dereitos fundamentais, 1(2), 6-27. Recuperado a partir de: Recuperado de: <https://revistas.anchieta.br/index.php/DireitosFundamentais/article/view/1515/1392>

- Chiovenda, Giuseppe. *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-Americana. Volumen III. 1949.
- Cordón, José. (2017). *Concepto, finalidad y objeto de la prueba en el derecho procesal*. INCIDIUM, 2. Recuperado de: <https://iudicium.usal.es/numeros/2/files/assets/basic-html/page-31.html>
- Cruz Arenhart, Sérgio. *Todavía sobre la Verdad en el Proceso Civil*. En: CAVANI, Renzo y Vitor de Paula (Coordinadores). *Prueba y Proceso Judicial*. Actualidad Civil. Lima: Instituto Pacífico. 2015.
- Devis Echandía, Hernando. (1977). *Teoría General del Proceso aplicable a toda clase de procesos*. Editorial Universidad.
- Devis Echandía, Hernando. (2000). *Compendio de la prueba judicial*. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Quinta Edición. Buenos Aires: V. P. de Zavalía. 1981.
- Ferrajoli, Luigi. (1994). *El derecho como sistema de garantías*. THEMIS Revista De Derecho, (29). Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11466>
- Ferrajoli, Luigi. (1991). *El derecho Garantista como sistema de garantías*. En Themis, Época 2, N° 29.
- Ferrer Arroyo, Francisco Javier (2015). *El debido proceso desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. (14). Recuperado de: https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-14/Revista_Juridica_Ano14-N1_06.pdf
- García Toma, Víctor. (2013). *Los Derechos Fundamentales*. Segunda Edición. Arequipa: Editorial Adrus.

- García Toma, Víctor. (2003). *Valores, principios, fines e Interpretación Constitucional*. Derecho & Sociedad, (21). Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17370>
- García Toma, Víctor. (2017). *La Constitución y el derecho a la igualdad*. YachaQ Revista De Derecho, (8). Recuperado de: <https://doi.org/10.51343/yq.vi8.664>
- Goldschmidt, Werner, *La imparcialidad como principio básico del proceso ("parcialidad" y "parcialidad"), discurso de incorporación como miembro de número del Instituto Español de Derecho Procesal, publicado en "Conducta y Norma"*. Buenos Aires: Librería Jurídica Valerio Abeledo. 1955.
- González Álvarez, Roberto. *La prueba de oficio (proporcional) en el proceso civil*. En: CAVANI, Renzo y Vitor de Paula Ramos (Coordinadores). *Prueba y proceso judicial*. Lima: Pacifico Editores. 2015. Página 163.
- Gozáini, O. A. (2005). *El Debido Proceso Emplazado a Reformarse. Notas sobre el Garantismo Tradicional y la Función Social de los Jueces*. Derecho & Sociedad, (25), 65-75. Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17004>
- Guasp, J. (1997). *Concepto y método de Derecho Procesal*. Editorial Civitas.
- Guzmán Brito, Alejandro. (2006). *Historia De La Codificación Civil En Iberoamérica*. Navarra : Aranzadi.
- Harari, Yuval. (2019). *Sapiens. De animales a Dioses: Una breve historia de la humanidad*. Debate.
- Hurtado, Martín. (2009). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Editorial Moreno.
- Hurtado, Martín. (2016). *La prueba de oficio a partir de la modificatoria del artículo 194° del Código Procesal Civil*. Revista Oficial Del Poder Judicial, 8(10). Recuperado de: <https://doi.org/10.35292/ropj.v8i10.245>

- Idrogo, Teófilo. (2007). *Principios Fundamentales de la Prueba Judicial*. En libro colectivo: Temas de Derecho Procesal Peruano. Directos: Johan Camargo Acosta. Arequipa: Editorial Adrus. Julio del 2007.
- Kartsch, V. & Balletbo, I. (2019). *La verdad en el proceso y en la sentencia civil*. Revista Jurídica De La Universidad Americana, 6(1). Recuperado de: <https://revistacientifica.uamericana.edu.py/index.php/revistajuridicaua/article/view/188>
- Lobatón, David. (1999). *Los principios constitucionales de la independencia, unidad y exclusividad jurisdiccionales*. Pensamiento Constitucional, 6(6). Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3228>
- Lorca Navarrete, Antonio. (2016). *La Constitucionalización del Proceso*. IUS ET VERITAS, 24 (52). Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16388>
- Mantilla, Fernando. (1997). *La Libertad de las partes para determinar el procedimiento arbitral*. Revista de derecho, Universidad del norte, 8. Recuperado de: <https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/2713/1824>
- Miranda, Manuel. (2010) *La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*. Revista Catalana de Seguretat Pública, (22), 131-151. Recuperado de: <https://raco.cat/index.php/RCSP/article/view/194215>
- Mariscal, Moisés. (2019). *Aplicación del test de proporcionalidad en la argumentación de las resoluciones judiciales en el ámbito del Derecho Civil*. Revista Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno, 4(2). Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7605953>
- Matheus, Carlos. (2003). *Reflexiones en torno a la función y objeto de la prueba*. Revista De Derecho, 14. Recuperado de: <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/2730>

- Matheus, Carlos. (2002). *Sobre la función y objeto de la prueba*. Derecho PUCP, (55). Recuperado de: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200201.01>
- Monroy Gálvez, Juan. (1996). *Los límites éticos de la actividad probatoria*. Publicado en Actas del I Congreso Nacional de Derecho Procesal. Ponencias. Lima: Facultad de Derecho de la PUCP, 7, 8, y 9 de agosto de 1996.
- Monroy Gálvez, Juan. (1996). *Introducción al proceso civil*. Tomo I. Bogotá: Temis.
- Monroy Gálvez, Juan. (2017). *Teoría General del Proceso*. Communitas.
- Montero Aroca, Juan y Otros. (1991) . *Derecho Jurisdiccional*. Segunda Edición. Barcelona: Editorial José María Bosch.
- Montero Aroca, Juan y otros. (2000). *El nuevo proceso civil*. Segunda edición. Valencia: TIRANT LO Blanch.
- Montero Aroca, Juan (1999). *Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano*. Lima: ENMARCE.
- Moreno Marín, Florentino. (2010). *La mediación y la evolución histórica de la idea de conflicto*. En: *Mediación: un método de ? conflictos : estudio interdisciplinar / coord. por Nicolás González-Cuéllar Serrano, Ágata María Sanz Hermida, Juan Carlos Ortiz Pradillo*, Editorial COLEX. España. Recuperado de: <https://www.ucm.es/data/cont/docs/1742-2019-04-13-La%20mediaci%C3%B3n%20y%20la%20evoluci%C3%B3n%20hist%C3%B3rica%20de%20la%20idea%20de%20conflicto%202010%2032.pdf>
- Muñoz Basaez, Hugo. (2012). *La Verdad y el Proceso*. Derecho & Sociedad, (39). Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13075>
- Nugent, Ricardo. (1958). *Consideraciones sobre la prueba en la doctrina y en nuestro régimen procesal civil*. Derecho PUCP, (17). Recuperado de: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.195801.004>
- Olmedo, Claria. (1983). *Derecho procesal* (Vol. 2). Ediciones Depalma.

- Ovalle Favela, José (2016). *Teoría general del proceso*. 7° Edición. D.R. © Oxford University Press México, S.A. de C.V. México.
- Palacio, Enrique. (1990). *Derecho Procesal*. Tercera reimpresión. Buenos Aires: ABELEDO—PERRO. Tomo IV.
- Peña Jumpa, Antonio. (2013). *Hans Kelsen, la Sociología y Antropología del Derecho: Una Aproximación desde su concepto de Justicia*. Foro Jurídico, (12). Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13826>
- Picó I Junoy, J. (1997). *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Editorial Bosch.
- Picó I Junoy, J. (2012). *El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: Un Debate Mal Planteado*. Derecho & Sociedad, (38). Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13126>
- Picó I Junoy, J. *El juez civil y la prueba: Una historia mal contada*. En: CAVANI, Renzo y Vitor de Paula Ramos (Coordinadores). *Prueba y proceso judicial*. Lima: Pacífico Editores. 2015.
- Podetti, R. (1995). *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral: Tratado de los actos procesales*. Segunda parte. EDIAR Editores.
- Priori, Giovanni (Coordinador). (2013). *En Proceso y Constitución, Las Garantías del Justo Proceso, Ponencias del Tercer Seminario Internacional de Proceso y Constitución*. Lima: Palestra.
- Priori, Giovanni. (2003). *La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso*. IUS ET VERITAS, 13(26), Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16248>
- Ramírez Carvajal, Diana María. (2009). *La prueba de oficio: Una perspectiva para el proceso dialogo civil*. Colombia: Universidad de Externado de Colombia.
- Ramírez Salinas, Liza. (2005). *Principios Generales que Rigen la Actividad Probatoria*. La Ley. Recuperado de:

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/eae599004678b1dd9f87df93776efd47/Principio+s+generales+que+rigen+la+actividad+probatoria.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=eae599004678b1dd9f87df93776efd47>

Ramírez, Diana. (2009). *La prueba de oficio: Una perspectiva para el proceso diálogo civil*. Universidad de Externado de Colombia.

Rojas, Miguel. (2002). *Teoría general del proceso*. Bogotá: Universidad Externados de Colombia.

Ruiz bravo, Hernán Y Mayor Sánchez, Jorge Luis. (2020). Dimensión procesal y material del debido proceso. Recuperado de: <https://iuslatin.pe/dimension-procesal-y-material-del-debido-proceso/>

Ruiz, L. (2007). *El derecho a la prueba como un derecho fundamental*. Estudios De Derecho, 64(143). Recuperado de: <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/2552>

Sagástegui, Pedro. (1996). *Teoría General del Proceso Judicial*. Editorial San Marcos.

Salas Villalobos, Sergio. (2021). *La valoración probatoria y la prueba de oficio como aproximación a la gnoseología inductiva en el proceso civil*. Ius Et Praxis, (052). Recuperado de: https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/lus_et_Praxis/article/view/5220

Salcedo Flores, Antonio (2004). *La Verdad Procesal*. Revista Alegatos. Núm. 58: Septiembre - Diciembre 2004. Recuperado de: <https://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/view/530>

Sobrevilla, David. (1994). *La teoría de la justicia en La República*. Areté, 6(1). Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arete/article/view/5146>

Valdivia, Carlos. (2018). *La prueba de oficio en el proceso civil. Problemática en su aplicación dentro del debate entre el activismo y el garantismo procesal*. Gaceta Civil & Procesal Civil, (66).

Vargas Ávila, Rodrigo. (2011). *Concepciones de la prueba judicial*. Bogotá, D.C. Colombia - Volúmen XIV - No. 28 - julio - diciembre. Revista Prolegómenos - Derechos y Valores. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3850011>

Vargas, Rodrigo. (2011). *Concepciones de la prueba judicial*. Prolegómenos, 14(28). Recuperado de: <https://doi.org/10.18359/prole.2383>

White, Omar. (2008). *Teoría General del Proceso*. Escuela judicial.

Zabaleta, Yarleys. (2017). *La contradicción en materia probatoria, en el marco del proceso penal colombiano*. CES Derecho, 8(1). Recuperado de: <https://doi.org/10.21615/cesder.8.1.9>

Zagrebelsky, Gustavo. (2019). *Derecho dúctil*, EL - 11.ª ED., 1.ª REIMP. Editorial: TROTTA.

Zerpa, Angel. (2009). *¿Igualdad Procesal? (tres referencias en el proceso venezolano)*. Revista De La Maestría En Derecho Procesal, 3 (1). Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2135>

B. Sentencias

Casación N° 1242-2017-Lima Este emitida por la Corte Suprema del Perú.

Casación N° 2935-98-Apurímac emitida por la Corte Suprema del Perú.

Casación N° 4015-2017-Callao emitida por la Corte Suprema del Perú.

Casación N° 4016-2017-Callao emitida por la Corte Suprema del Perú.

Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N° 135. Parágrafo 146.

Corte Suprema del Perú. Poder Judicial. Grabación del Décimo Pleno Casatorio. 2018. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=kTjbeWzMU7w&t=6804s>

Sentencia T-461/03 emitida por la Corte Constitucional Colombiana

STC N.° 00849-2011-PHC/TC emitida por el Tribunal Constitucional.

STC N.° 05822-2007-PHC/TC emitida por el Tribunal Constitucional.

STC N.° 2488-2002-HC/TC emitida por el Tribunal Constitucional.

STC N.° 2488-2002-HC/TC emitida por el Tribunal Constitucional.

STC N.° 06712-2005-HC emitida por el Tribunal Constitucional.

STC. N.° 04495-2019-PA/TC emitida por el Tribunal Constitucional.

