

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Escuela de Posgrado



**EL PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO EN LA
PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO CIVIL**
A propósito del Décimo Pleno Casatorio Civil

Tesis para obtener el grado académico de Maestro en Derecho Procesal
que presenta:

Manuel Eulalio García Chilet

Asesor:

Luis Genaro Alfaro Valverde

Lima, 2024

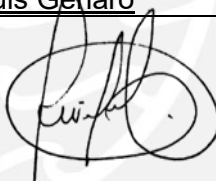
Informe de Similitud

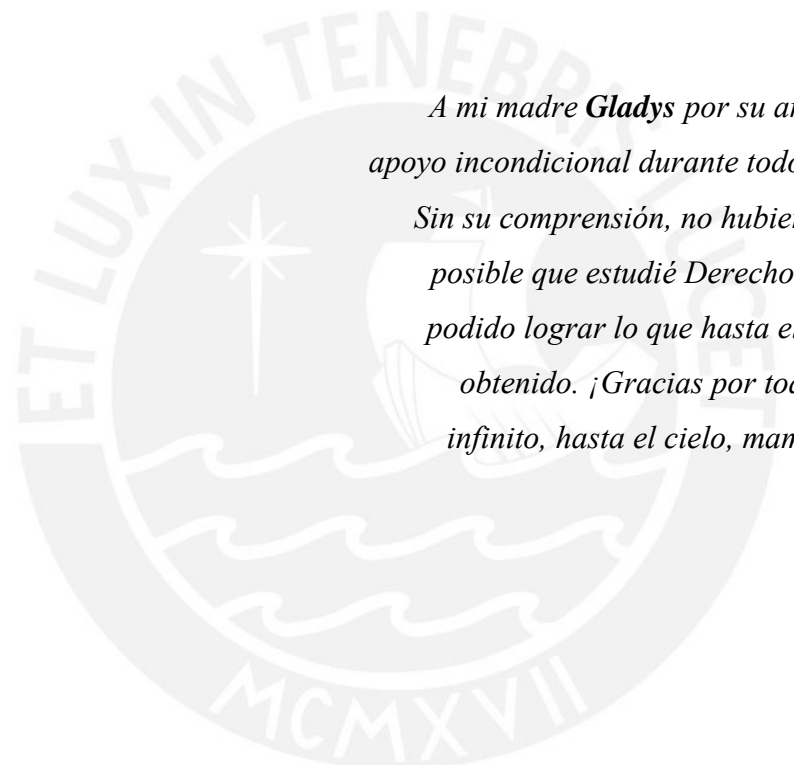
Yo, Alfaro Valverde, Luis Genaro, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor de la tesis titulado "EL PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO EN LA PRUEBA DE OFICIO. A propósito del Décimo Pleno Casatorio Civil", del autor Manuel Eulalio García Chilet, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 24%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 31/10/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

Lima, 31 de octubre del 2024

Apellidos y nombres del asesor: <u>Alfaro Valverde Luis Genaro</u>	
DNI: 02092024	Firma 
ORCID: 0000-0001-8433-4099	



*A mi madre **Gladys** por su amor infinito y apoyo incondicional durante todo este tiempo. Sin su comprensión, no hubiera podido ser posible que estudié Derecho y no hubiera podido lograr lo que hasta el momento he obtenido. ¡Gracias por todo! Y un beso infinito, hasta el cielo, mamita hermosa.*



*“L'importante non è come colpisci
l'importante è come sai resistere ai colpi come incassi
e una volta che finisci al tappeto hai la forza di rialzarti...”*

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo principal demostrar cuál ha sido el tratamiento que se le ha dado al principio del contradictorio en la prueba de oficio en el proceso civil. Para ello, se ha tomado como base de análisis el X Pleno Casatorio Civil, examinando solo aquellas reglas vinculantes que guarden relación con los dos temas sustanciales de la presente tesis, los cuales son la prueba de oficio y el principio de contradicción.

Para lograr este objetivo, se ha priorizado empezar con el marco conceptual que tienen nuestros dos temas trascendentales, repasando cómo ha sido su interpretación a lo largo del tiempo, la aplicación que en la actualidad le brinda el Código Procesal Civil y la posible reforma que se ha planteado en el proyecto del nuevo código adjetivo. Luego, se estudiará a fondo el pleno, para entender cuáles fueron las circunstancias que motivaron su convocatoria y precisar si las reglas que se emitieron son adecuadas o no conforme al marco normativo antes señalado. Por último, se hará un breve análisis del principio del contradictorio en los plenos casatorios anteriores y se verificará cuál fue la interpretación que en ese momento le dio el tribunal vértice. Además, de realizar una propuesta concreta de mejora a la tan cuestionada cuarta regla vinculante de este pleno, la cual señala que el contradictorio en la prueba de oficio puede ser previo o diferido.

El propósito de esta investigación es precisar cuál debe de ser el tratamiento adecuado que le debe de dar la judicatura cuando pretenda aplicar el artículo 194° del Código Procesal Civil y la trascendencia que pueda llevar al juez a entender de una manera adecuada la participación previa del contradictorio desde su valor epistémico, lo cual favorecerá su decisión final.

Palabras claves: principio del contradictorio, prueba de oficio, derecho de defensa, Décimo Pleno, proceso civil

ÍNDICE

RESUMEN.....	3
ÍNDICE	4
INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO I.....	9
EL PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO Y LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO CIVIL.....	9
I. EL PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO	10
1.1 Sentido débil y fuerte del contradictorio	13
1.1.1 Concepción débil o formal.....	13
1.1.2 Concepción fuerte o efectiva.....	18
1.2 Contradictorio previo, diferido y eventual.....	22
1.2.1 Contradictorio previo	23
1.2.2 Contradictorio diferido.....	24
1.2.3 Contradictorio eventual.....	26
1.3 El valor epistémico del contradictorio.....	26
II. EL CONTRADICTORIO EN EL PROCESO CIVIL	30
2.1 En el Código Procesal Civil: deficiente regulación.....	30
2.2 Proyecto de Reforma del CPC: el nuevo artículo 7°	33
III. LA PRUEBA DE OFICIO. ASPECTOS GENERALES	34
3.1 Definición: poder probatorio del juez	35
3.2 ¿Poder - deber o poder – facultad?.....	36
3.3 Límites a la actuación de la prueba de oficio.....	39
IV. PRUEBA DE OFICIO EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL.....	42
4.1 Análisis del artículo 194° del CPC y su reforma	42
4.2 Mejora en el Proyecto de Reforma del CPC.....	44
CAPITULO II.....	47
DÉCIMO PLENO CASATORIO CIVIL: REGLAS VINCULANTES.....	47
I. PRECEDENTE JUDICIAL Y PLENO CASATORIO.....	48
1.1 Precedente Judicial	48
1.2 ¿Qué es un pleno casatorio?	50
1.3 Fuerza vinculante del Pleno Casatorio.....	52
II. DEL DÉCIMO PLENO CASATORIO CIVIL	54

2.1 Motivación (convocatoria) del Pleno Casatorio.....	54
2.2 Hechos relevantes del caso.....	56
III. LÍMITES DE LA PRUEBA DE OFICIO, ¿CONTRADICTORIO PREVIO O DIFERIDO?	58
3.1 Límites de la prueba de oficio: tercera regla	59
3.2 Desacuerdo “jurisprudencial” sobre el contradictorio previo o diferido.....	68
3.3 Contradictorio previo y diferido: cuarta regla.....	69
IV. PRUEBA DE OFICIO EN PRIMERA INSTANCIA Y SEGUNDA INSTANCIA. 75	
4.1 En primera instancia: quinta regla.....	75
4.2 Nulidad de sentencia por “omisión de prueba de oficio”.....	80
4.3 En segunda instancia: octava regla.....	81
CAPITULO III	87
REDISEÑO DEL CONTRADICTORIO EN LA PRUEBA DE OFICIO DEL X PLENO CASATORIO.	87
I. PREMISA	87
II. EL CONTRADICTORIO EN LOS PLENOS CASATORIOS CIVILES	89
2.1 Tercer Pleno: contradictorio y flexibilización de los principios procesales	89
2.2 Noveno Pleno: El contradictorio como condición	93
III. REVISIÓN DE LA CUARTA REGLA DEL DÉCIMO PLENO CASATORIO	95
3.1 Contradictorio en sentido fuerte y la prueba de oficio	95
3.2 El valor epistémico del contradictorio previo.....	98
3.3 Propuesta de mejora de la cuarta regla.....	101
IV. EL CONTRADICTORIO EN PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA	103
4.1 Quinta regla: prueba de oficio y contradictorio en primera instancia.....	103
4.2 Octava regla: contradictorio en vista de la causa.....	106
V. BREVE REVISIÓN DEL DERECHO COMPARADO	108
5.1 En el derecho argentino	108
5.2 En el derecho colombiano.....	111
5.3 En el derecho español.....	115
CONCLUSIONES	121
BIBLIOGRAFÍA:	123

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación surge como consecuencia del X Pleno Casatorio Civil (en adelante el Décimo Pleno), emitido por la Corte Suprema de Justicia, el 16 de julio del 2018, en el cual se desarrolló la Casación N.º 1242-2017-Lima Este, cuyo objetivo procesal era determinar un desarrollo adecuado de esta actividad probatoria que tiene el juez, que es la prueba de oficio.

Se califica a la prueba de oficio como aquel poder que le brinda el ordenamiento procesal al juez para poder incorporar un nuevo instrumento de prueba al litigio sin que las partes lo hayan propuesto. Razón por la cual se instauran lineamientos con carácter de precedente vinculante, las cuales fueron publicadas en el Diario oficial “El Peruano”, el 27 de setiembre del 2020, tales como la excepcionalidad del poder probatorio del director del proceso o la aplicación de la prueba *ex officio* en la primera o segunda instancia, por ejemplo.

El caso que origina dicha sentencia puede resumirse de la siguiente manera: el 23 de enero del 2017, la parte accionante presenta recurso de casación, señalando en su petitorio impugnatorio como cuarto punto que existe infracción normativa del artículo 194º del Código Procesal Civil (en adelante CPC); debido a que, las instancias inferiores han afirmado que el predio de *litis* nos les han producido convicción respecto de la identificación de la propiedad materia de reivindicación; en atención a lo cual, era de suma trascendencia que el juzgador, haciendo uso de la atribución potestativa otorgada en el dispositivo legal mencionado pudiera realizar una inspección judicial y el peritaje pertinente, con el objetivo de instituir una verdad jurídica objetiva, sustentada en un fallo imparcial y no inhibitoria.

Luego, en mérito a lo dispuesto por el artículo 400º del CPC, la Sala Suprema Civil convoca al Pleno para establecer pautas generales, con carácter vinculante, sobre el ejercicio de la prueba *ex officio* en el proceso civil¹. Aunque cada una de estas reglas

¹ <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/1676292-1>

merece un examen e investigación detallada por sus distintas implicancias jurídicas, este estudio se centra únicamente en analizar la manera como la Corte Suprema ha desarrollado el principio del contradictorio como requisito para el ejercicio de la prueba *ex officio*. Como se verá en el desarrollo del presente estudio, surgen ciertas preguntas relevantes que se busca resolver: ¿De qué manera se establece el principio de contradicción para la emisión de la prueba de oficio? Y de ser el caso, ¿qué tipo de contradictorio es el más conveniente para un uso adecuado de la prueba de oficio por los jueces?

El objetivo principal de esta investigación es determinar si el principio de contradicción en la utilización de la prueba *ex officio* se reguló de forma adecuada por el tribunal vértice en el Décimo Pleno. Entre otras cosas, se busca evaluar si antes de admitir la prueba oficiosa el juez debe conceder el contradictorio previo o diferido. Esto es importante porque permite determinar cuál es el actual tratamiento que realizan los órganos jurisdiccionales respecto a la dialéctica que tiene como fundamento el contradictorio, o es que simplemente existe un problema de comprensión de la concepción más contemporánea del principio del contradictorio y su relación con los poderes del oficio de los jueces.

De esta manera, a fin de establecer el marco conceptual pertinente, en el primer capítulo se verán las definiciones que la doctrina procesal ha desarrollado respecto a la concepción del principio de contradicción (sentido lógico-formal y fuerte), su aplicación en el tiempo (previo, diferido o eventual) y el valor epistémico que tiene este principio; asimismo, con respecto a la prueba de oficio se comentará sobre la concepción de los poderes probatorios del juez, siendo uno de estos la prueba *ex officio*, para luego ver si esta potestad otorgada es un deber o una facultad y los límites que deben de estar presentes para su ejercicio.

En el segundo capítulo se examinan las reglas del Décimo Pleno que tengan una vinculación directa con el contradictorio y la prueba de oficio, y se verá de esta manera, entre otras cosas, si existe una relación congruente o, por el contrario, hay discordancia entre ellas. Por último, en el tercer capítulo, comenzará con una pequeña premisa que justifique la posición del autor, para lo cual se tomará en consideración lo ya enunciado

en los dos capítulos precedentes, para luego hacer un repaso sobre los plenos casatorios (tercero y noveno) que han tratado la contradicción y observar cómo ha sido el tratamiento en aquel momento. Posteriormente, se realizará el análisis de la tan cuestionada cuarta regla, verificando si en su redacción se hace mención de la concepción del sentido fuerte del contradictorio, la implicancia de considerar su valor epistémico y una propuesta de mejora a la redacción de esta pauta. Seguidamente, se indagará sobre el tratamiento de este principio por parte de los órganos jurisdiccionales de primer y segundo grado y la aplicación que ha previsto el tribunal vértice para cada instancia, realizando una comparación entre ellas. Terminando el presente trabajo de investigación con la verificación en el derecho comparado sobre la prueba de oficio y resaltando si existe alguna predominación sobre una de las concepciones estudiadas (fuerte o débil).

Para concluir, el método utilizado en el presente trabajo de investigación es la dogmática jurídica debido a que, a través del estudio del Derecho, es decir, de la norma, la doctrina y la jurisprudencia, se va a tratar de entender nuestro problema de investigación para darles una respuesta a las interrogantes planteadas.

CAPÍTULO I

EL PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO Y LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO CIVIL

Este capítulo tiene como propósito describir dos instituciones jurídicas desde la doctrinaria procesal, las cuales son importantes para resolver el problema jurídico planteado que, a su vez, ayudará a alcanzar la posición que tiene el autor respecto al presente trabajo de investigación. Como primer punto de este apartado, se procederá a analizar cuál es la noción que tiene este principio para posteriormente señalar las concepciones que se tienen sobre el contradictorio en un sentido lógico-formal del sentido fuerte. Luego, como siguiente punto de esta subsección, se verá la definición del contradictorio previo, diferido y eventual; y cuándo es que realmente se habla de estas formas. Para finalizar, se analizará el valor epistémico que tiene este principio y cómo se debe de entender esta idea cuando se pretende incluir un medio probatorio *ex officio*.

En el siguiente sub capítulo, se verificará la regulación del principio del contradictorio en el proceso civil, para lo cual como primer punto se analizará la reglamentación que actualmente tiene este principio dentro de nuestro CPC y se verificará si su normalización es adecuada en la práctica jurisprudencial o, todo lo contrario. Posteriormente, se examinará la propuesta que se está planteando en el proyecto de reforma del CPC y las ventajas que puede traer la incorporación expresa de este principio dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

En la penúltima subsección se verá la otra figura jurídica participante de este capítulo, la cual es la prueba de oficio, empezando como primer punto el tratar de ver la concepción que tiene esta actividad probatoria del juez, pasando por analizar si esta potestad que se le ha concedido al magistrado corresponde ser considerada como un poder-facultad o poder-deber, finalizando con aquellos límites que tiene que tener en consideración el director del proceso, cuando decida incorporar un elemento probatorio, que no ha sido presentado por los litigantes, pero sería necesario para resolver las *litis* del proceso.

Como último sub apartado, en primer lugar se procederá a observar desde el nacimiento del CPC, cómo se ha dado la regularización de la prueba oficiosa, a través del artículo

194°, del mencionado dispositivo legal, la interpretación que realizaban los órganos jurisdiccionales, y su posterior modificación hasta el nuevo análisis que se ha propuesto en el Décimo Pleno, para terminar con el proyecto de reforma del CPC sobre esta institución jurídica y verificar si existiría alguna mejora con la percepción que actualmente existe,

Es necesario recalcar, que el estudio inicial de estas dos instituciones procesales servirá de marco conceptual para poder esclarecer el problema de fondo de la presente investigación, el cual es determinar la participación del principio del contradictorio frente a la incorporación de la prueba de oficio en el proceso civil y así examinar en el capítulo final si lo planteado por el tribunal supremo en el Décimo Pleno es acorde con las concepciones esbozadas y examinadas por la doctrina procesal.

I. EL PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO

En esta sección, se empezará examinando la concepción que tiene este principio y cómo debe ser entendido en la actualidad, para lo cual se verán los diferentes sentidos que ha tenido a lo largo del tiempo (débil o fuerte) y las clasificaciones que tiene con referencia al momento de manifestarse (previo, diferido o eventual). Para finalmente deducir qué es lo que se debe entender por el valor epistémico del contradictorio y cómo su debida interpretación puede ayudar a la decisión final que emitirá el juez, y en el presente trabajo, la posibilidad de que el magistrado decida incorporar un medio probatorio *ex officio*.

Cuando se habla de la concepción del contradictorio, se está refiriendo al brocardo *auditur et altera pars*, el cual, de acuerdo a Manzin, tiene un origen histórico, al señalar que los protagonistas de la obra Medea (tragedia de Seneca inspirada en la obra Medea de Eurípide), en la escena donde la protagonista, después de haber escuchado su acusación, menciona “nadie formula una decisión sin haber escuchado a la parte acusada, para que decida de modo justo, empero no lo es” (2008, p. 3). Afirmación que es corroborado por Benvenuti, cuando indica que encuentra un antecedente más cercano, cuando Seneca afirma lo siguiente: “*qui statuit aliquid, parte inaudita altera, aequum licet statuerit haud aequus fuerit*” (1961, p. 743).

Conforme lo señala Alfaro, este principio históricamente ha pasado por ciertos periodos, siendo el primero durante la Edad Media, en el que se le consideraba a este principio de razón natural, en donde se buscaba asegurar la igualdad de las partes frente al juez. Durante la segunda etapa, el cual aconteció en la edad moderna, se caracteriza por la influencia del pensamiento filosófico del liberalismo, en donde el proceso se llevaba solamente entre las partes y el juez solo participaba al final del proceso para emitir su fallo, teniendo en esta época el contradictorio un papel secundario. La tercera etapa se realiza a finales del siglo XIX, en donde se ve al contradictorio como un principio lógico-formal (bilateralidad), donde se llegó a señalar que solo consistía en poner notificar a la contraparte, para que esta pueda contestar. Y finalmente, el cuarto periodo, teniendo como etapa luego de la Segunda Guerra Mundial, y en donde se le indica a este principio un carácter de derecho fundamenta de naturaleza procesal (2014, 75-87).

Sobre la importancia del contradictorio en el proceso judicial en general y civil en particular, Calamandrei le asignaba a este principio el carácter de “fuerza motriz del proceso”, en el cual se encuentra envuelto por esta dinámica dialéctica entre las partes frente a un tercero imparcial e independiente, donde el juez nunca está solo en el proceso, y el pleito no puede ser un monólogo, por el contrario, debe de ser un diálogo, una conversación, un cambio de proposiciones, de respuestas y de réplicas, un cruce de acciones y reacciones, de estímulos y contra estímulos, de ataques y contraataques (1996, p. 151). También, Montero comenta que la misma noción del proceso se encuentra íntimamente vinculada al principio del contradictorio, al señalar que las garantías de actuación de las partes en el juicio, en especial los principios de contradicción o defensa y de igualdad, no solamente constituyen derechos de los justiciables que el juzgador debe respetar, sino que además incluso son garantías de la correcta actuación del derecho objetivo (1999, p. 128). Idea que es compartida por Tuzet al mencionar que “todo proceso se desarrolla en el contradictorio entre las partes, en condiciones de paridad, delante de un juez tercero e imparcial y con una duración razonable” (2021, p. 207).

A su vez, Montero manifiesta que hay principios que se relacionan con la idea misma del proceso, lo que conduce a que, si alguno de ellos se desvirtúa, en una regulación concreta de derecho positivo, dicha regulación no genera realmente un litigio. Otros principios,

por el contrario, son normas que conforman los procesos en concreto, de manera que la opción por una u otra no se ajusta a la misma esencia del proceso, sino a la simple opción de desarrollarlo en un determinado derecho positivo (1999, p. 212). Idea que es compartida por Pastore, quien va más allá y señala que podríamos decir que “el contradictorio constituye un principio ultrapositivo (que trasciende este o aquel derecho positivo, aun cuando encuentra expresión positiva en ciertos ordenamientos)” (1996, p. 255), añadiendo Tuzet que trasciende en función del antiguo principio del *audiatur et altera pars* y alienado con la lógica hermenéutica de pregunta y respuesta (entendido con referencia a la prueba declarativa y no a la interpretación de textos escritos) (2021, p.209).

Así, conforme lo indican los autores antes citados, existen principios como el contradictorio, que son fundamentales al proceso y su ausencia puede conllevar la desnaturalización del mismo, y, por lo tanto, a su transgresión. Por esta razón, conforme lo indica la mayoría de la doctrina procesal, existen principios consustanciales a todo litigio y que están directamente relacionados a los litigantes, los cuales son: i) dualidad, ii) contradicción e iii) igualdad.

Aunado a lo antes indicado, Ferrajoli señala que el principio del contradictorio, está vinculado a la idea del proceso cognoscitivo, en el cual cumple una doble función: a) como derecho fundamental y b) como método instrumental para la obtención de la verdad en el contexto de un juicio entendido a la manera adversarial, es decir, como a esta lucha dialéctica entre las partes, que fruto de este choque de confrontaciones, le permite al juez como un tercero imparcial recibir toda la información necesaria para adoptar la mejor decisión posible (1995, p.543). Es del mismo parecer Ferrua al afirmar que este principio “supera y trasciende los intereses de las partes, y constituye ante todo una técnica de comprobación, idónea para confirmar o falsear toda hipótesis enunciada en el proceso” (2010, p. 320). Un punto importante que se tiene que tomar en consideración sobre el principio del contradictorio, es su valor epistémico, es decir, no solo es un principio procesal sino, como lo señala Tuzet, es también un “método de indagación de la verdad en el proceso” (2021, p. 211).

Conforme a lo mencionado párrafos arriba, se puede arribar a señalar que existe una doble mirada cuando se menciona al principio del contradictorio: a) por un lado, entendiendo a este principio vinculado a un derecho fundamental y, consecuentemente, relacionado con el derecho de defensa y el derecho de igual de las partes, y b) por la otra, como un método de investigación o descubrimiento de la verdad, asociado a un juicio adversarial.

Es a través del descubrimiento de la verdad, basado en las afirmaciones fácticas que realizan los justiciables, que será posible que el juzgador pueda tomar una decisión que sea justa. Razón por la cual el proceso es una concentración de datos e informaciones, que están contenidos en los medios probatorios que aportan las partes, pruebas que pretenden corroborar los enunciados fácticos que se han manifestado, pero para la verificación de los enunciados es necesario para la toma de su decisión el contradictorio. Resultando necesario que el mismo juzgador promueva de manera previa la contradicción, apoyado con la base de un fundamento epistémico, para así poder maximizar las posibilidades de acierto en su fallo.

1.1 Sentido débil y fuerte del contradictorio

Es importante señalar que a lo largo de la historia se ha realizado una evolución respecto del pensamiento jurídico del derecho procesal, del cual no es ajeno el principio del contradictorio. Por tanto, resulta significativo realizar un análisis de cómo se ha desarrollado este principio a lo largo del tiempo. Lo cual permitirá más adelante poder comprender de manera más adecuada cuál es la teoría dominante sobre su concepción en la actualidad en el derecho procesal, su influencia en el transcurso de todo el proceso y la importancia que tiene en la toma de decisiones judiciales. Por esta razón, a continuación, se definirán las concepciones en sentido débil y fuerte.

1.1.1 Concepción débil o formal

Para hablar de la concepción débil del contradictorio, hay que remontarse históricamente, luego de la Primera Guerra Mundial, y bajo la influencia de la teoría normativa del derecho, se empieza a considerar al proceso como una subespecie del procedimiento, en donde se identificaba al litigio como el procedimiento jurisdiccional. Señalando Carnelutti sobre el principio del contradictorio, que es un medio del proceso, no un fin.

Añadiendo además que, la ausencia de este (el contradictorio) puede afectar, pero no perjudica, en todo supuesto, al objetivo del proceso. El contradictorio es un instrumento útil del pleito, cuando hay razones para contradecir; si no las hay, es un estorbo (1993, pp. 168-171).

Esta noción del principio del contradictorio fue como consecuencia del agotamiento de la función axiológica que se habría dado a lo largo del *ius commune*, en donde, conforme lo señala Picardi, era percibido como “un auténtico principio de razón natural (*natürlichen Rechtsgrundsatz*)” (1987, p. 102 y ss.). Donde el Estado se apropia del proceso, haciendo desaparecer justamente el diálogo como método para solucionar los conflictos, y conforme lo señala el mencionado autor, se relega a este principio a una categoría secundaria, hasta el punto de perder toda afinidad con esencia de fenómeno procesal (1998, p. 625).

Y es que, a través de la consolidación del pensamiento liberal individualista frente al absolutismo, los países europeos en sus sistemas procesales civiles, conforme lo señala Cappelletti, empiezan a ver al litigio como “cosa de partes” (2006, p. 55). Esto llevó a que los justiciables tengan la autoridad sobre el desarrollo del pleito y las técnicas que se aplicarían en este, como la interposición de excepciones o la impugnación de resoluciones judiciales; siendo la voluntad de las partes un elemento determinante para el desarrollo mismo del proceso.

Esto acarreó, como indica Picardi, que de manera progresiva se vaya abandonando el método dialéctico de la investigación, convirtiéndose así el contradictorio en una aplicación mecánica de la tesis y en última instancia en prueba de fuerza (2003, p. 16), dejando de lado así a la audiencia, y desarrollándose el proceso solamente con la participación de las partes y sin la presencia del magistrado, intervenido solamente al final del litigio. Teniendo así una visión estática de la contradicción, en donde el juez era un simple espectador del duelo de los justiciables, añadiendo Benvenuti que “esta noción no representa una extensión dinámica al punto de asegurar una efectiva igualdad entre las partes durante todo el proceso, sino una mera paridad formal” (1961, p. 738).

Hecho que conllevó identificar al contradictorio como un binomio que recaía en la información – reacción, conforme lo señala Cabral (2005, pp. 451-452), donde el significado de este principio era la audiencia bilateral, llegando a sostener que el contradictorio sería prescindible para la obtención de una decisión justa. Aunado a lo mencionado, Betti indica que el fundamento lógico del principio del contradictorio reside en la bilateralidad del proceso. De modo que, es un instrumento útil del proceso cuando haya fundamento en el contradecir: si no hay, constituye un escollo (1936, pp. 87-91).

Lo que significaba que eran las partes los directores del proceso, y el juez solo se limitaba a juzgar al final del litigio con los escritos que presentaban los litigantes, lo cual denotaba “una visión individualista del proceso”, conforme lo indica Cabral (2005, p. 453), en donde la concepción del contradictorio se ligaba a los efectos que podría producir la decisión, y los daños potenciales que se le ocasionarían a la contraparte, señalando de manera ilustrativa a Carnelutti a esta disposición bilateral y egoísta “del proceso como juego” (1941, pp. 96-98). Por ello, Calamandrei destacó “la naturaleza dialéctica del proceso en el que cada acto se encuentra concatenado con el anterior y con el que le sigue; cada acción de la parte genera una reacción y una serie de posibilidades para la contraparte” (2009, p. 541).

En ese sentido, según Cabral, “el contradictorio incluye no solo el conocimiento de los actos procesales realizados o en curso de realización, sino también la posibilidad de pronunciarse al respecto. Comprende el derecho de presencia y de recibir comunicación sobre los hechos procesales; incluye las facultades de contraargumentar, examinar los documentos del proceso, dirigir peticiones al juez, formular preguntas a los testigos y cuestiones a los peritos, expresarse oralmente en la audiencia, entre otras” (2005, p. 263),

Añadiendo, que “la ratio del contradictorio” es permitir la posibilidad de reaccionar o prevenir posiciones procesales desfavorables. Siendo la primera cara de este binomio el derecho a la información (*Recht auf Benachrichtigung*), lo cual le permite a la contraparte atacar o cuestionar la demanda presentada por el actor e instaurándose así el contradictorio. Para lo cual es necesario que este conocimiento de la realización y de las consecuencias de los actos procesales se dé a través de la citación, la convocación y la

notificación. Y como segunda faz de este binomio se tiene a la garantía de expresión o reacción en el proceso (*Recht auf Äusserung*), la cual se traduce en esta posibilidad que tienen las partes de expresarse sobre aquellos elementos contenidos en los actos procesales, de manera verbal o escrita, a través de sus abogados o personalmente (2005, pp. 263-264).

Entonces, se puede ver al contradictorio como una moneda, en la cual tenemos, por un lado, la necesidad de informar, y del otro la posibilidad de participar. Esta visión formal y material del contradictorio, según destaca Proto, está vinculada “*alla ideologia liberale*” y, mientras, “*frutto de la concepción liberal-individualista de la realidad presupone que la igualdad formal de las partes corresponde a la igual sustancial*”² (1996, p. 224).

En esta perspectiva, conforme se puede apreciar, se excluye al magistrado como destinatario del contradictorio, lo cual no solo influye en su forma de conducir el debate judicial, sino que también en la forma en que vaya a tomar su decisión. De esta forma, Mitidiero señala que el juez se manifiesta como agente que se encuentra por encima de los litigantes, y donde su preocupación real es que se apliquen las normas conforme a ley (2011, p. 99).

Adicionalmente, señala respecto al tema del contradictorio y la motivación de la decisión lo siguiente:

“al tiempo en que se entendía al contradictorio como algo tan solamente atinente a las partes y, por tanto, en sentido débil, se afirmaba que el deber de motivación de las decisiones judiciales *no podría tener como parámetro para la verificación de corrección la actividad desarrollada por las partes en el juicio*. Bastaba al órgano jurisdiccional, para considerar su decisión como motivada, *demonstrar cuáles eran las razones que fundaban el dispositivo*. Bastaba la *no contradicción* entre las proposiciones constantes de la sentencia. Se partía de un *criterio intrínseco* para la

² “*frutto di una concezione liberal-individualistica della realtà presuppone che all’eguaglianza formale delle parti corrisponda l’eguaglianza sostanziale*”

verificación de la completitud del deber de motivación” (Las cursivas son del original) (2012, p. 63).

En la perspectiva de Calamandrei, se puede entender a este principio lógico-formal, como aquel juego en el cual las partes procesales son libres de poder movilizarse al interior del juego, adoptando la mejor táctica (de acuerdo a su estrategia procesal), siempre y cuando respeten las reglas procesales prefijadas (1996, pp. 259-264). Es decir, en esta llamada bilateralidad de instancia, el juez está ante una visión estática dentro del proceso, en la cual no se involucra, y simplemente es un espectador del duelo de los litigantes.

Para Picardi, en esta concepción del contradictorio, las atribuciones del juzgador se caracterizaban por ser la de un mero funcionario, es decir, las tareas se desarrollan en un contexto burocrático, en donde el papel del magistrado es el de un director del proceso, en donde este principio puede ser útil, pero no siempre indispensable; dado que, el juez viene protegido de significativos poderes de oficio, lo cual lo faculta a no considerar la contradicción (2010, pp. 227-228). Llegando a indicar que el principio del contradictorio es un instrumento útil, pero no siempre indispensable (2010, p. 207).

De acuerdo con lo señalado, se puede indicar que en esta concepción del contradictorio se entendía al proceso como un medio y no un fin, en donde la ausencia del contradictorio no afecta el objetivo del litigio en sí, y solo era útil si existía la posibilidad de contradecir. Es así que, se deja de lado la idea de audiencia, y el proceso solamente se realiza con la participación de las partes, en donde el juez actúa como un simple exportador, donde intervendrá solamente al final del pleito.

Llegando entonces a identificar al contradictorio como un binomio formado por la interacción, información – reacción, en donde, frente al emplazamiento, las partes podían defenderse presentando alegaciones o medios de prueba (igualdad de armas). Todo ello se reflejó en esta audiencia bilateral, en donde se llega a sostener que el contradictorio no era necesario para la obtención de una sentencia justa. Y en donde el juez se encuentra por encima de los justiciables, siendo su real preocupación que las normas se apliquen conforme a la ley.

1.1.2 Concepción fuerte o efectiva

En cambio, cuando se habla de esta noción del contradictorio, se debe indicar que luego de la Segunda Guerra Mundial la concepción del principio del contradictorio cambia debido a la constitucionalización del proceso, lo cual nos lleva a decir que ahora se busca la tutela de los derechos fundamentales en el plano procesal y constitucional, no solo a nivel interno sino también internacional. Taruffo denomina a este periodo histórico como la constitucionalización de las garantías fundamentales (2009, p. 63). Asimismo, Cappelletti, designa a esta internacionalización de los derechos fundamentales como la “justicia constitucional supranacional” (1984, pp. 599-662).

La modificación de la concepción del principio del contradictorio permite mejorar la relación del juez con los litigantes a fin de garantizar una adecuada comunicación entre los sujetos procesales y permitiendo una cooperación legítima entre ellos. Existiendo, de esta manera, una coparticipación entre las partes y el juez, que sea de manera real y efectiva, en donde las partes asumen posiciones iguales, que les va a permitir influenciar de la misma manera en las decisiones que tome el juzgador.

La idea central es que toda decisión que realice el juzgador debe presumir la actuación activa y previa de los litigantes, en donde no solo su participación se realice en la etapa postulatoria del proceso, sino, por el contrario, esta se da en todas las fases de este. De esta forma, según Giostra, este principio implica “una dualidad antagónica y parentética” (2001, p. 1), en el sentido que sus protagonistas deben participar en el proceso en igual de armas o con las mismas oportunidades procesales.

Siendo que ahora ya no se está frente a una concepción formal del contradictorio, sino, por el contrario, a un sentido sustancial, en donde los justiciables tengan la oportunidad de desenvolverse de manera plena y sin limitación alguna, en donde cualquier disposición en contrario es inconstitucional. Señalando Liebman con respecto a esta idea lo siguiente: *“el principio del contradictorio debe ser respetando no solo formalmente, sino sustancialmente, de modo que se garantice a ambas partes la posibilidad de llevar a cabo*

plenamente la defensa de sus razones y las normas que no lo respeten deben ser consideradas inconstitucionales”³ (1957, p. 229).

Adicionalmente, conforme lo manifiesta Martinetto, estamos además en una concepción efectiva, en el sentido que las partes puedan participar activamente en el desarrollo del proceso, participando en la colaboración de hecho y pruebas, y así poder influir en la elaboración y formación de la decisión del juzgador (1959, p. 460).

Y es justamente que este principio está relacionado con el derecho de influenciar, o como lo menciona Trocker el “*principio di partecipazione*” (1974, p. 371). En donde ya no se está frente a un derecho de conocer y reaccionar, sino, al contrario, a un verdadero derecho de influenciar en el desarrollo del proceso, y como tal, en la decisión que, como acto de poder del Estado, recaerá sobre las partes. Opinión que es compartida por Canavi al señalar que ya no estamos frente a un derecho de conocer y reaccionar, sino, más bien, a un derecho de influenciar en el desarrollo mismo del proceso a través de la decisión que emita el Estado, la cual repercutirá sobre las partes (2014, p. 487).

Esta garantía constitucional de poder influenciar, se debe de entender, en palabras de Cabral, como:

“El juez, al interior de sus prerrogativas funcionales, puede considerar errados los argumentos usados por las partes, pero debe, por cuanto concierne al derecho de influencia, tomarlos en consideración, haciendo mención expresa de las tesis propuestas por los sujetos procesales, Es el deber de atención a las alegaciones, intrínsecamente conectado al deber de motivación de decisiones y al correlativo derecho de los ciudadanos de ver su línea argumentativa considerada por el juez (Recht auf Berücksichtigung)”. (2005, pp. 456-457)

La idea se centra, conforme lo señala Guimarães Ribeiro, en que este principio se caracteriza, por la razón en que el magistrado, en su responsabilidad de ser ecuánime, no

³ “*il principio del contraddittorio deve essere rispettato non solo formalmente, ma sostanzialmente, in modo che a entrambe le parti sia garantita la possibilità di svolgere pienamente la difesa delle proprie ragioni e devono considerarsi incostituzionali le norme che non lo rispettano*”

debe emitir un pronunciamiento sin que previamente haya oído a las partes, es decir, tendría que otorgar a los justiciables la oportunidad de expresar sus argumentos, mediante instrumento probatorio y conforme a ley (2011. p. 361). Debiendo de entender, en palabras de Zanetti, al contradictorio como el valor-fuente del propio proceso (2007, p. 194) y a su vez, ser aquella herramienta necesaria para la búsqueda de la verdad, conforme lo menciona Picardi (1998, p. 680).

Este principio ya no puede ser entendido como solo una característica esencial del proceso, sino como lo señala Marinoni:

“el proceso, actualmente, es el propio procedimiento. Pero no apenas, como quiere Fazzalari, el procedimiento realizado en contradictorio —inclusive porque esa exigencia es obvia e innegable—, sino igualmente el procedimiento idóneo a las tutelas prometidas por el derecho material y a la protección del caso concreto. Por cierto, para que el proceso sea capaz de atender al caso concreto, el legislador debe dar a la parte y al juez el poder de concretizarlo o de estructurarlo. O sea, el proceso no solo debe, como módulo legal, atender a las expectativas del derecho material, sino también debe dar al juez y a las partes el poder de utilizar las técnicas procesales necesarias para atender a las particularidades del caso concreto”.

Lo que conlleva señalar, citando a Cavani, que el contradictorio actualmente debe ser observado como:

“un auténtico derecho fundamental, cuyo núcleo duro está compuesto por la cabal participación por sus destinatarios (juez y partes) en el proceso, y así influir en su desenvolvimiento y resolución, queda claro que el contradictorio jamás puede ser excluido de la estructuración del proceso. Ello no quiere decir que no puedan emplearse técnicas para efectivizar el contradictorio que deberán ser aplicadas según las exigencias de que otros derechos fundamentales procesales, tales como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, adecuada y tempestiva” (2014, p. 488).

Siendo entonces, necesario la participación activa de todas las partes en el proceso (juzgador y litigantes), para el desarrollo pleno del contradictorio, lo cual, en palabras de Martinetto, se puede resumir: *“es la posibilidad constante de participar activamente en la conducción del proceso cooperando tanto en la búsqueda de los hechos y de la recolección de pruebas, como en la elaboración y formación de la convicción del juez”*⁴ (1959, p. 460). Y donde Ricci, en semejante sentido indica, que *“el contradictorio es también el instrumento mediante el cual - a través del contraste dialéctico entre diferentes tesis – se persigue el objetivo de una decisión basada en la reconstrucción más pausable de los hechos y en un diagnóstico in iure; y mientras tanto, el contradictorio cumple su función, ya que las partes ejercen efectivamente su derecho a comunicarse”*⁵ (2006, p. 752).

Para lo cual, actualmente se debe entender al proceso, señalando a Cabral como la *“estructura de poder que se ejerce de manera discursiva y las decisiones estatales vinculantes para los individuos deben ser producto de un condicionamiento plural, reflejando una manifestación democrática del poder del Estado”* (2009, p. 117). Señalando el citado autor que, es importante que el órgano jurisdiccional, en virtud del derecho de influencia, se debe de tener en cuenta el razonamiento argumentativo expresado en el debate por los justiciables, señalando que el fallo se fundamenta en aquel condicionamiento específico y no en precomprensiones aisladas, solitarias, extraídas de un *“diálogo de un solo hombre”* o de *“monólogos en paralelo”* (2009, p.151).

Acorde a lo señalado en el párrafo anterior, se puede denotar que el llamado derecho de influencia guarda relación con el derecho a la debida motivación, idea que es compartida por Cabral (2005, p. 457). Y es que al ser el órgano jurisdiccional el destinatario de este influjo por parte de los actores del proceso, tiene la responsabilidad de fundamentar sus resoluciones con base en los alegatos o pruebas otorgados por los justiciables. De esta

⁴ *“en nella costante possibilità di partecipare attivamente allo svolgimento del processo cooperando sia alla ricerca dei fatti ed alla raccolta delle prove, sia alla elaborazione e formazione del convincimento del giudice”*

⁵ *“Il contraddittorio è anche lo strumento, mediante il quale –attraverso la contrapposizione dialettica tra tesi diverse- si persegue il fine di una decisione fondata sulla più plausibile ricostruzione dei fatti e su una corretta diagnosi in iure: ed in tanto il contraddittorio adempie a tale sua funzione, in quanto le parti esercitano effettivamente la loro facoltà di interloquire”*

manera, en palabras de Didier, se indica que “el derecho de influencia coincide con la dimensión sustancial del derecho al contradictorio” (2017, p.92).

De este modo, se puede identificar que en esta concepción del contradictorio existe una mejor relación del juez con los justiciables, a través de una cooperación real y efectiva, lo que permite indicar que estamos dentro de una concepción colaborativa y participativa del proceso, en donde los litigantes y el juzgador se ciñen a los principios fundamentales como el de la tutela jurisdiccional efectiva y el de igualdad de las partes. Y en donde el juez ya no es una persona autoritaria, sino con autoridad, convirtiéndose así en el garante de un proceso legal, en donde predomina la dialéctica y un razonamiento integral, a través de las manifestaciones y razones expuestas por las partes, lo cual permitirá influir en el fallo del magistrado con el objetivo de lograr la búsqueda de la verdad en el proceso, en aras de obtener una decisión justa.

Siendo la idea principal de esta noción que cada decisión que realice el juez deba presuponer la colaboración previa y activa de las partes, y en donde no solamente se limite que participen en la etapa inicial del proceso. Por el contrario, esta se debe de dar en todas las etapas del litigio. Lo que significa que se debe garantizar la oportunidad de que las partes puedan defender sus razones, y la norma que no lo permita puede ser considerada inconstitucional.

1.2 Contradictorio previo, diferido y eventual

Es preciso señalar que esta clasificación del principio del contradictorio⁶ que se procederá a detallar a continuación, tiene una gran importancia dentro del presente trabajo de investigación, pues al señalar a qué se refiere cada uno, va a permitir evaluar si antes de admitir la prueba de oficio el juez debe conceder el contradictorio previo o diferido. Esto es importante porque permite determinar cuál es el actual tratamiento que realizan los órganos jurisdiccionales respecto a la dialéctica que tiene como fundamento el contradictorio, o es que simplemente existe un problema de comprensión de la concepción

⁶ Es necesario indicar que cuando se habla de contradictorio previo o diferido, más que una concepción, se hace referencia a la tipología o clasificación del momento en el cual las partes pueden participar en la decisión judicial del juzgador, ya sea que esta fuese antes (previo) o posterior (diferido).

más contemporánea del principio del contradictorio y su relación con los poderes del oficio de los jueces.

1.2.1 Contradictorio previo

Cuando se hace mención de esta tipología del contradictorio, se tiene que referir a su concepción clásica, la cual se relaciona con el brocador *auditur el altera pars*, la que consiste en que el juez oye a ambas partes para posteriormente decidir.

Por este motivo, este sentido de este principio se refiere a aquel elemento probatorio que pretende ser incorporado por el juez, y que está sujeto *a priori* a la posibilidad de objetarlas o cuestionarlas por las partes, de tal manera que los justiciables puedan ser escuchados, y así el director del proceso tome la decisión de incorporarlos o no. Es decir, luego de haber escuchado a las partes, el juzgador podrá determinar acerca de la fiabilidad y el valor probatorio de aquel elemento probatorio adicional. De esta forma, conforme lo indica Álvaro de Oliveira, este principio no se agota en la bilateralidad de los actos procesales y de la posibilidad de contradecirlos, sino que también implica la necesidad de que los actos judiciales y su formación dependan de la efectiva intervención de los justiciables (2002, p. 20).

Señala, Bordalí que, para la existencia de una tutela declarativa ordinaria, supone el hecho de concretar un contradictorio en términos tales, que los justiciables pueden, ordenada y pausadamente, realizar sus alegaciones e introducir los materiales probatorios, a fin de intentar convencer al magistrado sobre la veracidad de sus afirmaciones (2006, p.210).

Asimismo, Rocco manifestaba que el juez, a menos que la ley disponga otra cosa, no puede decidir sobre ninguna demanda si la parte contra la cual se propone no ha sido regularmente citada y no se ha contradicado (1976, pp. 169-170). Adicionalmente, Peyrano y Chiappiani han precisado que el derecho de contradicción se trata de un derecho público, subjetivo, abstracto y autónomo, ejercitable ante el Estado y del que es titular todo demandado para ser oído en el proceso en donde ha sido emplazado, y para disfrutar de la oportunidad de proponer –en su caso– defensas (1984, p. 137).

Razón por la cual, desde el punto de vista de Pisani, el juez de promover de manera previa el contradictorio, con la finalidad de que “la libre disputa entre las partes para poner al juez en las mejores condiciones posibles para decidir y realizar en tal modo el interés público de la justa composición de la litis” (2014, p. 103).

En virtud de ello, Luiso ha mencionado que “el principio del contradictorio adquiere significado no solo porque garantiza a las partes de alegar en juicio todo lo que el juez no puede detectar de oficio, sino también porque eso constituye una explicación del postulado (por lo demás de común experiencia), que una cuestión discutida es decidida mejor que una cuestión solitariamente afrontada. Solo afirmando que el juez está en grado de decidir igualmente, bien sea en uno u otro caso, se podrían minimizar las consecuencias negativas de la decisión no soportada por el contradictorio” (2022, p. 1614).

En consecuencia, conforme a los autores antes mencionados, se señala que este principio se concreta cuando se da la posibilidad a los justiciables de ser escuchados y no necesariamente con la oportunidad que tengan de hacer uso de esta facultad. Lo importante es que el legislador haya previsto en el dispositivo legal procesal la capacidad de que el demandado pueda ser escuchado con la finalidad de afirmar y/o acreditar sus afirmaciones, para que luego el magistrado pueda resolver, lo cual conlleva señalar que se ha garantizado este principio.

Por esta razón, el magistrado debe aprovechar la participación de los sujetos procesales con la finalidad de arribar a una mejor decisión con una mejor calidad en el fallo. Lo cual permitirá que evitar que el juzgador emita decisiones inesperadas (decisiones-sorpresa), en las cuales no se ha permitido a las partes influir y discutir su contenido.

1.2.2 Contradictorio diferido

En cambio, cuando se habla de esta clasificación del contradictorio, se refiere a aquel proceso en el cual el órgano jurisdiccional (sea de primera o segunda instancia) decide, por ejemplo, incorporar un nuevo medio probatorio *ex officio*, notificando a los justiciables del auto que dispone tal incorporación, pero de forma autónoma y aislada a

los litigante; siendo que la resolución será tomada sin haber escuchado las alegaciones de las partes.

Esta forma del contradictorio está relacionada con el brocardo *inaudita altera pars*, el cual significa “no oída la otra parte” y dentro de nuestra legislación procesal civil, se puede apreciar en el proceso cautelar, por ejemplo, previsto en el artículo 637° del CPC. Dentro de la doctrina procesal se encuentran autores que están de acuerdo con esta acepción de la contradicción, así tenemos a Lama que indica que esta peculiaridad del contradictorio no significa una afectación al derecho de defensa, ni al de bilateralidad que le asiste al demandado o afectado con la medida (2005, p. 100). A su vez, Palacio señala que esta modalidad no implica, en modo alguno, una derogación del principio del contradictorio, sino que es una postergación o aplazamiento de su vigencia (1992, p. 69). Además, Peyrano coincide con los autores mencionados al indicar que no es una excepción al contradictorio, sino más bien una limitación temporal a su eficacia (1978, p. 22). Finalmente, Pisani señala que otorgar una medida liminar *inaudita altera pars* (sin oír a la otra parte), el juez está ponderando derechos y valores, y está decidiendo, entonces en principio, no generaría perjuicios al derecho de defensa del reo (2014, p. 351).

Esta concepción tiene su fundamento, en determinadas circunstancias, en las cuales es necesario la postergación del contradictorio, razón por la cual es necesario un pronunciamiento con cognición sumaria en donde existe un juicio de probabilidad, sea porque solo se ha escuchado a una de las partes o porque no se tienen todas las pruebas necesarias para emitir una decisión. En consecuencia, estos supuestos deben de estar establecidos explícitamente en la norma procesal (respetando así el principio de legalidad procesal) y conforme lo señala Didier, deben de haber merecido de modo previo una “ponderación legislativa entre la efectividad y el contradictorio” (2017, p. 97).

Conforme se podrá apreciar más adelante, esta forma del contradictorio no resulta adecuada a la finalidad que tiene este principio, lo cual no solamente podría vulnerar el derecho de defensa de alguna de las partes, sino que además al restringir su aplicación puede conllevar un uso inapropiado del magistrado, al solamente tener la potestad de

poder incorporar un medio probatorio *ex officio*, sin participación alguna de los justiciables.

1.2.3 Contradictorio eventual

Cuando se habla de este tipo de contradictorio, se debe de indicar que ocurrirá solamente si el interesado propone una demanda para ampliar o finalizar un objeto litigioso que se ha propuesto en un proceso anterior, es decir, el contradictorio ocurrirá en otro proceso en la eventualidad que el interesado así lo requiera. Conforme a lo señalado por Cavani, este será efectivizado en un proceso posterior (2012, p. 292).

Esta forma de contradictorio se puede dar en aquellos casos de tutela anticipada en donde se persigue la satisfacción inmediata, total o parcial, de la pretensión contenida en la demanda cuando de la insatisfacción pueda derivarse un perjuicio irreparable. Lo que implica, que el justiciable no puede aguardar hasta la finalización del proceso judicial, y la consecuente ejecución de la resolución final, para recibir la tutela que requiere.

1.3 El valor epistémico del contradictorio

Cuando se habla de epistemología conforme lo indica Alston se refiere a esta reflexión sistemática y rigurosa que se realiza sobre las posibilidades del conocimiento, la forma como puede llegarse a conocer y justificar afirmaciones verdaderas sobre un objeto de estudio determinado (1989, p. 354). Se trata entonces de llegar a través de los elementos de prueba a determinar un hecho por conocido, por cierto, lo cual permitirá establecer la verdad de estas descripciones y su vinculación con la realidad de las circunstancias fácticas que describen.

En ese sentido, cuando hablamos de epistemología jurídica, conforme lo señala Páez se refiere al análisis de los problemas relacionados con el conocimiento humano de determinados hechos en la realidad que serán tratados en el contexto de un proceso judicial, lo cual conlleva determinar la fiabilidad de que estos hechos sean lo más verdaderos posible (2015, p. 240). Lo cual nos lleva a estipular que los efectos de esta epistemología jurídica están relacionados con la prueba jurídica, es decir, con el fenómeno probatorio.

Aunado a lo mencionado, se ha indicado que la epistemología supone identificar los problemas del conocimiento, de los hechos respecto del rendimiento que pueden tener los elementos de prueba para dar un hecho por conocido, por cierto. Entonces el proceso y la prueba no son otra cosa que una herramienta epistémica. Donde se debe recalcar que uno de los fines del proceso es la búsqueda de la verdad, pero esta indagación no debe realizarse de manera privada por parte del juez; por el contrario, en esta investigación, el medio principal debe ser el contradictorio entre los justiciables.

Por otra parte, es importante entender que el proceso actualmente tiene que ser concebido como aquel en el cual el contenido y la calidad de la decisión que concluye el proceso tienen que estar orientados a resolver una controversia por medio de una decisión justa. Entendiendo que la decisión se puede considerar justa no solo cuando esta es producto de la correcta interpretación de la norma que regula el asunto y su válida aplicación a los hechos del caso en concreto, sino que esta se fundamenta en una comprobación verdadera de los hechos. Lo cual implica que el juzgador, para obtener una decisión justa, debe establecer la verdad sobre las afirmaciones brindadas, las cuales deben corroborar dicha versión.

Razón por la cual, se establece que el proceso tiene una finalidad epistémica, el tratar de descubrir la verdad de las narraciones fácticas, configurándose así, en una condición necesaria de la justicia de la decisión y, por tanto, también en un objetivo necesario del proceso. De manera que, se debe entender que ningún fallo, por más que se interprete o se aplique de manera correcta la norma al caso en concreto, puede considerarse justo, si esta se fundamenta en una reconstrucción falsa de los hechos. Y es que la aplicación de la norma implica la verificación de los hechos que la misma norma tiene en consideración para establecer determinada consecuencia jurídica. Lo cual conlleva a instaurar que si no se ha comprobado el hecho al cual la propia norma hace referencia, esta no se estaría aplicando de manera correcta. Y en caso de suceder ello, a pesar de lo expuesto, se estaría claramente ante una decisión injusta por aplicar de manera errónea la norma a falta de su presupuesto fáctico.

Es necesario indicar que, habiendo establecido que el proceso puede ser considerado como actividad epistémica, cuando se habla del concepto de verdad, no se refiere a que en este se van a descubrir verdades absolutas, puesto que ni en el campo de la ciencia se puede dar ello, sino que la verdad de la que se habla en el proceso es una verdad relativa. Siguiendo este hilo, el tipo de verdad debe de fundamentarse sobre la base de las afirmaciones que otorgan los justiciables, permitiendo esclarecer con los datos proporcionados si estas confirman o no lo enunciado. Lo cual nos lleva a señalar que la verdad de los enunciados a que se refieren los hechos del caso en concreto tiene que estar relacionada con la cantidad y calidad de las pruebas que se proporcionen, las cuales serán el fundamento de la decisión del juzgador. Observando entonces que la verdad que se corrobora a base de la prueba corresponde al grado de aproximación que tienen estas respecto del contexto verdadero de los acontecimientos.

Por ende, la participación de la prueba y la corroboración de estos hechos (verdaderos) permitirá el descubrimiento de la verdad, ya que a través de esta actividad probatoria se lograr llegar a esta función epistemológica que tiene el proceso, la cual como se mencionado, es la búsqueda de la verdad, sustentada en una decisión justa. Así, se puede decir que, la justificación de los poderes probatorios que tiene el juez, se sustenta en la función epistémica, la que hace posible que el magistrado puede recolectar mayor información (pruebas) con el objetivo de tomar una mejor decisión.

Lo dicho, lleva a indicar acorde a lo expresado por Tuzet que el contradictorio no solo debe ser entendido como un principio procesal, sino que además también es un método de búsqueda de la verdad en el proceso; por ende, posee un valor epistémico, es decir, le permite al magistrado producir conocimiento, en la medida en que es capaz de conducir a la verdad sobre los hechos fácticos y proporcionar justificación a nuestras creencias e hipótesis. Aquella conjetura que resista el contradictorio y permita comprobarla como verdadera posee sin duda una cualidad epistémica diferente de aquella conjetura que se realice de manera privada y sin control público y dialéctico. Si bien es cierto, las conjeturas formuladas en privado pueden también ser verdaderas y justificables, en un contexto como el procesal, el contradictorio constituye una indiscutible garantía (2021, p. 211).

Por esta razón, Ubertis ha indicado que la relación que existe entre el contradictorio y el método dialéctico, es la mejor manera hasta ahora identificada en este mundo para alcanzar la verdad, lo cual permite garantizar a cada una de las partes poder presentar a las otras y al juez el conjunto de datos (probatorios, jurídicos y argumentativos) tenidos como los más idóneos para sostener la propia tesis (2009, p. 4062).

Para lo cual, no se debe de olvidar que el contexto procesal es típicamente dialéctico, y es justamente a través de este método, conforme lo señala Tuzet que se puede permitir establecer de modo justificado qué pretensiones fácticas y jurídicas pueden acogerse (2021, p. 212). Por ello, en esta dialéctica que se da entre los justiciables a fin de discutir sus pretensiones, es importante que el contradictorio se vea reflejado a través del derecho de influencia y deber de debate. En el cual el órgano jurisdiccional se ve estimulado por aquellos argumentos que las partes han debatido de tal forma, que la decisión sea el resultado de estas alegaciones discutidas, cooperando así con la elaboración y formación de la convicción del juez.

En tal sentido, el valor epistémico del contradictorio se refleja en esta necesidad que tiene el magistrado de escuchar a las partes (de manera previa), aunado al hecho que la epistemología está preocupada por saber la fiabilidad del conocimiento a través de la información y datos de los sucesos del caso en concreto. Lo cual reflejaría que la verdadera transcendencia epistémica del contradictorio, es escuchar primero a las partes, más aún cuando estamos frente a la posibilidad incorporación de un nuevo elemento de prueba⁷, porque de ellas justamente, el juez podrá obtener mayor información de los datos que directamente han estado presentes en los hechos materia del caso.

⁷ El juez al denotar que existe una insuficiencia probatoria, y estar seguro de incorporar este nuevo medio probatorio debería de primero poner en conocimiento a las partes de esta posibilidad; dado que, conforme al análisis del magistrado existe un hecho que no se ha probado y se requiere ingresar un nuevo elemento de prueba. Es así que, solo a través de este valor epistémico, las partes podrán decir entonces, ejerciendo su contradictorio previo, si están de acuerdo o no en ejercer esta posibilidad aportando incluso nuevos elementos de prueba si lo consideran pertinente o cuestionado el nuevo elemento que se pretende incorporar, llegando incluso al supuesto de que el juez decida por no incorporar este elemento de prueba debido a que ya no resulta necesario al haber aportado las partes otros elementos de prueba.

II. EL CONTRADICTORIO EN EL PROCESO CIVIL

El presente apartado tiene la finalidad de verificar cómo se ha regulado este principio en proceso civil y su inclusión en el actual CPC por parte del legislador. Lo cual permitirá examinar si su regulación es deficiente o no, en comparación con el derecho comparado y las implicancias que ello puede traer en la práctica jurisprudencial. Para finalizar, esta sección con el análisis a la propuesta de reforma del CPC respecto a esta figura jurídica, y si su modificación en la redacción denota una mejoría con el actual tratamiento del contradictorio en el desarrollo del proceso o, todo lo contrario,

2.1 En el Código Procesal Civil: deficiente regulación

En la regulación actual del CPC no existe un artículo expreso que hable sobre el principio del contradictorio, como se ha establecido en la legislación comparada, por ejemplo, en países como Francia⁸, Italia⁹ o Brasil¹⁰. Ello, en opinión del presente autor, ha sido un error, al no establecer el llamado contradictorio en sentido fuerte, como una norma fundamental del desarrollo del proceso en sí mismo, la cual permite a las partes influir en

⁸ El juez debe, en todas las circunstancias, hacer observar y observar él mismo el principio de contradicción. Él no puede retener, en su decisión, los medios, las explicaciones y los documentos invocados o producidos por las partes, a menos que hayan sido debatidos contradictoriamente. Él no puede fundamentar su decisión sobre los medios de derecho que él haya aplicado de oficio sin haber previamente invitado a las partes a presentar sus observaciones. (Parte final del art. 16° del Código Procesal Civil)

⁹ En caso piense plantear como fundamento de la decisión una cuestión conocida de oficio, el juez reserva la decisión, concediendo a las partes, bajo pena de nulidad, un plazo no menor de veinte ni mayor de cuarenta días a partir de la comunicación, para presentar en el registro de memorias observaciones respecto a la misma cuestión. (Art. 101°, 2do. Párrafo del Código de Procedimiento Civil)

En la audiencia de debate o también en las establecidas de conformidad con el tercer párrafo, el juez requiere a las partes, sobre la base de los hechos alegados, realizar las aclaraciones necesarias e indicará las cuestiones de oficio conocidas de las que sería apropiado debatir. (Art. 183, 4to. Párrafo)

¹⁰ Está asegurada a las partes la igualdad de tratamiento en relación con el ejercicio de los derechos y facultades procesales, con los medios de defensa, con las cargas, con los deberes y con la aplicación de sanciones procesales, correspondiendo al juez velar por el efectivo contradictorio. (Art. 7° del Código Procesal Civil)

No se emitirá decisión contra una de las partes sin que esta sea previamente oída. Párrafo único. Lo dispuesto en el artículo no se aplica:

I-a la tutela anticipada de urgencia;

II-a las hipótesis de tutela de evidencia previstas en el art. 311, incisos II y III;

III-a la decisión prevista en el art. 701. (Art. 9° del Código Procesal Civil)

El juez no puede decidir, en ningún grado de jurisdicción, sobre la base de un fundamento respecto del cual no se haya dado a las partes oportunidad de manifestarse, aunque se trate de materia sobre la cual deba decidir de oficio. (Art. 10 del Código Procesal Civil)

la decisión del juez con la finalidad de direccionar el litigio al objeto de la litis materia de la causa.

Sin embargo, de alguna manera se ha tratado de indicar la presencia de este principio a través de su vinculación con el derecho de defensa, el cual se encuentra previsto en el inciso 14 del artículo 139^{o11} de la Constitución Política, lo cual permite que cualquier persona que decida concurrir a una instancia judicial tendrá garantizado el amparo a sus derechos y obligaciones, sea cual sea la naturaleza del proceso (civil, laboral, constitucional, penal, etc.), no quedando en estado de indefensión. Se debe tener presente que este derecho se proyecta a nivel legal a través del principio del contradictorio.

En ese sentido, Carocca señala que el derecho a la defensa tiene un doble enfoque, dentro del cual tenemos una visión positiva y otra negativa. El primero es respecto a esta posibilidad que tienen las partes de formular alegaciones y de contradecirlas; mientras que la segunda tiene que ver con la prohibición de indefensión (1998, p. 80). Asimismo, para Picó i Junoy define a la indefensión como aquella restricción que realizan los órganos jurisdiccionales del derecho de defensa con respecto al hecho que las partes puedan alegar o probar, en igualdad de condiciones (2012, p. 111).

Acorde a lo señalado por los mencionados autores, se puede apreciar que en el derecho a la defensa, se le tiene que dar la posibilidad al justiciable para que pueda alegar y contradecir lo manifestado por la contraparte, de lo contrario estaría en un ambiente de indefensión donde el mismo órgano jurisdiccional no le permite ejercer su derecho de manera plena.

Se debe indicar que este derecho de defensa no solo implica contradecir de manera oportuna las alegaciones esgrimidas por la contraparte, sino, contrario sensu, implica ir

¹¹ **Artículo 139.**
Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
(...)

14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad

más allá, al punto de que los sujetos procesales sean parte del litigio con el objetivo de que consigan participar de todas las actuaciones necesarias con el propósito de poder influenciar en el juzgador.

Conforme lo señala Marinoni, el demandado tiene que participar en el proceso, exponiendo sus argumentos y presentando pruebas, de tal forma, que se le permita defenderse sobre las pruebas ofrecidas por la contraparte. De tal forma, se puede indicar que tener derecho a la defensa consiste en participar de manera activa en el proceso, para así poder influir en la convicción del juez, lo que conlleva a que ni la ley ni el juzgador puedan limitar al accionante de realizar aquellos actos que sean esenciales para la sustentación de sus afirmaciones (2016, p. 172). De esta forma, lo importante con respecto a este derecho es la participación que tendrá la parte en el proceso que, de tal modo, pueda influir en el juzgador.

De lo señalado, se puede apreciar que, si bien es cierto de manera constitucional, se indica que este principio está considerado dentro de un derecho fundamental como es el derecho de defensa, la no regulación de una regla general del tratamiento de este principio ha permitido que, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, a través del proceso cautelar se permita establecer como regla absoluta el contradictorio diferido, conforme se señala en el artículo 637 del CPC. Basado en el argumento de que se está frente a un proceso de urgencia, que a veces no está justificado o en una “mala fe” por parte de alguna de las partes, la cual permite que se le conceda la medida cautelar solicitada a la contraparte.

Esta falta de mención de una regla general y una excepción de este principio dentro del CPC ha permitido que en la práctica jurisdiccional se señale su aplicación a elementos que no tienen una notoria importancia para el desarrollo del proceso en sí mismo, como es la naturaleza del proceso, observación que señala la Corte Suprema en la cuarta regla del Décimo Pleno, respecto a la prueba de oficio y aplicar un contradictorio previo o diferido. Por esta razón, a continuación, se desarrollará cómo se ha establecido este principio en el nuevo proyecto de reforma del CPC.

2.2 Proyecto de Reforma del CPC: el nuevo artículo 7°

En enero del 2021¹², se publicó el Anteproyecto del Nuevo Código Procesal Civil, en el cual, mediante Resolución Ministerial N.º 0299-2016-JUS, se formó un Grupo de Trabajo que se encargaría de revisar y proponer mejoras respecto al Código Procesal Civil, a fin de incorporar nuevas instituciones que respondan a las demandas de la sociedad, los desarrollos jurisprudenciales y los aportes de la legislación procesal civil comparada.

Es de esta manera que, con la modificación del actual CPC, se ha redactado un nuevo texto en el cual por primera vez se establece una regla expresa del principio del contradictorio dentro de nuestra legislación nacional, hecho que nunca había ocurrido en ninguno de los dispositivos legales procesales de carácter civil¹³ anteriores. El cual se encuentra previsto en el artículo VII del Título Preliminar del Nuevo CPC, que indica lo siguiente:

Artículo VII. Contradictorio

1. En todas las etapas del proceso, previamente a resolver cualquier cuestión procesal o de fondo, el juez otorga a las partes la oportunidad de manifestarse, salvo que la ley expresamente le permita decidir sin escuchar previamente a una de las partes. En este caso el juez deberá escuchar a la otra parte con posterioridad a la expedición de su resolución o, de ser el caso, a la ejecución de esta, pudiendo revocarla con base a los argumentos de defensa esgrimidos.
2. El juez fundamenta su decisión a partir de las alegaciones de las partes.
3. Para el cumplimiento de este deber el juez puede fijar audiencias virtuales o presenciales o convocar a los abogados de ambas partes a entrevistas, por escrito o por cualquier otro medio que entienda adecuado.
4. No será necesario promover contradictorio previo para resolver cuestiones de simple trámite o que no ameriten la intervención de la otra parte.

¹²

<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1916007/Proyecto%20del%20Nuevo%20Código%20Procesal%20Civil.pdf.pdf?v=1622221337>

¹³

Nos referimos al Código de Enjuiciamiento en materia Civil de 1852, al Código de Procedimiento Civil de 1912 y el actual Código Procesal Civil de 1993.

Conforme se puede apreciar, el proyecto del Nuevo CPC acoge la idea de la concepción del contradictorio en sentido fuerte, considerando que no solamente se debe manifestar en la etapa postulatoria del proceso (sentido lógico formal), sino que al ser un principio jurídico procesal y al ser un principio fundamental para el proceso en sí mismo, es necesario que se manifieste en cualquier etapa del pleito.

Hay dos temas a tomar en consideración respecto al Contradictorio. El primer tema es referente a si este es un principio o no. Conforme lo ha indicado la doctrina y jurisprudencia comparada, se admite que, efectivamente, el contradictorio es un principio del derecho procesal y, por lo tanto, debió de tener tal denominación en el anteproyecto. Si bien es cierto, no todas las reglas o técnicas tienen la calidad de principio, es sabido que, por ejemplo, en legislaciones como la italiana o la francesa se le denomina a esta categoría jurídica como el principio del contradictorio, y ello también es importante para temas prácticos, ya que al tener tal denominación indica que es una garantía para el desarrollo de un debido proceso, al ser una línea vertebral del proceso sobre la que se construye el plexo normativo procesal.

Como segundo tema se tiene el cumplimiento de este principio, el cual, si bien es cierto, se indica que pueden convocar a audiencias o convocar a los abogados a entrevistas. Se denota que sigue primando la forma escrita para la articulación del contradictorio, como se apreciará líneas más adelante, cuando se trate de la reforma que se ha realizado en el anteproyecto a este poder *ex officio* que tiene el juzgador (nos referimos a la prueba oficiosa).

III. LA PRUEBA DE OFICIO. ASPECTOS GENERALES

En esta sección, en primer lugar, se procederá a determinar la concepción sobre los poderes probatorios del juez, señalando que no solamente la prueba de oficio tiene que ser considerada como el único poder probatorio que tiene el magistrado, sino que existen adicionalmente otros poderes que la legislación le puede permitir realizar al director del proceso. Como siguiente punto, y en vista que el tema de la prueba *ex officio* no es una cuestión pacífica dentro de la doctrina procesal, en donde existe discordancia referente a aspectos sustanciales, se procederá a determinar si la aplicación que tiene esta figura

jurídica dentro del proceso tiene que ser considerada como un poder-facultad o un poder-deber por parte del órgano jurisdiccional.

Finalmente, la utilización o no de esta figura por parte de los tribunales en las causas civiles no estaba siendo clara creando un problema de tipo jurisprudencial, lo cual llevó a que el tribunal supremo emitiera el Décimo Pleno, en donde se fijaron criterios para el adecuado ejercicio y valoración de este poder probatorio que tienen los jueces. De esta manera, se analizarán cuáles son los aspectos que debe de tener el juez al momento de incorporar un nuevo elemento de prueba, y en ese sentido, verificar si la utilización del límite del contradictorio debe de darse.

3.1 Definición: poder probatorio del juez

Antes de entrar a fondo sobre la prueba de oficio, se debe indicar que esta figura jurídica se encuentra prevista dentro de la concepción de los poderes probatorios del juez, en donde la doctrina procesal ha tenido una predilección por identificar a este poder probatorio con el poder probatorio de oficio (*ex officio*) o prueba de oficio; sin embargo, de acuerdo a Ferrer, esta es una concepción que ha sido calificada de reduccionista (2017, p. 149), debido a que no es el único poder con el que cuenta el juez.

Se puede afirmar que estos poderes son todos aquellos que están vinculados con la prueba que emplea el juez en transcurso del proceso. Entendiendo que la actividad probatoria no solo se encuentra prevista en una etapa del proceso, por el contrario, la podemos encontrar desde la presentación de la demanda (etapa postulatoria) hasta la emisión de la sentencia (etapa decisoria).

De esta manera, Ferrer ha señalado seis poderes, como los principales poderes probatorios del juez, los cuales son independientes entre ellos, y que pueden ser otorgados o no (en mayor o menor amplitud) por cada legislación, siendo estos los siguientes:

- “1) La potestad del juez de admitir o inadmitir las pruebas propuestas por las partes,
- 2) La capacidad del juez de intervenir en la práctica de la prueba, especialmente por lo que hace a las pruebas personales (testificales y periciales, especialmente),

formulando preguntas, pidiendo aclaraciones, solicitando de los deponentes mayores detalles o precisiones, 3) La capacidad del juez de indicar a las partes lagunas probatorias que estas deberían integrar, pudiendo incluso determinar qué concretas pruebas deberían aportar y no han aportado al procedimiento, 4) La capacidad del juez de disponer la incorporación de pruebas no solicitadas por las partes, 5) La capacidad del juez de alterar durante el desarrollo del proceso la carga de la prueba. Esta es la denominada carga dinámica de la prueba y 6) La imposición al juez del deber de decidir qué hipótesis fácticas se consideran probadas (2017, pp. 150-160).

Habiendo indicado previamente (de manera general) los poderes probatorios del juez, se procede a abordar el tema de fondo en el siguiente sub capítulo, el cual es la prueba oficiosa en el proceso civil, y de qué manera debe ser considerada la utilización de este poder probatorio: un deber o una facultad que tiene el magistrado durante el desarrollo del proceso.

3.2 ¿Poder - deber o poder – facultad?

Conforme se mencionó líneas arriba, esta institución jurídica genera mucha controversia, ergo no existe por parte de la doctrina especializada un consenso sobre su aplicación en el proceso. Para un grupo de estudiosos del derecho procesal considera que únicamente la actividad probatoria tiene que ser realizada por las partes; mientras que otro grupo considera que pueden realizar esta actividad tanto los litigantes como el juez, aplicándose solamente en casos excepcionales, en los cuales nos encontramos frente a una actividad *ex officio iudicis* en la aportación de material probatorio.

Dentro de la doctrina procesal nacional, algunas definiciones sobre lo que se considera prueba oficiosa podemos indicar, por ejemplo, a Alfaro, el cual indica que la prueba *ex officio* es la facultad procesal que, en virtud al sistema de justicia, le legitima al director del proceso la facultad para tener iniciativa en la actuación de medios probatorios, siempre que, los medios probatorios que han proporcionado las partes son insuficientes para crearle la convicción necesaria sobre la veracidad de hechos alegados (2017, p. 71). En ese aspecto, el mencionado autor señala, en primer lugar, que esta es una facultad que

se le confiere al magistrado y, en segundo lugar, solo se dará cuando la actividad probatoria sea insuficiente para lograr que obtenga una convicción sobre los hechos fácticos del proceso.

Por otro lado, tenemos a Taramona, el cual indica que conforme a nuestra legislación procesal se le permite al juez solicitar pruebas de oficio desde el inicio de la fase probatoria hasta el fallo, así como permite la ampliación de las pruebas ya presentadas por los litigantes, además de solicitar pruebas no ofrecidas por los justiciables, condición de que versen sobre hechos ya mencionados por las mismas partes y que su ofrecimiento al proceso no afecte el derecho de estas (1994, pp. 63-64). En este contexto, el autor menciona justamente uno de los límites que tiene que tener la aplicación de la prueba *ex officio* en el proceso, el cual se refiere a hechos que han sido mencionados por algunos de los litigantes, límite que será desarrollado más adelante.

Desde la perspectiva de Ariano, el juez puede ordenar la actuación de medios probatorios adicionales, cuando los considere convenientes. Por ende, se le ha otorgado al juez una facultad discrecional. En ese sentido, se debe entender que no es un deber del magistrado, sino una mera facultad, la cual puede ejercerla o no (2003, pp. 205-206). De lo citado por la autora, se comparte la idea de que en principio son las partes las que deben proporcionar las pruebas necesarias para acreditar sus afirmaciones y de manera excepcional el juez ejerza esta actividad probatoria.

Aparte de eso, la autora también indica que el juez puede ordenar la actuación de medios probatorios, siempre y cuando los crea convenientes. De modo que, estamos frente a una facultad discrecional que tiene el juzgador y no ante una obligación legal. Entendiéndose que, es una facultad discrecional y no un deber, porque la no utilización de estos no produce la nulidad de la sentencia (2001, p. 80). Dicha idea corrobora lo expresado en el párrafo anterior, al señalar que efectivamente no es una obligación que deban de considerar los magistrados y, por consiguiente, su no realización no afecta en nada el futuro fallo que se dicte.

Cabe señalar que esta facultad que tiene el juzgador de poder solicitar que se incorporen nuevos medios de prueba al proceso puede traducirse en: a) una afectación al principio de imparcialidad, b) una vulneración al derecho de defensa (vinculado con el principio del contradictorio) y c) en un quebrantamiento del criterio de igualdad entre las partes.

En consecuencia, los encargados de impulsar el proceso civil son únicamente las partes, las cuales son las que han propuesto sus pretensiones (*petitum*), con base en los hechos fácticos que la sustentan (*causa petendi*) y, a fin de demostrar la veracidad de estas afirmaciones, ofrecen medios probatorios que lo sustenten. Por consiguiente, se puede deducir que la carga de la prueba les corresponde única y exclusivamente a las partes, quienes son las encargadas de probar que las afirmaciones alegadas son ciertas o no.

Sin embargo, el empleo de las pruebas de oficio tiene que darse de manera excepcional, al ser la regla general de que la carga de la prueba le incumbe a los litigantes, y el abuso de la actividad oficiosa puede terminar afectando su imparcialidad y beneficiando a uno de los litigantes, en perjuicio del otro; al no permitirle cuestionar la eficacia y contenido de la prueba aportada, es decir, no permitir que se realice un adecuado uso del contradictorio.

Cavani señala que en la prueba de oficio pueden encontrarse por lo menos cuatro características: a) El presupuesto, sostiene que la prueba de oficio es una facultad que puede ejercitarse ante la falta del esclarecimiento de un hecho esencial, b) La oportunidad, el único momento en el que puede utilizarse esta facultad probatoria es luego de la actuación probatoria, es decir, cuando el juez ya se encuentra por sentenciar, c) Su contenido, refiere que este poder probatorio no ha delimitado qué, cuáles o cuántos medios probatorios pueden ser incorporados, y d) Su fundamento, que en estricto concierne al incremento del acervo probatorio para tener mayores elementos de juicio al fallar (2019, p. 280). Asimismo, Canelo señala que las pruebas oficiosas provienen del sistema procesal publicístico, debido a que de su incorporación se debe exclusivamente a la disposición del juzgador, quien cumple su rol preponderante; añadiendo que resulta útil este sistema, al otorgarle al juez esta facultad, que le va a proporcionar elementos nuevos

sobre los puntos controvertidos que no han sido demostrados por las partes (2017, pp. 142-149).

Al respecto, es necesario indicar que comparto la opinión del primer autor al indicar que en las pruebas de oficio pueden encontrarse las características señaladas. Claro, está, como se dice, siendo una facultad que tiene el juez, en una etapa específica del proceso y con el objetivo de llegar a la verdad cuando las partes no han proporcionado el material probatorio necesario para acreditar la veracidad o no de los hechos afirmados. Y con respecto al segundo autor, si bien es cierto que la prueba *ex officio* es una característica del sistema publicístico, se debe tener presente que, en nuestro CPC, existen rasgos de la coexistencia del sistema dispositivo e inquisitivo, lo que podría llevar a afirmar que estamos frente a un sistema procesal híbrido.

Por esta razón, es importante que la aplicación de esta figura jurídica no sea una libre potestad del ejercicio del juez, en otras palabras, que la emplee cuantas veces quiera y sin respetar derechos procesales fundamentales de las partes. Debiendo entender entonces que, conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, el juez debe de considerar a esta posibilidad que se le ha otorgado como una facultad discrecional y por ninguna razón como un deber. Por tal motivo, su utilización en el proceso debe darse a través de determinados criterios que limitarán su uso, los cuales se explicarán en el siguiente apartado.

3.3 Límites a la actuación de la prueba de oficio

Como punto inicial, se debe señalar que la iniciativa probatoria *ex officio* que tiene el juzgador no puede ser ilimitada y, conforme lo señala Picó i Junoy, el permitirlo puede ocasionar que entre en conflicto con derechos o valores constitucionales que merecen ser protegidos (2008, p. 83). Por consiguiente, el juez, al aplicar el derecho al caso en concreto, tiene como límite el respecto a los derechos constitucionales de los litigantes. Razón por la cual, el ejercicio de la prueba oficiosa, no puede vulnerar los derechos fundamentales, y en el caso en particular los derechos de los justiciables dentro del proceso. De modo que, la doctrina procesal ha determinado que esta figura jurídica tenga ciertos límites para su aplicación, dentro de los cuales tenemos a Picó i Junoy, quien

señala como límites los siguientes: a) se debe limitar a los hechos controvertidos o discutidos por las partes, b) es necesario que consten en el proceso las fuentes de prueba y c) el respecto al derecho de defensa de las partes (2008, pp. 83-84).

Respecto a los límites señalados, Alsina comparte alguno de ellos, indicando los siguientes: 1) sólo es procedente respecto de hechos controvertidos; 2) no es procedente respecto de hechos no invocados por las partes; 3) dado que a las partes corresponde la carga de la prueba, no solo en cuanto a su ofrecimiento, sino también a su producción, el juez no puede ordenar la actuación de medios probatorios que no deriven de las fuentes proporcionadas por dichas partes; 4) por el principio de la igualdad, el juez debe evitar suplir la omisión de las partes; 5) las restricciones a los medios probatorios de oficio no rigen respecto de cuestiones que afecten el orden público o cuando el juez advierta que existe un propósito doloso o colusivo (1958, pp. 413-414).

Conforme a lo señalado líneas adelante, se puede considerar como los límites para el ejercicio de la actividad probatoria que realizará el juez los siguientes:

- a) Las pruebas de oficio no son útiles para reemplazar a las partes en la carga probatoria.

Cuando se refiere a esta limitación, se debe entender aquel supuesto en el cual las partes han cumplido con presentar los medios probatorios necesarios para acreditar sus afirmaciones, es decir, ha existido una actividad probatoria por parte de ellas. Sin embargo, a pesar de existir medios probatorios en el proceso, el magistrado estima necesario actuar, además, otras pruebas. Por tal motivo, no se puede inferir que el juez, abusando de la potestad que le ha conferido la ley, puede ejercer actividad probatoria a pesar de que las partes no la hayan ejercido. El hacerlo implicaría que el juez se convierta en parte del proceso, lo cual afectaría su imparcialidad y desnaturalizaría la esencia del proceso.

- b) Las pruebas de oficio deben derivarse de la fuente de prueba citada por las partes. Cuando se habla de fuente de prueba, se debe entender que es toda persona, cosa u objeto que permite probar un hecho. De esta manera, para Ortells son los

elementos que existen en la realidad, y que son aptos para producir convicción sobre datos de hecho (2001, pp. 377-378). Entonces, se puede indicar que la fuente de prueba es aquella que contiene información sobre los hechos vinculados al proceso y es relevante para el propósito de las partes, con la finalidad de poder convencer al juez de la veracidad de su pretensión. Asimismo, al encontrarse esta información fuera del proceso, se señala que es una fuente pre procesal, por el hecho que existe antes de la existencia del proceso, además también es extraprocesal por el hecho que se encuentra fuera del proceso.

Entonces, son los justiciables quienes deben remitirse a la fuente de prueba para ofrecer sus medios probatorios. De modo que, esta limitación se relaciona a aquella circunstancia en la cual, si la fuente de prueba ha sido citada por alguna de las partes durante el proceso, a pesar de no haberse ofrecido como medio de prueba, el juez estará facultado para ordenar su actuación de oficio.

- c) Las pruebas de oficio deben relacionarse con el objeto de prueba del proceso. Cuando se refiere al objeto de prueba, conforme lo indica Echandía, es necesario entender a estos en sentido amplio, es decir, todo lo que puede ser percibido; no solo limitándose a sucesos o acontecimientos de manera literal (2006, p. 182-184). Señala, además, el autor que debe distinguirse el objeto abstracto de prueba del objeto concreto de prueba, en el cual, el primero se incluye a todo aquello que es susceptible de ser probado o que puede ser prueba, sin que exista una relación con una causa en particular; mientras que, el segundo está conformado por aquellos hechos que, de forma directa o indirecta, que tienen relación con la controversia sobre la cual gira el proceso (2002, p. 165). En consecuencia, el objeto de prueba está relacionado con los hechos o puntos controvertidos, los cuales se determinarán a partir de las afirmaciones o negaciones señaladas por las partes, respectivamente. Esta limitación se refiere al hecho de que, a pesar de estar el demandado en rebeldía, el juez tiene que dilucidar los puntos controvertidos del proceso, acreditando que los hechos manifestados por el demandante han sido probados. Pudiendo entonces solicitar medios probatorios, pero únicamente que tengan relación con la materia controvertida del proceso.

d) Las pruebas de oficio deben respetar el derecho de contradictorio.

Esta limitación está vinculada con el contradictorio, y con el hecho de que las partes tienen que conocer las pruebas ofrecidas en el proceso, así como cuestionarlas. Dicha regla también incluye a la actuación de las pruebas de oficio, las cuales también deben cumplir con el objetivo de este principio (contradictorio), es decir, el derecho de las partes de conocer y cuestionar todo aquello (medios probatorios de oficio, también) que será considerado para que se resuelva el conflicto que los involucra.

IV. PRUEBA DE OFICIO EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL

Dentro de nuestro ordenamiento procesal, esta figura jurídica se encuentra prevista en el artículo 194° del CPC, por ello en esta sección se analizará como primer punto la regulación que tiene actualmente esta institución jurídica dentro de nuestro marco legal y como ha cambiado su aplicación a raíz de la modificación realizada por parte del legislador para finalizar con el análisis que se pretende realizar en el nuevo proyecto del CPC y verificar si existen ventajas o no con la regulación actual.

4.1 Análisis del artículo 194° del CPC y su reforma

El CPC regula la prueba de oficio en el artículo 194°, tema controvertido que ha sido desde el texto original del mencionado dispositivo legal hasta la actualidad; sin embargo, cuando sale a la luz el CPC y los magistrados interpretaban este artículo, tenían la idea de que estaban frente a un deber del juez de ofrecer y actuar pruebas de oficio. Siendo que, el texto original del artículo 194° del CPC señalaba lo siguiente:

“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”.

No obstante, el problema con este dispositivo legal es que, en muchas ocasiones, la segunda instancia declaraba nulas las sentencias debido a una omisión de la prueba de

oficio, al considerar que para poder resolver el conflicto y no vulnerar el principio de pluralidad de instancias, la admisión y actuación de las pruebas de oficio la debía realizar el juez de origen. Además, se tenía que tener en consideración que muchas veces el juez de primera instancia con las pruebas ofrecidas por las partes, argumentaba y fundamentaba correctamente su decisión, para lo cual resultaba innecesario el hecho de que el órgano revisor (segunda instancia) solicitara pruebas de oficio, pues al final era el mismo resultado; razón por la cual, el magistrado repetía su sentencia, al considerar que no eran necesarias las pruebas de oficio requeridas para la *litis* del proceso.

De este modo, debido a lo señalado, se decidió modificar el artículo 194° del CPC a través del artículo 2° de la Ley N.º 30293, publicada el 28 de diciembre del 2014, en la cual se señala como nuevo texto el siguiente:

“Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el juez de primera o 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”.

Concorde al nuevo texto, se puede apreciar que existe una gran diferencia con el anterior, porque en primer lugar señala la excepcionalidad de la figura de la prueba de oficio, además indica que solo serán aquellos cuya fuente de prueba hayan sido mencionadas por algunas de las partes en el proceso¹⁴. Además, indica que la incorporación de estas pruebas debe estar motivada y debe existir la contradicción en la prueba.

¹⁴ Mayor profundidad sobre este tema, puede ver la subsección 3.3 rubricado Límites en la actuación de la prueba de oficio del capítulo I.

Pero a pesar de la modificación en la redacción del artículo 194° del CPC, los órganos jurisdiccionales del país siguieron entiendo y aplicando de manera distinta este dispositivo legal, lo cual llevó a la Corte Suprema a emitir el Pleno Casatorio en análisis. Por este motivo, en el siguiente capítulo se procederá a analizar solamente aquellas reglas que nos ha dejado el Décimo Pleno y que tienen una vinculación con el principio del contradictorio y la prueba de oficio.

4.2 Mejora en el Proyecto de Reforma del CPC

La propuesta de la prueba de oficio se encuentra prevista en el artículo 278° del Nuevo CPC, el cual a continuación se procede a señalar a fin de ver cuáles serían las modificaciones que se podrían haber incorporado a la redacción que se tiene actualmente:

Artículo 278. Pruebas de oficio

Excepcionalmente, al momento de sentenciar, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes no sean suficientes para probar los hechos controvertidos, el juez de primera o de segunda instancia puede incorporar medios probatorios de oficio siempre que la existencia de los mismos haya sido invocada en alguna fuente de prueba citada en el proceso.

Para tales efectos, el juez debe informar previamente a las partes la necesidad de incorporar un medio probatorio sobre algún hecho que a su juicio no estaría probado. Las partes deben absolver lo indicado por el juez en un plazo de diez (10) días y podrán ofrecer nuevos medios de prueba sobre el hecho indicado por el juez. Las partes tienen derecho a presentar nuevas defensas y alegaciones respecto de los medios de prueba ofrecidos por la otra.

Con la absolución o sin ella, el juez califica los medios de prueba ofrecidos por las partes y decide la incorporación de oficio o no del medio de prueba. En caso la decisión sea la de incorporar el medio probatorio, el juez otorga a las partes un plazo adicional de diez días para que puedan ejercer su derecho de defensa respecto de él, pudiendo ofrecer nuevos medios probatorios si fuera el caso.

En ninguna instancia o grado se declara la nulidad de la sentencia por no haberse ordenado la incorporación de oficio de medios probatorios.

No obstante, con relación al texto actual, se denota una mejor redacción, siendo una propuesta más clara y razonable respecto a la aplicación de esta figura jurídica tanto por los órganos jurisdiccionales de primera o segunda instancia, indicando por ejemplo cuándo y cómo se debe realizar su incorporación al proceso; sin embargo, se indica que no se aprecia una gran diferencia entre ambos textos. Es así que, a fin de analizar esta nueva propuesta de regulación de la prueba de oficio, se procederá a determinar cuáles son los límites que se han establecido, siendo estos los siguientes:

- 1) Excepcional: este límite se mantiene conforme al texto actual, lo que es correcto, pues la idea inicial es que sean las partes las que tienen que incorporar las pruebas al proceso, con la finalidad de sustentar sus afirmaciones, y solo de manera excepcional, ante la falta de prueba, se recurra a la prueba de oficio.
- 2) La fuente de prueba tiene que venir del proceso: dicho límite también se encuentra previsto en el texto actual, lo cual también resulta razonable mantener dado que el juez no puede incorporar material probatorio de conocimiento privado, es decir, aquello que no haya sido de su conocimiento en los actos procesales, puesto que tiene que mantener su imparcialidad y el respeto por el derecho de igualdad entre las partes.
- 3) Motivación: límite que también se encuentra previsto en el texto original, pero que a diferencia del texto actual donde expresamente se indica que el auto que ordena la incorporación de la prueba de oficio tiene que estar “motivado” bajo sanción de nulidad, el nuevo texto habla de la “necesidad” que debe tener el juez de informar sobre la incorporación de un medio probatorio que no estaría probado, lo cual a nuestro entender se refiere a la motivación del auto.
- 4) Presentación de nuevas defensas y alegaciones: este límite, a diferencia del texto actual, si es nuevo, o por lo menos no está previsto, lo cual deja de manera clara que se tiene que dejar ejercer el derecho de defensa a las partes, lo cual también se concadena con el contradictorio, al indicar que las partes pueden presentar alegaciones respecto de los nuevos medios de prueba ofrecidos por la parte con ocasión de la incorporación de la prueba de oficio indicada por el juez.

Acorde a lo analizado, en el nuevo texto que contempla la prueba *ex officio* se mantienen ciertos límites que podemos encontrar actualmente, pero conforme a los límites señalados en el Décimo Pleno, hay reglas adicionales que podrían ayudar a complementar la nueva definición que se está proponiendo en el anteproyecto del Código, como la referente a la atribución que tienen los magistrados, respecto a que es una facultad y no un deber, y el hecho de que su utilización solo se debería darse en una oportunidad.

De acuerdo a lo indicado al inicio de este apartado, la articulación del contradictorio en este poder *ex officio* se encuentra prevista en el segundo y tercer párrafo del artículo en análisis, en donde se establece el procedimiento que debe seguir el principio del contradictorio para la incorporación de la prueba de oficio. Sin embargo, en opinión del autor del presente trabajo de investigación, existe un problema con respecto a este artículo. Dado que, se menciona que los justiciables podrán ofrecer nuevos medios de prueba sobre el hecho indicado por el juez, lo cual genera una confusión respecto a la calidad de esta nueva prueba que se pretende incorporar.

Ya que, al hablar del ofrecimiento de un nuevo medio de prueba, nos estamos refiriendo a un medio de prueba extemporáneo y no a una prueba de oficio, lo cual va en contra de esta facultad oficiosa que tiene el director del proceso. Por ello, debe considerarse que el juez haga suya estas pruebas extemporáneas a fin de salvaguardar la esencia de la iniciativa probatoria del magistrado; de tal forma, que se incluyan en el proceso.

En resumen, en el presente capítulo se han querido definir las dos figuras jurídicas que fundamentan esta investigación, las cuales son el principio del contradictorio y la prueba de oficio. Lo cual permitirá, más adelante, en primer lugar, evaluar si las reglas vinculantes que se han establecido en el Décimo Pleno han sido adecuadamente tratadas, conforme a las concepciones descritas y, en segundo lugar, establecer si hay una adecuada protección a este derecho fundamental de carácter procesal, que es el contradictorio cuando se encuentra frente a la incorporación de prueba *ex officio*.

CAPITULO II

DÉCIMO PLENO CASATORIO CIVIL: REGLAS VINCULANTES

En este capítulo, se analizarán aquellas reglas del Décimo Pleno que estén directamente vinculadas a los dos grandes temas que tiene como eje central el presente trabajo de investigación, los cuales son: la prueba de oficio y el contradictorio. De esta forma, se desarrollará el tratamiento en la aplicación de cada una de estas pautas y posteriormente verificar si existe alguna conexión entre ellas o, de lo contrario, hay una discordancia.

En el primer sub capítulo, se empezará, con el tema del Precedente Judicial y la definición que tiene esta figura dentro del ámbito jurídico, para luego analizar qué es un Pleno Casatorio y ver si efectivamente este instrumento de la jurisprudencia nacional guarda relación con la concepción del precedente. Finalmente, se examinará la fuerza vinculante que tienen estos plenos y si su utilización actual permite su obligatoriedad.

Como segundo punto, se verá cuáles fueron los fundamentos que motivaron a la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República para que convoque a Pleno Casatorio a los integrantes de las Salas Permanentes y Transitoria, con la finalidad de emitir el Décimo Pleno. Y los hechos relevantes que llevaron al tribunal vértice a convocarlo.

Posteriormente, en el siguiente sub apartado, se tratará la tercera regla, la cual está vinculada a los límites que debe de tener esta figura jurídica y verificar si conforme a la modificación realizada al artículo 194° del CPC, la Corte Suprema ha mantenido esas limitaciones o, por el contrario, ha indicado algunas más, detallando en qué consistente cada criterio limitativo, pero realizando un énfasis sobre el límite del principio del contradictorio, el que es uno de los temas céntricos del presente trabajo; posteriormente, se revisará el desacuerdo jurisprudencial que habían tenido los órganos jurisdiccionales sobre la aplicación del contradictorio (previo o diferido) con respecto a la prueba de oficio, lo cual generó, la emisión de la cuarta regla del Décimo Pleno. Pauta que es

estudiada como último punto de esta sección, analizando lo que implicaría realizarla y las consecuencias que ello puede traer.

Finalmente, como último punto se examinarán aquellas reglas que tienen relación con la instancia en la que se encuentre el proceso y la incorporación de la prueba de oficio, es decir, en primera instancia se empleará la quinta regla del Décimo Pleno, la cual tiene algunos puntos distintos sobre la aplicación del principio del contradictorio, tales como si se trata de un proceso oral o escrito. Seguidamente, se indagará sobre la posición que tenían los jueces de apelación sobre la declaración de nulidad por la omisión de la prueba de oficio y las desventajas que traía aplicar este supuesto. Culminando con el análisis de la octava regla del Décimo Pleno, que es aquella que permite al órgano jurisdiccional superior el empleo de la prueba de oficio.

I. PRECEDENTE JUDICIAL Y PLENO CASATORIO

En el presente apartado tiene como objetivo analizar y verificar si el precedente judicial, conforme a la familia del *common law*, se ha establecido de manera adecuada en nuestro ordenamiento jurídico a través de los llamados plenos casatorios. Y si estos están cumpliendo con la finalidad misma del precedente judicial o, por el contrario, su empleo ha sido inadecuado, cuestionando así su cumplimiento y obligatoriedad.

Teniendo en cuenta que es justamente un pleno casatorio lo que se está analizando y, por lo tanto, es importante verificar si efectivamente la aplicación de esta institución permite considerar que las reglas que se emitieron tienen el carácter de obligatorias y efectivamente cumplen con el sentido del precedente o, por el contrario, el tribunal supremo ha abusado de esta figura en el Décimo Pleno, lo cual dificulta su cumplimiento, al crear una inseguridad jurídica.

1.1 Precedente Judicial

Cuando se utiliza el término precedente, en nuestro idioma, de acuerdo con su definición, puede significar lo siguiente: “Que precede o es anterior y primero en el orden de la colocación o de los tiempos”¹⁵. Sin embargo, cuando ya se menciona este término dentro

¹⁵ <https://dle.rae.es/precedente>

del ámbito jurídico, su concepción adquiere un mayor valor y adquiere una connotación especial.

Esta figura jurídica nace de la familia del *common law*, específicamente de la doctrina del *stare decisis et no quieta moveré*, que significa, en traducción flexible, “estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto”. La idea general que subyace a la doctrina es la del respeto por las decisiones precedentes – o, simplemente, los “precedentes” –, es decir, decisiones tomadas previamente por otros tribunales que resolvieron un problema semejante.

De esta forma, conforme lo indica Cavani, se puede definir al precedente como: aquella regla que se deriva del análisis de un acto decisorial (no necesariamente judicial) acogido en un caso en particular, a partir de eventos corroborados y justificados, que servirá para solucionar causas futuras análogas, siempre y cuando, los hechos del caso a resolver sean idénticos o al menos similares al caso previo (2018, p. 176).

La justificación de la existencia del precedente en cualquier sistema jurídico lo expresa Ramírez al manifestar que ello facilita el respeto al derecho de toda persona a la igualdad (2018, p. 33). Y esto se traduce a través de que en un Estado de derecho todos los ciudadanos tenemos los mismos derechos y, por lo tanto, las normas que regulan la conducta de las personas deben aplicarse de manera igual para todos. Adicionalmente, tenemos también el tema de la seguridad jurídica, la cual Marinoni indica que debe ser “vista como estabilidad y continuidad del orden jurídico y previsibilidad de las consecuencias jurídicas de determinada conducta, es indispensable para la conformación de un Estado que pretenda ser Estado de derecho” (2013, p.136).

Entonces se tiene que entender que los precedentes judiciales son criterios interpretativos que deben de ser adoptados por los magistrados de las instancias inferiores al momento de solucionar un proceso, el cual se encuentra bajo los alcances del precedente, Debiendo entender como lo señala Marinoni que estas directrices:

“no constituyen reglas lógicas, sino criterios que son elegidos y completados mediante valoraciones y opciones del intérprete, que conducen a un resultado - interpretación que expresa su voluntad. La decisión interpretativa no es determinada por la fórmula legislativa, pero es fruto de valoraciones y de la voluntad del intérprete” (2015, p. 71).

Ahora bien, esta necesidad de contar con esta institución jurídica en nuestro ordenamiento procesal ha llevado al legislador, en salvaguarda de la unicidad y coherencia del derecho, de contar con esta figura, a través de los Plenos Casatorios, los cuales, con ciertas características análogas al precedente judicial del *common law*, pretenden establecer reglas jurídicas con carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales de grado inferior. Por esta razón, a continuación, se desarrollará qué son los plenos casatorios y cómo está reglamentada en el proceso civil.

1.2 ¿Qué es un pleno casatorio?

Como preámbulo a la definición de lo que es un pleno casatorio, se tiene que indicar previamente que es un recurso de casación, el cual conforme lo indica Echandía, es aquel recurso extraordinario, razón por la cual está limitado a los casos en que la importancia del litigio, por su valor o por su naturaleza, lo justifica. Por él se enjuicia la sentencia del tribunal, que es su objeto, sin que implique una revisión general del juicio (2009, p. 797).

Dentro de las funciones de la casación, podremos encontrar las siguientes:

- a) La función nomofiláctica: Conforme lo ha indicado Hurtado, la finalidad monofiláctica es aquella encargada del control normativo de las resoluciones, teniendo en cuenta la búsqueda por preservar el ordenamiento jurídico. En consecuencia, la finalidad nomofiláctica implica el examen que se realiza por medio de la casación para la defensa del derecho objetivo de aquellas decisiones que pretenden quebrar la unidad jurídica (2012, p. 100). En cambio, para Taruffo, la función de la nomofiláctica la podemos definir como aquella elección de la interpretación “justa” de la norma al caso concreto. (2006, p. 226)

Acorde a lo señalado por los juristas mencionados anteriormente, se puede establecer que esta función es aquella en la cual la Corte Suprema se limitará a controlar la aplicación del derecho objetivo vigente, sin que exista la posibilidad de que valore los medios probatorios ofrecidos durante el transcurso del proceso o que varíe la base fáctica establecida por las instancias de mérito.

- b) La función de uniformizar la jurisprudencia: Para Carrión, la finalidad de esta función es aquella por la cual se van a unificar los criterios de decisión en casos similares o idénticos o semejantes (2012, p. 54). Asimismo, conforme lo ha indicado Hurtado, con esta función se hace viable el principio de igualdad ante la ley y el de seguridad jurídica. (2012, p. 102)

En tal sentido, se aprecia que esta función de la casación busca crear un criterio jurídico uniforme frente a supuestos fácticos semejantes o idénticos, con lo cual se pretende establecer una predictibilidad sobre los pronunciamientos jurisprudenciales, creando así una seguridad jurídica a los justiciables de que recibirán una misma respuesta frente a un supuesto fáctico semejante, evitando la arbitrariedad y primando la igualdad ante la ley.

- c) La función dikelógica: De acuerdo a Dongo, esta función busca hacer justicia al caso en concreto, con lo cual podría confundirse que estamos ante una tercera instancia, debido a que, si bien es cierto que desde sus orígenes la casación ha perseguido la preservación y aplicación correcta del derecho objetivo, no podemos olvidar que existe un agravio de carácter subjetivo (2007, p. 31).

Asimismo, como lo ha marcado Carrión, al tener el proceso la finalidad de abstracta y sublime de lograr la paz social en justicia, con igual razón se debe sostener que el recurso de casación tiene la misma finalidad (2012, p. 67).

Por esta razón, con base en la función uniformizadora que tiene este recurso¹⁶ y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 400° del CPC, se reglamentó la figura del precedente judicial, en el proceso civil, a través de la convocatoria a sesión de Pleno Casatorio, con la participación de todos los magistrados de todas las Salas Civiles Supremas.

Dentro de la doctrina procesal nacional Cavani¹⁷ define al Pleno Casatorio como: “la reunión de los jueces supremos formada a partir de un procedimiento incidental derivado, a su vez, del procedimiento ante la Corte Suprema iniciado con la interposición de un recurso de casación; siendo que este procedimiento incidental es suscitado por la Sala Suprema competente que declaró la procedencia del recurso, a fin de emitir una sentencia para dicho caso, en el marco de la cual se dictar una o más reglas jurisprudenciales vinculantes”.

De esta manera, se puede indicar que un Pleno Casatorio, es la reunión de todos los jueces de las Salas Supremas (Permanentes o Transitorias)¹⁸, de una especialidad (en el presente caso, Civil), para emitir un precedente, el cual estará contenido en una sentencia luego de haber escuchado los informes de los abogados, de los *amicus curiae* y de deliberar, con la idea latente de emitir un precedente que a futuro las salas seguirán el criterio aplicado en la sentencia plenaria. En consecuencia, como siguiente punto, se verá la fuerza vinculante que tiene el Pleno Casatorio y la obligatoriedad de este.

1.3 Fuerza vinculante del Pleno Casatorio

Conforme se ha señalado, el legislador¹⁹ ha querido introducir la figura del precedente judicial a través de los Plenos Casatorios, los cuales, dependiendo la especialización, se

¹⁶ **Artículo 384.- Fines de la casación.**

El recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia.

¹⁷ <https://afojascero.com/2016/07/16/que-es-un-pleno-casatorio/>

¹⁸ En nuestro país, el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, señala la conformación de las salas supremas de la siguiente manera:

Artículo 30.- El trabajo jurisdiccional de la Corte Suprema se distribuye en Salas Especializadas, Permanentes y Transitorias, de cinco vocales cada una, presidida por los que designe el presidente de la Corte Suprema en materia Civil, Penal y de Derecho Constitucional y Social.

¹⁹ Artículo 400 del Código Procesal Civil

encuentran previstos en la norma procesal de la materia, indicando que tienen carácter vinculante.

Es decir, siguiendo la definición del precedente judicial, los Plenos Casatorios deben de ser aplicados por los jueces de mérito de toda la república, es decir son de cumplimiento forzoso, a partir del día siguiente de su publicación de la sentencia plenaria, caso contrario, si un órgano jurisdiccional de mérito decide no aplicar los criterios contenidos en el precedente la sentencia incurriría en un supuesto de nulidad por no aplicar la norma pertinente al caso *sub judice*.

Sin embargo, conforme a lo expresado sobre que es un precedente judicial, la crítica principal que se realiza a los Plenos Casatorios y en particular a los civiles, sobre su obligatoriedad, es que estos parecen ir más allá de los hechos que se plantean, lo cual termina alterando lo que se entiende por un precedente, el cual se ha hecho para ser seguido, de lo contrario no tendría sentido. Es así que una decisión judicial tiene argumentos primordiales que se conocen como “ *Holding* ” que deciden el litigio, cuyo sustento se basa en la *ratio decidendi*, y otras de aseveraciones que no son vinculantes, sino más bien ilustrativas, “*obiter dicta*”. Sobre estas últimas no existe obligación de seguirlas, pero sí se tienen que tomar en consideración en casos futuros, siempre que puedan ser aplicadas.

De esta manera, cuando el juez emite su decisión, establece hechos sobre los cuales centra su juicio basándose en la normativa atribuible para el caso en concreto, siendo el fallo la norma que deben aplicar los justiciables. En el caso del precedente vinculante, es esta norma la que se aplicará en la resolución de causas similares. Razón por la cual esta norma, que es producto de la interpretación, deja su carácter abierto y abstracto para dar solución a un proceso. Aplicando el precedente a casos similares, debido a que no existen casos concretos que sean iguales unos a otros.

Finalmente, conforme lo señala León lamentablemente estos plenos civiles “han originado polémicas en el formante doctrinal” (2021, p. 60), ya que “en el intento de transformar estas decisiones en piezas de doctrina, a pesar de que su destino es resolver

conflictos y no terciar en inofensivas disputas universitarias, termina exponiéndolas a un apabullamiento profesional” (2021, p. 61). Tema que no es ajeno al Décimo Pleno, y por lo cual es el presente estudio. Por ello, enseguida, se verán los motivos que llevaron a la convocatoria del pleno en mención y los hechos que produjeron su emisión.

II. DEL DÉCIMO PLENO CASATORIO CIVIL

Esta subsección tiene como finalidad establecer cuáles fueron los argumentos que empleó el tribunal vértice para la invitación al pleno y verificar si era necesaria o no su realización. Por esta razón, también se comentarán los hechos fácticos del caso en concreto para así poder entender más adelante si las reglas que se plantearon en este pleno casatorio guardan relación con la causa que se pretendió resolver.

2.1 Motivación (convocatoria) del Pleno Casatorio

Mediante resolución de fecha 16 de julio del 2018, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República convocó a Pleno Casatorio a los integrantes de las Salas Permanente y Transitoria, en la cual señaló en el considerando primero que la casación tiene como finalidad la homogeneidad de la jurisprudencia local, aunado a ello está la función nomofiláctica, por consiguiente no solamente es vital supervisar la interpretación adecuada y aplicación de la norma jurídica en el caso concreto, sino que además debe garantizarse el interés general, de tal forma, que se otorgue certidumbre y equidad en la implementación o interpretación del derecho. Por lo que, ambas funciones tienen el mismo fundamento, el cual es la seguridad jurídica a través de la simplificación de los diversos criterios de interpretación adoptados por los órganos jurisdiccionales.

Por eso, en el tercer considerando, la Corte señala que, conocedora de su nivel de tribunal supremo de la justicia ordinaria, además de las funciones antes señaladas, también está la de verificar el adecuado razonamiento jurídico fáctico realizado por los diferentes juzgados del país, al momento de expedir sus fallos que ponen fin a la instancia. En tal sentido, los jueces supremos tienen esta función didáctica de dictar líneas directrices a los magistrados de menor jerarquía, respecto de cuál debe ser la oportuna interpretación y aplicación de la norma jurídica al caso concreto.

En virtud de coadyuvar al cumplimiento de las funciones antes mencionadas, la norma procesal ha previsto que en sede casatoria se utilice un método que permita plantear líneas jurisprudenciales. Para la solución de procesos semejantes con seguridad y predictibilidad, nos referimos al artículo 400° del CPC, el cual establece que la Sala Suprema Civil pueda convocar a pleno a los jueces supremos, a fin de emitir sentencia que constituya precedente judicial.

De esta forma, en el quinto considerando, el tribunal vértice señala como fundamento para la convocatoria del Décimo Pleno, que se ha advertido de forma continua y retirada, que los diferentes órganos jurisdiccionales del país, en los procesos de reivindicación, vienen actuando de manera deficiente en la calificación, recopilación y valoración de las pruebas, lo que no posibilita solucionar la causa de manera adecuada, incurriendo en criterios desiguales y hasta incongruentes, por lo cual resultaba necesario realizar el control casatorio.

Además, señala el tribunal supremo que, si bien es cierto que la presente causa se trata de un caso de reivindicación, las disposiciones que se establecen en relación con la prueba oficiosa, no solo serán aplicables a los litigios en los que se soliciten este tipo de solicitudes, a contrario sensu, las directrices jurídicas que se empleen en relación con la aplicación del artículo 194° del CPC serán útiles para cualquier clase de proceso en el que el juzgador pueda poner en práctica esta facultad.

Se menciona que la figura jurídica de la prueba *ex officio* no ha sido un tema de apacible interpretación y aplicación, por parte de los diferentes tribunales de la nación, incluso de la misma Corte Suprema, lo cual conllevó la modificación del artículo 194° del CPC a través de la Ley N° 30293. Adicionalmente, se indica que esta iniciativa que tiene el juzgador posee conexión con la regularización de la presentación de las pruebas en el recurso de apelación (artículo 374° del CPC), también con la probabilidad de presentar medios probatorios extemporáneos (artículo 429° del CPC), así como con la prueba *ex officio* en segundo grado o ante el juez de mérito (artículo 194° del CPC).

Por esta razón, al ser este tema de gran interés en el campo académico, en el cual se han publicado textos y artículos respecto a esta figura, siendo paralelamente un asunto trascendental para la legislación, doctrina y jurisprudencia comparada. Es necesario establecer doctrina jurisprudencial vinculante en dicho tema, por lo que se determinó congregarse a los integrantes de las Salas Civiles Permanente y Transitoria para el Pleno Casatorio a realizarse el día 13 de septiembre del 2018 a las diez de la mañana, día y hora en que también se realizaría la vista de la causa en audiencia pública para resolver el fondo de la casación.

De este modo, en el siguiente sub capítulo, se contarán de manera sucinta los hechos fácticos más importantes del proceso que originó la emisión del pleno casatorio en análisis. Tema importante, pues permitirá examinar si los hechos de la presente causa fueron considerados en la emisión de las reglas establecidas y más aún permitirá verificar si efectivamente este tipo de plenos cumplen con la definición de precedente judicial.

2.2 Hechos relevantes del caso

La materia del proceso que permite al accionante ejercer su derecho a la interposición de un recurso impugnatorio, el cual fue la Casación - dando así lugar al Décimo Pleno - era la Reivindicación. Estando conformado el proceso por las siguientes partes: como demandante a Jerónima Rojas Villanueva y como demandado a Luis Fernando Cuno Quicaña.

El proceso tiene como *litis* que la demandante solicita al demandado que 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 m². Ampara su demanda aseverando que es titular del predio sub litis, a través de la escritura pública de compra y venta de rectificación, aclaración e independización de fecha dieciocho de mayo de dos mil seis, en la cual los antiguos propietarios: Jorge Velazco Murillo, Dora Flores Ríos, Carlos Gora Oscategui y Custodia Ortiz de Velazco, realizan la transferencia del inmueble de 2500 m², constituido 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, inscrita en la partida N° 11439305, del Registro de Propiedad Inmueble de Lima.

En la sentencia de primera instancia se establecieron como puntos controvertidos los siguientes: a) Determinar si es propietaria del predio situado en la 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 Lurigancho, b) Determinar si el demandado Luis Fernando Cuno Quicaña tiene la condición de poseedor no propietario del inmueble materia de litis y c) Determinar si procede ordenar al demandado, que restituya el inmueble materia de litis.

Conforme al razonamiento del juez de mérito, se aprecia de los considerando de la resolución judicial que el demandante no cumplió con la carga de la prueba, al presentar algún medio probatorio idóneo que corrobore su pretensión al señalar que la propiedad que compró es la misma materia de litis; en consecuencia, declaró infundada la demanda, argumentando su fallo el *A quo*, que la actora no ha cumplido con acreditar con medio probatorio alguno, que la propiedad materia de litis, Mz. C O-lote 06, sector 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 18 de mayo del 2006 y 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 Lurigancho, pues ello no se deduce de ningún medio probatorio proporcionado en su escrito postulatorio de demanda, absolución y demás presentados en el proceso.

En la sentencia de vista, el *Ad quem* resolvió revocar la sentencia y reformándola declaró improcedente la misma, señalando que de los planos perimétricos y de ubicación, no se advierte la confirmación de que las dos direcciones sean la misma propiedad, ello en tanto no se sustentó con algún medio probatorio adicional, como una pericia técnica que, valorando los antecedentes registrales, corrobore sostener la indicada identidad. Asimismo, precisó el juez de apelación que en el proceso no se acreditó uno de los

elementos que se exigen para la reivindicación (identificación concreta del bien ocupado por el demandado), lo cual correspondió efectuar en la presente causa a efectos de pretender la reivindicación del predio.

Por ese motivo, la demandante decidió interponer recurso extraordinario de casación, debido a que la sentencia de vista revocó la sentencia apelada que declaró infundada la demanda y reformándola la declaró improcedente. Dentro de los argumentos que fundamentó su recurso, indicó que existía infracción normativa del artículo 194° del CPC, al señalar que era de vital importancia que el juzgador, siendo director del proceso, debió hacer uso de la facultad discrecional conferida en la norma legal mencionada, pudiendo realizar una inspección judicial y el peritaje correspondiente, debido a que las instancias inferiores habían sustentado que las denominaciones del predio no les habían generado seguridad ni convicción respecto a la identificación de la propiedad a fin de determinar el bien materia de reivindicación.

De esta manera, se indicó que ni el juez de mérito ni el juez de apelación le otorgaron la adecuada valoración a una memoria descriptiva presentada como medio probatorio. La razón fue que el documento privado no estaba visado por la autoridad competente y, pese a que el demandado no cuestionó su valor probatorio, resultó insuficiente para generar la convicción suficiente al órgano jurisdiccional. Por ello, en el siguiente sub capítulo, se explicarán solo aquellas reglas que nos ha dejado el Décimo Pleno y que tengan vinculación directa entre la prueba de oficio y el principio del contradictorio, analizando a través de la doctrina si la regla en cuestión es dable o no y observando cómo se desarrollará su aplicación en la práctica, a través de la vinculación entre estas pautas.

III. LÍMITES DE LA PRUEBA DE OFICIO, ¿CONTRADICTORIO PREVIO O DIFERIDO?

En este sub capítulo, en primer lugar, se estudiará la tercera regla, en la cual se ha determinado cuáles son los límites que debe tener la actuación de la prueba de oficio en el proceso. Como se verá en el desarrollo del análisis de esta regla, la Corte Suprema ha tratado de enfatizar, además de los límites que establece el dispositivo legal previsto en el CPC, unos requisitos adicionales que debe tener presente el juzgador a la hora de que

decida admitir la prueba de oficio. Posteriormente, se estudiará el desacuerdo jurisprudencial que había existido antes de la emisión del pleno por parte de los órganos jurisdiccionales, sobre la aplicación del principio del contradictorio. Culminando es sub apartado con el análisis de la cuarta regla, la cual está relacionada con el momento en el cual se va a dar el contradictorio dentro del proceso, es decir, si este será previo o diferido; además, el tribunal vértice ha indicado dos supuestos adicionales, los cuales tienen que ver con la manera en la cual se realizará el contradictorio, pudiendo ser de forma oral o escrita y finalmente, está el supuesto sobre la naturaleza del proceso.

3.1 Límites de la prueba de oficio: tercera regla

Dentro de la potestad que tiene el juez tenemos a la prueba de oficio que, como ya se ha indicado, es la facultad que le ha brindado el legislador para proponer la incorporación de un nuevo elemento de prueba que las partes no ofrecieron. Sin embargo, el tema crucial es el límite para ejercer esta facultad, es decir, aquellos parámetros que se deben seguir para no abusar en uso y así se vuelvan arbitrarios afectando a los justiciables que son los destinatarios de la decisión. Por ello, en el capítulo anterior se mencionaron los límites que debería tener el uso de la prueba de oficio²⁰.

Así, el ejercicio de esta iniciativa probatoria por parte de la jurisprudencia no ha estado exento de un abuso descomunal, que muchas veces ha perdido el propósito de esta facultad conferida. Por este motivo, con la modificación que se realizó al artículo 194° del CPC, mediante el artículo 2° de la Ley N.º 30293, se indicaron los siguientes límites: el carácter excepcional, el deber de motivación, la pertinencia y la fuente de prueba. Sin embargo, el juzgador tiene que tener también presente que no solamente son suficientes los límites antes indicados, adicionalmente tiene que considerar el respeto y garantía a los derechos fundamentales procesales de manera equitativa.

Ergo, la Corte Suprema en el Décimo Pleno ha indicado como regla vinculante también límites que debe tener el ejercicio de la prueba de oficio, con la finalidad de que su uso

²⁰ Mayor explicación sobre esta cuestión, puede ver el sub apartado 3.3 denominado Límites en la actuación de la prueba de oficio del capítulo I.

no se vuelva arbitrario y afecte a una o ambas partes del proceso, para lo cual ha dado los siguientes frenos y contrapesos:

Tercera regla: “El juez de primera o segunda instancia, en el ejercicio y trámite de la prueba de oficio deberá cumplir de manera obligatoria con los siguientes límites: a) excepcionalidad, b) pertinencia, c) fuentes de pruebas, d) motivación, e) contradictorio, f) no suplir a las partes y, g) en una sola oportunidad”

No obstante, como se han indicado líneas arriba, la motivación era el único límite que se encontraba plasmado en la versión original del artículo 194° del CPC, pero con la modificación de la Ley N.º 30293, se adicionaron: la excepcionalidad, pertinencia, fuente de prueba, contradictorio y no suplir a las partes. Sin embargo, esta regla ha adicionado un límite más, el cual es: “en una sola oportunidad”.

En consecuencia, en caso de que el juez, luego de evaluar el material probatorio ofrecido por las partes, denote que este es insuficiente para poder crearle una convicción sobre la veracidad de las afirmaciones propuestas por las partes, deberá recurrir a la prueba de oficio con la salvedad de que tendrá que ceñirse estrictamente a los límites indicados por el tribunal vértice; debido a que esta obligación, al estar contenida en una regla que es vinculante, es una condición *sine qua non*.

Conforme a los límites señalados en la regla en análisis, López indica que se las puede dividir en dos tipos de clasificación: a) límites legales-procesales, en los cuales se encuentran: la excepcionalidad, la pertinencia y las fuentes de prueba, y b) límites constitucionales, en los cuales se encuentran: la motivación y la contradicción. Por consiguiente, los límites legales-procesales son aquellos vinculados a los principios procesales, los cuales debe tomar en consideración el juzgador a la hora de aplicar la prueba de oficio; mientras que, los límites constitucionales tienen relación a los principios constitucionales, de manera que se respeten los derechos fundamentales de las partes cuando se utilice la prueba de oficio (2021, pp. 308-309).

De modo que, se desarrollará cada uno de los límites señalados por el tribunal vértice en la regla en análisis.

1. Excepcionalidad: este criterio ya se ha mencionado líneas arriba, cuando se habla de que tiene que concebirse la idea de que la prueba oficio no puede ser considerada como la primera opción, es decir, que se utilice de una manera desmedida, sino todo lo contrario. Si bien es cierto que este límite ya se encontraba previsto en la modificación del artículo 194° del CPC, considero que su reiteración en esta norma vinculante es adecuada, debido a la costumbre que tiene aún la judicatura de solo actuar únicamente conforme a lo regulado legalmente. Sin embargo, hubiera sido adecuado que la Corte Suprema hubiera desarrollado mejor las situaciones excepcionales que merecían la aplicación de la prueba oficio, para que así los magistrados tuvieran una idea más concreta referente a este criterio.

Se debe advertir que esta excepcionalidad está vinculada con el poder probatorio que tiene el juez; por lo que, acorde a lo señalado por Abanto, esta es complementaria al de las partes y no supletoria. De allí que su utilización solo se dará en aquellos casos en los que el material probatorio ofrecido por las partes sea insuficiente para crearle la convicción necesaria al juzgador (2007, p. 248).

Siendo ello así, Hurtado indica que el juez no puede sentirse comprometido con la aportación del material probatorio para la resolución del caso, por el contrario, este hecho debe ser una especie de última ratio en el proceso (2016, p. 411).

Después de todo, el juez es un tercero al cual las partes deben convencer de que sus alegaciones sean ciertas, probando los hechos afirmados, y no un tercero que deba autoconvencerse de la veracidad de las afirmaciones alegadas por las partes. Lo contrario haría suponer que el magistrado ha perdido su imparcialidad y estaría inclinando el proceso a favor de alguna de las partes.

2. Pertinencia: cuando se refiere a este límite, se debe tener en consideración que la prueba de oficio que se vaya a incorporar al litigio tiene que tener relación con la *litis* del proceso, es decir, deben ser idóneos para acreditar los hechos controvertidos fijados en el juicio (artículo 188^{o21} del CPC).

Al respecto, se debe considerar que los medios probatorios de oficio que se incorporen deben ceñirse estrictamente a las cuestiones controvertidas del proceso, conforme lo indica Abanto (2021, p. 353). Es decir, estos medios probatorios *ex officio* deben tener relación directa con el objeto de prueba y el *thema decidendi* del proceso.

Lo cual puede conllevar que el juez, en aras de cumplir con su papel de director del proceso, se pueda incorporar desde pericias o inspecciones judiciales hasta ordenar testimoniales, con la finalidad de llegar a formarse una convicción sobre los hechos descritos por las partes. De esta manera, Hurtado indica que esta deficiencia probatoria “tiene que ser manifiesta” lo implica que no se pueda solucionar el proceso con las pruebas proporcionadas por las partes (2016, p. 413).

3. Fuentes de Prueba: con respecto a este criterio, se tiene que tener presente que solamente se incorporará prueba de oficio sobre aquellas afirmaciones que se han vertido en los escritos postulatorios de las partes y de ninguna manera sobre algún tipo de idea o supuesto que tenga el magistrado del proceso que no tenga justificación alguna y guarde una relación directa con la *litis* del juicio.

En relación con este límite, se debe indicar que, acorde a Abanto, esta prueba de oficio no solamente debe surgir como consecuencia de los hechos alegados por las partes en sus escritos postulatorios de demanda y contestación; sino en cualquier estado del proceso (2021, p.354). Adicionalmente, a lo señalado, Hurtado señala que si la fuente de prueba implica la existencia de un sujeto, un objeto o un lugar o situación que contenga información relevante para el proceso,

²¹ **Artículo 188.- Finalidad.**

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.

la incorporación de la prueba de oficio se dará si es que las partes han dejado expresado de forma taxativa o de forma implícita, sea a través de la demanda, la contestación de demanda, un alegato, un informe oral o un escrito en el desarrollo del proceso que existen información fuera del proceso que es importante para resolver la controversia y que no fue incorporada por las partes con determinado medio de prueba (2016, p. 421).

En tal sentido, la incorporación de esta prueba de oficio solo se dará si previamente las partes han indicado que existe información relevante que se encuentra fuera del proceso y es necesaria para solucionar el pleito. Lo cual implica que el juez no puede ordenar la incorporación de una prueba de oficio por información relevante que se le ocurra que existe fuera del proceso.

4. Motivación: en este criterio se debe considerar que la motivación es un derecho fundamental procesal, por ello la resolución que ordene la prueba de oficio debe estar correctamente motivada en su decisión.

Este límite implica, conforme lo expresa Abanto, que la motivación se debe realizar de manera plena y suficiente, y no aparente. Dado que el hacerlo conllevaría la nulidad expresa, la omisión de este requisito, conforme lo ha indicado el legislador, y la apelación de la resolución que admite los medios probatorios de oficio, cuando no se encuentre debidamente motivada (2021, 354).

Dicho esto, es necesario que el auto que admite la incorporación de la prueba de oficio exprese de manera clara y concreta los fundamentos por los cuales es necesaria la admisión al proceso de la prueba de oficio, así como la pertinencia o relevancia y la finalidad de estos medios de prueba. En consecuencia, no solo basta con citar la norma, sino, por el contrario, la resolución que dispone la prueba de oficio tiene que el juez motivarla, pero esta motivación tiene que ser justificada, útil para el proceso y su resultado.

5. Contradictorio: con relación a este límite, se tiene que indicar que, si bien es cierto que tanto en la modificación realizada al artículo 194° del CPC como en la regla

en análisis se han mencionado como restricción el contradictorio, conforme a la cuarta regla, se ha dispuesto que este principio puede ser previo conforme a lo regulado, por ejemplo, en el artículo 90° del CPC o diferido conforme se indica en el artículo 637° del CPC. Asimismo, conforme a lo señalado líneas arriba, por ejemplo, en el caso de la primera instancia no ha quedado claro si el contradictorio en esta instancia será previo o diferido; en cambio, en la segunda instancia sí se sobreentiende que este debe ser previo.

Como se observa, en este límite el juez debe tener presente que la actuación de la prueba de oficio debe dar siempre la posibilidad a las partes de su posición frente a esta facultad de oficio que tiene el juzgador, lo cual implica que, una vez incorporada la prueba de oficio al proceso, las partes pueden realizar las defensas que consideren necesarias.

Por ello, conforme lo señala Abanto, esta restricción le permite asegurar a las partes la posibilidad de ejercer su derecho de defensa con respecto a la prueba de oficio aportada al litigio, con la finalidad de cuestionar su contenido o restar eficacia para el proceso (2021, p. 428).

Lo que nos lleva a afirmar que la contradicción en la prueba de oficio es vital para la eficacia del medio de prueba incorporado al proceso, pues si no es respetado el derecho al contradictorio, esta prueba *ex officio* no serviría para resolver el litigio.

6. No suplir a las partes: acerca de este criterio se debe indicar que, si bien es cierto, no se ha detallado el contenido de este, se debe precisar que en la redacción actual del artículo 194° del CPC, se 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”. En tal sentido, este límite hace referencia a la carga probatoria (artículo 196^{o22} del CPC) que deben tener las

22

Artículo 196.- Carga de la prueba.

Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

partes, respecto a las afirmaciones que han vertido en el proceso con la finalidad de acreditar la veracidad o no de su pretensión.

De esta forma, el juez no puede realizar actividad de oficio, lo cual conllevaría que afecte su imparcialidad y su conducta podría buscar favorecer a alguna de las partes. Siendo solo posible ejercer esta actividad en situaciones muy excepcionales, siempre y cuando se cumpla con los límites antes señalados, para realizar esta actividad.

7. En una sola oportunidad: este límite guarda relación con la Quinta regla ya analizada, cuando el tribunal vértice ha indicado que, dependiendo el tipo de proceso, la oportunidad en la cual se debe dar el momento para la incorporación de la prueba de oficio, es decir, si es un proceso escrito, este se daría a) concluida la actuación probatoria o b) de manera excepcional antes de la sentencia, mientras que en el proceso oral se realizaría a) en la audiencia preliminar o b) de manera excepcional en la audiencia de pruebas. Este límite tiene sentido debido a que no se puede admitir el uso progresivo de la prueba de oficio.

Se entiende que el propósito de este límite es que no se dilate de manera exagerada la emisión de la sentencia que ponga fin a la instancia, al dictar más de una resolución que admita la incorporación de una prueba de oficio.

Se puede notar que la Corte Suprema mediante esta regla ha querido recoger los límites ya mencionados en la redacción actual del artículo 194° del CPC, tratando de acopiar las posturas doctrinarias respecto de ellos, y tratando de que los jueces tengan un mayor conocimiento sobre estos límites; siendo los magistrados en la práctica los que van a tener que aplicar de manera responsable estos criterios a la hora de querer incorporar una prueba de oficio en el proceso a su cargo.

Dicho esto, respecto a nuestro trabajo de investigación y el límite del contradictorio, en el sub apartado 2.6.3.2, rubricado “Contradictorio: eficacia epistémica”²³, se indica que,

²³ De la casación en análisis, es decir, la Casación N.º 1242-2017-Lima Este.

como regla general de toda decisión judicial, el juzgador debe haber escuchado previamente a las partes (contradictorio previo), a fin de que sus razones sean evaluadas en la resolución. Por ende, cuando estamos frente a la prueba de oficio, esta no es la excepción, por lo cual, las pruebas que incorpora el juzgador también deben ser puestas a conocimiento de la contraparte para su evaluación y, de ser el caso, cuestionarlas, es decir, deben estar expuestas al contradictorio.

Criterio que es compartido por Picó i Junoy, al indicar que esta potestad que se le otorga al juzgador debe tener ciertos límites, para lo cual establece que deben ser tres: a) La prueba practicada por el juez debe esencialmente enmarcarse en los hechos controvertidos o discutidos por las partes en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte, b) es menester que para la práctica de estos medios probatorios, las fuentes de prueba tienen que obrar en el proceso y c) es necesario que la prueba oficio que se incorpore por parte del órgano jurisdiccional, respete el principio de contradicción y el derecho de defensa de los justiciables (2004, pp. 25-26).

De la misma opinión es Taruffo al indicar que la facultad que tiene el juez de actuar una prueba de oficio debe realizarse en estricto cumplimiento del principio del contradictorio de las partes, con la finalidad de que estas puedan refutar las pruebas formuladas por el director del proceso y poder proponer las pruebas que consideren pertinentes a partir de dichas proposiciones (2008, p. 181).

De este modo, conforme a lo señalado por autores antes indicados, el respeto al principio del contradictorio es un límite necesario e imprescindible que debe tener presente el director del proceso a la hora que pretenda realizar actividad oficiosa; de lo contrario, su omisión conllevaría una afectación al derecho de defensa que tiene cada justiciable, al no permitirle poder refutar la prueba de oficio que se desea incorporar y afectar así la imparcialidad y la razonabilidad que debe tener el juzgador en cada proceso en concreto.

Sin embargo, en el sub apartado 4.1, rubricado “Justificación de las reglas para la prueba de oficio”²⁴, se menciona que el juzgador debe garantizar que las partes puedan siempre

²⁴ Ibidem.

ejercitar el contradictorio, sin restricción alguna, pero tomando en consideración la naturaleza del proceso en donde se tramita; por tanto, no debe establecerse una regla fija e inmóvil del contradictorio, debido a su complejidad y las circunstancias a presentarse puede ser previo, diferido, oral o escriturado.

Al respecto, dentro de la doctrina nacional, Alfaro indica que cuando se habla de contradicción de la prueba, la resolución que se emita para actuar una prueba de oficio, debe dar por sentado el respeto a este principio de manera previa, en el cual el juez debe coadyuvar para establecer un espacio de debate y diálogo previo, como fundamento básico, antes de emitir su decisión, conforme se aprecia de manera general en gran parte del Derecho Comparado. Por lo cual, el uso de estas potestades *ex officio* que tiene el juzgador (nulidad de oficio, *iuria novit curia*, adecuación de la vía procedimental, etc.) debe conllevar la participación previa de las partes (*ex ante*) y no después (*ex post*) (2015, p. 263).

De esta forma, en humilde opinión del presente autor, se coincide con lo indicado por Alfaro, debido a que el principio del contradictorio, conforme se ha señalado en el primer capítulo, además de un principio, es un fundamento para el desarrollo mismo del proceso, siendo que su supresión podría conllevar la misma desnaturalización de este. El hecho de que se indique que es necesario que el magistrado previamente escuche a las partes tiene como base la refutación que hará el justiciable de aquel elemento probatorio *ex post* que pretende incorporar el juzgador, y crear la convicción necesaria de las pretensiones alegadas por las partes, con la finalidad de emitir un pronunciamiento que se acerque a la verdad.

En tal sentido, al no existir una clara posición del tribunal supremo sobre la aplicación del contradictorio (previo o diferido) y añadir temas adicionales que no han sido justificados como la naturaleza del proceso, ha llevado a establecer la cuarta regla del Décimo Pleno, la cual se analizará a continuación.

3.2 Desacuerdo “jurisprudencial” sobre el contradictorio previo o diferido

Conforme se ha señalado en el capítulo anterior,²⁵ cuando se publica el CPC, en la redacción del artículo 194° no se hacía ninguna mención expresa al principio del contradictorio; sin embargo, cuando se realiza la modificación del mencionado dispositivo legal si se incorpora la presencia del contradictorio como limite al ejercicio de esta potestad.

No obstante, el tribunal vértice en el sub apartado 2.6.3.2.1²⁶ rubricado ¿Cómo se debe garantizar el contradictorio?, señaló que la aplicación de este principio por parte de los órganos jurisdiccionales en el país, no venía siendo realizado de manera uniforme, lo cual generaba un desacuerdo por parte de la jurisprudencia.

Es así que, en el caso del contradictorio diferido, toma como referencia la Casación N.º 1248-2000 Loreto de fecha 11 de agosto del 2000, en la cual la Sala Civil Transitoria señaló lo siguiente:

“(…) en aplicación del artículo 194 del Código Procesal Civil, sin corrersele traslado previo; al respecto, debe señalarse que la norma del citado artículo 194, en su texto modificado por el artículo 2 de la Ley número 30293, constituye una norma de excepción, que autoriza al juez a disponer la actuación de medios probatorios de oficio cuando los ofrecidos por las partes sean insuficientes para que se forme convicción; para la adopción de dicha decisión no se ha previsto como regla del procedimiento que previamente deba correrse traslado a las partes informando la posibilidad de incorporar medios probatorios de oficio, sino que recién, una vez incorporados -no antes- respecto a dichos medios probatorios, se debe asegurar el derecho de contradicción a las partes que incluye el derecho de defensa de la demandante”. (Énfasis agregado)

²⁵ Mayor desarrollo sobre este asunto, puede ver el sub capítulo 4.1 denominado Análisis del artículo 194° del CPC y su reforma del capítulo I.

²⁶ De la casación en análisis, es decir, la Casación N.º 1242-2017-Lima Este.

Y para el caso del contradictorio previo cita la Casación N.º 2864-2014 Lambayeque, de fecha 24 de agosto de 2015, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, que indicó lo siguiente:

“La Sala Superior no ha tenido en cuenta que la incorporación de la partida de defunción de Brigida Sánchez Vicente, al momento de expedir su fallo y sin previo conocimiento de la recurrente, transgrede su Derecho de contradicción ya que no se le ha brindado la oportunidad de que ésta pueda expresar lo conveniente en torno a la protección de sus derechos o intereses que persigue”.
(Énfasis agregado)

Acorde a los párrafos precedentes, se denota que inclusive en el mismo tribunal vértice no existía un criterio uniforme sobre la aplicación de este principio frente a la prueba de oficio. Lo cual generó que se emita una regla en particular (la cuarta) que aborde dicha discrepancia, pero que, en vez de ayudar, por el contrario, no ha servido para esclarecer esta problemática. Por esta razón, a continuación, se analizará la regla en mención.

3.3 Contradictorio previo y diferido: cuarta regla

Como se ha advertido en el capítulo anterior²⁷, el principio de contradictorio tiene una importante participación en el desarrollo del proceso, y se ha indicado que consiste en el derecho que tienen los justiciables de participar e influir en la decisión del juzgador. Por lo tanto, el director del proceso debe darles a las partes las facilidades necesarias para que puedan asistir en todas las actuaciones procesales con la finalidad de que puedan defenderse.

La aplicación del contradictorio debe darse antes de la decisión del juez, de esta forma el juzgador puede tomar en consideración los alegatos y los medios probatorios ofrecidos por las partes (contradictorio previo); sin embargo, pueden existir circunstancias en las cuales sea inevitable que primero el director del proceso tome una decisión y luego escuche a las partes (contradictorio diferido). Siendo necesario que exista un equilibrio

²⁷ Mayor profundidad sobre este tema, puede ver la subsección I rubricado El principio del contradictorio del capítulo I.

en la aplicación de ambos supuestos en las cuales se establezca como regla general una de ellas y la otra, se indique que su uso solo será de manera excepcional y ante casos que ameriten dicha justificación.

La prueba de oficio es un tema controversial, por ello la presencia del contradictorio ante esta facultad que tiene el juzgador, de una manera limita esta decisión unilateral, al hacer participar a las partes frente a la actuación de la prueba de oficio, a sabiendas de que su uso podría generar riesgos con respecto al derecho de igualdad de las partes y frente a la imparcialidad que tiene que tener el magistrado.

Conforme se han indicado líneas arriba, cuando se realizó la modificación del artículo 194° del CPC, a través del artículo 2° de la Ley N.º 30293, ya se mencionaba la participación del contradictorio en el tratamiento de la prueba de oficio. “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”, siendo la primera vez que el legislador le daba este tipo de tratamiento cuando se hablaba de la actividad probatoria que ejercía el juzgador (prueba de oficio).

De manera que, en vista de que no existía una uniformidad respecto a la forma en que se debía tratar el contradictorio frente a la prueba *ex officio*, el tribunal vértice establece la siguiente regla:

Cuarta regla: “El contradictorio en la prueba de oficio puede ser previo o diferido y se ejerce por las partes de forma oral o escrita, dependiendo de la naturaleza del proceso.”

Respecto a esta pauta, se debe mencionar que, conforme a la definición realizada de este principio en el capítulo anterior²⁸, se debe realizar de manera previa, conforme lo ha señalado la doctrina mayoría nacional y comparada. Lo cierto es que en la actualidad se aplica el sentido fuerte del contradictorio, siendo este la regla general, es decir, el

²⁸ Mayor conocimiento sobre este asunto, puede ver la subsección 1.1.2 denominada Concepción fuerte o efectiva del capítulo I.

contradictorio previo, conforme a la regulación y aplicación que existe en la mayoría de los sistemas procesales. Sin embargo, conforme a la regla analizada, se denota que el tribunal vértice no ha indicado nada respecto a los pasos o procedimientos que se deben seguir cuando se admite la prueba de oficio, es decir, se debe poner de conocimiento a las partes luego de admitida o viceversa.

Resulta significativo señalar que, una vez que el juez se ponga en comunicación con los justiciables y con las pruebas ofrecidas, se podrá establecer una mayor comprensión de los sucesos que provocaron el litigio. Por ende, nuestro CPC en el artículo V del Título Preliminar ha estipulado el principio de inmediación, el cual tiene por finalidad que el director del proceso dialogue de manera directa con las partes y el acervo probatorio; con el propósito de poder justificar de una manera más adecuada el proceso que se está discutiendo y así adopte un fallo idóneo.

En la doctrina nacional tenemos a jurisconsultos que opinan que el contradictorio debe darse de forma en la prueba *ex officio*, tal es el caso de Alfaro, el cual señala lo siguiente:

“(…) existen varias razones para considerar que la mejor manera para tomar una correcta decisión sobre la prueba de oficio es mediante el contradictorio previo, es decir, escuchando previamente a las partes y decidiendo después y no a la inversa. Entre otros motivos, se resalta su dimensión epistémica, en el sentido de que mientras mayor sea la oportunidad que las partes tengan para aportar datos e información cognitiva, mayor serán las probabilidades de que el juez tome una mejor decisión sobre el uso del poder probatorio; permitiendo que las partes puedan confirmar o desvirtuar la iniciativa de ingresar un nuevo elemento de prueba” (2021, p. 1159).

Lo cual, conforme se ha señalado en el sub capítulo anterior, respecto del contradictorio es fundamental para el desarrollo mismo del proceso y la garantía que tiene cada justiciable respecto de las garantías procesales que tiene, de tal forma, que la aplicación del contradictorio previo en la prueba de oficio debe ser considerada como la regla general que debe tener todo proceso, conforme se ha establecido en el Derecho Comparado y solo

en casos excepcionales o de urgencia se tomará en consideración el contradictorio diferido.

Por este motivo, cuando el tribunal supremo otorga la eventualidad al libre albedrío del juzgador, de decidir sobre el ejercicio del contradictorio (previo o derivado) en la *prueba ex officio*, deja abierta la posibilidad de una inseguridad jurídica sobre el desarrollo de este asunto en sede jurisdiccional. Lo cual hubiera sido saneado en la medida que el tribunal vértice, hubiera señalado una regla general, opinión que señala Cavani al mencionar que:

“La sentencia plenaria ha instituido una regla a partir de una interpretación del artículo 194 del CPC que está muy lejos de ser la más conforme con la garantía constitucional del contradictorio. Dada la injerencia que puede generar la incorporación de una prueba por parte del juez, cuando el artículo 194 habla del “derecho a la contradicción” de las partes, la lectura más garantística es que estas deben tener la oportunidad de influir en la decisión del juez antes de que esta sea adoptada. Este es el contradictorio previo que, a fin de cuentas, debe ser entendido como la regla general en toda decisión del juez (aunque el CPC está muy lejos de abrazar este entendimiento)” (2020, p. 21).

Sin embargo, dentro de la doctrina nacional también podemos encontrar opiniones en las cuales se pronuncia que no existe vulneración al principio del contradictorio cuando este es diferido, tal es el caso de Casassa, quien señala:

“(…) en primer lugar, no hay vulneración al contradictorio en el sentido de que el mismo existe, posterior a la emisión. Con lo cual no significa que “no” exista contradictorio, solo que se otorga en forma “diferida”, si se quiere decir. En segundo lugar, la posibilidad del contradictorio previo colisiona con el principio de oportunidad en el ofrecimiento de los medios de prueba (art. 189 del Código Procesal Civil), pues al no ser un “hecho nuevo” habría “precluido” la oportunidad para que “las partes” ofrezcan un medio de prueba, que pudieron ofrecerlo en su oportunidad. En tercer lugar, vulneraría los principios de celeridad y economía

procesal, pues proponer la “cooperación de las partes” para proponer medios de prueba que no lo hicieron en su oportunidad, inclusive propiciando a una audiencia para ello, retarda –en tiempos actuales– en demasía la resolución de la controversia” (2018, p. 70).

A diferencia de lo señalado por el autor antes mencionado, opinó que en circunstancias extraordinarias sí es posible aportar nuevos medios probatorios; dado que, el fin del proceso es la búsqueda de la verdad por parte del director del proceso. Por ello, a pesar de haber precluido la etapa postulatoria del litigio, estos sí podrían ser aceptados; y, por lo tanto, se brinde la oportunidad a los litigantes para que puedan presentar sus alegatos respectivos.

El aceptar que el contradictorio se realice de manera previa en la prueba *ex officio* no vulnera los principios de economía procesal o celeridad; debido a que estas reglas jurídicas no pueden ser examinadas de forma individual, por el contrario, deben ser comprendidas de forma simultánea, porque existe una conexión implícita entre ellas; de esta forma, los litigantes al acudir al ámbito jurídico buscan ejercer su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Por consiguiente, no resulta aceptable el argumento de que, al pretender acelerar las decisiones judiciales permitiendo que se tramiten de forma más rápida o por tratar de cumplir con los plazos establecidos en la ley, se permita que el juez emita una decisión inadecuada, injusta o que no refleje la verdad, atentando de esta forma con el derecho de defensa de las partes.

Pero a lo señalado anteriormente, se debe indicar que también hay autores dentro de la doctrina nacional que indican que el discutir sobre si el contradictorio es previo o diferido, no tiene sentido, tal es el caso de Higa, que señala lo siguiente:

“(…) si el juez, conjuntamente con las partes, realizan una adecuada delimitación de los puntos controvertidos; qué deben traer cada una de ellas a la audiencia; qué criterios se tendrán en cuenta para evaluar la calidad de sus argumentos; entre otros puntos que se pueden fijar en esa audiencia, considero que no tendría mucho sentido discutir sobre el uso de las pruebas de oficio y, menos aún, si es diferido o previo.

Sin perjuicio de ello, si en la audiencia donde se debaten los argumentos de las partes se observa que falta algún tipo de información para levantar alguna duda, el juez puede decirle ello a las partes y, en ese momento, pedirles que traigan la información faltante y decirles qué ocurriría si no cumplen con ese pedido. Al menos, a la parte que le correspondía probar un determinado hecho bajo un determinado estándar” (2020, p. 19).

A diferencia de lo señalado por Higa, sí estimó pertinente la discusión sobre si el contradictorio en la prueba de oficio debe de ser previa o diferida; pues es conocido que en muchas ocasiones la judicatura no fija de manera adecuada los puntos controvertidos acerca de la causa que se abordando, efectuando solamente la copia de las demandas de los litigantes, pero sin examinar con detalle cuál es el fondo del litigio a tratar. Si a ello se aúna la circunstancia de que los justiciables no han exhibido los medios probatorios suficientes que respalden sus alegaciones, entonces sí resulta necesaria la intervención del director del proceso de forma excepcional, para que pueda incluir la prueba *ex officio* al litigio, pero con la salvedad de que su incorporación no sea arbitraria, antojadiza e inútil, debiendo buscar una finalidad útil para el proceso y su resultado.

De acuerdo con lo señalado por la doctrina antes mencionada, en opinión de este autor, se concuerda con aquella postura que indica parte de la doctrina al señalar que el ejercicio del contradictorio probatorio debe darse previamente al auto que incorpora la prueba de oficio. Por consiguiente, las razones que impulsan a reflexionar sobre ello son las siguientes:

El principio de contradicción es un derecho fundamental procesal que se encuentra inmerso dentro del derecho a la defensa; por lo tanto, su participación en el desarrollo mismo del proceso es esencial, para que el director del proceso pueda emitir una decisión justa. Por esa razón, es de suma importancia señalar que, cuando el juzgador toma contacto con los litigantes y el acervo probatorio ofrecido, puede crearse una mejor convicción sobre los hechos fácticos que provocaron el litigio.

Asimismo, como se ha mencionado en los párrafos anteriores, el CPC ha establecido el principio de inmediación en el artículo V del Título Preliminar, con la finalidad de que el director del proceso interactúe con los litigantes y mantenga un contacto directo con los medios probatorios; con el propósito de entender de manera más exhaustiva la causa que se está debatiendo y adoptar una posición que se ajuste a la verdad.

Por último, se debe comprender que cuando se refiere al tema de la incorporación de la prueba *ex officio*, de acuerdo con lo señalado por el tribunal vértice, se está ante a una facultad discrecional de carácter excepcional que el juzgador tiene; ya que no en todos los procesos se utilizará esta facultad que el juez posee, sino solo en aquellos procesos en lo que, debido a la falta de medios probatorios ofrecidos por los litigantes, es difícil poder emitir un fallo que busque la verdad. De tal forma, que enseguida se examinará la regla que permite usar esta facultad tanto para los jueces de mérito como para los jueces de apelación.

IV. PRUEBA DE OFICIO EN PRIMERA INSTANCIA Y SEGUNDA INSTANCIA

Como se indicó en la sección anterior, la presentación de la prueba de oficio debe entenderse como una facultad que se le ha conferido al juzgador por parte del legislador, pero esta debe ser concebida como una decisión de última ratio, por la cual, ante la presentación de los medios probatorios otorgados por las partes, existen dudas o lagunas sobre los hechos descritos en el proceso. Por esta razón, en el desarrollo del Décimo Pleno analizado se han indicado dos reglas específicas para la prueba de oficio, según nos encontremos en primera o segunda instancia del proceso.

4.1 En primera instancia: quinta regla

Cuando nace el CPC en el año 1993, la visión que se tenía respecto del proceso civil era que sería uno en donde primaría la oralidad; sin embargo, con el transcurso del tiempo y en la práctica, esa visión - pese a orientación oral – cambio, e hizo que el proceso civil se vuelva uno formalista y escritural. De esta manera, conforme está organizado el proceso: postulatoria, probatoria, decisoria, impugnatoria y ejecutoria, en cada una de las etapas mencionadas se encuentra que las actuaciones son escritas y que para nada se usa la

oralidad, a pesar de que existen audiencias en donde deberían llevarse a cabo actuaciones orales.

Asimismo, cuando se habla de la organización del proceso civil, y la prueba de oficio, a pesar de la reforma del artículo 194° del CPC, nunca se precisó exactamente en qué instante del proceso sería el más adecuado para realizarlo. Por este motivo, no existe un consenso ni por parte de la doctrina ni la jurisprudencia respecto a decidir el momento adecuado para su presentación, lo que lleva a determinar diferentes momentos (o criterios) para el ejercicio de esta potestad, como: la calificación de la demanda, la fijación de puntos controvertidos, la audiencia de pruebas y antes de la sentencia. Por tanto, dada la incertidumbre respecto a la etapa en la cual se debían ofrecer las pruebas de oficio en primera instancia, la Corte Suprema decidió indicar la siguiente regla:

Quinta regla: “En primera instancia, si el proceso es escrito, el juez podrá utilizar las pruebas de oficio al terminar la práctica de las pruebas admitidas, excepcionalmente antes de la sentencia; en los procesos sujetos a oralidad se hará en la audiencia preliminar, excepcionalmente en la audiencia de pruebas”.

Lo interesante de esta regla es que se divide en dos tipos de procesos: el oral y el escrito, lo que indica que cuando se refiere al proceso escrito es aquel contemplado en el CPC, mientras que el proceso oral debería ser aquel que se encuentra regulado en el Reglamento de Actuación para los Módulos Civiles Corporativos de Litigación Oral.

Con todo eso, cuando nos referimos al proceso escrito, se ha indicado de manera correcta que la regla se aplica a la culminación de la práctica de las pruebas, es decir, en la etapa probatoria, debe ser el momento en el cual el juez debe practicar la prueba de oficio. Lo que resulta lógico, debido a que ya se han actuado los medios probatorios propuestos por los litigantes en el proceso, tanto del demandante como del demandado. Lo cual, luego de haberse actuado las pruebas ofrecidas y escuchado a los abogados de las partes brindar sus informes finales, llevaría a que el juez ponga los autos en despacho para sentenciar.

De modo que, si en esta etapa del proceso el juzgador verifica la existencia o no de insuficiencia probatoria, debe compensar dicha falta con la incorporación de algún medio probatorio mediante prueba de oficio. Puesto que lo aportado por las partes no le genera “convicción” sobre la pretensión demandada, lo cual nos lleva a indicar que, la prueba es el sustento de las afirmaciones que realizan las partes en el proceso, por lo cual deben ser aportadas con la finalidad de corroborar su afirmación.

Sin embargo, esta regla también establece una segunda etapa en el proceso escrito, y es aquella en que se indica que se puede disponer de la prueba *ex officio*, cuando el juez, teniendo los autos en despacho para sentenciar, advierte que las pruebas aportadas no le generan la convicción suficiente para poder emitir su fallo.

Al respecto, se debe indicar que en esta segunda etapa, es decir, aportar pruebas de oficio cuando los autos se encuentren en despacho para sentenciar, además de perjudicar el proceso, lo dilata de manera innecesaria al advertir que el juez, luego de haber “supuestamente” estudiado correctamente el caso, recién toma conocimiento de que el material probatoria, luego de haber sido saneado y actuado, le resulta insuficiente, lo cual es un error por parte de la Corte Suprema al otorgarles esta alternativa. Argumento que es compartido por Abanto al señalar que en la práctica judicial se ha observado que se expide más de una desición judicial que acepta los medios probatorios de oficio, lo que dilata la expedición de la sentencia que pongan fin a la instancia (2021, p. 356).

Se debe tener en consideración que el juez ha participado en las diversas actuaciones procesales desde el inicio del proceso, tales como la calificación de la demanda y la contestación, el saneamiento del proceso, la fijación de los puntos controvertidos, el saneamiento y actuación de los medios probatorios, por lo cual al terminar la audiencia de pruebas, es el momento adecuado para incorporar la prueba de oficio, pues se ha dado cuenta de que hasta ese momento lo aportado por las partes no lo convence, y en aplicación del artículo 194° del CPC, puede ejercer actividad probatoria. Empero, el “beneficiar” al juez para solicitar pruebas de oficio antes de emitir sentencia, solo genera dilatar el proceso, perjudicar a las partes y evidenciar que el magistrado no ha actuado

adecuadamente en las diversas actuaciones procesales, donde él mismo participó y si lo hizo, su participación solo fue de una manera formal y nada más.

Respecto a esta etapa para el ofrecimiento de la prueba de oficio, Valdivia señala que conforme a la práctica judicial se da la situación en que se actúan las pruebas de oficio en cualquier momento, lo cual ha podido apreciar dentro de la misma sentencia, sin que se respete el derecho de defensa de las partes y realizándose a espaldas de las mismas, afectando así su derecho al contradictorio (2021, p. 328)

Siendo, del parecer que solo cabría la “excepcionalidad” en este caso, cuando el juez que solicita las pruebas de oficio es uno distinto al que participó en las actuaciones procesales, es decir, recién ha tomado conocimiento del proceso en la etapa decisoria, lo cual puede llevar a considerar que lo aportado por las partes hasta ese momento y lo desarrollado por el juez anterior es insuficiente para poder crearle convicción, siendo entonces necesario que a pesar de que los autos se encuentran en despacho para sentenciar, recurrir a la prueba de oficio. La opinión que también es compartida por Abanto cuando señala que estaría justificado si un nuevo juez se avoca al conocimiento de un proceso, moneda corriente en el día a día judicial, y advierte que los medios probatorios de oficio admitidos por el juez anterior son insuficientes para formar convicción. Para lo cual, el nuevo magistrado en resolución debidamente motivada sí podría admitir nuevos medios probatorios de oficio (2021, p. 356).

Con respecto al proceso oral, es necesario indicar que en la actualidad se ha implementado el Reglamento de actuación para los Módulos Civiles Corporativos de Litigación Oral²⁹, en algunas cortes de nuestro país.

Conforme lo indica la regla bajo análisis, se menciona que la incorporación de la prueba de oficio en estos procesos se realizará en la audiencia preliminar; lo cual nos lleva a indicar que en este tipo de procesos civiles las actuaciones procesales se desarrollan en dos etapas: a) audiencia preliminar y b) audiencia de pruebas.

²⁹ Resolución Administrativa N.º 015-2020-P-CE-PJ. Publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 9 de febrero del 2020.

Pero, cuando se menciona a la audiencia preliminar, se debe tener en cuenta que está conformada por las siguientes fases procesales: a) alegatos de apertura, 2) invitación a conciliar, c) saneamiento procesal, d) invitación a proponer puntos controvertidos, e) fijación de puntos controvertidos, f) saneamiento probatorio y g) convocatoria a audiencia de pruebas y disposición de juzgamiento anticipado del proceso.

Es en esta etapa que, luego de haber admitido los medios probatorios y las fuentes de prueba, puede disponer de llevar a cabo una prueba de oficio, de tal manera que se garantiza el contradictorio, al permitir a las partes participar de la decisión del juez de llevar a cabo la posibilidad de actuar prueba de oficio.

El otro momento señalado por la regla es en la audiencia de pruebas, es decir, desde el momento en que se da inicio a la actividad probatoria, la cual conlleva dos actos procesales: a) la actuación de los medios probatorios, conforme se indica en el artículo 204° del CPC, y b) el alegato de clausura.

No obstante, respecto a este segundo momento en proceso oral, se ha determinado que de manera excepcional se realizará en la audiencia de pruebas, lo cual no ha sido desarrollado más ampliamente por el tribunal vértice, y conforme lo indica Valdivia, el magistrado tendría que justificar por qué no se actuó en la audiencia preliminar (2021, p. 328). Lo cual debería de entender es que la regla general es que la actuación de los medios probatorios de oficio es la audiencia preliminar.

Se debe indicar que, si bien es cierto que la Corte Suprema ha querido señalar la oportunidad en la cual se deberá utilizar la prueba de oficio dependiendo del tipo de proceso en el cual se encuentre el juez (escrito u oral), un tema que ha dejado sin explicación y a la libre interpretación del juez es el referente al contradictorio (previo o diferido), hecho que, por ejemplo, en el análisis de la octava regla que se analizará si lo ha mencionado. Tratando a continuación, cómo era la temática que se venía realizando por parte de los jueces de apelación cuando, en su convicción, no podían llegar a emitir un fallo por la falta de elementos probatorios.

4.2 Nulidad de sentencia por “omisión de prueba de oficio”

Este sub capítulo tiene como fundamento analizar la opción que han tenido los órganos jurisdiccionales de segunda instancia, al tomar como “criterio” la nulidad de la sentencia venida en grado de apelación, por considerar que no podían (o no quieren) resolver el litigio al no contar con los elementos necesarios para decidir sobre el fondo del proceso. Método que resulta ser muy cuestionado, más aún cuando este no resulta ser un criterio razonable de resolución sustancial del proceso.

El supuesto, a tratar, es aquel en el cual se declara la nulidad de sentencia por omisión de la prueba de oficio por el juez de mérito (juez de primera instancia) y la exigencia inmediata de que se actúen y valoren medios probatorios de la forma y el modo en que disponga el juez de apelación. Lo cual, atenta contra el principio de la función jurisdiccional³⁰, al tratar con esta “orden” sobre la actuación y valoración de medios probatorios de oficio de “subordinación” o “dependencia” de los órganos jurisdiccionales superiores sobre los inferiores. Hecho que transgrede la independencia en la función jurisdiccional, la cual debe de respetar la independencia funcional que tienen todos los jueces, con independencia de la especialidad o jerarquía que se tenga dentro de la estructura misma del Poder Judicial.

Es necesario precisar que el supuesto en mención no se encuentra previsto de manera expresa en el CPC, lo cual parecería ser una solución, a lo menos, práctica para el legislador frente a la concurrencia de este hecho. Cosa que permitiría, en primer lugar, que no se afecte contra el principio de independencia funcional y economía procesal (de los justiciables) al tener que regresar el expediente al juzgado de origen para la actuación de los medios probatorios de oficio que se han requerido. Algo que, a la larga, dilata de manera innecesaria el proceso y, en el peor de los casos, termina con la emisión de una sentencia parecida a la primigenia, por no haber tenido mayor incidencia estos nuevos medios probatorios en la decisión. Y, en segundo lugar, la redacción expresa de este

³⁰ Dicho principio se encuentra previsto en el numeral 2 del artículo 139° de la Constitución Política, donde se señala lo siguiente:

Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia.

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

supuesto de nulidad de sentencia en el CPC es importante, al ser esta norma procesal aplicada de manera supletoria en otras disciplinas procesales.

Por esta razón es que, en el Décimo Pleno, se ha previsto una regla específica para la posibilidad de actuación de pruebas de oficio en segunda instancia, lo cual permitirá de manera eficiente solucionar la problemática sobre las nulidades de sentencia bajo este supuesto. Método que es aplicado en el derecho comparado, y al igual que en primera instancia se ha indicado que el ejercicio de esta potestad que tiene el magistrado es una facultad³¹ y no una obligación, debiendo de respetar ciertos límites³², de igual manera tiene que suceder en segunda instancia, debiendo prevalecer el respecto por el principio del contradictorio. Por esta razón, seguidamente se analizará la octava regla, la cual es precisamente la que permite la posibilidad de la prueba de oficio en la instancia superior.

4.3 En segunda instancia: octava regla

Conforme se indicó líneas arriba, un problema que sucedía tiempo atrás era que tanto la doctrina como la jurisprudencia tenían perspectivas distintas sobre la viabilidad o no de la prueba de oficio en segunda instancia (conforme al texto original del artículo 194° del CPC). Dicha controversia se generaba por el hecho que tenían algunos jueces, al considerar que la prueba de oficio era un deber y, por lo tanto, era un poder que tenían ellos mismos y que debían realizar.

Por lo tanto, al tener presente esta concepción de la prueba de oficio, los jueces superiores, al denotar que existía una omisión de dicho deber, anulaban la sentencia de primera instancia, y ordenaban emitir un nuevo pronunciamiento. En consecuencia, a través de la modificación del artículo 194° del CPC, mediante la Ley N.º 30293, se precisó la aplicación del mencionado dispositivo legal: 1) Se determinó que ante la insuficiencia probatoria para que el juez (tanto de primera como de segunda instancia) se cree una convicción, podría ordenar la prueba de oficio, 2) Se determinaron límites para la aplicación de la prueba de oficio tanto en primera como en segunda instancia

³¹ Mayor desarrollo sobre este acápite, puede ver el sub capítulo 3.2 denominada ¿Poder - deber o poder – facultad? del capítulo I.

³² Mayor profundidad sobre este asunto, puede ver la subsección 3.3 rubricada Límites a la actuación de la prueba de oficio del capítulo I.

(excepcionalidad, fuente de prueba, no reemplazar a las partes en su carga probatoria, contradicción y motivación) y 3) La prohibición de declarar la nulidad de sentencias por omisión de la prueba de oficio.

Sin embargo, a pesar de la reforma del artículo 194°, el tribunal vértice dispuso determinar la siguiente regla vinculante a fin de precisar el tratamiento de la prueba de oficio en segunda instancia:

Octava regla: “La Sala Superior en la resolución que programa la vista de la causa indicará la posibilidad de la prueba de oficio, sometiéndolo al contradictorio en la audiencia de vista de la causa y tomando la decisión en ese acto, Si el medio de prueba es de actuación diferida, esta estará a cargo del Juez Superior de menor antigüedad”.

Conforme a la regla descrita, se aprecia que existen tres etapas en el procedimiento de la prueba de oficio en segunda instancia: 1) notificación de la posibilidad de prueba de oficio, en la resolución que cita a la audiencia de vista de la causa, 2) derecho del contradictorio de las partes en la audiencia de vista de la causa y 3) decisión de la prueba de oficio.

a) Notificación de la posibilidad de prueba de oficio.

Esta primera etapa se inicia cuando el órgano jurisdiccional superior constata que los medios probatorios actuados en el proceso no son suficientes para poder crearle un convencimiento, para lo cual, con base en la facultad conferida, solicita la incorporación de pruebas de oficio. Pero dicha prerrogativa debe contener ciertos límites que se han explicado en el capítulo anterior³³.

b) El contradictorio.

Con respecto a esta etapa, la regla ha establecido que el ejercicio del derecho al contradictorio se desarrollará en la audiencia de la vista de la causa y la decisión

³³ Mayor conocimiento sobre este tema, puede ver el sub apartado 3.3 rubricada Límites a la actuación de la prueba de oficio del capítulo I.

se tomará en ese acto. Con ello se quiere decir que cuando se notifique a las partes respecto a la programación de la vista de la causa, en dicha resolución se indicará la posibilidad de actuar prueba de oficio. Lo cual supone que el ejercicio del contradictorio se realizará de manera previa, para lo cual la Sala deberá escuchar a las partes antes de tomar la decisión en dicho acto.

Un tema a tomar en consideración es que el contradictorio sí se da de manera previa cuando estamos en segunda instancia, mientras que cuando estamos en primera instancia (quinta regla) no se ha señalado si el contradictorio será previo o diferido.

c) Decisión de actuación de la prueba de oficio.

Una vez realizado el contradictorio, en la audiencia de vista de la causa, el juez debe tomar la decisión de actuar o no la prueba de oficio, para lo cual la decisión que vaya a realizar debe estar debidamente motivada, límite que tiene que respetar el magistrado, debido a que las partes tienen el derecho de conocer las razones de hecho y derecho que han llevado a que tome la decisión, ya sea en un determinado sentido u otro. Es así que, cuando se trata de la prueba de oficio, el juez debe comunicar a las partes que la información proporcionada es insuficiente, de tal manera que las partes puedan tener conocimiento de que los hechos fácticos manifestados por ellos no le permiten llegar a una conclusión, por lo cual tiene que hacer uso de la potestad que le permite la ley, la cual es solicitar prueba de oficio.

La incorporación de la prueba de oficio ante el juez de apelación ha sido un tema cuestionable dentro de la doctrina nacional, en la cual encontramos posiciones tanto a favor como en contra. Por ende, dentro de la posición que indica la viabilidad de la admisión de la prueba de oficio por parte del juez de grado, podemos indicar a Abanto, el cual indicó que los medios probatorios de oficio pueden ser admitidos en todas las instancias, incluso por el juez de apelación (2007, p. 261). Cuestión que ya se encontraba prevista en el artículo 374° del CPC, en donde se indica que es posible la actuación probatoria en segunda instancia, lo cual no desnaturaliza dicha instancia y no pone en

peligro el derecho de defensa de las partes. Asimismo, Martel señala que la prueba de oficio no constituye la regla general, sino que es la excepción a la actividad probatoria de las partes, con lo cual no existe impedimento para que el juez de apelación ordene la actuación de pruebas de oficio, sin que ello importe la infracción de la doble instancia en la valoración de los medios de prueba (2015, p. 125).

Sin embargo, conforme lo señala Alfaro, existe un grupo de la doctrina nacional que indica que la prueba de oficio no se puede dar en segunda instancia porque ello implicaría la desnaturalización de esta instancia, al no ser la sede idónea para la actuación de medios de prueba. Además de vulnerar el derecho de defensa de los justiciables respecto a los medios de prueba (2013, p. 22).

Al respecto, se indica que la precisión que realiza el tribunal supremo, sobre la incorporación de la prueba de oficio en segunda instancia, es adecuada; ya que permite que el juez de grado no sea solamente un revisor de la decisión, sino que además le da la oportunidad de actuar medios de prueba de actuación inmediata o no, lo cual le permite resolver de manera adecuada el caso en concreto, prescindiendo del reenvío del fallo apelado.

Siendo de la misma idea, Valdivia al señalar lo siguiente:

“En este nuevo escenario, con la precisión que ha efectuado en pleno casatorio civil, la sala superior civil o mixta ya no podrá declarar la nulidad de la sentencia y proceder al reenvío de los actuados al órgano jurisdiccional de primera instancia en el contexto descrito, que genera dilación innecesaria del proceso, sino que deberá, una vez programada la vista de la causa, indicar la posibilidad del ejercicio de sus facultades probatorias oficiosas en relación con determinada prueba, para someterla al contradictorio durante la vista de la causa y adoptar la decisión para su incorporación en el proceso” (2021, 332).

Se puede denotar que, a diferencia de la prueba de oficio en primera instancia, cuando se habla de segunda instancia, se señala un punto a favor, el cual es el momento procesal

para el contradictorio, el cual se entiende que es previo. Ya que, conforme se indica en la regla en análisis, primero se pone en conocimiento a las partes la posibilidad de actuación de una prueba de oficio, la cual, previo debate (contradictorio previo) en la vista de la causa, se podrá decidir su incorporación. De esta manera, se puede afirmar que la cuarta regla del Décimo Pleno no es aplicable para el juez de apelación, debido a que este no se encontraría en la disyuntiva entre aplicar el contradictorio previo o diferido, ya que la octava regla es clara en su procedimiento, la única regla es que primero se escuchará lo que tengan que decir los justiciables y luego la decisión se dará en la audiencia.

Así también lo indica Abanto cuando señala que se establece un contradictorio previo, debido a que en la resolución que se cita a la vista de la causa, deberá advertirse la posibilidad del medio probatorio oficioso para realizar el contradictorio en la vista de la causa con el propósito de debatir sobre su admisión (2021, p. 359). Punto de vista que también es compartido por Limo cuando señala que el hecho de que el juez de apelación pueda decidir la incorporación de los medios probatorios, cumplimiento igual con el contradictorio, a efectos de que no se transforme en una orden de acatamiento inmediato, sino que los justiciables puedan expresar las refutaciones que crean pertinente en caso de defecto de la motivación, contribuye a que no se emplee la nulidad de la resolución de primera instancia, lo que ocurriría constantemente, con la consecuente dilatación procesal en perjuicio de los litigantes (2021, p. 389)

Pero el autor antes mencionado también indica que esta regla trae un grave inconveniente práctico, debido a que la posible admisión de los medios probatorios de oficio es una facultad excepcional que deberá ser tomada por todo el colegiado, lo cual generará una dilatación en la programación de las vistas de la causa y, por ende, en la resolución de los casos (2021, p. 360).

Circunstancia que debió ser prevista por el tribunal supremo, pues si bien es cierto, coincido con la opinión de que esta regla es favorable para el desarrollo del proceso al permitir que el juez de grado pueda resolver en forma definitiva la causa en trámite sin declarar su nulidad. También está el hecho de que estas reglas vinculantes deben procurar

no solamente uniformizar criterios, sino además que se deba procurar que su efectividad se dé en la práctica y coadyuven a agilizar el proceso.

Finalmente, a pesar de tener un aspecto positivo, no se puede negar que también hay aspectos negativos, los cuales son, por ejemplo, el hecho de que no se ha mencionado nada respecto al hecho de la actuación de prueba de oficio de las pruebas extemporáneas. En todo caso, la corte suprema debió establecer algunos criterios para el tratamiento de la prueba de oficio de los medios probatorios extemporáneos y no dejar al libre albedrío al magistrado sobre su interpretación. O el hecho que no se justifique que en la prueba de actuación diferida (declaración de testigo, declaración de parte o inspección) el encargado de realizarlo deba ser el Juez Superior de menor antigüedad.



CAPITULO III

REDISEÑO DEL CONTRADICTORIO EN LA PRUEBA DE OFICIO DEL X PLENO CASATORIO

I. PREMISA

De acuerdo a lo visto en los dos capítulos anteriores, se ha podido observar que, en nuestro sistema procesal civil, el principio del contradictorio no se encuentra previsto de manera expresa en el CPC, lo cual no ha permitido que se le dé la importancia debida a esta garantía procesal que tienen los justiciables. Cuando nació el CPC, se observó, por ejemplo, que en el caso de la prueba de oficio no se encontraba prevista en su redacción la mención expresa al contradictorio como límite para su ejercicio. Es recién con la modificación del artículo 194° del CPC³⁴, que aparece de manera expresa su participación como límite para la aplicación de esta institución jurídica.

Lo cual motivó al tribunal vértice a convocar al pleno, dado que se había examinado que dentro de la judicatura nacional no se estaba realizando de manera uniforme la aplicación de este principio frente a la prueba de oficio, lo cual generaba sentencias contradictorias. Es decir, fue el mismo tribunal supremo quien identificó un problema en la práctica jurisdiccional, donde no solo fue un tema teórico, sino una diversidad de criterios con respecto a la aplicación y concepción de la prueba *ex officio*. Hecho que permitiera la emisión del Décimo Pleno, en donde se plantearon reglas que en el fondo parecen no tener la concepción exacta de lo que es un precedente judicial³⁵. Pues conforme se explicó en el precedente judicial, el elemento central son los hechos y es justamente en esta Casación donde dichos hechos son tratados de manera resumida, no habiendo un adecuado análisis de las cuestiones jurídicas, teóricas y jurisprudenciales sobre las cuestiones fácticas.

Por ello, entre otros temas tratados, en el capítulo precedente se vio conveniente examinar cómo es que el Proyecto de Reforma del CPC ha previsto la incorporación del principio

³⁴ Mayor profundidad sobre este tema, puede ver la subsección 2.1, rubricado En el Código Procesal Civil: deficiente regulación del capítulo I.

³⁵ Mayor desarrollo sobre este tema, puede ver la sub apartado 1.1, denominado Precedente Judicial del capítulo II.

del contradictorio en el desarrollo de todo el proceso y si en esta nueva redacción del código adjetivo se realiza alguna mejora sobre la tan cuestionable figura jurídica de la prueba de oficio. No obstante, todavía se mantenía vigente el desacuerdo de tipo jurisprudencial sobre diversos aspectos del tema en cuestión en los juzgados especializados y Cortes Superiores.

El presente apartado tiene como finalidad poder discutir sobre nuestro tema de investigación, es decir, la presencia del principio del contradictorio en la prueba de oficio y cómo debe de ser el tratamiento que se debe de dar dentro de nuestro ordenamiento jurídico, para lo cual se vinculará lo ya analizado en los dos primeros capítulos. Haciendo un hincapié en el sentido fuerte que tiene este principio y el respeto por parte del órgano jurisdiccional de escuchar previamente a las partes.

Así pues, en el primer sub capítulo se realizará un breve análisis de cómo ha tratado el tema del contradictorio la Corte Suprema en los plenos casatorios civiles, para lo cual se repasarán el tercer y noveno. El propósito de este punto es importante, pues permitirá examinar la evolución y el tratamiento que le ha dado la jurisprudencia a este principio. Lo cual nos sirve de preámbulo para el siguiente sub apartado, en donde se revisará a fondo el principio del contradictorio en la tan cuestionada cuarta regla, empezando con la verificación del sentido fuerte en esta pauta y ver si en la motivación que dio el tribunal vértice para esta guía hace mención alguna a esta concepción. Posteriormente, se estudiará, el valor epistémico que le debe de dar el juez al contradictorio cuando se está frente a una prueba de oficio y la importancia que le tiene que dar de manera previa cuando ha tomado la decisión de incorporarla. La importancia de esta subsección y los dos puntos previos se reflejará en el último tema, en donde, recogiendo lo ya expresado, se propondrá una mejora en la redacción de la cuarta regla.

Como siguiente sub apartado, se analizará la presencia del contradictorio previo en primera y segunda instancia. Examinando cuál ha sido el tratamiento que le ha dado el tribunal vértice en cada grado y comparándolo con la finalidad de determinar si existe similitud o, por el contrario, no hay justificación alguna para una diferenciación. Terminando la presente investigación, con la última subsección en donde se realizará la

revisión en el derecho comparado, específicamente en Argentina, Colombia y España, de cómo ha sido tratada la institución jurídica de la prueba de oficio y rescatar cuáles han sido estas limitaciones que fueron recogidas y tratadas en el Décimo Pleno.

II. EL CONTRADICTORIO EN LOS PLENOS CASATORIOS CIVILES

El objetivo del presente sub capítulo es presentar cómo ha tratado la Corte Suprema en el tercer y noveno pleno casatorio con respecto a uno de los temas pilares del presente trabajo de investigación, el cual es el principio del contradictorio. Por esta razón, se analizará de manera breve cada pleno, verificando cómo ha sido planteada la participación de este principio fundamental y si ha habido alguna variación en su aplicación dentro del proceso civil.

Dicha observación es de suma importancia realizar, ya que permitirá en primer aspecto ver la evolución o no respecto a la concepción del contradictorio que ha tenido el tribunal vértice desde la emisión del tercer pleno, pasando por el noveno hasta llegar al pleno en análisis, y como segundo aspecto concretizar la posición que debe de primar respecto del uso de esta figura jurídica dentro de nuestro ordenamiento procesal civil.

2.1 Tercer Pleno: contradictorio y flexibilización de los principios procesales

Con fecha 15 de diciembre del 2010, se realizó el III Pleno Casatorio Civil³⁶ (Casación N.º 4664- 2010 Puno), el cual fue el primero en llevarse a cabo bajo la nueva regulación introducida por la Ley N.º 29634, publicada el 28 de mayo del 2009. Dispositivo legal que modificó, entre otros, el artículo 400º del CPC, donde se realizaron los siguientes cambios: 1) debe ser convocado por la Sala Suprema Civil, 2) solo participan los jueces supremos civiles y, 3) su objeto es constituir o variar un precedente judicial.

Con este pleno, la Sala Suprema buscó dar una solución a las contradicciones existentes en los fallos emitidos respecto a la naturaleza y procedencia de la indemnización del daño moral en los procesos de separación de hecho, el cual se encuentra previsto en el artículo 345-A del Código Civil, por lo que el punto principal del debate fue: “Determinar si procede fijar la indemnización de oficio o si solo esta se fija a pedido de parte”.

³⁶ Publicado en el diario oficial El Peruano, con fecha 13 de mayo del 2011.

Es así que, antes de realizar la interpretación del artículo 345 A del Código Civil, el tribunal vértice analiza la naturaleza de los procesos de familia, señalando que en este tipo de litigios (los de familia) no solo se busca resolver un conflicto de intereses o se elimina una incertidumbre jurídica y lograr la paz social en justicia, sino que además debe aplicarse el principio de socialización del proceso, con la finalidad de evitar que las desigualdades afecten la tramitación del juicio o la decisión final.

Por consiguiente, se indica que en un proceso de familia es necesario superar los formalismos y las cuestiones técnicas, lo que conlleva que sea un proceso con componentes flexibles, a diferencia de lo que ocurre en un proceso civil. Por esta razón, los principios de congruencia³⁷, preclusión³⁸ y eventualidad³⁹ deben flexibilizarse en los procesos de familia, y específicamente, en los procesos de indemnización.

En virtud de esta flexibilización de los principios procesales antes mencionados, en caso de que la parte interesada en cualquier etapa del proceso exprese hechos claros y concretos referentes al supuesto perjuicio causado por la separación o el divorcio, el juzgador debe considerar que se encuentra frente a un pedido explícito. Debiendo emitir pronunciamiento sobre dicho extremo en la sentencia. En consecuencia, el juez de familia está facultado para integrar la demanda con las pretensiones accesorias previstas por la ley hasta la etapa de fijación de los puntos controvertidos.

Es necesario precisar que en este pleno casatorio se establecieron seis (06) reglas vinculantes, interesándonos solo la tercera, en específico la 3.2 y 3.5, las cuales señalaron lo siguiente:

3. “Respecto a la indemnización por daños o la adjudicación preferente de bienes la sociedad conyugal:

³⁷ El principio de congruencia: es aquel que obliga al juez a pronunciarse de acuerdo a las alegaciones de las partes. Teniendo así una gran importancia al encontrarse ligado al derecho de defensa y al debido proceso.

³⁸ El principio de preclusión procesal: a través de este principio se establece un orden en el debate y posibilita el desarrollo del trámite procesal, permitiendo alcanzar sus fines.

³⁹ El principio de eventualidad: por el cual se impone a las partes a presentar todo su caudal probatorio, sea de pretensiones o defensas, en un momento determinado.

- 3.2 De oficio, el Juez de primera instancia se pronunciará sobre estos puntos, siempre que la parte interesada haya alegado o expresado de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí. Aquellos hechos pueden ser alegados o expresados incluso después de los actos postulatorios. En estas hipótesis, el Juez concederá a la otra parte la oportunidad razonable de pronunciarse sobre aquellos hechos y de ofrecer la prueba pertinente. Si ya se llevó a cabo la audiencia de pruebas, los medios probatorios que se ofrezcan serán de actuación inmediata.
- 3.4 En el trámite señalado se garantizará el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, particularmente el derecho de las partes, el principio de contradicción y el derecho a la instancia plural”. (El subrayado es nuestro)

Ahora bien, como se ha señalado en el capítulo I⁴⁰, el contradictorio es un principio nuclear para el desarrollo del proceso. Por ello, no está supeditado a una sola fase del proceso; por el contrario, debe estar presente en todas las etapas del litigio. En dónde el objeto principal de este principio reside en el hecho de que el juzgador previamente haya tenido la oportunidad de oír a las partes. Siendo justamente estas las que se verán directamente afectadas por la resolución del juez. Por este motivo, en este debate, las partes no solo con el binomio reacción-información participan del proceso, sino que además con el derecho de influencia van a permitir emitir una decisión que se encuentre motivada y sea justa.

La observación que resalta, en este peculiar pleno casatorio, es esta supuesta dicotomía que realiza el tribunal vértice, al indicar “supuestamente” que existe un proceso civil, al cual se le dirá “patrimonial”, de un proceso civil familiar. En donde este último se encuentra revestido de una flexibilidad especial por la naturaleza de las controversias que se ven en estos litigios, los cuales giran en torno a problemas inherentes a la dignidad de

⁴⁰ Mayor profundidad sobre este tema, puede ver el sub capítulo 1, rotulado El principio del Contradictorio del capítulo I.

la persona involucrada. Por esa razón, indica el tribunal supremo, justifica la necesidad de flexibilizar el proceso civil familiar del proceso civil “patrimonial”, al ser este último uno lleno de formalismos y regirse por reglas imperativas.

Y es, justamente, en estos procesos de familia, donde la controversia sea el divorcio por separación de hecho, que se le otorgará al cónyuge que haya sido perjudicado por la separación una indemnización. La cual, indica el pleno, no necesariamente debe estar establecida de manera textual en el petitorio del escrito postulatorio de la demanda o la reconvencción, sino que basta que el afectado haya sugerido el perjuicio ocasionado por la desunión en algún escrito para que se le otorgue dicha pretensión.

Por lo que, a través de esta potestad *ex officio*, el juez al percatarse que la parte interesada haya manifestado su perjuicio por la separación en algún escrito o alegato (se debe de entender que este pedido no se realizó en la etapa postulatoria), se le debe correr traslado a la otra parte para que formule el contradictorio, y tenga así la oportunidad de defender y ofrecer nuevos medios de prueba. Pudiendo incluso haber audiencias complementarias, si fueran necesarias.

Señalando de manera correcta que, en los casos donde se solicite la indemnización por daños o la adjudicación preferente, se debe de garantizar el contradictorio entre otros derechos. Debiendo de procurar que frente a esta potestad *ex officio*, se debe de seguir un determinado procedimiento, en el cual esté presente el contradictorio en su sentido previo, bajo el apercibimiento que el superior declare nula la sentencia de primera instancia al no haberse respectado de manera correcta los pasos a seguir conforme a la regla vinculante.

En tal sentido, muy aparte de la “supuesta” diferenciación de procesos que se realiza en este pleno, como se ha observado, se garantiza frente a una potestad *ex officio* la presencia del contradictorio previo, para que la parte que no ha sido perjudicada pueda hacer uso de su derecho de defensa y aportar pruebas. Lo que facilitará al juzgador corroborar si efectivamente existe alguna parte que haya sido perjudicada con la separación y susceptible de indemnización, emitiendo así decisión que refleje los alegatos por los

justiciables. Por consiguiente, acto seguido se revisará el noveno pleno y se observará cómo fue el tratamiento en aquella oportunidad.

2.2 Noveno Pleno: El contradictorio como condición

El 09 de agosto del 2016, se llevó a cabo el IX Pleno Casatorio Civil⁴¹ (Casación N.º 4442-2015-Moquegua), el cual tuvo como objetivo uniformizar la jurisprudencia con relación a la problemática suscitada en el proceso sumarísimo, cuya materia sea el otorgamiento de escritura pública, respecto al tema sobre la viabilidad o no de analizar la validez del contrato que se pretende formalizar. Adicionalmente, también se incluye en el análisis del pleno el dilema sobre determinar si en este tipo de procesos (sumarísimo) es o no posible analizar la eficacia del contrato que se pretende concretar.

Como resultado de este pleno, se emitieron ocho (08) reglas vinculantes, de las cuales solo nos interesa la segunda y tercera regla, las cuales se detallan a continuación:

Segunda regla: “En un proceso de otorgamiento de escritura pública el Juez puede declarar de oficio, la nulidad manifiesta del negocio jurídico que se pretende formalizar, pero siempre que, previamente, haya promovido el contradictorio entre las partes en la forma señalada en el fundamento 60. Si el Juez considera que el negocio jurídico que se pretende formalizar es manifiestamente nulo, lo declarará así en la parte resolutive de la sentencia y declarará, además, infundada la demanda de otorgamiento de escritura pública. Si el Juez considera que el negocio jurídico que se pretende formalizar no es manifiestamente nulo, expresará las razones de ello en la parte considerativa de la sentencia y en la parte resolutive únicamente se pronunciará sobre la pretensión de otorgamiento de escritura pública”.

Tercera regla: “La declaración de oficio de la nulidad manifiesta de un negocio jurídico puede producirse en cualquier proceso civil de cognición, siempre que la nulidad manifiesta del referido negocio jurídico guarde relación directa con la solución de la controversia y que, previamente, se haya promovido el contradictorio entre las partes”. (El subrayado es nuestro)

⁴¹ Publicado en el diario oficial El Peruano, con fecha 18 de enero del 2017.

De la lectura de estas dos reglas, se revela que el contradictorio que planteó el tribunal supremo es el previo y en su sentido fuerte. Lo que, refleja hasta ese momento, es que existía en la Corte Suprema una misma línea interpretativa y jurisprudencial sobre este principio. Y en especial cuando se refieren a aquellos actos procesales que son emitidos por la propia potestad del juez, en donde sobresale una protección por el derecho de defensa y una participación del contradictorio frente a esta potestad.

Lo peculiar de este pleno es que el tribunal vértice indicó que si el juez, en un proceso sumarísimo, puede ejercer esta potestad *ex officio* frente a la nulidad manifiesta del negocio jurídico, lo tiene que realizar a través del contradictorio previo. Y conforme se señaló en el capítulo I⁴², cuando se habla de un modelo constitucional del proceso, este es un elemento transcendental en toda decisión judicial. Por ende, sea que haya sido previsto normativamente o sea que la doctrina lo haya desarrollado contemporáneamente, es el elemento determinante si se quiere entender al proceso desde una perspectiva constitucional.

Entonces, si no queremos ver al proceso desde una perspectiva publicística, algo transversal que hace que se vea al proceso desde un modelo constitucional, entre otras cosas, es fundamentalmente la necesidad del contradictorio previo o desde su sentido fuerte. Más aún cuando se habla de estos poderes *ex officio*⁴³, en donde la participación *ex ante* de las partes es un requisito fundamental en todos aquellos ordenamientos donde se le reconocen al juzgador potestades *ex officio*.

Así, hasta aquel pleno, lo que el tribunal vértice planteaba sobre las potestades *ex officio* era la aplicación del contradictorio en su sentido fuerte, no es su sentido débil con la concurrencia del binomio reacción-información, donde el juez debía de ser una persona involucrada en el contradictorio, a través del derecho de influencia y del deber de debate. Siendo justamente aquella persona que va a dirigir el pleito, y también ser un destinatario

⁴² Mayor desarrollo sobre este asunto, puede ver la subsección 1.1.2, rubricado Concepción fuerte o efectiva del capítulo I.

⁴³ La idea de que todo poder *ex officio* es del juez, donde no tienen que intervenir las partes, es inadecuada e incorrecta. Puesto que, en el entendimiento de un modelo constitucional del proceso, se debe comprender que, si se admite que el juez tenga ciertas potestades de oficio, se debe a que de manera previa se reconoce la participación de las partes.

de este derecho fundamental procesal. Sin embargo, a continuación, se advertirá cómo el tribunal supremo en la tan polémica cuarta regla fundamental del Décimo Pleno, en vez de afianzar la posición tomada, termina por crear ambigüedad e inseguridad jurídica.

III. REVISIÓN DE LA CUARTA REGLA DEL DÉCIMO PLENO CASATORIO

Cuando se habla justamente de esta regla, la opción que asumió el tribunal vértice ha resultado ser bastante discutible. Dejando de lado tanto a la doctrina procesal nacional como a la legislación comparada respecto a lo conveniente que sería utilizar o emplear el contradictorio previo frente al ejercicio de esta facultad que tiene el juez.

En virtud a ello, se ha creído conveniente en este sub capítulo analizar lo beneficioso que resultaría tomar la posición de aplicar como regla principal el empleo del contradictorio previo, empezando con determinar el sentido fuerte que tiene este principio en esta pauta, el cual debe de prevalecer, para posteriormente examinar su valor epistémico, es decir, la importancia que tiene que darle el juzgador a escuchar previamente a las partes frente a la posibilidad de ejercer este poder probatorio que tiene. Con la finalidad de verificar si resulta necesaria o no su incorporación, con el objetivo de esclarecer aquel hecho fáctico que no ha sido corroborado y así poder llegar a un veredicto que se ajuste a la verdad. Finalizando con una propuesta de modificación a la redacción de esta regla, en donde se revele todo lo analizado hasta el momento.

3.1 Contradictorio en sentido fuerte y la prueba de oficio

Conforme se ha indicado en el capítulo I⁴⁴ del presente trabajo de investigación, cuando se habla de esta concepción del contradictorio, se refiere a que toda decisión que realice el juzgador debe suponer la participación activa y previa de las partes, en donde no solo su participación se realice en la etapa postulatoria del proceso, sino, por el contrario, esta se da en todas las fases de este.

⁴⁴ Mayor profundidad sobre este tema, puede ver la subsección 1.1.2, rubricado Concepción fuerte o efectiva del capítulo I.

Lo cual permite mejorar la relación del juez con los litigantes a fin de garantizar una adecuada comunicación entre los sujetos procesales y permitiendo una cooperación legítima entre ellos. Existiendo, de esta manera, una coparticipación entre las partes y el juez, que sea de manera real y efectiva, en donde las partes asumen posiciones iguales, que les va a permitir influenciar de la misma manera en las decisiones que tome el juzgador. Y su participación en el proceso se dará en igualdad de armas o con las mismas oportunidades procesales.

Ya no se está en aquella etapa del contradictorio⁴⁵, en donde a consideración de algunos autores, el juez era una persona autoritaria; por el contrario, ahora es una persona con autoridad, convirtiéndose así en el garante de un proceso legal, en donde predomina la dialéctica y un razonamiento integral, a través de las manifestaciones y razones expuestas por las partes, lo cual permitirá influir en el fallo del magistrado con el objetivo de lograr la búsqueda de la verdad en el proceso, en aras de obtener una decisión justa.

De la lectura del sub apartado 1.1.2. rubricado “Principio del contradictorio”⁴⁶, se aprecia que el tribunal vértice hace una pequeña referencia al sentido fuerte de este principio, indicando de manera textual lo siguiente: “Este sentido (fuerte) del contradictorio tiene implicancia en todos los actos procesales del juez de los hechos, como lo son aquellos vinculados con la actividad probatoria y más todavía con lo relativo a las denominadas pruebas de oficio”. Definición que se condice con lo señalado en el artículo V del Título Preliminar del CPC, el cual habla sobre el principio de inmediación, que es cuál por el cual el juez debe de comunicarse con las partes y tener un contacto directo con los medios probatorios a fin de que pueda comprender de una manera más adecuada el litigio que se está discutiendo y así adopte una decisión adecuada.

Esto denota que, al parecer, el pensamiento de la Corte Suprema era aplicar en las pruebas de oficio el respeto por el sentido fuerte que tiene el contradictorio; por ello, es que emite la cuarta regla, la cual señala lo siguiente:

⁴⁵ Mayor explicación sobre este asunto, puede ver la subsección 1.1.1 rubricado Concepción débil o formal del capítulo I.

⁴⁶ De la casación en análisis, es decir, la Casación N.º 1242-2017-Lima Este.

“El contradictorio en la prueba de oficio puede ser previo o diferido y se ejerce por las partes de forma oral o escrita, dependiendo de la naturaleza del proceso.”

Así, conforme a lo mencionado hasta ahora, se aprecia que la regla en análisis establece que el contradictorio se debe de realizar de manera previa, y en su sentido fuerte, conforme lo ha señalado la doctrina mayoría nacional y comparada. Cosa que va de la mano con la práctica actual, que le da la mayoría de sistemas procesales del mundo, la de aplicar el sentido fuerte del contradictorio, siendo este la regla general, es decir, el contradictorio previo.

Sin embargo, en el sub apartado mencionado líneas arriba, el tribunal supremo termina señalando de manera textual lo siguiente: “Siendo así, las pruebas de oficio estarían sujetas (entendidas como una *conditio sine qua non*) a un irrestricto respeto al principio del contradictorio, que puede ser de manera previa, posterior, escrito u oral (...)”.

En opinión de este autor, no cree que en la pauta en análisis no exista la presencia de aplicar el sentido fuerte del contradictorio. Si no que la redacción de esta pauta termina por ser ambigua. Al no favorecer esta disyuntiva, es su composición (“o”). Lo cual termina perjudicando a la judicatura, quien es en la práctica el agente encargado de aplicar la regla al caso en concreto. Surgiendo la posibilidad de que se emitan las llamadas “decisiones sorpresas”. Siendo que la composición de esta regla, tal y como esta, no favorece en nada su aplicación en la práctica, aunado al tema que se contradice con el octavo criterio. Además, de esta necesidad del tribunal supremo de crear una dogmática procesal sobre la teoría de la prueba *ex officio*.

Y es que esta exigencia del contradictorio en su sentido fuerte debe estar amparada en un fundamento procesal, ya que este derecho al principio del contradictorio se encuentra previsto de manera implícita en el derecho fundamental al derecho de defensa. Por tanto, podemos hablar incluso de un derecho fundamental procesal, que genera dentro del proceso un efecto democratizador, y más aún cuando estamos frente a una prueba de oficio. Asimismo, esta aproximación del sentido fuerte, la cual se encuentra prevista en

los sistemas procesales contemporáneos más importantes del *civil law*, como son la española, la alemana, la francesa y la italiana, asume esta concepción. Siendo la aproximación más cercana a esta concepción, el contradictorio previo y no el diferido.

Por esta razón, es que en el siguiente sub capítulo se verá la trascendencia del valor epistémico del contradictorio previo, y lo importante que debió de ser para el tribunal vértice determinar de manera expresa y tajante una regla general y una excepción, señalando los pasos o procedimientos que se deben seguir cuando se admite la prueba de oficio, es decir, se debe poner de conocimiento a las partes luego de admitida o viceversa.

3.2 El valor epistémico del contradictorio previo

De acuerdo con lo visto en el capítulo I⁴⁷, cuando se habla de epistemología jurídica, nos lleva a estipular que los efectos de esta se encuentran relacionados con la prueba jurídica, es decir, con el fenómeno probatorio. Elemento que ayudará al juez a tomar decisiones judiciales sin contravenir su imparcialidad y disminuyendo su subjetividad en la formación de su fallo.

Es así que los juristas se han preocupado más por reglamentar cómo se introduce el conocimiento al proceso que preocuparse por su descubrimiento o justificación. Es decir, el de poder distinguir cierto tipo de proposiciones verdaderas de las falsas. Por ello, la epistemología puede ayudar a identificar estos problemas del conocimiento, de los hechos respecto del rendimiento que pueden tener los elementos de prueba para dar un hecho por conocido, por cierto.

Entonces el proceso y la prueba no son otra cosa que una herramienta epistémica. Donde el proceso debe de ser visto como aquel por el cual se van a adquirir esos elementos cognitivos necesarios para la búsqueda de la verdad y la certidumbre sobre la narración de los hechos que las partes han presentado como sustento de sus pretensiones. Siendo así, uno de sus fines, la búsqueda de la verdad, pero esta indagación no debe realizarse de

⁴⁷ Mayor profundidad sobre este punto, puede ver el sub apartado 1.3 nombrado El valor epistémico del contradictorio del capítulo I.

manera privada por parte del juez; por el contrario, en esta investigación, el medio principal debe ser el contradictorio entre los justiciables.

De este modo, se aprecia que dentro de la concepción de proceso se introduce la acepción de instrumento de conocimiento y no solo como una mera herramienta para la resolución de controversias intersubjetivas, sino como aquel en el cual el contenido y la calidad de la decisión que concluye el litigio tienen que estar orientados a resolver una controversia por medio de una decisión justa.

A lo que, en esta dimensión epistémica del proceso, la actividad probatoria juega un papel importante para la resolución de una decisión que pueda ser justa, en donde no solo basta que el fallo sea producto de la correcta interpretación de la norma que regula el asunto y su válida aplicación a los hechos del caso en concreto, sino que esta se fundamenta en una comprobación verdadera de los hechos. Lo cual, a través de una adecuada adquisición de conocimiento, le permitirá ser el instrumento adecuado para llegar a la verdad.

Por lo que la verdad de los enunciados a que se refieren los hechos del caso en concreto tiene que estar relacionada con la cantidad y calidad de las pruebas que se proporcionen, las cuales serán el fundamento de la decisión del juzgador. Observando entonces que la verdad que se corrobora a base de la prueba corresponde al grado de aproximación que tiene esta respecto del contexto verdadero de los hechos.

Y es aquí en donde se debe de encontrar a un juez activo, revestido de su nuevo rol epistémico, en donde, en uso de la facultad prevista por el legislador, hará uso de su poder probatorio para introducir la prueba de oficio con la finalidad de mejorar el nivel cualitativo y cuantitativo del acervo probatorio, con la finalidad de expedir una sentencia que se sustente en la veracidad de los hechos,

Ahora bien, conforme a lo señalado hasta el momento, el rol que va a desempeñar el contradictorio y su valor epistémico se refleja en esta necesidad que tiene el magistrado de escuchar a las partes (de manera previa), el cual será el contrapeso al poder probatorio que ejercerá el juez frente a la incorporación de medio probatorio *ex officio*, el cual se

robustece con el debate de este acto procesal, en donde la discusión previa permitirá al magistrado evaluar y formarse un juicio sobre la conveniencia o no la incorporación de esta nueva prueba.

Lo trascendental de este principio es escuchar primero a las partes, y controlar (en la prueba de oficio) su incorporación mediante la aportación de nuevas pruebas que la desvirtúen o que esclarezcan los hechos controvertidos, alcanzando así la verdad de los enunciados fácticos propuestos por las partes. Lo cual al final va a permitir que mediante la dialéctica en este acto procesal el juez les dé la oportunidad de intervención a los justiciables, de manera previa, más aún si de la prueba de oficio se trata. Cumpliendo así con una de las finalidades epistémicas del proceso, la cual se ha señalado es la búsqueda de la verdad.

En atención a lo señalado, para una decisión judicial que es establecida a partir de la información o datos que las partes proporcionan, se espera que esta sea mejor construida. A lo que mayor oportunidad se les dé a las partes de aportar elementos, información o datos que permitan, de una manera adecuada, reconstruir mejor los hechos al juzgador, ello juega en beneficio para una correcta decisión. Y es justamente donde este fundamento epistémico, reflejado a través de este contradictorio previo, permite solventar determinados datos o información expuestos por las partes o desvirtuarlos.

Siendo que, frente a la incertidumbre del juez de incorporar o no un nuevo elemento probatorio al proceso, el contradictorio previo asume esta relevancia epistémica porque le permitirá al juzgador, con la información proporcionada por las partes, y habiéndole escuchado previamente, el poder decidir sobre si es relevante o no que se introduzca esta nueva prueba *ex officio*, confirmando o desvirtuando su decisión.

En consecuencia, luego de haber escuchado a las partes, el juez podrá decidir sobre la fiabilidad y el valor probatorio de aquel elemento probatorio adicional que pretende introducir al proceso, llegando incluso al supuesto de no decirlo porque las mismas partes han aportado nuevo material probatorio que justifique que no siga con dicha decisión y han aclarado aquel punto de la controversia sobre el cual tenía dudas. Por esta razón, a

continuación, se propondrá una mejora en la redacción de esta tan polémica regla, tomando en consideración lo ya expuesto en los capítulos precedentes, de tal forma que prevalezca lo señalado por la doctrina procesal especializada tanto nacional como comparada.

3.3 Propuesta de mejora de la cuarta regla

Conforme se ha expuesto en los párrafos precedentes, se colige que, en un país donde se pretenda entender al proceso desde un modelo constitucional, el contradictorio en su sentido fuerte tiene que ser un fundamento indispensable para tal propósito. No solo desde el punto de vista del principio procesal⁴⁸, sino además desde el valor epistémico⁴⁹ que puede tener para ayudar al juez a tomar una decisión.

Más aún cuando se está frente a un poder probatorio del juez⁵⁰, como es la prueba de oficio en el presente caso, y en donde se ha señalado que, para su ejercicio, no se puede dar al libre albedrío del juzgador; por el contrario, este debe de tener límites⁵¹ en su aplicación, siendo uno de ellos el principio del contradictorio.

En ese sentido, resulta necesario plantear una propuesta de mejora a la redacción de la cuarta regla del Décimo Pleno; es así que se toma en consideración el artículo VII del Título Preliminar del proyecto de reforma del CPC⁵², en cuál tiene ciertos aspectos importantes que pasó a señalar, los cuales influirán en la redacción propuesta:

- La presencia del contradictorio se dará en cualquier etapa del proceso.
- Se señala que previo a resolver cualquier cuestión procesal o de fondo, el juez debe de otorgar a las partes manifestarse.

⁴⁸ Mayor desarrollo sobre este asunto, puede ver la subsección 1 rubricado El principio del contradictorio del capítulo I.

⁴⁹ Mayor profundidad sobre este tema, puede ver el sub apartado 1.3 nombrado El valor epistémico del contradictorio del capítulo I.

⁵⁰ Mayor explicación sobre esta cuestión, puede ver el sub capítulo 3.1 titulado Definición: poder probatorio del juez del capítulo I.

⁵¹ Mayor despliegue sobre esta materia, puede ver la subsección 3.3 denominado Límites a la actuación de la prueba de oficio del capítulo I.

⁵² Mayor exposición sobre este tópico, puede ver el sub capítulo 2.2 designado Proyecto de Reforma del CPC: el nuevo artículo 7° del capítulo I.

- Cada decisión judicial debe estar fundamentada en las alegaciones brindadas por los justiciables.

Conforme a lo señalado en el capítulo II, al analizar esta regla⁵³, genera no solo una duda, sino varias, empezando desde su simple redacción. Ya que, conforme se indicó líneas arriba⁵⁴, el término “o” hace pensar que al ser esta una facultad⁵⁵, el juez puede optar por cualquiera de esas dos opciones: previo o diferido. Lo cual puede generar que se emitan las llamadas “sentencias sorpresas o decisión - sorpresa” al decidirse algo que no ha sido alegado previamente.

Otro tema que genera incertidumbre es aquella referente a que la aplicación del contradictorio (sea previo o diferido) dependerá “de la naturaleza del proceso”. Tema que no fue precisado por el tribunal vértice al indicar a qué se refiere con esta frase. Es decir, por ejemplo, tiene que ver con la complejidad del proceso, el litisconsorcio de alguna de las partes (o ambas), la pluralidad de pretensiones (principales y/o accesorias), etc.

Siendo entonces la propuesta de redacción de la siguiente forma:

CUARTA REGLA	
Texto actual	Texto propuesto
El contradictorio en la prueba de oficio puede ser previo o diferido y se ejerce por las partes de forma oral o escrita, dependiendo de la naturaleza del proceso	Si de la verificación de los medios probatorios ofrecidos por las partes, el juez se percata que estos son insuficientes para probar los hechos controvertidos, podrá incorporar medios probatorios de oficio, para lo cual previamente tiene que darles la oportunidad a las partes de manifestarse, bajo pena de nulidad. Lo mencionado no será aplicable a los procesos de tutela anticipada y/o de urgencia.

⁵³ Mayor descripción sobre el particular, puede ver el sub apartado 3.3 rubricado Contradictorio previo y diferido: cuarta regla del capítulo II.

⁵⁴ Mayor desarrollo sobre este asunto, puede ver el sub apartado 3.1 denominado Contradictorio en sentido fuerte y la prueba del oficio del capítulo III.

⁵⁵ Mayor desarrollo sobre este asunto, puede ver la subsección 3.2 rubricado ¿Poder deber o poder – facultad? del capítulo I.

A diferencia del texto actual, en el texto propuesto se ha querido sintetizar toda la información plasmada en los dos capítulos precedentes. Por ello, se ha establecido que solo ante la falta de medios probatorios proporcionados por los litigantes, el juez podrá hacer uso de la prueba de oficio, siempre y cuando previamente haya escuchado a las partes, bajo apercibimiento de declarar nula dicha decisión. Con lo cual se deja en claro la prevalencia del contradictorio previo y en su sentido fuerte, disponiendo una pauta de carácter general y una excepción (contradictorio diferido) solo a los procesos de tutela anticipada y/o de urgencia.

En consecuencia, habiendo propuesto una redacción más clara que la actual sobre esta regla, acto seguido se desarrollará como ha sido el sentido del tribunal vértice sobre el contradictorio en cada instancia, evaluando y comparando si el tratamiento establecido es igualitario o no.

IV. EL CONTRADICTORIO EN PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIA

En esta subsección, se pondrá un énfasis en el empleo del contradictorio previo, tanto para los órganos jurisdiccionales de primer y segundo grado. Para lo cual se examinará cada instancia en particular, determinando su tratamiento en especial y verificando cuál es la posición que la regla ha introducido, y si ello es acorde con la posición que se plantea en el presente trabajo.

4.1 Quinta regla: prueba de oficio y contradictorio en primera instancia

Cuando se analiza esta regla, sobresale algo peculiar en su redacción, la cual se transcribe textualmente:

“En primera instancia, si el proceso es escrito, el juez podrá utilizar las pruebas de oficio al terminar la práctica de las pruebas admitidas, excepcionalmente antes de la sentencia; en los procesos sujetos a oralidad se hará en la audiencia preliminar, excepcionalmente en la audiencia de pruebas”.

Y es que en el Perú no existen dos tipos de proceso civil, es decir, uno escrito y otro oral. Lo que en la actualidad hay es un piloto sobre un proceso civil oral, el cual, si bien es

cierto, puede ser cuestionado, ya que se dio a través de una regla administrativa; lo vigente es la ley procesal civil actual, es decir, el CPC, norma que actualmente tenemos.

Dicho ello, solamente las partes que han planteado sus pretensiones (*petitum*), con base en los hechos fácticos que la sustentan (*causa petendi*) y, a fin de demostrar la veracidad de estas afirmaciones, ofrecen medios probatorios que lo respalden. En consecuencia, se puede inferir que la responsabilidad de la prueba recae exclusivamente en las partes encargadas de verificar si las afirmaciones alegadas son verdaderas o no.

No obstante, el uso de las pruebas de oficio tiene que darse de manera excepcional, ya que es norma general que la carga de la prueba le corresponde a las partes del proceso, y el abuso de la actividad oficiosa puede terminar afectando su imparcialidad y beneficiando a uno de los litigantes, en perjuicio del otro, al no permitirle cuestionar la eficacia y contenido de la prueba aportada, es decir, no permitir que se realice un adecuado uso del contradictorio.

Siendo ello así, cuando se está dentro de un proceso civil escrito, se ha indicado de manera correcta que la regla se aplica a la culminación de la práctica de las pruebas, es decir, en la etapa probatoria. Debe ser el momento en el que el juez debe practicar la prueba de oficio. Algo que resulta correcto, pues es justamente en esta instancia donde el juez, con el acervo probatorio presentado por las partes, ha podido condensar la totalidad de la valoración del conjunto de medios probatorios presentados, permitiéndole verificar la existencia o no de insuficiencia probatoria.

Y es justamente, ante la falta de pruebas ofrecidas por los justiciables, donde evaluará el poder incorporar algún medio probatorio mediante la prueba de oficio. Ya que lo aportado, hasta el momento, por las partes, no le genera “convicción” sobre la pretensión demandada. A lo que, ciertamente, se ha mencionado en el sub capítulo anterior, el director del proceso, antes de esta decisión de aportar un nuevo elemento probatorio, previamente tiene que comunicar el auto a las partes.

Ello se debe a que, con la dialéctica, la discusión que las partes propondrán sobre el favorecimiento de esta incorporación y, tal vez, sobre la nueva incorporación de nuevos elementos de prueba, le van a permitir al juez, como primer punto, ser un contrapeso a esta facultad que tiene y, segundo, evaluar y decidir si es necesario incluir este nuevo elemento de prueba o, por el contrario, ya no resulta necesario realizarlo. Hecho que, al final, beneficiaría tanto al juzgador para tomar la decisión, como a las litigantes, de poder participar activamente en esta medida.

Sin embargo, esta regla también establece una segunda etapa en el proceso escrito, y es aquella en que se indica que se puede disponer de la prueba de oficio, cuando el juez, teniendo los autos en despacho para sentenciar, advierte que las pruebas aportadas no le generan la convicción suficiente para poder emitir su fallo. Pero con el agregado de “excepcional”, término que resulta ser adecuado, frente a la regla general, la cual es que se da en la etapa probatoria.

Siendo que esta “excepcionalidad” solo se podría dar en aquel supuesto en el cual el juez que va a emitir el fallo no ha participado de las actuaciones procesales previas. Por eso, viendo que lo aportado por las partes hasta ese momento no le crea la convicción necesaria para emitir su resolución. Decidió que es necesario, a pesar de que los autos se encuentran en despacho para sentenciar, recurrir a la prueba de oficio. Pero se tiene que tener presente, como se ha señalado párrafos arriba, que, por más que nos encontremos frente a una excepcionalidad, ello no es impedimento u obstáculo para que el juez ejerza el contradictorio previo.

Con respecto al proceso oral, se menciona que la incorporación de la prueba de oficio en estos procesos se realizará en la audiencia preliminar; para lo cual debió de ser más preciso el tribunal vértice y señalar que ello se daría al finalizar la audiencia preliminar, es decir, con la admisión de los medios probatorios y las fuentes de prueba. Lo que le permitirá analizar si es necesario disponer de la incorporación de una prueba de oficio. Comunicándolo en ese momento a las partes, a fin de que se les permita garantizar el ejercicio del contradictorio, ejerciéndolo en ese momento, y decidiendo luego el magistrado su adhesión o no.

El otro momento señalado por la regla es en la audiencia de pruebas, es decir, desde el momento en que se da inicio a la actividad probatoria, la cual conlleva dos actos procesales: a) la actuación de los medios probatorios, conforme se indica en el artículo 204° del CPC, y b) el alegato de clausura.

No obstante, de manera excepcional se ha señalado que se puede dar en la audiencia de pruebas, es decir, desde el momento en que se da inicio a la actividad probatoria; sin embargo, no se ha encontrado justificación alguna para que se aplique esta “excepcionalidad”, tema que tampoco es desarrollado por el tribunal supremo. Por lo tanto, se cree innecesaria esta segunda parte de la regla en el proceso civil oral, pero el tiempo dirá cómo es que los órganos jurisdiccionales del país aplican esta segunda opción y la justificación que le den para llevarla a cabo.

En consecuencia, en esta quinta regla no se indica en qué momento se tendría que dar el contradictorio, algo que resulta ser preocupante, pues permitiría al juez en esta instancia aplicar lo señalado en la cuarta regla, es decir, dejar bajo su potestad cómo aplicar en el caso en concreto (previo o diferido). Algo que, conforme se ha expresado líneas arriba, no se cree conveniente, debiéndose de aplicar siempre el contradictorio previo. Por esta razón, a continuación, se examinará cómo en segundo grado la Corte Suprema sí ha sido clara al respecto.

4.2 Octava regla: contradictorio en vista de la causa

En la presente regla, el tribunal vértice ha procedido a redactarla de la siguiente manera:

“La Sala Superior en la resolución que programa la vista de la causa indicará la posibilidad de la prueba de oficio, sometiénolo al contradictorio en la audiencia de vista de la causa y tomando la decisión en ese acto, Si el medio de prueba es de actuación diferida, esta estará a cargo del Juez Superior de menor antigüedad”.

Siguiendo la línea planteada con la reforma del artículo 194° del CPC, el tribunal supremo elimina la posibilidad de declarar nula la sentencia de segundo grado ante la omisión de la prueba de oficio. Es que se da la posibilidad de que el juez de apelación pueda

incorporarla en esta instancia. Pero se debe tener presente que cuando se habla de incorporar un nuevo medio de prueba, este tiene que ser posterior a la sentencia de primera instancia; es decir, estamos hablando de *nova reperta* y *nova producta* y en ese sentido es que debería de entenderse.

De una lectura no tan analítica de esta regla, uno puede darse cuenta de que lo que está presente en esta regla es el contradictorio previo. Dado que se indica que en la resolución donde se programe la fecha para la vista de la causa, se indicará también la posibilidad de incorporar una prueba de oficio. Y es justamente en esta audiencia, a través de la dialéctica, donde las partes van a discutir previamente la incorporación de este nuevo elemento probatorio, lo cual no es sino la manifestación del contradictorio previo.

Es así que, con respecto a esta regla en particular, acierta el tribunal vértice al señalar que esta discusión de la prueba de oficio debe darse en la audiencia de la vista de la causa y bajo el contradictorio previo. Siendo sí un tema de discusión lo referente a que será el juez de menor antigüedad el encargado de este asunto. La determinación de la prueba de oficio y su práctica es algo importante, donde podría argumentarse que este tema requiere un grado de experiencia, señalando que el magistrado de menor antigüedad tendría mayor experiencia que el juez de mayor antigüedad.

Sin embargo, como ya se ha indicado en el sub capítulo anterior, no hay una coherencia entre la primera y la segunda instancia, existiendo un trato diferente, donde no se ha explicado cuáles serían las razones que llevan a esto. Más aún cuando el contradictorio, al ser un derecho fundamental procesal, per se, no puede estar a la libre discrecionalidad del juzgador, en el cual disponga en algunos casos de escuchar previamente a las partes y en otros no.

Por esta razón, es que en el transcurso de todo este trabajo de investigación se ha querido responder a las dos interrogantes planteadas en la introducción, las cuales eran: ¿De qué manera se establece el principio de contradicción para la emisión de la prueba de oficio? Y de ser el caso, ¿qué tipo de contradictorio es el más conveniente para un uso adecuado de la prueba de oficio por los jueces?

Señalando ya sea desde un aspecto teórico, epistémico o procesal cuando se habla de la prueba de oficio, el contradictorio que se tiene que dar es el previo, el cual es el más conveniente para el juzgador, en el sentido que al permitirle a las partes ser escuchadas previamente, en donde debatan sus alegaciones y replicas, le permitirá tomar una mejor decisión sobre su incorporación o no.

V. BREVE REVISIÓN DEL DERECHO COMPARADO

Como punto final de la presente investigación, se ha creído por conveniente identificar de manera muy breve la existencia o inexistencia de los límites fijados a la prueba de oficio en el derecho comparado a través de su legislación, para lo cual se han tomado como referencia ciertos países, analizando su doctrina y jurisprudencia local, con la finalidad de observar cómo se trata esta tan cuestionada potestad *ex officio* del juez.

5.1 En el derecho argentino

Conforme se indica en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contemplado en la Ley N.º 17454, la figura jurídica de la prueba de oficio se encuentra regulada en los artículos 36º y 452º, que indica lo siguiente:

- **Artículo 36:** Aún sin requerimiento de parte, los jueces y tribunales deberán:
(...)
 4. Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. A ese efecto, podrán:
 - a) Disponer, en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito;
 - b) Decidir en cualquier estado de la causa la comparecencia de testigos con arreglo a lo que dispone el artículo 452, peritos y consultores técnicos, para interrogarlos acerca de lo que creyeren necesario;
 - c) Mandar, con las formalidades prescriptas en este Código, que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de terceros, en los términos de los artículos 387 a 389.

5. Impulsar de oficio el trámite, cuando existan fondos inactivos de menores o incapaces, a fin de que los representantes legales de estos o, en su caso, el Asesor de Menores, efectúen las propuestas que estimen más convenientes en interés del menor o incapaz, sin perjuicio de los deberes propios de dicho funcionario con igual objeto. (...)

- **Artículo 452:** El juez podrá disponer de oficio la declaración en el carácter de testigos, de personas mencionadas por las partes en los escritos de constitución del proceso o cuando, según resultare de otras pruebas producidas, tuvieren conocimiento de hechos que puedan gravitar en la decisión de la causa. Asimismo, podrá ordenar que sean examinados nuevamente los ya interrogados, para aclarar sus declaraciones o proceder al careo.

De esta forma, se puede advertir de los dispositivos legales antes mencionados que en la legislación argentina la prueba de oficio tiene las características:

- Es facultativa, y se dirige a un tipo de medio de prueba (declaración de testigos).
- La fuente de prueba está limitada a aquellos hechos que hayan sido transmitidos por las partes en el proceso o que se desprendan de ellos.

Dentro de la doctrina de este país encontramos a Alvarado, quien realiza una crítica a la prueba oficiosa, al señalar que al ser el juez el director del proceso, no puede convertirse en un dictador, debido a que se estaría contribuyendo a la imparcialidad del funcionario judicial respecto a las partes, e iría en contra del derecho fundamental al debido proceso (2004, p. 62). Asimismo, el autor señala que “la carga de la prueba” constituyen, en verdad, directivas para el juzgador, pues no tratan de fijar a quién debe asumir la tarea de confirmar, sino “de quién asume el riesgo de que falte al momento de resolver el litigio” (2019, p. 57). De igual apreciación es Calvino al señalar que:

“... se ha subrayado que el modelo del neoconstitucionalismo tiene dos riesgos principales: la extralimitación judicial, y una impronta excesivamente individualista y relativista en la concepción e instrumentación de los derechos humanos que llega a desvirtuar su contenido y alcance. Si bien puede contener

algunas facetas atractivas, no podemos compartir ninguna propuesta que se base en la omnipotencia de un sector o de una persona; al menos si esa es la solución que brinda, queda demostrado que en el mejor de los casos le resta mucho camino por transitar. Varios siglos de lucha y evolución político –social para lograr un poder dividido, limitado y controlado, caen como un castillo de naipes mal armado si la respuesta es dejar todo en manos de alguien a quien se le reconoce un poder omnímodo, que por definición sólo es atributo de Dios” (2012, p. 62)

Al respecto, se debe señalar que no comparto la opinión de los mencionados autores, al señalar que el juez no puede estar dotado de este poder *ex officio* y, por lo tanto, la carga de prueba solo le debe corresponder a los litigantes. Si hablamos de que la certeza de la verdad de los hechos no interesa, es dable entonces no dotar al juez de estos poderes de instrucción autónomos, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes. Es necesario indicar que el juzgador ya no puede ser un espectador pasivo de la competición entre las partes, siendo indiferente de quién gane. Si no, debe buscar que gane el proceso, con la búsqueda de la verdad, sin importar qué parte se beneficie. Por ello, esta opción está prevista, pero no como una regla, sino una excepción, que debe aplicar el magistrado en aquellos casos en los cuales las pruebas ofrecidas no producen la convicción necesaria para emitir un pronunciamiento que se ajuste a la verdad.

Y es que en este incremento de los poderes instructorios del juez, debe de haber una participación compartida entre los jueces y los abogados de las partes. Lo que permitirá un mayor control de su actividad jurisdiccional por parte de los sujetos procesales, al ser las partes (en específico sus abogados) el equilibrio entre estos poderes que le han otorgado al magistrado, constituyéndose así en una garantía para el ejercicio arbitrario e ilimitado de estos poderes *ex officio*. Idea que es compartida por Morello al señalar que:

“A más facultades (o deberes o poderes) mayor bilateralidad y controles...el uso responsable de la Jurisdicción se lleva a cabo a través de un proceso organizado con “todas las de la ley” en el cual el equilibrio de los poderes –del juez y de los abogados de las partes- debe permitir lograr acceder a la verdad jurídica objetiva, otorgándole a ésta la primacía que le corresponde para afianzar la Justicia, toda vez

que su esclarecimiento es prioritario...Poderes coparticipados entre el juez y las partes. O, dicho de otro modo, que su rol de director del procedimiento no instala al órgano judicial en una posición de “super parte” (2002, p. 1150).

5.2 En el derecho colombiano

La prueba de oficio en el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra prevista en diversos artículos del Código General del Proceso (CGP), contemplado en la Ley N.º 1564, los cuales señalan lo siguiente:

- **Artículo 167:** Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

- **Artículo 169:** Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos será necesario que estos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes. Las providencias que decreten pruebas de

oficio no admiten recurso. Los gastos que implique su práctica serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas.

- **Artículo 170:** El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia. Las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes.

Conforme se puede denotar de las normas antes mencionadas, la prueba de oficio en el ordenamiento jurídico colombiano tiene como límite los siguientes:

- Es un deber/facultad del juez.
- La fuente de prueba debe estar dada por alegaciones de las partes. Asimismo, en el caso de la declaración de testigos se han establecido reglas específicas.
- Se establece la oportunidad del ejercicio de la prueba de oficio.
- Se garantiza el contradictorio.

Dentro de la doctrina colombiana sobre este poder *ex officio* que se le otorga al juzgador, tenemos a Parra, quien indica que el uso de esta facultad del juez es pertinente para llevar a cabo un buen análisis del acervo probatorio que lleve a la verdad del proceso, pues se están aprovechando capacidades del juez, que ahondan tanto su experiencia como su conocimiento (2007, p. 197). Señalando además que al hacer uso el juzgador de esta facultad, logra que las desigualdades que se presentan en el proceso se aminoren. Por lo que el triunfo no será de aquella parte procesal que tenga mejores medios, sino de la justicia y de la verdad, principales objetivos del proceso judicial (2007, p. 198). Asimismo, Ramírez señala que el derecho a ser escuchado implica la posibilidad de otorgar a las partes procesales idénticas oportunidades de defensa, no pudiendo el juez emitir una determinada decisión cuando no se le ha dado la oportunidad de ser escuchado en un término razonable (2007, p. 9).

Conforme lo señalan los autores mencionados, la búsqueda de la verdad y la justicia deben de ser los principales objetivos de un proceso judicial, lo cual permite que, de manera excepcional, y permitiendo a los litigantes idénticas oportunidades de defensa, el juez, al

verificar que el acervo probatorio es insuficiente, le permita ejercer esa facultad oficiosa que le otorga el legislador, siempre y cuando permita a las partes que previamente puedan ser escuchadas, con la finalidad de que dicte una decisión que sea lo más próxima a la verdad.

En esa misma línea doctrinal, refiere Londoño al señalar que “la prueba de oficio tiene como principal justificación proteger derechos de personas en estado de vulnerabilidad; por tanto, el juez, como director del proceso y mediante sus potestades oficiosas, posibilita la producción de la prueba cuando esta no ha sido aportada por las partes, generalmente por la parte débil” (2006, p. 1). Aunado a ello, y analizando el artículo 167 del CGP, en palabras de Meroi & Ramírez, señalan sobre este dispositivo legal que “... mezcla la regla de la carga de la prueba con la teoría de las cargas dinámicas, (...). Con ello envía un mensaje de flexibilización absoluta del criterio clásico por el que se hiper amplifican los poderes del juez” (2020, p. 233).

Lo cual permite señalar, siguiendo a estos dos últimos autores, que al igual que en Colombia, el dispositivo legal que regula la prueba de oficio permite establecer que estamos frente a una facultad del juez, y no un deber. Dado que la ley no lo ha consagrado como una obligación ineludible, sino que se considera como una facultad discrecional que debe respetar siempre las cargas probatorias a fin de no suplir las responsabilidades de las partes.

Ahora bien, dentro del ordenamiento procesal civil colombiano, se pueden destacar las siguientes sentencias emitidas por la Corte Constitucional:

Sentencia C-086 de 2016

“En la mayoría de las legislaciones el proceso civil ha sido prevalentemente dispositivo y el penal prevalentemente inquisitivo. Sin embargo, en el derecho comparado el primero puede calificarse hoy en día como mixto, pues el proceso civil moderno se considera de interés público y se orienta en el sentido de otorgar facultades al juez para decretar pruebas de oficio y para impulsar el proceso, tiende hacia la verdad real y a la igualdad de las partes y establece la libre valoración de

la prueba. No obstante, exige demanda del interesado, prohíbe al juez resolver sobre puntos no planteados en la demanda o excepciones y acepta que las partes pueden disponer del proceso por desistimiento, transacción o arbitramento. (...) La aspiración última del pueblo de alcanzar un marco que garantizara un 'orden justo', la consagración de la administración de justicia como una función pública esencial y como un derecho fundamental de cada persona, así como la prevalencia del derecho sustancial, significaron en su conjunto un fortalecimiento de la función judicial y un compromiso férreo de los servidores públicos con la consecución de la justicia material” (El subrayado es nuestro).

La presente resolución judicial indica que en la actualidad en un sistema procesal civil moderno es admisible otorgarle al juez ciertas facultades, como puede ser la prueba de oficio, con el propósito de poder buscar la verdad en el proceso, pero con la necesidad de limitar esta prerrogativa otorgada, pero sin perder de vista que la carga de la prueba es una responsabilidad que le compete de manera primigenia a los litigantes.

Sentencia SU-768 de 2014

“El decreto oficioso de pruebas no es una mera liberalidad del juez, es un verdadero deber legal. De acuerdo a esta Corporación, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente: (i) cuando a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que éstas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; (ii) cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o (iii) cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material; (iv) cuidándose, en todo caso, de no promover con ello la negligencia o mala fe de las partes” (El subrayado es nuestro).

Finalmente, en esta decisión judicial, se observa que la necesidad de incorporar un medio probatorio *ex officio*, solo se debe de dar, siempre y cuando el juez aprecie que existen vacíos dentro de la controversia de la causa que permitan que el fallo no se ajuste al

derecho material de la causa en concreto. Posición que se condice con lo señalado líneas arriba respecto a que esta potestad es una facultad⁵⁶ y no un deber del juez.

5.3 En el derecho español

En el ordenamiento jurídico español encontramos a la prueba de oficio contemplada en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), Ley 1/2000, en los siguientes dispositivos legales:

- **Artículo 429. Proposición y admisión de la prueba. Señalamiento del juicio**

1. Si no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba.

La prueba se propondrá de forma verbal, sin perjuicio de la obligación de las partes de aportar en el acto escrito detallado de la misma, pudiendo completarlo durante la audiencia. La omisión de la presentación de dicho escrito no dará lugar a la inadmisión de la prueba, quedando condicionada esta a que se presente en el plazo de los dos días siguientes.

Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal.

- **Artículo 435. Diligencias finales. Procedencia**

(...)

2. Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte,

⁵⁶ Mayor desarrollo sobre este asunto, puede ver la subsección 3.2 rubricado ¿Poder deber o poder – facultad? del capítulo I.

que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos. En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos.

De acuerdo con la norma española señalada, los límites que tiene la prueba de oficio en este ordenamiento jurídico son los siguientes:

- Solo se da cuando el juez analiza que existe insuficiencia probatoria.
- La fuente de la prueba tiene que ceñirse a algún elemento probatorio del proceso.
- Se permite el contradictorio.
- La resolución que ordene la prueba de oficio debe estar debidamente motivada.

Con respecto a este dispositivo legal, Montero indica que fue una novedad en el ámbito del derecho a la prueba, al “abrir una ventana” a la iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil, en el ordenamiento procesal español (2001, p. 34). En palabras de Font, señala que se le otorga una especial transcendencia a la función directiva del juez en orden a la determinación de la certeza de los hechos controvertidos, al reforzar sus facultades rectoras en la proposición, admisión y práctica de las pruebas (2004, p. 3).

Respecto a la actividad oficiosa que tiene el juzgador Montero, señala que, si el juez pudiera aportar hechos, atentaría a la misma esencia de lo que es un proceso civil, pues con ello se estaría convirtiendo en parte. Suele decirse que esta imposibilidad de aportación de hechos por el juez se basa en la imparcialidad del mismo, de modo que si llegara a admitirse esa aportación se convertiría en parcial (2003, p. 476). Posición compartida por Vázquez, el cual sostiene que “si se le atribuyen al juez iniciativas probatorias de oficio -dentro de poderes-deberes de dirección- el proceso civil resultante sería autoritario, propio de regímenes totalitarios” (2009, p 207).

Debo indicar que discrepo con las opiniones de los autores antes citado, debido a que, atentatorio contra la imparcialidad del magistrado, es que este permanezca impasible ante una “versión” interesada de los hechos, en donde el abogado de manera predeterminada ocultara hechos o datos que se ajustaran a la realidad de los mismos, beneficiando así a una de las partes, lo que sí supondría tomar partido por una de ellas. Supuesto en el cual sí se estaría admitiendo una manipulación interesada del proceso por una de las partes, lo que es inaceptable frente a la igualdad material y la justicia.

Ahora bien, el artículo 429.1 de la LEC dividió a la doctrina de este país en dos posturas: una, mayoritaria, que considera que este dispositivo legal regula tan solo una facultad que ostenta el juez, y otra, que defiende, en cambio, que se está ante un deber. Dentro de la primera postura, tenemos a Abel, que señala “de imponérsele tal deber sería un deber jurídicamente inexigible, por cuanto ello equivaldría tanto cuanto a imponer al juez el deber de adivinar el resultado de las pruebas propuestas y no practicadas”. Agregando sobre esta norma, como la “facultad de integración de insuficiencia probatoria” (2003, p. 146). Asimismo, haciendo una precisión sobre esta facultad, Montero sostiene que la previsión del artículo 429.1 LEC se limita a “una facultad de “advertencia”, de difícil justificación doctrinal, pues está claramente determinada por la concepción publicista del proceso civil que responde a una concepción autoritaria de las funciones del tribunal en este proceso” (2019, p. 279).

Es así que dentro de esta visión tenemos las siguientes sentencias: N.º 50/2002, de 15 de febrero, de la AP de Murcia (Secc. 3ª), Fundamento Jurídico dos; N.º 190/2005, de 3 de mayo, de la AP de Baleares (Secc. 3ª), Fundamento Jurídico dos y N.º 1034/2007, de 28 de diciembre, de la AP de Madrid (Secc. 11ª), Fundamento Jurídico tres, en donde señalaron que el artículo 429.1 de la LEC no puede suplir la inactividad o deficiencia probatoria de las partes, esto es, “no puede servir de fundamento para subsanar la inexistencia de pruebas o las propuestas inadecuadamente por las partes por no ajustarse a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Se indica que el pensamiento de estos doctrinarios no es compartido, al señalar de manera tajante que la falta de insuficiencia probatoria no amerita la necesidad por parte del

director del proceso de comunicarlo. Más aún cuando se ha señalado que el juez no solo puede limitarse a aplicar el derecho en sí, dejando de lado uno de los fines del proceso, el cual es la búsqueda de la verdad en la causa en particular, para lo cual necesita tener todos los elementos que fundamenten su decisión.

Con respecto a la otra postura tenemos a Picó i Junoy, el cual indica que “nos encontramos ante un verdadero deber, en función del cual el juez ha de advertir a las partes de la insuficiencia de las pruebas propuestas para el esclarecimiento de los hechos litigiosos” (2007, p.124). Además, Asencio sostiene que “una novedad que compensa suficientemente la merma de poderes de ejecución de prueba de oficio es la contemplada en el art. 429 y que establece la obligación, que no simple facultad, del tribunal de poner de manifiesto en la audiencia preliminar, tras la proposición de la prueba realizada por las partes, la situación de insuficiencia probatoria en que se puede incurrir a los efectos de que las partes puedan ampliar su proposición de prueba” (2003, p. 205).

Dentro de esta posición doctrinal tenemos a la sentencia núm. 205/2002, de 28 de mayo, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Secc. 1ª) en la cual se establecen dos presupuestos objetivos para que el juez deba indicar la insuficiencia probatoria a las partes, esto es, que: 1) haya una “carencia objetiva y absoluta sobre un hecho afirmado por una de las partes, que a su vez sea preciso establecer para resolver el pleito” y, una vez constatada dicha ausencia de prueba, 2) “la prueba del mismo esté al alcance de las partes”.

Esta posición doctrinaria es compartida, ya que no solamente protege el derecho de defensa de los litigantes al comunicarles que no existe material probatorio suficiente para tomar una decisión, lo cual evita una decisión inesperada, sino que además procura velar por la emisión de una resolución judicial que sea justa.

Del derecho comparado que se ha tomado como referencia, se puede verificar que ciertos límites son recurrentes, cuando se habla de la prueba de oficio. Siendo alguna de ellas consideradas en el Décimo Pleno, las cuales son las siguientes:

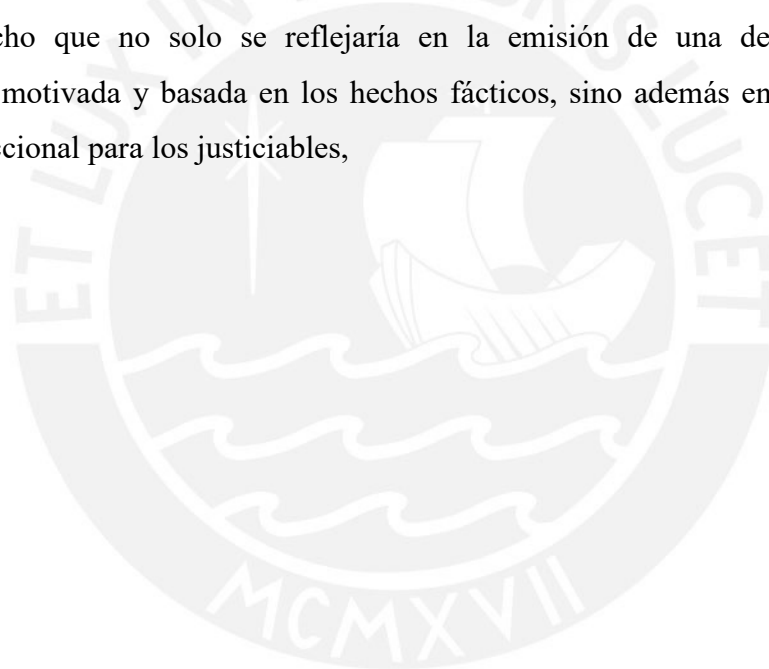
- a) Como límite más recurrente se tiene que la prueba de oficio tiene que derivar de la fuente de prueba citada por las partes, es decir, solamente podrá recurrir a la prueba de oficio, cuando en el proceso alguna de las partes, a través de la presentación de un medio probatorio o alegación, haya hecho referencia a una circunstancia vinculada al proceso y que sea necesaria incorporar al litigio con la finalidad de corroborar la afirmación indicada, de tal forma que coadyuve a crear la convicción que requiere el juzgador para emitir su decisión.
- b) La atribución que tiene el juez para solicitar la prueba tiene un carácter facultativo, lo cual implica que esta facultad es otorgada por la ley, pero que debería darse de forma excepcional, como se señala textualmente en España, donde debido a la insuficiencia probatoria es que el magistrado recurre a esta facultad que se la ha conferido para solicitar prueba de oficio con la finalidad de poder resolver la controversia que tiene a su cargo y emitir una decisión que sea justa.
- c) El auto que ordene la incorporación de la prueba de oficio tiene que estar motivado, lo cual significa que esta decisión que realice el magistrado debe justificar la necesidad del porqué se debe la inclusión de este tipo de prueba, lo cual va en correlación con el derecho de defensa de la contraparte y el contradictorio; ya que, al entender que la parte del proceso “perjudicada” con su inclusión, podrá realizar algún acto procesal, como oposición o prueba adicional que le permita defenderse y de esta manera el juez tenga conocimiento de ello.

De la constatación de estos requisitos se denota que, si existe un pronunciamiento sobre el contradictorio y su participación en la aplicación de la prueba de oficio, pero sin ninguna mención expresa del llamado contradictorio diferido, hecho que lleva a sostener que la regla general en aplicación de este principio sería en su sentido fuerte, es decir, previo a la incorporación de un medio probatorio *ex officio*, el juez tiene la obligación de escuchar a las partes.

Esto nos permite colegir, como ya se ha sostenido, que no solo en el derecho comprado, sino que la doctrina procesal internacional aboga por la presencia de un contradictorio fuerte no solo en la prueba de oficio, sino en todas aquellas potestades *ex officio* que se le

otorgan al juez. Siendo necesario entonces que todos los órganos jurisdiccionales del país se emparejen con esta posición mayoritaria, más aún cuando en la actualidad se habla de un modelo constitucional del proceso. Por esta razón, se ha querido advertir que en el Décimo Pleno, no existe un adecuado tratamiento del principio del contradictorio, más aún con la redacción de la cuarta regla, lo cual en la práctica genera una incertidumbre jurídica respecto a su aplicación frente a la prueba de oficio.

En consecuencia, conforme a los argumentos señalados a lo largo del presente trabajo de investigación, es necesario hacer notar a los jueces y juezas la importancia y relevancia de lo que significa el contradictorio en sentido fuerte y la plusvalía que ello tendrá en la motivación de las decisiones judiciales que tomen a lo largo de todas las etapas del proceso. Hecho que no solo se reflejaría en la emisión de una decisión judicial debidamente motivada y basada en los hechos fácticos, sino además en una adecuada tutela jurisdiccional para los justiciables,



CONCLUSIONES

1. En la actualidad, la concepción predominante en la doctrina contemporánea y del derecho comparado del principio del contradictorio es su sentido fuerte. Aquel en el cual existe una mejor relación del juez con los justiciables, a través de una cooperación real y efectiva, en donde predomina la dialéctica y un razonamiento integral. Debiendo entender al contradictorio, no solo como un principio procesal, sino que además también es un método de búsqueda de la verdad en el proceso. Por esta razón, tiene un valor epistémico, el cual se refleja en la capacidad de brindarle al magistrado conocimiento a través de la dialéctica, el debate previo en donde podrá primero escuchar a las partes, para luego poder resolver.
2. La figura jurídica de la prueba de oficio se encuentra prevista dentro de la concepción de los poderes probatorios del juez, no siendo el único poder con el que cuenta. Sin embargo, el empleo de este poder *ex officio* no puede estar sujeto a su libre potestad, en otras palabras, que la emplee cuantas veces quiera y sin respetar derechos procesales fundamentales de las partes. Es así que, el juzgador debe de considerar a esta posibilidad que se le ha otorgado como una facultad discrecional y por ninguna razón como un deber.
3. Conforme se ha podido apreciar, la Corte Suprema no es ajena al tratamiento del principio del contradictorio en los plenos casatorios civiles (tercero y noveno). Estableciendo en ellos una preferencia por su aplicación en sentido previo, más aún cuando intervienen potestades *ex officio*. No obstante, en el Décimo Pleno, se ha observado esta necesidad del tribunal supremo de crear una dogmática procesal sobre la teoría de la prueba *ex officio*. Lo cual ha llevado a establecer reglas vinculantes (como la tercera, la cuarta, la quinta y la octava), en donde el tratamiento del contradictorio frente a la prueba de oficio es contrario entre ellas y hasta ambiguo, se podría decir.
4. Conforme a la tercera regla vinculante, el tribunal vértice dentro de los límites al ejercicio de la prueba de oficio mantiene al contradictorio conforme se había

establecido en la reforma del artículo 194° del CPC, consolidándolo, así como un límite como necesario e imprescindible que debe tener presente el director del proceso a la hora que pretenda realizar actividad oficiosa. Pese a ello, la falta de un criterio uniforme sobre la aplicación del contradictorio frente a la prueba de oficio generó que se emita la cuarta regla. La cual, en vez de dar una solución pacífica a este tema, por el contrario, ha generado mucha controversia dentro de la doctrina procesal nacional al señalar una posición disyuntiva sobre la aplicación del principio del contradictorio, es decir previo o diferido.

5. Incertidumbre que se acrecienta cuando se analizan la quinta y octava regla vinculante, las cuales tienen que ver con la prueba de oficio en primera y segunda instancia, respectivamente. No justificando cuál sería el criterio idóneo para sostener que en una instancia se aplique un tipo de contradictorio y en la otra instancia uno distinto. Por esta razón se ha señalado que la concepción más adecuada para la implementación de la prueba de oficio es en su sentido fuerte. En donde, a través de justificaciones procesales o epistémicas, es la vía más adecuada para que el juzgador, de manera previa, al escuchar a las partes, pueda crearse esa convicción necesaria para determinar que afirmaciones son verdaderas y cuáles no. Lo cual al final le permitirá emitir un fallo que sea justo y se aproxime a la verdad.

BIBLIOGRAFÍA:

- Abanto, J (2007) La prueba de oficio en la jurisprudencia de la Corte Suprema. En: *JUS Doctrina & Practica*, (9), 243-261.
- Abanto, J (2021) Algunas reflexiones iniciales sobre las reglas del precedente judicial vinculante del Décimo Pleno Casatorio Civil. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, pp. 345-366.
- Abel, X y Picó i Junoy, J (2003) *Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria*. Barcelona: Bosch.
- Alvarado, A, (2004) *Introducción al estudio del derecho procesal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Alvarado, A. (2019) Proceso y república: crítica a la prueba de oficio. En *Actualidad Civil y Procesal Civil*, 308, pp. 40-58.
- Alfaro, L. (2013) La prueba de oficio civil en segunda instancia ¿Procede en el sistema procesal peruano? En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, 17, pp. 11-37.
- Alfaro, L. (2014) *El principio de audiencia. Evolución e influencia en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, pp. 61-100.
- Alfaro, l. (2014) “Evolución histórica y dogmática”. En: *El principio de audiencia. Evolución e influencia en el proceso civil*, Barcelona: Editorial Bosch.
- Alfaro, L (2015) Reforma de los poderes probatorios del juez. Hacia una mejor comprensión de las pruebas de oficio. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 23, pp. 255-272.
- Alfaro, L. (2016) La Motivación y la prueba de oficio: racionalidad de la iniciativa probatoria del juez. En: *Revista de la Maestría en Derecho Procesal – PUCP*, 6 (1), pp. 58-92.
- Alfaro, L (2017) *La iniciativa probatoria del Juez. Racionalidad de la Prueba de Oficio*. Lima: Grijley.
- Alfaro, L. (2021) Dilemas del X Pleno Casatorio Civil. En: *Décimo Pleno Casatorio Civil, Poder Judicial*, pp. 1145-1172.
- Alsina, H. (1958) *Fundamentos de derecho procesal: Serie clásicos de la teoría general del proceso*. México: Editorial jurídica Universitaria.
- Alvaro de Oliveira, C. (2002) A garantía do contradictorio. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, V.

- Ariano, E. (2001) Prueba y Preclusión. Reflexiones sobre la constitucionalidad del Proceso Civil peruano. En: *Ius et Veritas*, 23, pp. 72- 82.
- Ariano, E. (2003) Prueba de Oficio y Preclusión. Problemas del Proceso Civil. Lima Juristas Editores.
- Ascencio, J. (2003) “Disposiciones generales sobre la prueba en la LEC”, en Gómez, J. (Coord.): La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Valencia: Tirant lo Blanch, pp.199-215.
- Betham, J. (1835) Tratado de las pruebas judiciales. Imprenta de Don Gómez Jordán.
- Benvenuti, F. (1961) Contraddittorio (diritto amministrativo). En: Enciclopedia del diritto, (9). Milano.
- Bustamante, R. (2001) El derecho a Probar como elemento esencial de un proceso justo. Lima: Arias Editores.
- Cabral, A. (2005) “Il principio del contraddittorio como diritto d’influenza e dovere di dibattito”. En *Rivista di diritto processuale*, 2, pp. 449-464.
- Cabral, A. (2009) *Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Editora Forense.
- Calamandrei, P. (1960) Proceso y Democracia. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, pp.147-174.
- Calamandrei, P. (1996) El proceso como juego. En: Instituciones del Derecho Procesal Civil, Según el nuevo código. Buenos Aires: Librería el Foro.
- Calamandrei, P. (1996) Proceso y democracia. México: Harla.
- Calamandrei, P. (2019) “Il processo come giuoco”. En: *Opere giuridiche*. Vol. I, Roma: Tre-Press.
- Calvinho, G. (2012) El proceso con derechos humanos. Método de debate y garantía frente al poder, (1ª ed.). Bogota. Editorial Universidad del Rosario.
- Canelo, R. (2017) La prueba en el derecho procesal. Lima; Grijley, pp. 142-149.
- Cappelletti, M. (2006) El proceso civil en el derecho comparado, traducción de Santiago Sentis Melendo. Lima. Ara.
- Carrión, J. (2012). El Recurso de Casación en el Perú. Vol. I. Lima: Grijley.
- Carocca, A. (1998) Garantía constitucional de la defensa procesal. Madrid: Bosch editor.

- Carocca, A. (2005) El nuevo sistema Procesal Penal. Santiago de Chile: Lexis Nexis.
- Casassa, S. (2018) La (atenuada) iniciativa probatoria del juez: a propósito del X Pleno Casatorio en materia civil. En: Gaceta Civil, 63, pp. 65-75.
- Carnelutti, F. (1933) Lezione di diritto procesuale civile, II, Padua, pp. 168-171.
- Carnelutti, F. (1948) Istituzioni del nuovo processo civile italiano, Roma: Soc. Ed. Del Foro italiano.
- Carnelutti, F. (1955) La prueba Civil. Buenos Aires: Ediciones Arayu-Liberia Depalma.
- Cavani, R. (2014) La nulidad en el proceso civil. Lima: Palestra Editores.
- Cavani, R. (2018) Teoría Impugnatoria. Lima: Gaceta Jurídica.
- Cavani, R. (2019) “Prueba de oficio” y “Carga de la prueba”: una propuesta equilibrada. Puno: ZELA, pp. 279-303.
- Couture, E. (1985) Fundamentos del derecho procesal civil. Buenos Aires: Ediciones Palma.
- Didier, F (2017) *Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. (19ª ed.), Jus Podivm, Salvador.
- Dongo D. (2007). Casación laboral. Arequipa: Adrus.
- Echandía, H. (2006) Teoría General de la Prueba Judicial. Bogotá: Temis.
- Echandía, H. (2) (2009) Nociones Generales de Derecho Procesal Civil, (2ª ed.), Bogotá: Temis.
- Ferrajolo, L. (1995) Derecho y razón. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrer, J. (2005) Prueba y verdad en el derecho. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer, J (2017) Los poderes probatorios del juez y el modelo del proceso. En: Revista de la Maestría en Derecho Procesal Procesal N° 7 (2), Revista PUCP, pp. 137-164.
- Ferrua, P (2010) Il giudizio penale: fatto e valore giuridico. Torino: G. Giappichelli.
- Font, E. (2004) Aportaciones del profesor Eduardo Font a la doctrina jurídica. Madrid: Ministerio de Justicia.
- Guimarães, D (2011) La garantía constitucional del contradictorio y las presunciones contenidas en el § 6, del artículo 273 del Código de Proceso Civil brasileño. Trad. Cavani R. En Cavani, R. (coord.). Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil. Tutela cautelar, anticipatoria y urgente. Lima: Normas Legales, pp. 357-377.

- Gimeno, V. (2005) Derecho procesal civil. Coruña: Editorial Colex.
- Giostra, G. (2001) Contraddittorio (principio del) Diritto processuale penale, in Enc. giur. Treccani, VIII, Roma,
- Hurtado, M. (2009) Fundamentos de derecho procesal civil. Lima: Idemsa.
- Hurtado, M. (2012). La Casación Civil – una aproximación al control de los hechos. Lima: Idemsa.
- Higa, Alfaro y Cavani R. (2020). X Pleno Casatorio Civil. Análisis de las reglas vinculantes sobre la prueba de oficio. Mesa Redonda. En: Gaceta Civil, 89, pp. 11-28.
- Hurtado, M. (2016) La Prueba de Oficio a partir de la modificatoria del Artículo 194° del Código Procesal Civil. En: Revista Oficial del Poder Judicial – Corte Suprema de Justicia de la Republica, 8 (10), pp. 407-436.
- Lama, H. (2005) Mesa Redonda: Medidas Cautelares en el Proceso Civil y en Materia Constitucional. En: Derecho y Sociedad, 25, pp. 95-120.
- Levene, R. (1993) Manual de derecho procesal penal. Buenos Aires: Depalma.
- Liebman, E. (1957) Manuale di diritto processuale civile. Milano: Giuffrè.
- Limo, J. (2021) La prueba de oficio: la delgada línea entre la búsqueda de la verdad y el juez imparcial. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, pp. 379-393.
- Londoño, M. (2006) Las pruebas de oficio en el proceso civil en Colombia. En: Controversia Procesal, 1, pp. 1-30.
- López, A. (2021) Fuentes de Prueba y límites a los poderes probatorios. Tercera regla del X Pleno Casatorio Civil. Lima: Pacífico Editores, pp. 295-323.
- Luiso, F. (2002) “Questioni rilevate d’ufficio e contraddittorio: una sentenza “rivoluzionaria” En: Giust. Civ. I
- Marinoni, L. (2013) Precedentes Obligatorios. Lima: Palestra Editores.
- Marinoni, L. (2015) Introducción al Derecho Procesal Civil. Lima: Pales Ediors.
- Martel, R. (2015) Pruebas de oficio en el proceso civil. Lima: Instituto Pacífico.
- Martinetto, G (1959) Contraddittorio (Principio del) In Novissimo Digesto Italiano, Torino: Utet.

- Manzin, M. (2008) “Del contraddittorio come principio e come metodo” En: *Audiatur et altera pars . Il contraddittorio fra principio e regola*, a cura di Manzin, M e Puppo, Milano: Giuffrè.
- Mitidiero, D. (2011) *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*, (2ª ed.), Sao Paulo: Revista dos Tribunais.
- Mitidiero, D. (2012) “Fundamentação e precedente - Dois discursos a partir da decisão judicial”. Sao Paulo: Revista dos Tribunais.
- Montero, J. (1999) *Introducción al derecho jurisdiccional peruano*. Lima: Emarce.
- Montero, J. (2001) *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Montero, J (2003) *Defensa del liberalismo contra el autoritarismo en el proceso civil (Las bases ideológicas de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Montero, J, y otros (2011) *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*. (19ª ed.). Valencia: Tiran lo Blanch.
- Morello, A. (2002) “Los poderes del juez en la Reforma procesal civil, en curso, en la Provincia de Buenos Aires. En: *El Derecho*, tº 179.
- Ortells, M (2001) *Derecho procesal civil*. Navarra: Aranzadi Thomson Company.
- Palacio, L. (8) (1992) *Derecho Procesal Civil*. (8ª ed.). Tomo III. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Palacio, L. (2000) *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Parra, J. (2007) *Manuel de Derecho Probatorio*. (16ª ed.), Bogotá: El Profesional.
- Pastore, B. (1996) *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*. Milano: Giuffrè.
- Peyrano, J (1978) *El proceso civil, principios y fundamentos*. Buenos Aires: Astrea.
- Peyrano, J. y Chiappini, J. (1984) *El proceso atípico*. Buenos Aires, Editorial Universidad.
- Picardi, N. (1987) *Voz: Processo. I. Processo civile. c) Diritto moderno*. En *Enciclopedia del Diritto*, XXXVI. Milán: Giuffrè, pp. 101-118.
- Picardi, N. (1998) “Il principio del contraddittorio”. En: *Rivista di diritto processuale*, 3, pp. 673-675.

- Picardi, N. (2003) “Auditor et altera pars. Le matrici storico culturali del contraddittorio”. En: *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 2.
- Picardi, N. (2010) *Manual del processo civile*. Milano: Giuffrè.
- Picó i Junoy, J. (2004) *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal empelado*. Buenos Aires: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*.
- Picó i Junoy, J. (2007) *El juez y la prueba: estudio de la errónea recepción del brocardo “iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam” y su repercusión actual*. Barcelona: Bosch editor.
- Picó i Junoy, J. (2008) *La iniciativa probatoria del juez civil*. En *Advocatus*, 18, pp. 73-89.
- Picó i Junoy, J. (2012) *Las garantías constitucionales del proceso*. Madrid: Bosch editor.
- Priori, G. (2003) “La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales. Hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso”. En: *Ius et veritas*, 26, pp. 279-292.
- Pisani, A. (1996) *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli: Jovene.
- Pisani, A., Lorca, A. & Zefalato, C (2014) ¿Existe la Panacea? Discusiones en torno a la Tutela Diferenciada. En: *Ius et veritas*, 48, pp. 346-352.
- Ramírez, M (2007) *La problemática de definir la Jurisdicción*. En: *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, 19. Recuperado de: https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num19/RIPJ_19/EX/19-9.pdf
- Ramírez, J (2018) *Legal Culture and transplanst. A propósito de la recepción del precedente vinculante en el sistema jurídico peruano*. En *Revista de Derecho Themis*, 73, pp. 27-56.
- Ricci, E. (2006) “La sentenza `della terza via´ e il contraddittorio” En: *Rivista de diritto processuale*. Milano: Cedam.
- Somamaggio, P. (2007) *Diritto & Questioni pubbliche*. *Rivista di filosofia del diritto e cultura giuridica*, 7, pp. 71-119.
- Souza, A. P. (2014) *Vedação das decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva.
- Taramona, J (1994) *Medios Probatorios en el Proceso Civil*. Lima: Editorial Rhodas.
- Taruffo, M. (2006) *El vértice ambiguo. Ensayo sobre la casación civil*. Lima: Palestra Editores.
- Taruffo, M. (2008) *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons.

- Taruffo, M. (2012) *La prueba, artículo y conferencias*. Santiago de Chile: Editorial Metropolitana.
- Trocker, N. (1974) *Processo Civile e Costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè.
- Tuzet, G. (2021) *Filosofía de la prueba jurídica*. Barcelona: Marcial Pons.
- Ubertis, G. (2009) *La prova dichiarativa debole*. *Cassazione penale*, XLIX, pp. 4058-4067.
- Valdivia C. (2021) *La prueba de oficio desde el Décimo Pleno Civil Casatorio y su marcha hacia la búsqueda de la verdad y la resolución del proceso en forma justa*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, pp. 305-343.
- Zaneti, H. (2007) *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Río de Janeiro: Lumen Juris.
- Zufelato, C. (2017) *La dimensión de la “prohibición de la decisión-sorpresa” a partir del principio de contradictorio en la experiencia brasileña y el nuevo Código Procesal Civil de 2015: reflexiones de cara al derecho peruano*. En: *Revista Derecho PUCP*, 78, pp. 21-42.

