

Domingo 27 de setiembre de 2020



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

X Pleno Casatorio Civil

**Sentencia del Pleno Casatorio
Casación N° 1242-2017-Lima Este**

PRECEDENTES VINCULANTES

SEPARATA ESPECIAL



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

DÉCIMO PLENO CASATORIO CIVIL

Sumilla: Establecen reglas con carácter de precedente judicial vinculante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 400 del Código Procesal Civil para problemas relevantes relacionados con los alcances, procedimiento y criterios para el adecuado ejercicio de la prueba de oficio y su valoración probatoria. Artículo 194 del Código Procesal Civil.

Demandante : Jerónima Rojas Villanueva
Demandado : Luis Fernando Cuno Quicaña
Materia : Reivindicación
Procedimiento : Conocimiento
CAS N° : 1242-2017 Lima Este

SUMARIO

I. Introducción: del proceso y la casación postulada

§ 1. Resumen del proceso

- 1.1. Demanda de reivindicación
- 1.2. Contestación de demanda
- 1.3. Fijación de puntos controvertidos
- 1.4. Sentencia de primera y segunda instancia

§ 2. Del recurso de casación

- 2.1. Fundamentos del recurso: causales de casación

II. Convocatoria al Pleno Casatorio y justificación

III. Consideraciones sobre prueba judicial y prueba de oficio

§ 1. Derecho a la prueba y su constitucionalización

1.1. Principios y reglas procesales relativos a la prueba

- 1.1.1. Principio dispositivo
- 1.1.2. Principio del contradictorio
- 1.1.3. La preclusión
- 1.1.4. Adquisición o comunidad de prueba
- 1.1.5. Inmediación procesal

1.2. Instituciones y categorías sobre prueba

- 1.2.1. Concepto de prueba: ¿qué es prueba?
- 1.2.2. Objeto de prueba: ¿qué se prueba?
- 1.2.3. Carga de la prueba: ¿quién prueba?
- 1.2.4. Procedimiento probatorio: ¿cómo se prueba?
- 1.2.5. Fuente de prueba: ¿de dónde obtengo la prueba?

1.3. Constitucionalización de la prueba

1.3.1. Derecho fundamental a la prueba

- 1.3.1.1. Constitucionalización del proceso
- 1.3.1.2. Significado del derecho a la prueba o derecho a probar

1.3.2. Contenido constitucionalmente protegido

- 1.3.2.1. Derecho de ofrecimiento
- 1.3.2.2. Derecho a la admisión
- 1.3.2.3. Derecho a la actuación
- 1.3.2.4. Derecho a la valoración

1.3.3. Límites del derecho a la prueba

- 1.3.3.1. Pertinencia
- 1.3.3.2. Licitud

§ 2. Estudio teórico y normativo de la prueba de oficio

2.1. Justificación constitucional

- 2.1.1. Estado constitucional y dirección del proceso
- 2.1.2. Constitucionalidad del rol activo del juez
- 2.1.3. Verdad y prueba de oficio

2.2. Examen teórico y filosófico del problema

2.2.1. Orientaciones ideológicas sobre prueba de oficio

- 2.2.1.1. Concepción «publicística» y «privatística»
- 2.2.1.2. Sistema «adversarial» e «inquisitorial»

2.2.2. Reorientación filosófica: modelos de proceso

- 2.2.2.1. Resolución de controversia
- 2.2.2.2. Correcta aplicación del derecho

2.3. Dimensión epistémica de la prueba de oficio

- 2.3.1. Justicia de la decisión y enfoque epistemológico
- 2.3.2. Epistemología jurídica, proceso y prueba

2.3.2.1. Importancia de la epistemología jurídica

- 2.3.2.2. El proceso como instrumento de conocimiento
- 2.3.2.3. Explicación epistémica de la prueba

2.3.3. Perfil epistemológico de la prueba de oficio

- 2.3.3.1. Compromiso epistémico de las partes y del juez
- 2.3.3.2. Fundamento epistémico de la prueba de oficio

2.4. De la prueba de oficio en el proceso civil peruano

- 2.4.1. Poderes probatorios de juez
- 2.4.2. Poder probatorio de oficio (*ex officio*)
- 2.4.3. Prueba de oficio en el ordenamiento procesal civil

- 2.4.3.1. Antecedentes históricos comparados
- 2.4.3.2. Antecedentes en el derecho peruano
- 2.4.3.3. Prueba de oficio en el Código Procesal Civil

2.4.4. Prueba de oficio en el ordenamiento procesal

- 2.4.4.1. En el proceso contencioso administrativo
- 2.4.4.2. En el nuevo proceso del trabajo

- 2.4.4.3. En el proceso constitucional
- 2.4.4.4. En el nuevo proceso penal
- 2.5. Principios relacionados con la prueba de oficio
 - 2.5.1. Principio dispositivo: distinción y compatibilidad
 - 2.5.2. La imparcialidad: posibilidad de control
 - 2.5.3. Principio del contradictorio
 - 2.5.4. Interés privado: proceso civil
 - 2.5.5. Carga de la prueba: compatible con pruebas de oficio
- 2.6. Límites para el ejercicio de la prueba de oficio
 - 2.6.1. Justificación de sus límites
 - 2.6.2. Límites legales-procesales
 - 2.6.2.1. Excepcional: poder complementario
 - 2.6.2.2. Pertinencia: hechos controvertidos
 - 2.6.2.3. Fuentes de prueba: hechos alegados por las partes
 - 2.6.3. Límites constitucionales
 - 2.6.3.1. Motivación de la prueba de oficio
 - 2.6.3.2. Contradictorio: eficacia epistémica
 - 2.6.3.2.1. ¿Cómo se debe garantizar el contradictorio?
 - 2.6.3.2.2. Contradictorio diferido
 - 2.6.3.3. Contradictorio previo
- 2.7. Hechos controvertidos y hechos admitidos
 - 2.7.1. Hechos controvertidos
 - 2.7.2. Hechos admitidos por las partes

IV. Consideraciones sobre la valoración de la prueba de oficio

- § 1. Etapas del proceso y de la prueba
 - 1.1. Momentos del proceso: etapa decisoria
 - 1.2. Procedimiento probatorio: valoración de la prueba
 - 1.3. ¿Qué significa valorar las pruebas?

§ 2. Valoración probatoria en el proceso civil

- 2.1. Sistemas de valoración probatoria
 - 2.1.1. Prueba tasada o tarifa legal
 - 2.1.2. Íntima convicción
 - 2.1.3. Sana crítica
 - 2.1.4. Libre valoración
- 2.2. Valoración probatoria en el ordenamiento peruano
 - 2.2.1. Máxima de experiencia
 - 2.2.2. Reglas de prueba tasada
 - 2.2.3. Valoración conjunta

§ 3. Valoración racional de la prueba y prueba de oficio

- 3.1. Valoración racional de la prueba
 - 3.1.1. Racionalidad y valoración racional de las pruebas
 - 3.1.2. Concepción persuasiva y cognitivista
- 3.2. Valoración racional de la prueba de oficio
 - 3.2.1. Motivación de la prueba de oficio: ¿prueba de oficio para la convicción?
 - 3.2.2. ¿Cómo se debe valorar la prueba de oficio?

§ 4. Reglas establecidas

- 4.1. Justificación de las reglas para la prueba de oficio
- 4.2. Las reglas para el ejercicio de la prueba de oficio

V. Análisis del caso

- §1. Juicio de fundabilidad del recurso de casación

VI. Decisión §

- 1. Sobre el caso concreto
- 2. Precedente judicial

I. Introducción: del proceso y la casación postulada

§ 1. Resumen del proceso

El recurso de casación de fecha veintitrés de enero del año dos mil diecisiete¹, interpuesto por la demandante Jerónima Rojas Villanueva, contra la sentencia de vista de fecha siete de noviembre de dos mil dieciséis², que revocó la sentencia apelada de fecha veintiocho de marzo de dos mil dieciséis, que declaró infundada la demanda y reformándola la declaró improcedente.

1.1. Demanda de reivindicación

Mediante escrito de fecha ocho de marzo de dos mil trece, la parte actora interpone demanda de reivindicación solicitando que el demandado *sub litis*, mediante escritura solicitando que el demandado le reivindique o restituya el inmueble ubicado en la mz. D E, lotes 11, 12, 27 y 28 del sector Valle Quebrada Canto Grande (sector 2), Quebrada Media Luna y Canto Grande (ex Jicamarca), distrito de San Juan de Lurigancho, antes denominado mz. C O-lote 06, sector el Valle del anexo 22 de la Comunidad Campesina de Jicamarca, con un área de 2500 m².

Fundamenta su pretensión, afirmando que es propietaria del terreno *sub litis*, mediante escritura pública de compra y venta de rectificación, aclaración e independización de fecha dieciocho de mayo de dos mil seis, mediante la cual sus inmediatos transferentes: Jorge Velazco Murillo, Dora Flores Ríos, Carlos Gora Oscategui y Custodia Ortiz de Velazco, le transfieren el inmueble de 2500 m², constituidos por los lotes 11, 12, 27 y 28 de la mz. D E, Valle Quebrada Canto Grande (sector 2), Quebrada Media Luna y Canto Grande, distrito de San Juan de Lurigancho, derivada de la partida 11439305, del Registro de Propiedad Inmueble

de Lima, equivalente al 0.08962 %, parte de un área de mayor extensión de 278.95 ha.

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

En el escrito de subsanación³ manifiesta la actora que el predio *sub litis* aún no se encuentra subdividido, ni independizado, por cuanto en dicha zona aún se encuentra pendiente de aprobarse la zonificación de los usos del suelo, y consecuentemente la habilitación urbana, conforme a la Ordenanza n.º 1081 del siete de octubre de dos mil siete y Modificatoria n.º 1552 del cinco de septiembre de dos mil once emitidas por la Municipalidad de Lima.

1.2. Contestación de demanda⁴

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

Indica que es falso que la demandante haya adquirido el bien inmueble que por derecho le pertenece y que lo haya adquirido el dieciocho de mayo de dos mil seis, en razón de que la demandante realizó con sus otorgantes, Jorge Velasco Murillo y otros, anteriormente otro acto

¹ Página 623.

² Página 608.

³ Página 68.

⁴ Página 184.

jurídico de compraventa sobre el mismo bien inmueble, de fecha veinte de agosto de dos mil dos, en su condición de dirigente de la Junta de Propietarios Valle Hermoso, secretaria de Organización Prensa y Propaganda y la Junta de Propietarios Valle Hermoso, a sabiendas de que la Junta de Propietarios Valle Hermoso no tiene propiedad alguna.

También precisa que es cierto que el terreno no se encuentra ni subdividido ni independizado, como lo precisa la propia demandante en su fundamento de hecho número cuatro, así como en el proceso de desalojo, recaído en el Expediente n.º 111-2010, se señaló en el séptimo considerando de la sentencia: «que no describe con exactitud los límites y medidas perimétricas y también es fácil realizar modificaciones posteriores, lo que no se indica con exactitud si el inmueble reclamado es el lote 11, 12, 27 y 28 como lo ha manifestado el demandante». Además, la demandante, valiéndose de su poder económico, lo denunció por usurpación y desalojo, y en ambos casos el órgano jurisdiccional no le ha dado la razón por faltar a la verdad, pues es cierto que el terreno no se encuentra subdividido ni independizado.

El emplazado refiere que con fecha veintitrés de setiembre de mil novecientos noventa y seis solicita la adjudicación del lote de terreno que posee, ante la Junta Directiva de Jicamarca anexo 22, solicitud que es admitida el veinticinco de setiembre de mil novecientos noventa y seis, a mérito de los pagos que realiza por el lote de terreno que posee.

El veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y nueve se realiza la compraventa entre la Comunidad Campesina de Jicamarca y Jorge Velasco Murillo y otros, comprometiéndose los compradores a realizar la subdivisión y partición de las 205.13 ha a favor de los posesionarios. Sin embargo, nunca se ha realizado ni la subdivisión ni la partición a favor de los posesionarios que venían ocupando los terrenos desde antes que se realizara tal acto jurídico.

1.3. Fijación de puntos controvertidos⁵

Mediante Resolución número once del veintiocho de enero de dos mil catorce, se procede a fijar los puntos controvertidos, siendo el siguiente:

Determinar si procede amparar la demanda de reivindicación de propiedad a fin de que el demandado cumpla con restituir la propiedad ubicada 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, que el demandado viene ocupando.

1.4. Sentencia de primera y segunda instancia

La sentencia de primera instancia declara **INFUNDADA LA DEMANDA**. Argumentado su fallo el *A quo* en el decimoprimer considerando de la apelada, precisando que la actora no ha cumplido con acreditar con medio probatorio alguno durante el séquito del proceso, que la propiedad materia de litis, mz. C O-lote 06, sector el Valle del anexo 22 de la Comunidad Campesina de Jicamarca, sea la misma que aparece en la escritura pública de compra y venta de rectificación, aclaración e independización del dieciocho de mayo de dos mil seis y que posteriormente se le haya dado la nueva denominación mz. D E lote 11, 12, 27 y 28 del sector Valle Quebrada Canto Grande (sector 2), Quebrada Media Luna y Canto Grande (ex Jicamarca), distrito de San Juan de Lurigancho, pues ello no se desprende de ninguna de las pruebas aportadas en su escrito de demanda, absolución y demás presentados en el proceso.

Y añade el juez, en el considerando decimosegundo de la sentencia apelada, que si bien la actora pretende acreditar la alegada dualidad de nomenclatura de los lotes objeto de reivindicación, y para ello adjunta copia del plano y resolución subgerencial n.º 009-2013-SGHU-GDU/MDSJL del dieciocho de enero de dos mil trece (fojas 214 a 216), así como con la memoria descriptiva de fojas 6 a 7, también lo es que los primeros no hacen referencia alguna respecto a la dualidad de denominación del lote materia de litis, por lo que no aportan en nada para el esclarecimiento en cuestión, y respecto a la memoria alegada, también lo es que este constituye un documento privado al no

encontrarse visado por la autoridad competente, por lo que carece de fuerza probatoria para desvirtuar el mérito de la escritura que adjunta como prueba la actora, así como los demás instrumentos públicos analizados.

Sentencia de vista:

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

§ 2. Del recurso de casación

2.1. Fundamentos del recurso: causales de casación

Por escrito del veintitrés de enero de dos mil diecisiete⁶, la parte demandante interpone recurso de casación, el cual es declarado procedente por esta Suprema Sala mediante resolución de fecha catorce de junio de dos mil diecisiete⁷, por las causales:

i. Infracción normativa del artículo 139, incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Estado, alega que en el presente caso el demandado en su escrito de contestación de la demanda, en su fundamento fáctico reconoce la existencia del predio materia de litis e incluso argumenta que el «[...] bien inmueble le pertenece por haberlo adquirido el dieciocho de mayo de dos mil seis [...]», hechos que han sido recogidos en la sentencia de primera instancia -véase el décimo considerando, de lo que se verifica la existencia definida del inmueble materia de litis, por reconocimiento de la existencia física del bien, con la descripción física del mismo (fundamento del punto 20 de la contestación de la demanda)-. Con el agregado que alega tener derecho de propiedad sobre el mismo bien, y que siendo así, la articulación vertida en el considerando decimoquinto y considerando vigésimo de la sentencia de vista tiene visos de encontrarse estructurado sobre la base de una deficiente motivación externa, vulnerando así el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución del Estado. Añade que el derecho al debido proceso constituye un conjunto de garantías de las cuales goza el justiciable, que incluyen la tutela procesal efectiva, la observancia de los principios y reglas básicas, y de la competencia predetermina por la ley, así como la pluralidad de instancias, la motivación y la logicidad y razonabilidad de las resoluciones. Que, si bien es cierto que aparentemente se haya motivado la decisión esta, es incongruente a la naturaleza del proceso en clara transgresión de la normatividad vigente y de los estadios superlativos del procedimiento.

ii. Infracción normativa material de los artículos 949 y 2022 del Código Civil, señala que al solicitarse los antecedentes registrales para demostrar el tracto sucesivo, es contraria a los considerandos expuestos en el decimotercero, decimonoveno y principalmente a lo dispuesto por el artículo 949 del Código Civil que establece:

⁵ Página 289.

⁶ Página 623.

⁷ Página 44 del cuaderno de casación.

que no es obligatoria la inscripción en el Registro de Propiedad Inmueble y cuando se efectúe la inscripción esta no tiene carácter constitutiva sino meramente declarativa del derecho que existe extra registro. Claro está que tratándose de predios inscritos se hace necesario que el adquirente inscriba su titularidad, pues de no hacerlo el anterior titular que aún tiene derecho inscrito podría realizar actos de disposición y si el nuevo adquirente inscribe su derecho el primer adquirente no podrá oponer su derecho conforme a la regla prevista por el artículo 2022 del Código Civil.

iii. Infracción normativa del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, indica que el demandado controvierte la demanda argumentando tener derecho a la propiedad; siendo ello así se manifiesta la existencia de un concurso de derechos reales, que fuera advertido por la Sala Superior en vía de apelación de sentencia. En el Colegiado Civil lejos de analizar y compulsar los títulos para establecer y decidir en el mismo proceso cuál de ellos prevalece, el juez emite una sentencia inhibitoria, pues «el juez pudo resolver la controversia de fondo, fundándose en hechos que han sido alegados por las partes»; en consecuencia, en el caso concreto tanto la primera y segunda instancia omitieron analizar el mejor derecho de propiedad.

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

v. Infracción normativa del artículo 197 del Código Procesal Civil, sostiene que es obligación del juez valorar en forma conjunta y razonada todos los medios de prueba, dado que las pruebas en el proceso sean cual fuera su naturaleza están mezcladas formando una secuencia integral, por lo que es responsabilidad del juez reconstruir sobre la base de los medios probatorios. Por lo tanto, ninguna prueba deberá ser tomada en forma aislada, tampoco en forma exclusiva sino en su conjunto, toda vez que solo teniendo una visión integral de los medios probatorios se pueden sacar conclusiones en busca de la verdad, que es el fin del proceso. En el caso que nos ocupa, como es de advertirse en la sentencia de vista, considerando decimoquinto y considerando decimosegundo de la sentencia de primera instancia, ha sido rechazado el medio probatorio (documento privado) por no encontrarse visado por la autoridad competente: más aún cuando el demandado nunca cuestionó su valor probatorio.

II. Convocatoria al Pleno Casatorio y justificación

No es usual en este tipo de tareas en las que se encuentra involucrada la Corte Suprema de la República, dictar precedentes judiciales⁸, y que la convocatoria a un Pleno Casatorio Civil se haga con una resolución amplia y justificatoria de la necesidad de dictarlo. Es por esa razón que, en este caso, dado el contenido de esta resolución y su vital importancia, merece ser incorporada en el texto de la presente decisión, que contiene, en esencia, las razones que motivaron la emisión del X Pleno Casatorio Civil sobre prueba de oficio.

No puede dejar de mencionarse que el objetivo del presente pleno no solo es establecer reglas jurídicas que deben seguir los jueces en esta materia, sino también brindar un desarrollo teórico adecuado, serio y amplio respecto de los problemas que la dogmática actual ha desarrollado sobre este tópico, sobre todo fijando una posición determinada que avala la potestad excepcional que tiene el juez de ejercer el poder probatorio establecido en el artículo 194 del Código Procesal Civil.

El tema es polémico y por esa razón no queda duda que una vez que este Pleno Casatorio salga a la luz, estamos seguros de que traerá un conjunto de comentarios negativos y positivos. Pero afrontamos esa responsabilidad porque entendemos que aun con las críticas que vengan, este Pleno mejorará en algo el sistema de impartición de justicia. Los términos de la resolución que convoca el X Pleno Casatorio Civil fueron los siguientes:

«Lima, dieciséis de julio de dos mil dieciocho

AUTOS Y VISTOS; Y ATENDIENDO:

Primero. Que, conforme lo establece el artículo 384 del Código Procesal Civil, 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 de la República, acorde con la doctrina clásica. De ese modo, nuestro ordenamiento procesal reconoce expresamente como fines o funciones principales de dicho recurso a la nomofiláctica, aunada a la función uniformadora de la jurisprudencia; pues no solo es necesario controlar la correcta interpretación y aplicación de la norma jurídica al caso concreto, sino que debe salvaguardarse el interés general, otorgando certidumbre e igualdad en la aplicación o interpretación del derecho, con miras a su unidad y racionalidad. Ambas funciones tienen el mismo fundamento, esto es, el de propender a la seguridad jurídica a través de la simplificación de los diversos criterios de interpretación realizados por los órganos jurisdiccionales. Asimismo, contemporáneamente se acepta, además, que el recurso de casación persigue también una finalidad dikelógica, que no es otra que la de alcanzar justicia en el caso concreto.

Segundo. Esta Sala Suprema de Justicia de la República, consciente de su posición de vértice supremo de la justicia ordinaria, razón por la cual resulta la última y principal responsable del control de la plena vigencia de un Estado constitucional de derecho en esta área aludida, Estado de derecho que rige el comportamiento de sus autoridades, estando sometidos estos a la Constitución y a la ley, en la que se reconoce al ciudadano que toda acción social y estatal se desarrolle con pleno sustento en la Carta Fundamental y las leyes que la desarrollen, lo que permite el absoluto respeto por el ser humano y garantiza que sus derechos tengan plena vigencia. De ahí la importancia del recurso de casación como mecanismo de control de la aplicación del derecho en los casos que resuelva el Poder Judicial en sede casatoria.

Tercero. Esta Sala Suprema ha establecido con precisión que las funciones inherentes a su rol casatorio no son únicamente las anteriormente aludidas, serán las que trascienden más en la normatividad, lo que no implica dejar de tener presente que además del rol de controlar la correcta observancia de la norma jurídica, también su función es controlar el correcto razonamiento jurídico fáctico, realizados por los órganos jurisdiccionales al momento de dictar sus resoluciones que ponen fin a la instancia, lo cual implica un control de logicidad, con el fin de realizar el control de la aplicación de la justicia en el caso concreto. Cumple también una finalidad política, en el sentido de que es prioritario para la eficacia del ordenamiento jurídico procurar la aplicación correcta de las reglas y principios jurídicos durante el desarrollo de las funciones a cargo de los órganos jurisdiccionales. La función didáctica, que permite a los jueces supremos impartir líneas directrices a los demás jueces de la República, respecto de cuál debe ser la correcta interpretación y aplicación de una norma jurídica al caso concreto planteado. El control del

⁸ Es evidente que una Corte Suprema (como vértice del aparato judicial), en cierto sentido llegó a ser un órgano revisor. Al detentar esta competencia de revisión, no se entienda que dicha competencia le habilitaba a fungir como una tercera instancia revisora. No obstante, más que una función de mera revisión, las cortes supremas o de casación deben tender al establecimiento de interpretaciones-producto uniformes, relativamente estables en el tiempo, pacificando las diversas interpretaciones dadas a las leyes y disposiciones normativas en general. Es decir, tienen la función de, a través de los precedentes vinculantes, atribuir sentido al derecho para guiar la conducta social y preservar la seguridad jurídica e igualdad (DELGADO SUÁREZ, Christian. «Sobre los modelos de Corte Supremas y la revocación de precedentes». *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, vol. 3 año 2, Jan-Jun 2016, p. 15-39).

cumplimiento de los fines de la actividad probatoria, esto es, controlar el cuidado que han brindado las instancias de mérito de las reglas y principios jurídicos en materia probatoria, pues es lo que en esencia va a garantizar a las partes y a la sociedad disfrutar de una auténtica justicia.

Cuarto. Que, con el fin de coadyuvar al cumplimiento de los fines nomofiláticos y uniformadores y demás anotados, nuestra norma procesal ha dotado a la sede casatoria de una herramienta que permite establecer líneas jurisprudenciales predecibles para el correcto desarrollo de la función de control, permitiendo la solución de causas similares con seguridad y predictibilidad. Así tenemos que el artículo 400 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley n.º 29364, establece que la Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya precedente judicial, decisión que se adoptará en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno Casatorio y vinculará a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.

Quinto. Que, entre los diversos expedientes que vienen elevándose en casación ante este Supremo Tribunal, se ha advertido que, de forma continua y reiterada, los diversos órganos jurisdiccionales del país, que actúan como instancia de mérito, en los procesos que versan sobre reivindicación, vienen actuando deficientemente en materia de calificación, recopilación y valoración de los elementos probatorios, lo que no les permite resolver el conflicto de intereses en forma justa, incurriendo en criterios distintos y hasta contradictorios, aspecto sobre el cual resulta necesario realizar el control casatorio.

Sexto. Que el presente caso se trata de un proceso de reivindicación, en el que entre los temas materia de casación a dilucidar tenemos la infracción normativa del artículo 194 del Código Procesal Civil, aludiendo el recurrente que las instancias de mérito han sostenido que las denominaciones del predio no les habían generado certeza respecto a la identificación del predio a fin de determinar el bien materia de reivindicación, habiendo omitido el juez, siendo el director del proceso, hacer uso de la facultad discrecional conferida en la norma legal glosada. Además, la infracción del artículo 197 del Código Procesal Civil, esto es, la obligación del juez de valorar en forma conjunta y razonada todos los medios de prueba, dado que las pruebas en el proceso, sea cual fuere su naturaleza, están mezcladas, formando una secuencia integral, por lo que es responsabilidad del juez reconstruir los hechos tomando como base las pruebas aportadas por las partes y actuadas en el proceso; por lo tanto, ninguna prueba puede ser tomada en forma aislada, tampoco en forma exclusiva, sino en conjunto, toda vez que solo teniendo una visión integral de los medios probatorios se puede sacar conclusiones en busca de la verdad, que es el fin del proceso. Habiéndose, en este caso concreto, rechazado el medio probatorio (documento privado) por no encontrarse visado por la autoridad competente: más aun cuando el demandado nunca cuestionó su valor probatorio, resulta necesario establecer pautas interpretativas con efectos vinculantes para las decisiones que en el futuro adopten los órganos jurisdiccionales del país sobre el mismo tema.

Debe dejarse expresa constancia, de que no obstante que el presente caso de reivindicación sirve de motivo para dictar un precedente judicial, las reglas que se dicten respecto a la prueba de oficio no quedarán restringidas a los procesos en los que se tramitan este tipo de pretensiones, sino, por el contrario, las reglas jurídicas que se emitan respecto de la aplicación del artículo 194 del Código Procesal Civil, serán de utilidad para cualquier tipo de procesos en los que el juez puede ejercer estos poderes.

Séptimo. Que el artículo 194 del Código Procesal Civil, que regula la llamada iniciativa probatoria del juez o prueba de oficio, no ha sido de pacífica interpretación y aplicación por parte de los diversos órganos jurisdiccionales del país, incluyendo a nuestra Corte Suprema de Justicia de la República, lo que ha motivado incluso su relativamente reciente modificación mediante la Ley n.º 30293, publicada en el *Diario Oficial El Peruano*, del 28 de diciembre de 2014. Igualmente, guarda relación con la regulación del ofrecimiento de medios probatorios con el recurso de apelación (artículo 374 del Código Procesal Civil); así como con la posibilidad de presentación de medios probatorios extemporáneos (artículo 429 del Código Procesal Civil); del mismo modo, en cuanto a la prueba de oficio en segunda instancia o ante el juez de grado

(artículo 194 del Código Procesal Civil), obviamente con las particularidades en los diversos tipos de proceso, llámese de conocimiento, abreviado; de ejecución, etc. Es también importante destacar que el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil establece que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.

Octavo. Esta situación ha motivado interés permanente en el campo académico nacional, habiéndose publicado textos sobre la materia⁹, siendo también un tema relevante en la legislación, doctrina y jurisprudencia comparada; todo lo cual abunda en favor de justificar que las Salas Civiles de nuestra Corte Suprema establezcan doctrina jurisprudencial de carácter vinculante sobre tan relevante materia.

La misma problemática ha sido abordada, por ejemplo, en el Pleno Jurisdiccional del Distrito Judicial de Ica, publicado el 24 de junio de 2016 (Código Civil, Código Procesal Civil. Jurista Editores, p. 491), mayo 2017).

Noveno. Es oportuno recordar que al amparo del texto original del artículo 400 del Código Procesal Civil, aprobado por el Decreto Legislativo n.º 768, de fecha cuatro de marzo de mil novecientos noventa y dos, se promulgó el Código Procesal Civil y que mediante el Decreto Ley n.º 25940, de fecha 10 de diciembre del mismo año, fue modificado, habiéndose dispuesto en el artículo 8 de este decreto ley que por resolución ministerial del sector Justicia se autorice y disponga la publicación del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, el mismo que fue aprobado por Resolución Ministerial n.º 010-93-JUS, de fecha 23 de abril de 1993, entrando en vigencia el 28 de julio de 1993. Atendiendo a dicho dispositivo, precisamente recién se convocó al Primer Pleno Jurisdiccional el año 2007 (Pleno Casatorio Civil n.º 1465-2007-Cajamarca) sobre la Validez de la Transacción Extrajudicial, publicado en el *Diario Oficial El Peruano* del 22 de enero de 2008, y el Segundo Pleno Jurisdiccional el año 2008 (Pleno Casatorio Civil n.º 2229-2008-Lambayeque) sobre Prescripción Adquisitiva de Dominio, publicado el 22 de agosto de 2009; hasta aquí con participación de todos los magistrados titulares de la Corte Suprema.

Luego de promulgada la Ley n.º 29364, del 28 de mayo de 2009, que modificó el artículo 400 del Código Procesal Civil, se llevaron a cabo los siguientes plenos casatorios: Tercer Pleno Casatorio (Cas. n.º 4664-2010-Puno) sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho, publicado el 13 de mayo de 2011; el IV Pleno Casatorio (Cas. n.º 2195-2011-Ucayali), sobre Desalojo por Ocupación Precaria, publicado el 14 de agosto de 2013; el V Pleno Casatorio (Cas. n.º 3189-2012-Lima Norte) sobre Impugnación de Acuerdo, publicado el 9 de agosto de 2014; el VI Pleno Casatorio (Cas. n.º 2402-2012-Lambayeque), sobre el Proceso de Ejecución de Garantías, publicado el 2 de noviembre de 2014; el VII Pleno Casatorio (Cas. n.º 3671-2014-Lima), sobre Tercería de Propiedad, publicado el 7 de diciembre de 2015; el VIII Pleno Casatorio (Cas. n.º 3006-2015-Junín), sobre Nulidad de Acto Jurídico, llevado a cabo el 22 de diciembre de 2015, pendiente de publicación; y finalmente el IX Pleno Casatorio (Cas. n.º 4442-2015-Moquegua), sobre Otorgamiento de Escritura Pública, publicado el 18 de enero de 2017. Todos estos plenos abordaron temas de derecho material y procesal relevantes, que son de gran utilidad en el ejercicio de la función jurisdiccional, y que son utilizados también por

⁹ MARTEL CHANG, Rolando Alfonso. *Pruebas de oficio en el Proceso Civil*. Primera edición. Instituto Pacífico S.A.C. Lima, 2015.
 GONZALES ÁLVAREZ, Roberto. *Constitucionalismo y Proceso. Tendencias Contemporáneas*. Primera edición. Lima: ARA Editores, 2014.
 FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007.
 PICÓ I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana 2011, Grupo Editorial Ibañez, 2011.
 ALFARO VALVERDE, Luis. *La iniciativa probatoria del juez*. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley, 1ª edición, Mmayo de 2017.
 SENTIS MELENDO, Santiago. *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979.
 LEDESMA NARVAEZ, Marienella. *La prueba en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica. 1ª Edición, agosto de 2017.

los señores abogados en el ejercicio de la defensa. Con estos se contribuye a plasmar los principios de seguridad jurídica, predictibilidad o predecibilidad y de igualdad, en aras de decisiones más justas, teniendo como beneficiario final al usuario del sistema o del servicio de justicia, que es la ciudadanía en general y el justiciable en particular.

En las respectivas audiencias públicas de estos plenos, se ha incluido como una buena práctica la invitación a académicos y juristas de nota, especialistas en las respectivas materias, en su calidad de *amicus curiae*, cuyo aporte, aunado al de los señores abogados que informan en la causa, ha resultado y resulta valioso, contribuyendo a la legitimidad de la Corte Suprema y del Poder Judicial en su conjunto.

Décimo. Entre las sentencias o ejecutorias supremas de las Salas Civiles e inclusive de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, que han abordado este tema de la prueba de oficio, podemos citar: Cas. n.º 1203-2002-Lima, Cas. n.º 1121-2004-Chincha, Cas. n.º 4445-2011-Arequipa, Cas. n.º 2992-2007-Callao. Igualmente, y solo en este Año Judicial 2017, este instituto procesal tantas veces mencionado ha sido objeto de aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales de mérito en varios procesos llegados en casación a esta Sala Civil Permanente, entre los que pueden citarse: Cas. n.º 4684-2016-Huancavelica, Cas. n.º 2766-2016-San Martín, Cas. n.º 1754-2017-Cajamarca, Cas. n.º 1829-2017-Cañete, Cas. n.º 4116-2017-Lima, Cas. n.º 376-2017-Lima Norte, Cas. n.º 3414-2017-Lima Este, Cas. n.º 3722-2017, Cas. n.º 3124-2017, Cas. n.º 2754-2017, Cas. n.º 3120-2017, Cas. n.º 4445-2017, Cas. n.º 2992-2017, Cas. n.º 1450-2017.

Undécimo. Que el recurso de casación interpuesto en este proceso fue declarado procedente, en los términos contenidos en el auto de fecha catorce de junio de dos mil diecisiete, obrante a fojas cuarenta y cuatro de este cuadernillo. Por lo tanto, resulta imperioso convocar a un Pleno Casatorio de las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 400 del Código Procesal Civil; en concordancia con lo establecido en el artículo 141 de la Constitución Política del Estado, y el artículo 32, inciso a, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Estando a lo expuesto y en atención a la trascendencia e importancia de los plenos casatorios, **se resuelve: CONVOCAR** a los integrantes de las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República para el Pleno Casatorio que se realizará **el día jueves TRECE de SEPTIEMBRE a horas diez de la mañana (10 a. m.)**, en la Sala de Juramentos, ubicada en el segundo piso del Palacio Nacional de Justicia, ingreso principal sito en av. Paseo de la República s/n, Lima. En consecuencia: **FIJARON** el mismo día y hora para la vista de la causa en audiencia pública para resolverse sobre el fondo de la casación, de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 391 del Código Procesal Civil y el tercer párrafo del artículo 400 del mismo cuerpo normativo; **DISPUSIERON** la notificación a las partes con la presente resolución; **ORDENARON** que se publique la presente resolución en el *Diario Oficial El Peruano*, notificándose. Srs. Távora Córdova, Hurtado Reyes, Huamani Llamas, Lizarraga, Calderón Puertas.

La fecha del X Pleno Casatorio Civil fue reprogramada y se llevó a cabo el día 18 de octubre de 2018 a las 10 a. m.

III. Consideraciones sobre prueba judicial y prueba de oficio

§ 1. Derecho a la prueba y su constitucionalización

1.1. Principios y reglas procesales relativos a la prueba

Como se sabe, en el proceso judicial confluyen principios y reglas procesales sobre las que se fundamentan las diversas técnicas, categorías e instituciones procesales reguladas en el ordenamiento jurídico. Uno de los lugares comunes en donde se puede observar —con mayor nitidez— su fuerte incidencia es en la prueba, es decir, detrás de las disposiciones o textos normativos de tipo probatorio están una serie de principios que orientan su adecuado desarrollo. Esta primera sección tiene como propósito analizar los principios procesales que tienen influencia determinante en el análisis y el ejercicio de la actividad probatoria en el proceso¹⁰; dicho

de otra manera, aquellos que están involucrados con la formación del material fáctico¹¹. Aunque en este punto la literatura jurídica procesal es abundante y hay distintas posiciones teóricas, se ha preferido considerar las más relevantes, a saber, los principios procesales: dispositivo y contradictorio; y las reglas técnicas: preclusión, intermediación y adquisición. Sobre todo, se analizarán aquellos que están estrechamente relacionados y permitan comprender mejor la problemática de los poderes probatorios *ex officio* que son materia de examen en esta oportunidad.

1.1.1. Principio dispositivo

Conforme con este principio (considerado como uno jurídico-técnico¹²), los actos procesales en general son realizados por las partes procesales en el ejercicio de su autonomía de la libertad. Son los justiciables al considerarse afectados de sus derechos materiales quienes deciden o no ejercer su derecho de acción planteando una demanda y dar inicio al proceso judicial¹³. Según este razonamiento, De la Oliva Santos sostiene que este principio:

[es] derivado de la naturaleza eminentemente particular de los derechos e intereses en juego, en virtud del cual el proceso se construye asignando (o reconociendo) a las partes un papel de gran relieve, de modo que, en primer lugar, se hace depender la existencia real del proceso y objeto concreto del libre poder de disposición de los sujetos jurídicos implicados en la tutela jurisdiccional que se pretende y, en segundo lugar, los resultados del proceso dependen en gran medida del ejercicio por las partes de las oportunidades de actuación procesal (alegaciones y prueba) abstractamente previstas en la norma jurídica¹⁴.

Además, se sabe que este principio procesal se sustenta atendiendo al brocardo *iudex iuxta allegata et provata iudicare debet*¹⁵, que da cuenta de dos sentidos o concepciones del principio dispositivo, bastante aceptados por la doctrina procesal contemporánea.

¹⁰ Conviene precisar que en la filosofía del derecho se distingue principios y reglas jurídicas. Las primeras son las que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86) y las segundas, mandatos de realización. Distinción teórica que todavía no parece estar asentada en la literatura procesal peruana, en la que existen diversas tipologías de principios procesales y donde se confunde principio y reglas (v.g.: Monroy, Juan. *Teoría general del proceso*. Tercera edición. Lima: Communitas, 2009, pp. 207 y ss.; IDROGO, Teófilo. *El proceso de conocimiento*. Trujillo: Universidad Privada Antenor Orrego, 2013, pp. 102 y ss.). No obstante, considerando las diferencias mencionadas, para los efectos de la presente decisión se distinguen como principios procesales: dispositivo y contradictorio; y como reglas técnicas: preclusión, pertinencia e intermediación.

¹¹ En efecto, para algunos autores los principios procesales pueden ser clasificados como: a) principios inherentes a la estructura del proceso; b) principios relativos a la acción y al derecho subjetivo material subyacente; c) principios referentes a la formación del material fáctico y d) principios relativos a la valoración de la prueba (GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Cuarta edición. Madrid: Colex, 2012, pp. 37 y ss.).

¹² Sobre el particular se sostiene que los llamados principios jurídicos-técnicos no configuran siempre los procesos, sino que inspiran, unos, ciertas construcciones procesales (DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Curso de derecho procesal civil*. Tomo I. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012, p. 196).

¹³ Son manifestaciones del principio dispositivo, que el proceso no empiece por iniciativa del órgano jurisdiccional sino solo por instancia de parte; es decir, el juez no procede de oficio (*ne procedat iudex ex officio*) y que el juez no iniciará el proceso sino a pedido del accionante (*nemo iudex sine actore*). Manifestaciones que en el ordenamiento procesal civil se encuentran previstas en el artículo IV del Código Procesal Civil (en adelante CPC), cuando se menciona: «El proceso se promueve solo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar [...]».

¹⁴ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *op. cit.*, p. 205.

¹⁵ Se sabe que respecto de la relación del principio dispositivo y la máxima jurídica extraída del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, fue el resultado de equivocaciones que distorsionaron el significado original y correcto de tal expresión: *iudex iudicare debet secundum allegata et probata*, non secundum conscientiam. Para mayor detalle puede consultarse PICÓ I JUNOY, Joan. «Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam: storia dell'erronea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca e italiana». En *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 2007, pp. 1497 ss.

La primera concepción: principio dispositivo en sentido sustancial o propio¹⁶, está referida al reconocimiento de la tutela jurisdiccional de las múltiples situaciones jurídicas sustantivas o materiales de las partes procesales, conforme con lo previsto en el artículo I del Código Procesal Civil (en adelante CPC), según el cual «Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso». Esto significa que ante el juzgador las partes pueden presentar sus alegaciones de los hechos (narraciones de los hechos, afirmaciones de los hechos, enunciado fáctico) y aportar los elementos de prueba relevantes que estimen pertinentes. De acuerdo con este sentido, el demandante debe probar las versiones de los hechos -que configura el derecho- expuestos en su demanda. Al ser este el titular de las situaciones sustantivas de ventaja es el que puede activar o no su tutela jurisdiccional¹⁷.

La segunda concepción: principio dispositivo en sentido procesal o impropio, se refiere a que se debe considerar en un sentido de disponibilidad de las pruebas. Lo que significa que si bien como regla se otorga a las partes la facultad de proponer las pruebas que sustentan los hechos del caso; empero, esta situación se ve atenuada por el legislador, para aquellas necesidades concretas, en virtud de las cuales se reduce el alcance de tal principio, reconociendo en el juez poderes sobre la actividad probatoria más o menos extensos. Lo que abre la posibilidad de que se atribuyan diversos poderes de tipo probatorio al juzgador. Siendo así, de acuerdo con el principio dispositivo (acorde a su sentido procesal), el juez podría o no aportar elementos de prueba al proceso; en otras palabras, este principio no excluye toda posibilidad, o mejor, no es incompatible con los poderes probatorios del juez. De hecho, entendiendo esta tipología es un lugar común que la mayoría de ordenamientos jurídicos procesales reconozcan a la par el principio dispositivo y las pruebas de oficio.

1.1.2. Principio del contradictorio

Por el principio del contradictorio (también denominado como principio de audiencia) las partes procesales tienen el derecho de participar activamente en los actos durante el procedimiento judicial y en la toma de decisión por el juzgador. Es por ello que la dinámica del proceso (entendida como un conjunto de actos concatenados y preestablecidos destinados a la determinación del caso) se articula a través del contradictorio. La importancia en el proceso —al menos como regla general— es tan determinante que su omisión puede derivar en su nulidad. En este sentido, Calamandrei afirmaba que se trata de un principio fundamental del proceso, su fuerza motriz, su garantía suprema¹⁸. También, Proto Pisani considera que es un principio fundamental del proceso civil y que se encuentra en expansión también en el procedimiento administrativo y, a través de las cláusulas generales de la corrección y de la buena fe, en la actividad privada¹⁹. Por su parte, Fazzalari propone una lectura distinta del contradictorio fundada sobre la distinción entre proceso²⁰ y procedimiento. Bajo esta óptica el proceso sería una especie del procedimiento, que vendría a ser el género²¹.

De la evolución histórica del concepto del contradictorio, fundada sobre la base del brocardo *audiatur et alter pars* se puede extraer al menos dos sentidos o concepciones bastante difundidas en la literatura procesal. El primero habla de un *sentido débil*, que se presenta como necesario para la constitución del proceso mismo. Es un sentido lógico-formal de la participación de los destinatarios de la decisión final, centrado únicamente en la fase inicial del proceso, sin consideración del juez como partícipe de este principio. Al respecto, Proto Pisani considera que, en la doctrina clásica formada en los primeros años del siglo pasado, el contenido necesario y suficiente del principio del contradictorio consistiría en poner a la contraparte en la posibilidad de contradecir, con el propósito de asegurar la igualdad de las partes en el proceso y para aprovechar la libre contradicción, el libre choque entre las partes para poner al juez en las mejores condiciones posible para decidir²².

El *sentido efectivo o fuerte*²³ del contradictorio está relacionado con la idea de que toda decisión judicial debe suponer la participación activa y previa de las partes. Su vigencia no solo se circunscribe a la etapa postulatoria del proceso, sino en todas las fases del proceso. Conforme

con esta concepción, el contradictorio es un derecho de las partes, sin que su vinculación se extienda a los jueces permitiendo un compromiso de propiciar y conducir el debate de manera previa a su decisión. Rechazando con esto la posibilidad de decisiones sorpresas o de *terza via*²⁴. En la doctrina nacional se sostiene que «se ve que el contradictorio no solamente constituye un medio de lucha entre las partes, sino tanto más un instrumento operativo para el juez y, por consiguiente, un momento fundamental del juicio. Desde esta óptica, el contradictorio deviene el eje de la búsqueda dialéctica, conducida por el juez con la colaboración de las partes²⁵».

Este sentido (fuerte) del contradictorio tiene implicancia directa 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. De hecho, si es cierto que la mayoría de ordenamientos del *civil law* y *common law* reconocen —en mayor o menor grado— poderes probatorios del juez, es precisamente porque juntamente garantizan el contradictorio de las partes. 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, como veremos más adelante.

1.1.3. La preclusión

Por la preclusión los actos procesales se realizan en determinados momentos del proceso fijados por la ley procesal. En su concepción más clásica la preclusión exige que las partes puedan desarrollar su actividad en las etapas preestablecidas, de lo contrario perderían su derecho a ejercerlo en otros instantes del *iter* procesal. En rigor se trata de la consecuencia que se genera en un proceso judicial debido a la superación de los plazos para la realización de las actuaciones procesales que se establecen en un ordenamiento procesal determinado. En este sentido Couture afirma que el principio de preclusión:

está representado por el hecho de que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el

¹⁶ Para mayor detalle de las dos concepciones del principio dispositivo, puede consultarse CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I. Milano: Giuffrè Editore, 1962.

¹⁷ Una de las características del principio dispositivo es el poder de disposición sobre el derecho material, lo que significa que «si los derechos e intereses jurídicos, que se pueden discutir en el proceso civil, pertenecen al dominio absoluto de los particulares, a nadie se le puede constreñir a impetrar su tutela jurisdiccional o a ejercitar su defensa ante los tribunales» (GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción al Derecho Procesal*. Octava edición. Madrid: Colex, 2013, pp. 37 y ss.).

¹⁸ CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Traducción de Héctor Fix-Zamudio, Lima: ARA Editores, 2006, p. 136.

¹⁹ PROTO PISANI, Andrea. *Lecciones de derecho procesal civil*. Traducido por Mayté Pamela Chumberiza Tupac-Yupanqui. Lima: Palestra, 2018, p. 203.

²⁰ FAZZALARI, Elio. Voz «Procedimiento e processo (teoría generale)». En: *Enciclopedia del Diritto* vol. XXXV, Milano: Giuffrè Editore, 1986, pp. 819-835.

²¹ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1996, p. 82.

²² PROTO PISANI, Andrea, *op. cit.*, pp. 203-204.

²³ Cfr. PICARDI, Nicola. «'Audiatur et altera pars'. Le matrici storico-culturali del contraddittorio». En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2003, n.º 1, pp. 10 y ss.; del mismo autor: «El principio del contraddittorio». En *Rivista di Diritto Processuale*, año LIII, n.º 3, pp. 674- y ss.

²⁴ Sobre los sentidos fuerte y débil del contradictorio, en la doctrina peruana puede consultarse: ALFARO VALVERDE, Luis. *El principio de audiencia. Evolución e influencia en el proceso civil*. Barcelona: Bosch Editor, 2014, quien establece el contenido esencial del contradictorio: i) derecho a recibir adecuada y tempestiva información; ii) derecho a defenderse activamente; y iii) derecho de influencia (p. 110).

²⁵ HURTADO, Martín. *Fundamentos de derecho procesal civil*. Lima: Idemsa, 2009, p. 104. Acorde con esta concepción, Nieva Fenoll sostiene que «el derecho a la contradicción se concreta en la posibilidad de rebatir las alegaciones y pruebas de la parte contraria, permitiendo que el proceso tenga una estructura dialéctica. Es el contrapunto a los derechos de alegación y prueba, porque indica cómo estructurar procedimentalmente esos derechos, siguiendo la citada estructura» (NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho procesal I. Introducción*. Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 151).

regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos. En un proceso de desenvolvimiento discrecional, siempre sería posible retroceder a etapas ya cumplidas; en un proceso dominado por el principio de preclusión, extinguida la oportunidad procesal para realizar un acto, ese acto ya no podrá realizarse más²⁶.

Es el legislador procesal quien fija o establece *a priori* —se espera que de manera racional— los momentos o las fases en las que se debe realizar (y superar) los actos de las partes o alguna actuación propia del proceso. Estos efectos suponen la imposibilidad posterior de realizar el acto procesal prescindido, por lo que el procedimiento no podría retroceder. En efecto, Ariano afirma que cuando se habla de preclusión se piensa tanto en la división del proceso en fases como en la consecuencia: la pérdida —para las partes— de la posibilidad de realizar tal o cual acto por haber pasado el plazo previsto por la ley o por haberse ya cerrado el estadio procesal respectivo²⁷. Este *sentido rígido* de la preclusión parece haber sido adoptado por el proceso civil peruano, tal como se desprende de la revisión del CPC en los siguientes casos: i) que el demandado en la contestación de la demanda deba pronunciarse «respecto de cada uno de los hechos» (artículo 442, inciso 2) y exponer los hechos en que fundamenta su defensa (artículo 442, inciso 4); ii) que el demandante solo pueda modificar su demanda antes que esta sea notificada (artículo 428); iii) que el demandado solo pueda plantear sus excepciones todas juntas dentro de los plazos señalados por la ley (artículo 447).

Luego, la preclusión también surte sus efectos determinando los momentos en que las partes pueden realizar sus alegaciones de hechos y aportar los medios de prueba relevantes. Por ejemplo, en el proceso civil se establece que sea en la etapa postulatoria cuando pueden aportar los hechos del caso y los elementos de prueba (artículo 189; artículo 424, inciso 9; y artículo 442, inciso 5), salvo que el ordenamiento procesal lo permita en otra oportunidad; de no ser así, de manera categórica no podrían hacerlo en otras fases del proceso. Sobre la función de la preclusión en el contexto probatorio Taruffo afirma que «sirven para establecer, en los tiempos lógicos del proceso, los momentos dentro de los cuales determinadas actividades de las partes deben ser cumplidas, y a sancionar a la parte que no respeta la secuencia predeterminada por la ley [...]; ellas sirven simplemente para indicar a las partes cuándo ellas deban decir, bajo pena de no poder hacerlo ya más en momentos sucesivos, lo que pretenden decir en el proceso»²⁸.

Respecto a la concepción anteriormente expuesta en los actos procesales en general y sobre las pruebas en especial, se afirma que sería el contexto de la preclusión *en sentido rígido*, sustentado sobre la base del principio de seguridad jurídica. Empero, en la literatura procesal se viene proponiendo una concepción flexible de la preclusión, inspirada en la constitucionalización del proceso, en particular frente al derecho a la defensa que asegura la Constitución²⁹. Sin embargo, queda abierta la posibilidad de que este sentido de la preclusión paulatinamente cobre vigencia en los ordenamientos procesales, sea a partir de la obra del legislador procesal o de la jurisprudencia. Por ejemplo, en el III Pleno Casatorio Civil la Corte Suprema dejó establecida la flexibilización de la preclusión para la pretensión de indemnización por la causal de separación de hecho en un proceso de divorcio. En ese entonces se estableció:

En consecuencia, los principios de congruencia, preclusión y eventualidad procesal, entre otros, deben aplicarse en forma flexible en los procesos de familia y en particular en los procesos de divorcio por separación de hecho, con el fin de darle efectividad de los derechos materiales discutidos en este tipo de procesos y especialmente cuando se refiera a los niños, adolescentes, a la familia monoparental resultante de la disolución del vínculo matrimonial, al cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, como suele ocurrir en este tipo de procesos. (Fundamento 17)

1.1.4. Adquisición o comunidad de prueba

La adquisición de prueba o comunidad de prueba³⁰ tiene su origen en el denominado —por Chiovenda— principio de adquisición procesal³¹, que hace referencia a la unidad en cuanto a la actividad procesal, estableciéndola como común a las partes. Este principio se ve reflejado de

manera directa en la actividad probatoria, en el sentido de que los múltiples elementos de prueba aportados por las partes no tienen como propósito su propio beneficio, sino que es el proceso mismo³². Según Valmaña consiste en que «toda la prueba que ha sido simplemente propuesta (aun sin haber sido todavía practicada) pasa a formar parte ya del proceso, por lo que debería dejar de pertenecer a la esfera dispositiva de las partes y convertirse así en un elemento más de dicho proceso»³³.

En general, los diversos actos realizados por las participantes en el proceso (juez y partes) pertenecen a una actividad única; por tanto, el procedimiento probatorio entendido como un conjunto de actos procesales adopta este carácter único. De tal manera, como afirma Picó i Junoy que es perfectamente posible, incluso, que el convencimiento del juzgador acerca de las alegaciones de una de las partes se alcance mediante una prueba propuesta por la otra³⁴. Siguiendo este mismo razonamiento, Ramírez Salinas sostiene que las consecuencias de los actos probatorios desplegados por el demandante bien pueden ser utilizados por la demandada en sus diferentes actos de defensa³⁵. Por ejemplo, cuando una parte ofrece un testigo, de su declaración pueden extraerse múltiples inferencias sobre los hechos afirmados por ambas partes, indistintamente de quien lo haya presentado al proceso.

Siendo así la idea o creencia de que determinados medios de prueba serán necesariamente beneficiosos a la parte que la ofrece, no tiene en cuenta los demás factores y elementos que están implicados en la actividad probatoria. No es posible determinar con exactitud a quién beneficiaría o perjudicaría determinados medios de prueba³⁶. En rigor, la actividad probatoria beneficia propiamente a la finalidad que puede aspirar el proceso, esto es, una correcta y verdadera reconstrucción de los hechos del caso materia de decisión, conforme a una concepción racionalista de la prueba y del proceso. En síntesis —conforme afirma Taruffo— la solución de la controversia sobre los hechos se alcanza cuando el tribunal establece la verdad sobre los hechos motivo de la disputa³⁷.

1.1.5. Inmediación procesal

En términos generales la intermediación está pensando en lograr una mayor relación directa entre los medios de prueba relevantes presentados por las partes y el juez. Lo que se pretende es permitir al juzgador de los hechos apreciar de manera personal todo aquello que es ventilado en el proceso, procurando alcanzar una mejor percepción de lo narrado y lo acontecido en la realidad. Por ejemplo, Ramírez Salinas señala que en la declaración de testigos

²⁶ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: B. de F., 2005, p. 194.

²⁷ ARIANO, Eugenia. «Prueba y Preclusión. Reflexiones sobre la constitucionalidad del proceso civil peruano». En *Revista Ius et veritas*, n.º 23, Lima, 2001, p. 73.

²⁸ TARUFFO, Michele. «Le preclusioni nella riforma del processo civile». *Rivista di diritto processuale*, XLVII-2. Padova: Cedam, 1992, p. 301.

²⁹ ARIANO, Eugenia. «Prueba y Preclusión. Reflexiones sobre la constitucionalidad del proceso civil peruano», *op. cit.*, p. 79.

³⁰ En la literatura procesal se ha identificado con otros *nomen iuris*, tales como principio de incorporación, comunidad de pruebas, comunidad de medios de pruebas, aportación indiferenciada o indiscriminada de los hechos (FONS RODRIGUEZ, Carolina. «Incidencia del principio de adquisición procesal en el interrogatorio de testigos», en ABEL LLUCH, Xavier, et al. (Dir.), *La prueba judicial*. Madrid: La Ley, 2011, p. 821.

³¹ Conforme lo menciona MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Sexta edición. Navarra: Thomson Reuters, 2011, p. 112; PICÓ I JUNOY, Joan. «El principio de adquisición procesal en materia probatoria». *La Ley* 6.404, 2006, p. 1.304.

³² RAMÍREZ SALINAS, Liza, A. «Principios generales que rigen la actividad probatoria». *La Ley*. Asunción, 2005, p. 1032.

³³ VALMAÑA, Antonia. «El principio de adquisición procesal y su proyección sobre la prueba no practicada». *Indret Revista para el análisis del Derecho*, n.º 02, 2012, p. 7.

³⁴ PICÓ I JUNOY, Joan. «El derecho a la prueba en la nueva ley de Enjuiciamiento Civil». En ABEL LLUCH, Xavier y PICÓ I JUNOY, Joan (coords.). *Problemas actuales de la prueba*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2004, 40.

³⁵ RAMÍREZ SALINAS, Liza, A., *op. cit.*, p. 1032.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ TARUFFO, Michele. *La prueba*. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán., Barcelona/Madrid/Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, p. 15.

se afirma que ese contacto directo que se podrá dar entre el juez y el testigo, permitirá establecer un grado de afinidad tal que posibilitaría dilucidar las dudas del magistrado, imposibles de vislumbrar por actuaciones o intermediarios, los cuales cuentan con apreciaciones diferentes³⁸. En el ordenamiento procesal civil peruano, la intermediación ha alcanzado recepción normativa en el artículo V del CPC de acuerdo con la siguiente formulación: «Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión».

De lo afirmado se puede colegir que lo vital cuando se habla de intermediación es la presencia del juez en todas las actuaciones judiciales que requiera el ordenamiento procesal, por lo que —en principio— no podría delegar esa función a otra persona, bajo la excusa de acelerar el proceso debido a la (sobre)carga procesal. Caso contrario, si las diligencias o actuaciones judiciales son realizadas en ausencia del juez, se determinará irremediablemente su nulidad. Frente a esta explicación se vienen planteando explicaciones de tipo epistemológico que ayudan a evidenciar su real importancia. Según este razonamiento, Folgueiro afirma que la intermediación puede ser comprendida como una regla epistemológica dentro del proceso, es decir, como una regla de conocimiento, a la cual denomina fundamento epistemológico o lógico.

Antes de culminar este acápite inicial, debemos indicar que más adelante veremos el papel transcendental que juegan en la prueba la *pertinencia* y la *licitud*, por lo que ahí haremos un desarrollo sobre estas.

1.2. Instituciones y categorías sobre prueba

Una adecuada aproximación a la teoría de la prueba requiere no solo del estudio de los principios y reglas procesales, sino también el examen de algunas instituciones y categorías que la caracterizan y permitan una mejor comprensión. Estas pueden ser analizadas —siguiendo en parte la propuesta de Couture³⁹— planteando algunas preguntas que ayuden a perfilar mejor el problema⁴⁰, así tenemos:

- a) Concepto: ¿qué es la prueba?
- b) Objeto: ¿qué se prueba?
- c) Carga: ¿quién prueba?
- d) Procedimiento: ¿cómo se prueba?
- e) Fuente: ¿de dónde se obtiene la prueba?

Estas instituciones y sus cuestiones serán materia del siguiente análisis.

1.2.1. Concepto de prueba: ¿qué es la prueba?

Entre las cuestiones más relevantes sobre el estudio de la prueba aparece en primer lugar la siguiente: ¿qué es la prueba?⁴¹, o mejor, qué se puede entender cuando hablamos de prueba. Esta pregunta bien puede ser respondida analizando el concepto de la prueba, más precisamente revisando los distintos sentidos que se le reconoce a la expresión *prueba* en el derecho⁴². Se trata entonces de una palabra polisémica⁴³, que en la actualidad viene siendo estudiada cada vez más desde una perspectiva multidisciplinaria⁴⁴. Así, entre los diversos sentidos más utilizados en el lenguaje jurídico procesal: como actividad, como medio y como resultado⁴⁵ (en cambio en el *common law* se emplean las expresiones *evidence* y *proof*⁴⁶).

El primer sentido (como actividad) de prueba hace referencia a la serie de actos jurídicos procesales que realizan los participantes en el proceso para demostrar o acreditar sus versiones de los hechos, que comprendería también la práctica de la prueba⁴⁷. Conforme a este sentido, De la Oliva Santos la define como «aquella actividad que desarrollan las partes con el tribunal para que este adquiere el convencimiento de la verdad o certeza de un hecho o afirmación práctica o para fijarlos como ciertos a los efectos de un proceso»⁴⁸. En este sentido, la prueba se expresa en su carácter dinámico, comprendido por serie de etapas en la que participan el juzgador de los hechos y las partes a fin de lograr una mejor reconstrucción de los hechos acaecidos. Se debe precisar que toda la actividad jurídica desplegada por los sujetos parciales está sujeta a determinadas normas procesales y procedimentales⁴⁹.

En el segundo significado, la doctrina procesal suele hablar de «medio de prueba», para hacer referencia a todos

aquellos instrumentos que pueden lograr el cercioramiento del juzgador acerca de los puntos controvertidos⁵⁰; tales como los documentos, declaración de testigos, declaración de parte, inspección judicial, etc. Sobre este punto, Prieto Castro considera al medio de prueba como «el instrumento corporal o material cuya apreciación sensible constituye para el juez la fuente de donde ha de obtener los motivos para su convicción sobre la verdad (o no) del hecho que se trata de probar»⁵¹.

En el tercer sentido, es empleado para hacer mención del resultado producido por los medios de prueba aportados y actuados en el proceso. Aquí, la expresión prueba se utiliza para dar cuenta del momento final del procedimiento probatorio, esto es, en la fase de valoración (en la etapa decisoria del proceso) de todos los medios de prueba previamente practicados. Es la conclusión a la cual llega el juez en relación con los hechos probados, sobre la base de la información y los datos cognitivos aportados al proceso. En estricto estamos en la parte final del *iter* probatorio, en donde se pretende determinar qué aseveraciones de hechos pueden darse por demostrada⁵². En este sentido, Couture sostiene que el tema de la valoración de la prueba busca una respuesta para la pregunta ¿qué eficacia tienen los diversos medios de prueba establecidos en el derecho positivo? El propósito es básicamente determinar cómo gravitan y qué influencia ejercen los diversos medios de prueba sobre la decisión del juez de los hechos⁵³.

³⁸ RAMÍREZ SALINAS, Liza, A., *op. cit.*, pp. 1034-1035.

³⁹ Couture sostenía que los problemas de la prueba consisten en saber qué es la prueba; qué se prueba; quién prueba; cómo se prueba; qué valor tiene la prueba producida. El primer problema que se plantea es el del *concepto* de la prueba; el segundo, el *objeto* de la prueba; el tercero, la *carga* de la prueba; el cuarto, el *procedimiento* probatorio; el último, la *valoración* de la prueba.

⁴⁰ En su tiempo, Guasp consideró las siguientes categorías derivadas de la prueba: «elementos de la prueba», «fuentes de la prueba», «medios de prueba», «materia de la prueba», «temas de la prueba», «motivos de la prueba» y «resultados de la prueba» (GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. Tomo I. Segunda edición. Madrid: Instituto de Estudios Públicos, 1961, p. 334. También en GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro. *Derecho procesal civil*. Tomo I. Séptima edición revisada y puesta al día. Navarra: Thomson-Civitas, 2005, pp. 375 y 376.

⁴¹ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera edición. Buenos Aires: Depalma, 1958, p. 216.

⁴² Cfr. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002, pp. 439-515.

⁴³ Sobre los diversos significados de la locución prueba, puede verse: COUTURE, Eduardo. *Vocabulario jurídico. Con referencia especial al Derecho procesal positivo vigente uruguayo*. Quinta reimpression. Buenos Aires: Depalma, 1993, pp. 490-491.

⁴⁴ TWINING, William. «Evidence as a multi-disciplinary subject». En *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*. Segunda edición. Cambridge: Cambridge University Press., 2006, pp. 436-456.

⁴⁵ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 83-86; FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 27-29; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V. *Derecho Procesal Civil. Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, p. 191.

⁴⁶ En el lenguaje inglés la prueba como medio es identificada como *evidence* y para hacer referencia al resultado probatorio se emplea la expresión *proof*. Mientras que para describir la actividad se hace uso de la palabra *litigation* (TWINING, William, *op. cit.*, pp. 193 y 194).

⁴⁷ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *Minima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1997, pp. 22 y ss.

⁴⁸ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime. *Curso de Derecho procesal civil II. Parte especial*. Tercera edición. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, p. 115.

⁴⁹ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Navarra: Civitas; Thomson Reuters, 2005, pp. 54-55.

⁵⁰ OVALLE FAVELA, José. «Teoría general de la prueba». *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n.º 93-94, 1974, p. 289.

⁵¹ PRIETO CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo. *Derecho Procesal Civil*. Quinta edición. Madrid: Tecnos, 1989, p. 146.

⁵² Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina. «La racionalidad en la prueba». *Revista de Ciencias Sociales*, n.º 45, 2000, p. 612.

⁵³ COUTURE, Eduardo. *op. cit.*, p. 257.

1.2.2. Objeto de prueba: ¿qué se prueba?

La cuestión ¿qué se prueba? —o como diría Couture: qué cosas deben ser probadas⁵⁴— está relacionada con el objeto de prueba, consiste en lo que puede probarse en general y en especial aquello sobre lo que puede recaer la prueba en el proceso⁵⁵; estos son, en concreto, los hechos⁵⁶. Aunque no todos los hechos necesariamente requieren de ser probados⁵⁷, sino propiamente aquellos hechos materia de controversia: hechos controvertidos⁵⁸. En esta línea de pensamiento, Couture sostiene que esta idea se sustenta en la norma que establece que las pruebas deben ceñirse al asunto sobre el que se litiga, y las que no le pertenezcan serán irremisiblemente desechadas de oficio, al dictarse la sentencia. Y los asuntos sobre los que se litiga son, sin duda, aquellos que han sido objeto de proposiciones contradictorias en los escritos de las partes⁵⁹.

Luego, se debe precisar que en rigor el objeto de prueba está centrado en las afirmaciones de los hechos⁶⁰. En este sentido, De la Oliva Santos considera que «el objeto principal de la prueba son hechos. Más exactamente podrá decirse que la actividad probatoria versa sobre afirmaciones de hechos o afirmaciones fácticas⁶¹. Siguiendo este razonamiento, Ramos Méndez precisa que «comúnmente se afirma que la prueba recae sobre hechos. Esto, sin ser erróneo, es una expresión abreviada que hay que entender en su exacto significado. Nunca se prueban directamente hechos, lo que se prueba son siempre nuestras afirmaciones sobre diversos hechos⁶². También Devis Echandía caracteriza esta noción como puramente objetiva y abstracta, que no se encuentra limitada a los problemas concretos de cada proceso ni a los intereses o pretensiones de las partes⁶³. De lo dicho, se puede colegir que el objeto de la prueba son afirmaciones o narraciones de los hechos (acontecidos —normalmente— en el pasado) que exponen las partes procesales al juez, a fin de que eventualmente pueda reconstruir —de forma correcta y verdadera— los hechos en los que no estuvo presente.

1.2.3. Carga de la prueba: ¿quién prueba?

La institución de la carga de la prueba busca responder a la cuestión de quién (o quiénes) realizan la actividad probatoria en el proceso o más específicamente a quién le corresponde probar un supuesto de hecho. En otras palabras, lo que se pretende es determinar cuál de los sujetos que actúan en el proceso está llamado a producir la prueba de los hechos que han sido materia de debate⁶⁴. Estamos ante una de las categorías de vital relevancia para la comprensión de la prueba y del proceso [descrita por Rosemberg como la columna vertebral del proceso⁶⁵]. A pesar de ello, también la doctrina procesal lo concibe como un tema bastante complejo de describir y conceptualizar; sin embargo, se puede intentar alguna explicación de su significado. Veamos: Devis Echandía afirma que «carga de la prueba es una noción procesal que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos para evitar las consecuencias desfavorables⁶⁶. Si razonamos de esta manera, es evidente que la noción de carga de la prueba está comprometida con resolver la cuestión de quién resulta afectado en el proceso por no aparecer probado determinado hecho.

En efecto, Couture, considerando el sentido general de carga procesal, menciona que:

no supone, pues, ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada litigante; es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar, pierde el pleito. Puede quitarse esa carga de encima, probando, es decir, acreditando la verdad de los hechos que la ley le señala. Y esto no crea, evidentemente, un derecho del adversario, sino una situación jurídica personal atinente a cada parte; el gravamen de no prestar creencia a las afirmaciones que era menester probar y no se probaron⁶⁷.

En este sentido, la carga de la prueba no solo busca determinar quién debe probar sino qué debe probar cada parte procesal para alcanzar el éxito de sus intereses, conforme a la regla *onus probandi*.

Siendo así, estamos propiamente ante una regla de juicio (al menos en un sentido tradicional) utilizada al momento final del proceso (en la etapa decisoria: sentencia) por ausencia de pruebas, respecto de los hechos constitutivos del demandante y de los hechos extintivos o impeditivos de la parte demandada. Criterio que es compartido con Taruffo cuando menciona que «parece razonable sostener que la regla de la carga de la prueba se aplique como criterio de decisión cuando ninguna de las hipótesis disponibles sobre el hecho sea apta —si se la pone en relación con los elementos de prueba que la afectan— para constituir una versión aceptable del hecho en cuestión⁶⁸».

El problema en la práctica con la carga de la prueba es que muchas veces el juez no sabe exactamente qué papel juega, pues aparece de forma inadecuada en el primer o segundo considerando de la sentencia, como si antes de valorar la prueba el juez ya estuviera estableciendo quién debió probar determinado hecho. Más confusión se genera cuando se le vincula con la prueba de oficio, pues no se llega a entender que el juez debe utilizar la carga probatoria solo después de haber realizado la actividad probatoria oficiosa, y si aún el hecho relevante que se pretendía probar no tuvo resultado positivo, es en ese momento en el que el juez debe establecer en cabeza de quién debió recaer la carga probatoria y si se trata de una carga probatoria estática, de un supuesto de inversión de la carga probatoria o si estamos frente a una posibilidad de carga probatoria dinámica. Esta situación, sin considerar que deba ser establecida como una regla del pleno, debe ser tomada como un *obiter dicta* importante de este Pleno Casatorio por todos los jueces.

1.2.4. Procedimiento probatorio: ¿cómo se prueba?

Otra de las acepciones o significados de la prueba es como procedimiento. Para explicar este procedimiento, basta considerar que si bien algunos actos procesales que desarrollan en el proceso las partes y el juez, se realizan de manera libre; no obstante, gran parte de la actividad probatoria está reglamentada legalmente. Por ende, se debe saber cuáles son las formas que es necesario respetar para que la prueba producida se considere válida⁶⁹. Conforme con este criterio, Couture considera que el problema del procedimiento probatorio queda dividido en dos campos: en uno se halla el conjunto de formas

⁵⁴ COUTURE, Eduardo. *op. cit.*, p. 219.

⁵⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I, Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1970, p. 142.

⁵⁶ En cuanto a la regla de que el derecho no se prueba existe un vínculo con el principio general que consagra la presunción de su conocimiento; por ende, no tendría sentido la prueba del derecho en un sistema en el cual este se supone conocido. Salvo algunas excepciones: i) la existencia o inexistencia de la ley; ii) prueba de la costumbre; y iii) prueba del derecho extranjero (COUTURE, Eduardo, *op. cit.*, pp. 220-223).

⁵⁷ MONTERO AROCA, J. *et al. Derecho Jurisdiccional II. Proceso cCivil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 223.

⁵⁸ Los hechos controvertidos son aquellos actos cuya existencia o modalidad de ser es motivo de discusión en juicio, puesto que se impugnan por el adversario (MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 112.),

⁵⁹ COUTURE, Eduardo, *op. cit.*, p. 223.

⁶⁰ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Civil I. El proceso de declaración: Parte general*, Madrid: Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, 2015, pp. 499-500.

⁶¹ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Derecho Procesal Civil*, Vol. I. Cuarta edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, 1996, p. 311.

⁶² RAMOS, MÉNDEZ, FRANCISCO. *Enjuiciamiento Civil*, Vol. I. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997, p. 325.

⁶³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Tratado de derecho procesal civil*. T. V. Bogotá: Ed. Temis, 1967, p. 205.

⁶⁴ COUTURE, Eduardo, *op. cit.* p. 240.

⁶⁵ Citado por GIMENO SENDRA, Vicente, *op. cit.*, p. 518.

⁶⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial* Tomo I. Segunda edición. Buenos Aires: Editorial Víctor de Zavalia, p. 426.

⁶⁷ COUTURE, Eduardo, *op. cit.*, p. 242.

⁶⁸ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Segunda edición. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 302.

⁶⁹ COUTURE, Eduardo, *op. cit.*, p. 248.

y de reglas comunes a todas las pruebas; en el otro, de carácter especial, se señala el mecanismo de cada uno de los medios de prueba. En el primer grupo se encontraría el tema general del procedimiento probatorio (ofrecimiento de la prueba, a la oportunidad para solicitarla y para recibirla, a las formas de verificación comunes a todos los medios de prueba, etc.); y el segundo comprende el aspecto particular del problema, es decir, el funcionamiento de cada medio de prueba (instrumentos, testigos, confesión, inspección, etc.).

Un aspecto importante cuando se habla de procedimiento probatorio en general es la manifestación transversal del principio del contradictorio. Así como es imposible pensar en proceso sin la existencia de un debate, mucho menos se puede comprender que una parte produzca una prueba sin que esté expuesta al debido control y revisión del juzgador y de la contraparte. Couture, al explicar sobre los caracteres generales del procedimiento, enseña que el principio dominante en esta materia es el de que toda la prueba se produce con injerencia y posible oposición de la parte a la que eventualmente puede perjudicar. De este modo el contradictorio se produce antes, durante y después de la producción de la prueba, dentro de las formas dadas por el derecho positivo⁷⁰.

1.2.5. Fuente de prueba: ¿de dónde obtengo la prueba?

Dado que a menudo se confunde «fuente de prueba»⁷¹ con «medio de prueba», conviene diferenciarlos⁷²; así, en el primer caso se le ubica en el contexto extrajudicial y en el segundo en el ámbito del proceso. Esta distinción es expuesta por Sentís Melendo, para quien fuente de prueba son los elementos que existen en la realidad; es decir, un concepto metajurídico, extrajurídico o ajurídico, que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso, lo que supone que existirá con independencia de que se siga o no el proceso (lo sustancial y material). A su vez, los medios de prueba están constituidos por la actividad para incorporarlos al proceso, siendo un concepto jurídico y absolutamente procesal, que nacerá y se formará en el proceso (lo adjetivo y formal)⁷³. En similar sentido, Montero Aroca ha manifestado que para responder a la pregunta de con qué se prueba, es necesario hacer la división conceptual entre «lo que ya existe en la realidad (fuente)» y «el cómo se aporta al proceso (medio) con el fin de obtener la certeza del juzgador»⁷⁴.

En tal sentido, es posible colegir que fuente de prueba es el principio o punto de origen de los datos cognoscitivos e información sobre las versiones de los hechos, que se ubican con anterioridad al proceso y se configuran de modo extraprocésal. Estos bien pueden estar comprendidos por cosas o personas o situaciones que ocurren en una realidad extraprocésal.

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

1.3. Constitucionalización de la prueba

La tendencia ideológica denominada constitucionalización de los derechos ha sido paulatinamente recepcionada por diversos Estados a través de sus ordenamientos jurídicos, en especial fue determinante en la necesidad de tutelarlos mediante garantías de orden procesal o jurisdiccional. Situación que se concretizó con el reconocimiento constitucional del proceso y de sus principales instituciones. En el derecho peruano esto permitió que, de modo gradual, la jurisprudencia de la Corte Suprema vaya identificando y consagrando —algunas veces de manera explícita y otras de modo implícito— los más relevantes derechos fundamentales de naturaleza procesal, uno de ellos es, precisamente, el derecho (fundamental) a la prueba.

Una adecuada comprensión del fenómeno probatorio no solo se circunscribe al análisis de los principios, reglas y categorías de las pruebas (explicadas anteriormente), sino también resulta indispensable evidenciar su reconocimiento constitucional y su implicancia o manifestaciones. Lo

que ciertamente se espera que redunde en un mejor entendimiento de las pruebas de oficio y de sus más relevantes problemas materia de esta decisión. Para lograr ello, en esta decisión se analizarán los siguientes temas: i) tutela constitucional del proceso y la prueba; ii) relación del derecho a la prueba con el debido proceso, iii) contenido esencial (utilización, admisión, actuación y valoración); y iv) límites (pertinencia y la licitud).

1.3.1. Derecho fundamental a la prueba

1.3.1.1. Constitucionalización del proceso

Los problemas que a menudo tienen los justiciables al acudir al proceso —sobre todo por la afectación a las garantías procesales⁷⁵— llevó a muchos países de Europa de la posguerra⁷⁶ a consagrar a rango constitucional instituciones básicas del proceso, lo que dio inicio al fenómeno de la constitucionalización de este, hablándose así de derechos fundamentales procesales⁷⁷. Estos derechos son entendidos como derechos subjetivos públicos que se tienen frente a los órganos jurisdiccionales y que, en consecuencia, configuran las facultades de ciudadanos frente a los jueces⁷⁸. En el derecho peruano, la Constitución también los ha fijado y son, entre otros, derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional (artículo 139.3), el derecho a la publicidad de los procesos (artículo 139.4), el derecho a la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias (139.5), el derecho a la pluralidad de la instancia (artículo 139.6).

Además, el Tribunal Constitucional ha reconocido que existen otros derechos implícitos como el derecho a un juez independiente e imparcial, el derecho al libre acceso a la jurisdicción, el derecho a la duración de un plazo razonable de la detención preventiva, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, el principio *non bis in idem*, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales⁷⁹ y el derecho a la prueba. De esta manera la prueba se constituye en un derecho fundamental implícito que se desprende del contenido esencial del debido proceso (artículo 139, inciso 3 de la Constitución⁸⁰). Esto tiene su justificación en el hecho de que las demás garantías procesales serían meramente formales y vacías si a las partes se les impidiera ofrecer todos los medios de prueba relevantes que necesitan para acreditar sus versiones de los hechos en litigio⁸¹.

⁷⁰ COUTURE, Eduardo, *op. cit.*, pp. 253-254.

⁷¹ En el idioma inglés, la «fuente de la prueba» es identificada como *source of the evidence*. Véase Bentham, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. (Obra compilada de los manuscritos del autor por E. Dumont). Vol. I. Traducción de M. Ossorio Florit. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, pp. 29-31.

⁷² Cfr. CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Segunda edición. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Depalma, 1982, pp. 67-102, 195-201.

⁷³ SENTÍS MELENDO, Santiago, *op. cit.*, pp. 141- 144, 150, 151, 156.

⁷⁴ MONTERO AROCA, Juan., *op. cit.*, pp. 133 y 137. Cfr. FALCÓN, Enrique. *Tratado de la prueba*. Tomo 1. Buenos Aires: Astrea, 2003, pp. 615-635; ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Segunda edición. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1998, pp. 123-126.

⁷⁵ Cfr. COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, pp. 120-131.

⁷⁶ Cfr. PICÓ I JUNY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997, pp.17-23; FIX-ZAMUDIO, Héctor. *La protección procesal de los derechos humanos*. Madrid: Civitas 1982, p. 51. En la Unión Europea, los derechos fundamentales de índole procesal se encuentran reconocidos en los artículos 47 al 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales y en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (GÓMEZ, Marta. Los derechos fundamentales de naturaleza procesal en la Unión Europea: protección y contenido. *Revista de Derecho de la Unión Europea*. n.º 11, 2006.

⁷⁷ ABEL LLUCH, Xavier. «Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil». En ABEL LLUCH, Xavier y PICÓ I JUNY, Joan (coord.). *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2007, p. 32.

⁷⁸ NATARÉN, Carlos. *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal. En torno a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, México: UNAM, 2006, pp. 10-12.

⁷⁹ Ver: STC Exp. n.º 00023-2005-PI/TC, f. j. 4.

⁸⁰ «Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. [...]

⁸¹ TARUFFO, Michele. *La prueba*. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Barcelona/Madrid/Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, p. 56.

1.3.1.2. Significado del derecho a la prueba o derecho a probar

De este modo, entendemos por derecho a la prueba aquel que posee el litigante consistente en la utilización de todos los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso⁸². Se trata —como afirma Comoglio de «la posibilidad de hacer admitir y recibir al juez todo medio de prueba consentido (o no excluido) por el sistema, el cual sea relevante para la demostración del hecho deducido como fundamento de las diversas pretensiones»⁸³. Con parecido criterio, la Corte Suprema en la Cas. n.º 1222-05 Arequipa, entiende que es «el derecho de todo sujeto procesal legitimado para intervenir en la actividad probatoria a que se admitan, actúen y valoren debidamente los medios probatorios aportados al proceso para acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa, posición asumida siguiendo los avances de la doctrina procesal de la época»⁸⁴.

1.3.2. Contenido constitucionalmente protegido

La doctrina constitucional sostiene que todo derecho fundamental tiene un contenido esencial constitucionalmente protegido⁸⁵, de igual modo el derecho a la prueba también lo tiene, el cual está integrado por sus elementos o derechos definitorios⁸⁶. Abel Lluch considera los siguientes: i) derecho a la proposición de los medios de pruebas; ii) derecho a la admisión de las pruebas propuestas, o en su caso una inadmisión motivada; iii) derecho a la práctica de la prueba admitida; y iv) derecho a la valoración de la prueba practicada⁸⁷. Bustamante Alarcón menciona los siguientes: i) el derecho a ofrecer los medios probatorios destinados a acreditar la existencia o inexistencia de los hechos que son objeto concreto de prueba; ii) el derecho a que se admitan los medios probatorios así ofrecidos; iii) el derecho a que se actúen adecuadamente los medios probatorios admitidos y los que han sido incorporados de oficio por el juzgador; iv) el derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba a través de la actuación anticipada y adecuada de los medios probatorios; y, v) el derecho a que se valoren en forma adecuada y motivada los medios de prueba que han sido actuados y que han ingresado al proceso o procedimiento⁸⁸.

La Corte Suprema en la Cas. n.º 2340-05, Camaná, del 17 de mayo de 2006, ha precisado que:

el derecho de prueba es un elemento del debido proceso y comprende cinco derechos específicos: a) el derecho de ofrecer las pruebas en la etapa correspondiente, salvo las excepciones legales; b) el derecho a que se admitan las pruebas pertinentes ofrecidas en la oportunidad de ley; c) el derecho a que se actúen los medios probatorios de las partes admitidos oportunamente; d) el derecho a impugnar (oponerse o tachar) las pruebas de la parte contraria y controlar la actuación regular de estas; y, e) el derecho a una valoración conjunta y razonada de las pruebas actuadas, esto es, conforme a las reglas de la sana crítica⁸⁹.

De todo esto, se puede colegir que el contenido esencial del derecho a probar está compuesto por los siguientes derechos: derecho a la utilización u ofrecimiento de todos los medios de prueba que sean relevantes, derecho a su admisión por parte del juzgador, derecho a la práctica o actuación de la prueba admitida y su debida valoración. En relación con el derecho al aseguramiento de los medios de prueba⁹⁰, por no tener mayor aceptación en la doctrina y en la jurisprudencia no será materia de análisis en la presente decisión.

Aunque debemos precisar como un elemento adicional del contenido constitucional de este derecho implícito de naturaleza procesal: el derecho al contradictorio, respecto del cual haremos un desarrollo más adelante. No solo se tiene derecho a ofrecer, admitir, actuar y valorar los medios de prueba, sino a ejercitar el contradictorio en el ejercicio de este derecho constitucional.

1.3.2.1. Derecho de ofrecimiento

Es el primer elemento del derecho a la prueba y se refiere a la posibilidad de que el justiciable ofrezca todas las pruebas de que dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión⁹¹. Al respecto, Abel

Lluch manifiesta que en virtud de tal, «cada parte tiene derecho a proponer los medios de prueba que estime idóneos para acreditar sus pretensiones»⁹². A su turno, Taruffo afirma que:

[las] partes tengan el derecho a probar un hecho significa que tienen la facultad de presentar todos los medios de prueba relevantes y admisibles para apoyar su versión de los hechos en litigio. Para la parte que alega un hecho, esto significa que debe tener la posibilidad de presentar todas las pruebas positivas con las que cuente; para la parte contraria, supone que debe tener la oportunidad de presentar todas las pruebas contrarias o negativas de que disponga en relación con esos derechos (p. 56)⁹³.

De esta manera, el Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente n.º 0010-2002-AI/TC (en adelante toda sentencia del Tribunal Constitucional será con la abreviatura STC) ha precisado que «el derecho a la prueba forma parte de manera implícita del derecho a la tutela procesal efectiva, ello en la medida que los justiciables se encuentran facultados para poder presentar todos los medios probatorios pertinentes, a fin de que puedan crear en el órgano jurisdiccional la convicción necesaria de que sus argumentos planteados son correctos».

Si bien es cierto que los justiciables pueden presentar los medios de prueba que estimen necesarios, pero no de forma ilimitada sustentada en su simple arbitrio; para no generar complicaciones en el funcionamiento del proceso, estas deben estar sujetas a algunas restricciones⁹⁴, como

⁸² PICÓ I JUNJOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1996, pp. 18-19.

⁸³ COMOGGIO, Luigi. «Giurisdizione e processo nell quadro delle garanzie costituzionali». En: *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 4/1994, p. 1075.

⁸⁴ Cas. n.º 1222-05, Arequipa, f. j. 2, publicada en el *Diario Oficial El Peruano*, el 2 de octubre de 2006. Concepto que también es utilizado, por ejemplo, en la Cas. n.º 3514-2006, Ayacucho, f. j. 3.

⁸⁵ Cfr. HABERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1997, p. 117. STC Exp. n.º 1042-2002-AA/TC, f. j. 2.2.4.

⁸⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. «Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales». En *Jueces para la democracia*, n.º 47, 2003, p. 28.

⁸⁷ ABEL LLUCH, Xavier. «Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil», *op. cit.*, pp. 32-34. En similar criterio, Ferrer propone: i) el derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión; ii) el derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso; iii) el derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas; y, iv) la obligación de motivar las decisiones judiciales (FERRER BELTRÁN, Jordi. «Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales», *op. cit.*, pp. 27-34).

⁸⁸ BUSTAMANTE, Reynaldo. *El derecho a probar como un elemento esencial de un proceso justo*. Lima: ARA Editores, 2001, pp. 102-103.

⁸⁹ También, puede verse: Cas. n.º 2340-05, Camaná, f. j. 1; Cas. n.º 1548-06 Lima, f. j. 1; Cas. n.º 3490-06 Lima, f. j. 1; Cas. n.º 5342-06 Lima; Cas. n.º 3120-05 Lima, f. j. 1.

⁹⁰ Este derecho es entendido como a un aseguramiento de la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios. Véase STC Exp. n.º 6712-2005-HC/TC, f. j. 15.

⁹¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. «Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales», *op. cit.*, p. 28.

⁹² ABEL LLUCH, Xavier. «Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil», *op. cit.*, p. 32.

⁹³ TARUFFO, Michele. *La prueba*. Traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, p. 56.

⁹⁴ Taruffo afirma que «las partes no deben sentirse obligadas a presentar cualquier prueba que quieran, ni tampoco se les debe permitir hacerlo, porque esto ocasionaría demoras y complicaciones en el funcionamiento del proceso» (TARUFFO, Michele. *op. cit.*, p. 37). En el plano normativo, la figura de la libertad probatoria se aprecia en el artículo 191 del CPC, que establece lo siguiente: «Legalidad.- Todos los medios de prueba, así como sus sucedáneos, aunque no estén tipificados en este Código, son idóneos para lograr la finalidad prevista en el artículo 188 [...]». También lo podemos apreciar en el artículo 157 del Decreto Legislativo n.º 957 —Nuevo Código Procesal Penal—, que regula lo siguiente: «1. Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible [...]».

requisitos o reglas legales de tiempo y forma, sobre todo por pertinencia o relevancia. Los justiciables pueden utilizar los medios de prueba en la oportunidad o el momento en que las normas legales hayan razonablemente preestablecido para cada circunstancia. En el caso de nuestro sistema procesal, se ha determinado que la presentación de los medios de prueba puede efectuarse válidamente en la etapa postulatoria⁹⁵ y en situaciones excepcionales cuando la disposición procesal lo permita.

1.3.2.2. Derecho a la admisión

Se trata del derecho a que los medios de prueba utilizados por los justiciables sean debidamente admitidos al proceso, con el fin de acreditar sus versiones de los hechos. En ese sentido, se viene sosteniendo que la debida protección del derecho a la utilización de los medios de prueba, supone, al mismo tiempo, que se imponga a los jueces y tribunales el deber de admitir todas las pruebas relevantes aportadas por las partes⁹⁶. Esto significa que una vez propuestas las pruebas por las partes, debe recaer inmediatamente respecto de él una resolución de admisión (o inadmisión) sobre cada una de ellas⁹⁷. Su limitación injustificada e irracional al derecho a aportar pruebas constituye una vulneración al derecho a la prueba. Este derecho no obliga al órgano jurisdiccional o constitucional a admitir ciegamente todos y cada uno de los medios probatorios que hubieran sido ofrecidos o aportados por los justiciables al proceso. En similar sentido, Ariano Deho afirma que «el derecho a la prueba no es un derecho a que se admitan todos los medios probatorios ofrecidos por las partes, sino solo los que resulten pertinentes en relación al *thema probandum* previamente establecido»⁹⁸.

Por este motivo, el Tribunal Constitucional ha construido presupuestos para que el medio probatorio ofrecido sea admitido, tales como: pertinencia, conducencia o idoneidad, utilidad, licitud y preclusión o eventualidad⁹⁹. Por ende, si los medios de prueba son presentados u ofrecidos en el momento procesal oportuno, y son pertinentes, útiles y lícitos, el juzgador deberá ciertamente admitirlos¹⁰⁰. Sobre el particular, Taruffo afirma que «el primer problema probatorio importante es establecer qué elementos o medios de prueba deben ser admitidos e incorporados al proceso. En teoría, se podría usar cualquier medio de prueba en cualquier tipo de proceso y la determinación de qué medios serán los que apoyen la decisión sobre los hechos en disputa podría ser algo que se dejara al juzgador al momento en que emita la resolución final»¹⁰¹. Sin embargo, desde el enfoque de la admisión de pruebas establecida en la norma -puntualiza el jurista italiano-, el problema de la admisión o, en su defecto, la inadmisión, se está resolviendo considerando al principio de *relevancia*, de modo tal que resultaría inconcebible que las partes puedan pretender que se admitan pruebas irrelevantes; no obstante, lo que sí pueden procurar es cualquier medio de prueba que resulte altamente relevante, para la resolución del caso¹⁰².

Ergo, existe la obligación del juez de pronunciarse en forma expresa y taxativa sobre la admisión o rechazo (parcial o total) de uno u otro medio de prueba utilizado por las partes, a efectos de garantizar la posibilidad de un control intersubjetivo de los destinatarios de la decisión. De lo contrario, su omisión, voluntaria o involuntaria, devendría en la afectación del derecho a la prueba. Así lo considera la Corte Suprema en la Cas. n.º 3490-06, Lima, cuando detalla lo siguiente: «[...] la sentencia de vista ha sido expedida transgrediendo el debido proceso y, particularmente, los derechos de motivación suficiente y de prueba de los codemandados [...], pues no se resolvió formalmente los pedidos formulados en apelación ni tampoco se admitió o desestimó formalmente la prueba ofrecida, circunstancia que no permite alcanzar a plenitud la verdad jurídica objetiva; por lo tanto, la de la causal procesal debe ser amparada»¹⁰³.

1.3.2.3. Derecho a la actuación

Para una mejor protección del derecho en cuestión es vital que los elementos de prueba aportados por las partes —luego de ser admitidos por el juzgador— sean adecuadamente actuados¹⁰⁴. Se afectaría el derecho a la prueba cuando los medios de prueba previamente admitidos, en un caso concreto, resulten irrazonablemente y sin motivo justificable inefectados de modo radical. En este sentido, Picó i Junoy (2004) afirma que «no puede

hablarse de un efectivo y real derecho a la prueba si no incluimos en su contenido la necesidad de que se practique el medio probatorio inicialmente admitido»¹⁰⁵. No se trata de establecer si el medio de prueba propuesto es (o no) pertinente o relevante, sino si se ha practicado en la forma preestablecida y principalmente sin ocasionar o generar alguna indefensión constitucional; esto es, que se adecuen a las normas que regulan las leyes procesales¹⁰⁶.

En la mayoría de casos la vulneración del derecho a la actuación probatoria es originada por alguna actuación u omisión de parte de los órganos jurisdiccionales, por la posición que ocupa en torno al tema en cuestión. Sánchez Carrión sostiene que se pueden presentar los siguientes problemas: i) cuando a pesar de establecer claramente la norma la solución a la práctica de la prueba en un supuesto concreto, el órgano judicial adopta una decisión contraria a la práctica de dicha prueba, ocasionando indefensión constitucional; ii) cuando admitida una prueba, no se practica a causa de una inactividad de exclusiva responsabilidad del órgano judicial; iii) cuando admitida inicialmente la práctica de una prueba, el órgano judicial deniega posteriormente dicha práctica mediante una nueva resolución, bien de oficio o a causa de algún recurso de parte que le haga modificar su inicial decisión; y iv) cuando la prueba admitida se practica fuera de la sede o del plazo legalmente previsto, a causa de negligencia de los órganos judiciales, y no se delimita luego su unión a los autos o no se tiene en cuenta en la sentencia o resolución definitiva¹⁰⁷.

Un adecuado sentido de este derecho importa que las pruebas no se actúen de cualquier manera, sino que se debe expedir en estricto respeto del derecho de contradicción; de este modo, se propiciará la participación conjunta de las partes¹⁰⁸. Esto significa que el derecho a la prueba conlleva además la exigencia de asegurar o tutelar la intervención en la actuación de la prueba de la contraparte con el objeto de controvertir la validez y eficacia de los medios de prueba que las partes libremente consideren pertinente, indistintamente de que el justiciable lo haya ofrecido o presentado al proceso.

⁹⁵ En semejante parecer, la Corte Suprema, en la Cas. n.º 2284-03, Lima, f. j. 6 (publicada el 30 de setiembre de 2004) ha sostenido que «conforme al principio de eventualidad procesal en materia probatoria, los medios probatorios deben ser ofrecidos en la etapa postulatoria, tal como lo establecen los artículos ciento ochenta y nueve, cuatrocientos veinticinco inciso quinto y cuatrocientos cuarentidos inciso quinto del Código Procesal Civil, salvo las excepciones contenidas en los artículos trescientos setenticuatro, cuatrocientos veintinueve y cuatrocientos cuarenta del mismo cuerpo normativo, referidos al ofrecimiento de medios probatorios extemporáneos; con este principio se busca impedir que una de las partes, maliciosamente, omita ofrecer pruebas en la etapa procesal correspondiente, procurando una decisión judicial en su beneficio y en perjuicio de la otra parte».

⁹⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales*, op. cit., p. 28.

⁹⁷ ABEL LLUCH, Xavier. «Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil», op. cit., p. 33.

⁹⁸ ARIANO DEHO, Eugenia. «El derecho a la prueba y el Código Procesal Civil». En ARIANO DEHO, Eugenia. *Problemas del Proceso Civil*. Primera edición. Lima: Jurista Editores, 2003, pp. 182 y 183.

⁹⁹ Véase STC Exp. n.º 6712-2005-PHC/TC, f. j. 29.

¹⁰⁰ Cfr. PICÓ I JUNOY, Joan. «El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», op. cit., p. 38.

¹⁰¹ TARUFFO, Michele, op. cit., p. 37.

¹⁰² *Id.*, p. 57.

¹⁰³ Cas. n.º 3490-06, Lima, f. j. 9.

¹⁰⁴ Cfr. TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1984, p. 92, citado por ALFARO VALVERDE, Luis Genaro. «Derecho fundamental a la prueba: garantía constitucional de naturaleza procesal». En CAVANI BRAIN, Renzo I. (coord.). *Manual del Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 111.

¹⁰⁵ PICÓ I JUNOY, Joan. «El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», op. cit., p. 40.

¹⁰⁶ Cfr. SÁNCHEZ CARRIÓN, Joaquín L. «La vertiente jurídico constitucional del derecho a la prueba en el ordenamiento español». *Revista de Derecho Político*, n.º 42, 1997, p. 201.

¹⁰⁷ *Id.*, pp. 201-202.

¹⁰⁸ Cfr. FERRER BELTRÁN, Jordi. *Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales*, op. cit., p. 28.

1.3.2.4. Derecho a la valoración

La valoración de la prueba —como elemento del derecho a la prueba— constituye un conjunto de operaciones que se desarrollan en el ámbito psicológico del órgano constitucional mediante las cuales se obtiene el convencimiento acerca de los hechos alegados¹⁰⁹. Estas operaciones se han desarrollado a lo largo de la historia de dos formas distintas, bien por medio del denominado sistema de valoración legal o tasada, o bien a través del sistema de la prueba libre¹¹⁰. Guasp la entiende como el acto por el cual el juez valora o fija la eficacia de cada uno de los medios de prueba practicados, pero esta apreciación sale también fuera del procedimiento probatorio propiamente dicho, puesto que se verifica por el juez en el mismo momento en que decide finalmente el proceso, esto es, dentro de la sentencia que emite¹¹¹. Taruffo sostiene que «el reconocimiento del derecho de las partes a que sean admitidas y practicadas las pruebas relevantes para demostrar los hechos que fundamentan su pretensión, no es una garantía ilusoria y meramente ritualista, sino se asegura el efecto de la actividad probatoria, es decir, la valoración de las pruebas por parte del juez en la decisión»¹¹².

Sin embargo, la tutela de este derecho no implica el derecho a un determinado resultado probatorio, pero sí a una valoración racional de los medios de prueba previamente actuados¹¹³. Esta exigencia —a decir de Ferrer Beltrán— tiene dos elementos distintos: por un lado, se exige que las pruebas admitidas y practicadas sean tomadas en consideración a los efectos de justificar la decisión que se adopte; y, por el otro, se exige que la valoración que se haga de las pruebas sea racional¹¹⁴. Se advierte así la relación del derecho a la prueba con el derecho a la motivación de las decisiones judiciales, pues se sostiene que una correcta valoración de las pruebas se debe ver reflejada en la fundamentación o motivación que exponga la sentencia¹¹⁵.

Siguiendo este razonamiento, Picó i Junoy afirma que:

acerca de la exigencia de valorar motivadamente la prueba desarrollada en el proceso, no podemos desconocer que en la práctica judicial puede soslayarse mediante el uso torcido del denominado expediente de la apreciación conjunta de las pruebas, consistente en la declaración del órgano jurisdiccional por la que se limita a manifestar que el material probatorio ha sido valorado «en conjunto» o «conjuntamente», con omisión de la necesaria justificación racional de las causas por las que se ha concedido validez a los datos fácticos probados en el proceso, esto es, sin especificación de las fuentes y medios valorados positiva o negativamente por el legislador¹¹⁶.

1.3.3. Limitaciones al derecho a la prueba

La doctrina peruana afirma que los derechos fundamentales no son ilimitados, sino que es posible establecer restricciones a su ejercicio, siempre y cuando estas no afecten su contenido esencial. Este criterio se desarrolla en la STC n.º 7944-2005-PHC/TC donde se afirma que «ningún derecho fundamental en efecto puede considerarse ilimitado en su ejercicio y los límites que puede imponerse son de dos tipos; intrínsecos y extrínsecos. Los primeros son aquellos que se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión. Los segundos, en cambio, se deducen del ordenamiento jurídico cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales». Así, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Picó i Junoy propone los siguientes: i) los intrínsecos, o inherentes a la actividad probatoria; y ii) los extrínsecos, o debidos a los requisitos legales de proposición. Además, sostiene que dentro de los límites intrínsecos se encuentran previstos legalmente y son la pertinencia, la utilidad y la licitud¹¹⁷. En esta decisión, desde una perspectiva restrictiva de los aspectos que limiten el derecho a la prueba, los límites del derecho de la prueba son la pertinencia y la licitud¹¹⁸.

1.3.3.1. Pertinencia

Una de las principales limitaciones que afronta este derecho fundamental es la pertinencia¹¹⁹, que se presenta cuando el medio de prueba presentado u ofrecido

tiene vinculación con el objeto del proceso y con lo que constituye *thema decidendi* para el juzgador¹²⁰. De no suceder de esta manera, deviene en constitucional que la prueba pueda ser declarada impertinente y, como tal, sea rechazada por el juez. Ariano Deho comenta este límite manifestando: «está determinada por lo que se pretende acreditar con tal medio, y aquello que se pretende acreditar es el denominado “tema de prueba” (*thema probandum*), es decir, aquel conjunto de hechos concretos que constituyen en un particular proceso “objeto de prueba”»¹²¹. Siendo así, es constitucional que una prueba sea rechazada o inadmitida por considerarse impertinente. Muñoz Sabaté afirma que hay impertinencia en estos casos: i) cuando pretenda probar un hecho imposible; ii) cuando pretenda valerse de instrumentos totalmente desproporcionados para la obtención del fin; iii) cuando sea superflua, puesto que recae sobre hechos notorios, intrascendentes, hechos ya comprobados o hechos no controvertidos; iv) cuando pretenda un objetivo totalmente extraño al proceso; y v) cuando carezca de base fáctica¹²².

Los supuestos de pertinencia son fijados por el legislador, se entiende que con un criterio de racionalidad. Por ejemplo, la aplicación de ello se ve reflejada en el artículo 190 del CPC, que establece: «Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando esta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el juez». También, el juzgador de primera instancia (*a quo*) tiene la oportunidad de determinar tal situación. Sin embargo, esta labor también se puede hacer a nivel de segunda instancia (*ad quem*) al momento de realizar la revisión de los casos.

1.3.3.2. Licitud

Este límite pone énfasis en el hecho de que las pruebas deben respetar los derechos fundamentales, esto es, si mediante el ejercicio del derecho a la prueba se atenta, directa o indirectamente, contra otro derecho fundamental, la prueba utilizada puede ser considerada

¹⁰⁹ ASENCIO, José M. «La prueba en el proceso civil». En *Actos del juez y la prueba civil*. Bogotá- Caracas- Panamá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2001, p. 424.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ GUASP, Jaime. «De la prueba en general». En *Actos del juez y la prueba civil*. Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana.- Caracas/Panamá, 2001, p. 558.

¹¹² TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*, op. cit., p.29.

¹¹³ Cfr. FERRER BELTRÁN, Jordi. «Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales», op. cit., p. 28.

¹¹⁴ *Id.*, p. 29.

¹¹⁵ La Corte Suprema en la Cas. n.º 210-03, Lima, en la parte final del f. j. 5, ha sostenido que «el derecho de prueba no solo comprende derechos sobre la propia prueba, sino además contra la prueba de la otra parte, y aún la actuada de oficio; asimismo comprende el derecho a obtener del órgano jurisdiccional una motivación adecuada y suficiente de su decisión, sobre la base de una valoración conjunta y razonada de la prueba actuada».

¹¹⁶ PICÓ I JUNOY, Joan. «El derecho a la prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», op. cit., p. 43. En el sistema procesal civil peruano, se habla de una valoración conjunta de los medios de prueba, tal como lo describe el artículo 197 del CPC: «Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión». Empero, en muchos casos, este dispositivo legal es utilizado para realizar incorrectamente motivaciones aparentes o genéricas, que atentan directamente contra el derecho a la prueba.

¹¹⁷ PICÓ I JUNOY, Joan. «El derecho a la prueba en una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», op. cit., p. 44.

¹¹⁸ Es del mismo criterio, en la doctrina nacional, la jurista Ariano Deho, quien manifiesta: «Pertinencia y licitud. He aquí los únicos límites que se pueden poner a la admisibilidad de los medios probatorios ofrecidos por las partes como f. j. de sus afirmaciones fácticas. ARIANO, Eugenia. «El derecho a la prueba y el Código Procesal Civil», op. cit., p. 184.

¹¹⁹ Cfr. TARUFFO, Michele: *La prueba de los hechos*, Trotta, Milano, 2002, pp. 364 ss.; FERRER BELTRÁN, Jordi. «Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales», op. cit., p. 28 y ss.

¹²⁰ Cfr. PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*, p. 146.

¹²¹ ARIANO DEHO, Eugenia. «El derecho a la prueba y el Código Procesal Civil», op. cit., p. 182.

¹²² MUÑOZ, Luis. *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*. Segunda edición. Barcelona: Praxis, 1983, pp. 75 y ss.

como prueba ilícita, y por lo tanto también ser pasible de restricción y exclusión del proceso. Del mismo modo, Picó i Junoy sostiene que «otro límite del derecho a la prueba lo constituye la licitud de la prueba» y lo describe indicando que «existe tal licitud cuando la prueba ha sido obtenida o practicada sin infracción de los derechos fundamentales»¹²³.

El ordenamiento peruano en el apartado «h» del inciso 24 del artículo 22 de la Constitución prescribe el derecho a que se establezca la invalidez de las declaraciones obtenidas mediante el uso de la violencia en sentido lato. Esta facultad tiene como finalidad enervar el valor jurídico de aquellas revelaciones o exposiciones alcanzadas mediante cualesquiera de las formas de agresión anteriormente señaladas¹²⁴. Este límite se puede presentar en diversos contextos, procesos jurisdiccionales ordinarios u constitucionales. En efecto, si bien la dogmática procesal penal ha sido la que más ha profundizado y explorado este tema, no es menos cierto que tal problemática se extiende también en forma objetiva a otras disciplinas procesales, incluso las de tipo procesal civil¹²⁵. Sobre el particular, Picó i Junoy ha señalado que «si bien es cierto que la doctrina ha centrado el estudio de la misma en los procesos penal y laboral, debido sin duda alguna a los peculiares intereses que en ellos se debaten, la incidencia de la prueba ilícita en el proceso civil [...] es indiscutible y plantea numerosos problemas a los que deben darse adecuadas respuestas»¹²⁶.

§ 2. Estudio teórico y normativo de la prueba de oficio

2.1. Justificación constitucional

En el plano normativo se puede observar que todos los textos procesales vigentes del ordenamiento jurídico peruano (también en el derecho comparado del *civil law* y *common law*¹²⁷) reconocen expresamente ciertos poderes probatorios al juez (en mayor o menor amplitud); desde los poderes para calificar la admisión de las pruebas aportadas por las partes hasta la iniciativa probatoria *ex officio* que es materia del presente caso. Empero, esta normalización positiva no parece ser suficiente para quienes ponen en cuestión su legitimación jurídica en nuestro sistema jurídico. Por esta razón, es necesario una justificación fundamentalmente de tipo constitucional. Lo que significa que la relevancia del análisis de la institución de la prueba de oficio rebasa los límites de la mera legalidad e introduce sus raíces en el ámbito constitucional. En efecto, en esta sección se pretende esclarecer si la atribución de estos poderes probatorios es compatible (o no) con un Estado constitucional; en otras palabras, se busca determinar si cuando el juez asume una posición activa en la iniciativa de aportación de un nuevo elemento de prueba —en cumplimiento de su función directiva del proceso— no está infringiendo alguna norma o principio reconocido en la Constitución.

2.1.1. Estado constitucional y dirección del proceso

Con la existencia de los Estados modernos, el ejercicio de la función jurisdiccional asume vital importancia para la determinación y tutela de los múltiples derechos materiales o situaciones jurídicas sustantivas en general, es decir, se pone de relieve la necesidad de una correcta y adecuada aplicación de las normas al caso concreto a través del proceso¹²⁸. En el cumplimiento de esta función de dirección del proceso paulatinamente se han presentado diversos modelos de administración de justicia, que en síntesis se podría resumir en dos sistemas, que la doctrina procesal suele denominar: dispositivo y publicista¹²⁹. En efecto, es posible afirmar que el ejemplo de proyección de la idea individualista que subyace en el primer sistema se puede encontrar en los textos procesales que siguieron de modelo al texto procesal luego de la Revolución francesa hasta la primera parte del siglo XIX. Situación que se ve reflejada en lo que algunos teóricos del proceso denominan principio dispositivo, a fin de poner en relieve las facultades de las partes o justiciables en general para el inicio, impulso y culminación del proceso civil.

Como secuela de ello se ponen de manifiesto, por ejemplo, los siguientes rasgos: *nemo iure sine actore*, el mismo que da cuenta de que el juzgador no puede iniciar de oficio; *quod non est in actis non est in mundo*¹³⁰, que significa que los jueces no pueden considerar pruebas

que no hayan sido presentadas por las partes; *secundum allegata et probata*, en virtud del cual la decisión judicial final debe ser el resultado de lo alegado y probado; y finalmente *en eat ultra petita partium*, que representa que el juez no puede condenar a más ni a otra cosa que lo pedido en la demanda. Empero, con la evolución del pensamiento jurídico constitucional, la ideología individualista que estaba detrás de tal principio fue expuesta a fuertes críticas que llevaron a su imposterable revisión¹³¹. Es así que desde la segunda mitad del siglo XIX surgió en gran parte del derecho continental la tendencia en favor de una publicización del proceso, con la pretensión de hacer frente a la exagerada influencia del liberalismo frente a los problemas de igualdad material entre los ciudadanos que se presentaban a los tribunales de justicia en busca de la tutela de sus derechos sustantivos.

La idea principal que subyace es poner en evidencia que a pesar de que en los procesos se debaten derechos materiales (privados) reconocibles a las justiciables, esto no podría justificar de modo alguno que la determinación o el resultado del proceso pueda establecerse de manera igualitaria y lo más justa posible¹³². Lo que sigue de ello fue un cambio de pensamiento en el modo de comprender la dirección, proceso y sobre todo la necesidad de replantear el rol pasivo que venían desempeñando los jueces orientándolo a asumir una función más activa hasta convertirse también en un protagonista del proceso en aras de la naturaleza pública del proceso judicial.

¹²³ PICO I JUNOY, Joan, *op. cit.*, p. 147.

¹²⁴ Véase la STC Exp. n.º 2333-2004-HC/TC, f. j. 2.5.

¹²⁵ El modelo procesal civil peruano al referirse a los medios de prueba obtenidos con afectación de otros derechos, los sanciona con su ineficacia. Así, se puede apreciar en el artículo 199 del CPC, que se señala lo siguiente: «Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por simulación, dolo, intimidación, violencia o soborno».

¹²⁶ PICO I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*, p. 284.

¹²⁷ Por ejemplo, en Francia el Código Procesal Civil vigente establece en su artículo 10 lo siguiente: «El Juez tiene la autoridad de ordenar de oficio todos los medios de instrucción legalmente admisibles». Conviene precisar que en la actualidad distinguir con claridad entre las tradiciones del *civil* y *common law* es cada vez más cuestionable (VAN RHEE, R. «Tradiciones Europeas en el Procedimiento Civil: Una introducción». *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 15, 2011, p. 18); pero no se puede negar que todavía mantiene buena parte de su virtualidad como para referirse a las fuentes de producción normativa o valor de la jurisprudencia (GASCÓN INCHAUSTI, F. «Características de los grandes sistemas de investigación penal del Derecho comparado». *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 4, 2011, p. 6).

¹²⁸ Desde este punto de vista, se entiende al proceso como el instrumento por el que se ejerce la función jurisdiccional, es decir, la concretización del poder del Estado (GUASP, Jaime. *Estudios jurídicos*. Madrid: Civitas, 1996, p. 282).

¹²⁹ Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de la prueba judicial*. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 49.

¹³⁰ Alsina reconoce al sistema dispositivo los siguientes rasgos: (i) el juez no puede iniciar de oficio (*nemo iure sine actore*); (ii) el juez no puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportados por las partes (*quod non est in actis non est in mundo*); (iii) el juez debe tener por ciertos los hechos en que las partes estén de acuerdo (*ubi partis sunt conoerdes nihil ab iudicem*); (iv) la sentencia debe ser de acuerdo con lo alegado y probado (*secundum allegata et probata*); (v) el juez no puede condenar a más ni a otra cosa que la pedida en la demanda (*en eat ultra petita partium*). (ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Tomo I. Segunda edición. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 105).

¹³¹ Según Taruffo, la orientación en los ordenamientos del *civil law* hasta finales del siglo XIX, era que el juez debía asumir un rol pasivo en la dirección del proceso, dado que eran las partes las que debían iniciar, impulsar y tramitar las principales actuaciones judiciales como la carga de aportar pruebas pertinentes para la concesión de sus pretensiones; limitando al juez a únicamente decidir el caso sobre las pruebas ofrecidas por los justiciables. (TARUFFO, Michele. *La prueba*, *op. cit.*, pp. 109-112).

¹³² Como sucedió en Europa con las reformas procesales de la primera mitad del siglo XX, en oposición a la clásica idea individualista del proceso de marcada ascendencia liberal, centrada en los poderes de las partes (GUASP, Jaime, *op. cit.*, p. 281). Sobre la evolución de los sistemas procesales contemporáneos puede verse TROCKER, N., «Il processo civile in prospettiva comparatistica: recenti tendenze evolutive». En *Rassena forense*, Vol. 39, fascicolo 3, 2006, pp. 1482-1484, citado por ALFARO VALVERDE, Luis. «Justificación epistémica de los poderes probatorios del juez». En *Revista Judicial del Santa*, n.º 3, 2019, p. 162.

En la actualidad no existe en puridad ordenamientos normativos procesales en los que se asuma de manera unívoca algunos de los sistemas mencionados, lo que en realidad se puede observar es una inclinación hacia modelos que asuman razonablemente caracteres o criterios de ambos modelos de proceso, fenómeno que se ha convenido en denominar modelos mixtos. De hecho, un modelo en que el Estado/juez

—sin afectar los derechos materiales de las partes— esté dispuesto a asumir un rol más activo en la dirección del proceso¹³³, que tienda a armonizar —y respetar— las garantías (o derechos fundamentales procesales) de las partes y el reconocimiento de las pruebas de oficio, que coadyuve a una correcta y verdadera reconstrucción de los hechos¹³⁴. Esto supone que el juez asume un protagonismo en una de las funciones que se le reconoce al proceso. Precisamente, el Tribunal Constitucional conociendo de la proyección de la dirección del proceso en los poderes probatorios del juez ha manifestado que «los medios probatorios de oficio son aquellos ordenados por el juez dentro de su facultad como director del proceso cuando los medios ofrecidos por las partes no son suficientes para crear convicción en él»¹³⁵. Pero no se podría afirmar que exista una tendencia únicamente en favor de aumentar los poderes del juez, menos que suponga necesariamente una reducción en las facultades probatorias de las partes por una protección de la actividad oficial del juez¹³⁶. Lo que se propugna es el punto de equilibrio entre los poderes de las partes y las potestades atribuidas al juez en el contexto del proceso, lo que abona en favor de la superación del clásico debate sobre la conveniencia o no de atribución de poderes al juez¹³⁷.

2.1.2. Constitucionalidad del rol activo del juez

De este modo, se propugna un modelo de proceso híbrido que busque un equilibrio entre la acostumbrada iniciativa probatoria atribuible a las partes y los poderes probatorios del juez, en aras de la obtención de una adecuada decisión judicial. Por ello, es responsabilidad del Estado —manifestado en la persona del juez—, quien debe ser el principal garante de que en toda decisión judicial se respete el derecho fundamental procesal del debido proceso. Desde esta perspectiva, la orientación constitucional no se compromete necesariamente por la superación o supresión total del principio dispositivo; sino que en el marco de un Estado constitucional —configurado por el establecimiento y constitución de un orden inspirado en la justicia— demanda de una mayor actividad del detentador y titular de la función jurisdiccional (juez) que trascienda las formas jurídicas y pueda conocer la realidad que preexiste, debiendo asumir su compromiso como funcionario activo y garante de las diversas situaciones jurídicas sustantivas de ventajas.

Acorde a este mismo razonamiento Prieto Sanchis sostiene que el Estado constitucional parece reclamar una nueva teoría del derecho, una nueva explicación que se aleja de los esquemas del llamado positivismo teórico. El constitucionalismo requiere una nueva teoría de las fuentes alejada del legalismo, una nueva teoría de la norma que dé entrada al problema de los principios, y una reforzada teoría de la interpretación, ni puramente mecanicista ni puramente discrecional¹³⁸. Ergo, el juez es el llamado a asumir las medidas que coadyuven a la emisión de una decisión justa. Como consecuencia de esto, el Estado, en su rol de administrar justicia, ha dotado a los jueces de diversos poderes con la finalidad garantizar a todo ciudadano el respeto del debido proceso. En concordancia con este propósito, el juez de los hechos tiene la potestad de disponer aquellos elementos de prueba que estime pertinentes y relevantes para una más certera reconstrucción de los hechos del caso materia de la decisión final que se oriente a la búsqueda de la verdad. De esto se puede desprender la exigencia constitucional del Estado en favor de la idea de justicia material, que requiere un mayor compromiso del juez tanto por la tutela de los derechos materiales cuanto por la búsqueda de la verdad.

Así, respecto de la finalidad de tutelar los derechos sustantivos de los ciudadanos, la idea básica es que desarrolle su rol en pro de sus derechos subjetivos¹³⁹, que de cierto modo permita una nueva revisión y superación de las reglas formales que establecen los mecanismos o instrumentos para procurar su efectividad, como principal rasgo de la tutela jurisdiccional que nos brinda el Estado¹⁴⁰.

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

2.1.3. Verdad y prueba de oficio

Efectivamente, la Constitución garantiza a todo ciudadano el derecho de acceso al sistema de justicia (como contenido implícito de la tutela jurisdiccional efectiva prevista en el artículo 139, inciso 3¹⁴¹), lo que demuestra palmariamente que la realización de la justicia es una de las funciones fundamentales para el Estado, sobre todo si se precia de ser constitucional. Es en este contexto que el valor de verdad asume gran importancia en la resolución de las controversias intersubjetivas, pues como se sabe una sentencia que esté fundada en la determinación errada de los hechos difícilmente podría catalogarse como justa. Posición que comparte Parra Quijano, quien sostiene que el ejercicio de la facultad probatoria del juez es pertinente para lograr un buen análisis del acervo probatorio que conduzca a la verdad del proceso, que se sumerge tanto en su experiencia como en su conocimiento¹⁴². De esta manera, se colige que la verdad en el proceso es la condición necesaria (aunque no suficiente) de la justicia. Hecho que es de alta relevancia en la Constitución que legitima el mismo Estado, debiendo orientar su actividad hacia la búsqueda de la verdad y de esta manera lograr la justicia.

¹³³ En la jurisprudencia constitucional también se estila hablar del principio de dirección judicial del proceso que se “delega en la figura de juez constitucional el poder-deber de controlar razonablemente la actividad de las partes, promoviendo la consecución de los fines del proceso de manera eficaz y pronta” (Res. n.º 1030-2007-PHC/TC Piura, f.j. 7).

¹³⁴ En este mismo criterio, Trocker afirma no se puede ceder a la falacia argumentativa de que la atribución de los poderes del juez implica una proporcional disminución a las posiciones procesales de las partes. (TROCKER, N. «Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa». En SCARSELLI, Giuliano. *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile. Quaderni de «Il giusto processo civile»*, Vol. 4, luglio. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, p. 169), citado por ALFARO VALVERDE, Luis. «Justificación epistémica de los poderes probatorios del juez», *op. cit.*, p. 163.

¹³⁵ STC n.º Exp. n.º 01293-2011-PA/TC LIMA, f. j. 12.

¹³⁶ RADBRUCH, G. *Introducción a la ciencia jurídica*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1930, p. 188.

¹³⁷ FABIANI, Ernesto. *I poteri istruttori del giudice civile. I. Contributo al chiarimento del dibattito*. Univ. degli Studi del Sannio. Sezione giuridico – sociale, Vol. 55., agosto. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p. 734.

El autor precisa que la escena peligrosa no es la coexistencia de los poderes del juez, sino la coexistencia entre poderes del juez no limitados y poderes de las partes fuertemente circunscrito a un sistema de preclusiones rígidas, citado por ALFARO VALVERDE, Luis. «Justificación epistémica de los poderes probatorios del juez», *op. cit.*, p. 163.

¹³⁸ PRIETO SANCHIS, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra Editores, 2002, p. 120.

¹³⁹ Ferrajoli considera que *derecho subjetivo* es cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas. (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta S. A., 1999, p. 37)

¹⁴⁰ Para Chamorro Bernal la efectividad de la tutela jurisdiccional constituye el rasgo elemental de este derecho constitucional, de tal manera que una tutela que no fuera efectiva, por definición, no sería tutela. (CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*, Barcelona: Bosh, 1994, p. 276).
¹⁴¹ Cfr. STC 2763-2002-AA/TC.

¹⁴² PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de derecho probatorio*. Decimosexta edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional LTDA., 2007, pp. 197 y ss.

No obstante, esta relación (verdad-justicia) es muy discutida en la doctrina procesal y en la filosofía del derecho¹⁴³. Hay quienes sostienen que en el proceso no puede hablarse necesariamente de verdad, a lo mucho puede ser algo contingente, dado que puede lograrse o no mediante el proceso; otros afirman que la verdad se presenta en un contexto distinto al proceso, por lo que para lograr la justicia es necesario que el juez deba reconstruirla¹⁴⁴. También se ha dicho que el sentido de verdad que se puede aseverar en el proceso es relativo, por tanto, la función de la prueba no es la búsqueda de lo acaecido sino el convencimiento del juzgador. Al respecto, Taruffo precisa que «en rigor, no es verdad que haya una incompatibilidad entre el proceso como solución de conflictos y la búsqueda de la verdad de los hechos, ya que se podría razonablemente decir que un buen criterio para resolver los conflictos es el de fundamentar la solución sobre una determinación verdadera de los hechos que están en la base de la controversia»¹⁴⁵.

De esta manera, conforme a las posiciones antes anotadas, si bien parece dificultoso establecer un acuerdo sobre qué se puede entender por verdad en el contexto, no se puede desconocer que se trata de un fin (como un ideal regulativo) que el proceso tienda a aproximarse a la verdad. Por ello, la posición más compatible con los cánones constitucionales es aquella que sostiene que solo puede realizarse la justicia material, cuya búsqueda hace parte de la esencia del Estado constitucional, cuando el proceso se dirige a encontrar la verdad¹⁴⁶. De esto se desprende la estrecha relación entre modelo (mixto) de proceso y la correcta determinación de los hechos guiados por el valor de verdad como elemento relevante en la preocupación contemporánea del Estado constitucional.

Pero el ejercicio de la prueba de oficio en el proceso no se legitima únicamente porque el juzgador personifica la función jurisdiccional del Estado, sino sobre todo por una genuina preocupación por la calidad del resultado, es decir, por la justicia de la decisión final. Esta concepción no puede ser ajena al concepto de verdad, ya que no puede concebirse que un juez emita una sentencia sustentada en hechos falsos; de lo contrario, bien podría catalogarse como el típico caso de una sentencia injusta. Lo que significa que la búsqueda de la verdad sería el fin esencial del proceso (con esta afirmación no excluye otros propósitos que pueda cumplir) y sobre todo una condición necesaria (aunque no suficiente) de la justicia de la decisión¹⁴⁷. Por tanto, el sentido y función de la prueba de oficio se encuentra relacionado con la teoría de la decisión judicial justa que presupone que los hechos de la causa sean establecidos por el juez de modo verdadero¹⁴⁸. De hecho, la administración de justicia sería imposible sin la prueba, ya que su ausencia supondría, entre otras cosas, que los derechos subjetivos de los ciudadanos estarían expuestos a su afectación, de modo tal que el Estado no podría cumplir su función jurisdiccional para mantener la armonía social¹⁴⁹.

En resumen, el proceso bien entendido es una actividad del Estado constitucional, de manera que el juez como el sujeto que lo personifica en el proceso tiene la responsabilidad de garantizar a los ciudadanos un adecuado y eficiente desenvolvimiento del *iter* procedimental, pero sobre todo debe estar comprometido en asegurar la justicia de la decisión final¹⁵⁰. De esta manera queda demostrado que la conveniencia de conceder al juez poderes para la recolección y presentación de pruebas, se justifica en el compromiso y responsabilidad que tiene el Estado (y la Constitución) en la calidad del resultado final de su función jurisdiccional y la búsqueda de la verdad de los hechos del caso, que —como se ha puesto de relieve— se materializa en una decisión judicial justa.

2.2. Examen teórico y filosófico del problema

Habiéndose demostrado la justificación constitucional de la prueba de oficio, corresponde ahora analizar los fundamentos teóricos que nos permitan tener una mejor comprensión del fenómeno. Antes de ello, conviene advertir que los teóricos que examinan el fenómeno probatorio en general han tenido mayor atención en los problemas derivados de aquellas disposiciones normativas que regulan dicho poder probatorio. De hecho, no se puede negar que la formulación del enunciado legal (artículo 194 CPC) no es técnicamente muy precisa (como se va a evidenciar en las siguientes secciones); empero, no se puede incurrir en la creencia de que con ello se culmina

su estudio, que no hay nada más que revisar; pues de ser así estaríamos incurriendo en una *falacia normativista*¹⁵¹. Máxime si en la actualidad el estudio de la prueba se presenta como un ámbito multidisciplinario (*Evidence as a multi-disciplinary subject*)¹⁵². Similar situación se puede observar en la doctrina procesal, que trabaja sobre las cuestiones relacionadas con el estudio de la prueba de oficio.

Por esta razón, antes de analizar los problemas de tipo normativo y jurisprudencial que presenta la prueba de oficio, se hace necesario que nos detengamos a examinar los fundamentos teóricos y las concepciones filosóficas que están detrás de la prueba de oficio. Con esta finalidad se revisará, en primer orden, el problema de tipo metodológico o de aproximación del proceso; para ello es necesario que se revisen las diversas orientaciones ideológicas que subyacen a las pruebas de oficio y determinan su orientación. Pero esto no parece ser suficiente, sino que es necesario que se revise —o al menos se ponga en discusión— el discurso de los sistemas procesales adversarial (acusatorio) e inquisitivo, como una

¹⁴³ Por ejemplo, Ferrajoli es de la idea que «si una justicia penal completamente “con verdad” constituye una utopía, una justicia penal completamente “sin verdad” equivale a un sistema de arbitrariedad»: además añade que «las garantías legales y procesales, además de garantías de libertad, son también garantías de verdad» (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 45.)

¹⁴⁴ Cfr. LORCA NAVARRETE, Antonio. *Derecho Procesal Penal*. Segunda edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1986, pp. 203-ss.

¹⁴⁵ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 39.

¹⁴⁶ Incluso en nuestro sistema constitucional el Tribunal Constitucional lo ha reconocido como un derecho fundamental: derecho a la verdad, que, a pesar de no contar con un reconocimiento expreso en la Constitución, se ha establecido que es un derecho plenamente protegido, derivado en primer lugar de la obligación estatal de proteger los derechos fundamentales y de la tutela jurisdiccional (STC n.º 2488-2002-HC/TC Piura, Caso Villegas Namuche, f. j. 13).

¹⁴⁷ TARUFFO, Michele. *Teoría de la prueba*. ARA Editores, Lima, 2012, p. 164. Esta posición ideológica sostiene que la finalidad del proceso es la solución de disputas mediante decisiones justas, por ello «la justicia de la decisión es un factor determinante de la justicia del proceso» (TARUFFO, Michele. *La prueba*. Traducción al castellano de L. Manriquez y J. Ferrer. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 235).

¹⁴⁸ Conviene precisar que la existencia de los límites jurídicos y prácticos para la búsqueda de la verdad no puede ser razón suficiente para afirmar que la verdad en el proceso no se puede ser conseguida. Desde luego, la actividad cognoscitiva tiene parámetros de diversas naturalezas, pero no por esto se deja de decir que jamás será conocida. Por ejemplo, en los sistemas procesales existen normas que precluyen o hacen difícil el acercamiento de la verdad, pero no significa que el sistema sea inadecuado o que sea improbable que se produzca una decisión justa. Para un estudio detallado sobre la teoría de la decisión judicial justa puede verse: TARUFFO, Michele. «Idee per una teoría della decisione giusta», en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Vol. 51, n.º 2, 1997, pp. 315 y ss.; CHIARLONI, Sergio. «Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione». En *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Vol. 62, n.º 1, 2008, pp. 129 y ss.

¹⁴⁹ Devis Echandia, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, Temis, Bogotá, 2002, pp. 4-5. En este sentido considera que si el juez es parte del Poder Judicial y este, a su vez, integra, junto al Ejecutivo y el Judicial, el Estado, las posiciones sobre el nivel de intervención del juez se presenta como un reflejo del papel que corresponde al Estado en los asuntos —por lo general— privados. (BONET, J. «Prueba de oficio souer (un cóctel técnico entre verdad y garantías)». *Revista de la Maestría de Derecho Procesal*, Vol. III, n.º 1, 2009, p. 2).

¹⁵⁰ No se puede negar que la prueba de oficio tiene una gran incidencia, por un lado, con el acto final con el que se consuma la jurisdicción como autoridad pura y, por el otro, con el hecho de que el proceso debe organizarse de tal forma que se pueda procurar coincidir dicha autoridad con la justicia (FABRINI, G. «Potere del giudice (dir. proc. civ.)». En *Enciclopedia de Diritto*, Giuffrè Editore, Tomo XXXIV. Milano, 1985, p. 721). Se trata de la proyección de la antigua relación de tensión existente entre la autoridad e individuo, o mejor entre el deber del Estado y los derechos del ciudadano (RUSSEL, B. *Autoritat e individuo*. Milano: Loganesi & C, 1970, p. 50, citado por ALFARO VALVERDE, Luis. «Justificación epistémica de los poderes probatorios del juez», *op. cit.*, p. 162).

¹⁵¹ GONZALEZ LAGIER, Daniel. «Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (I)». En *Jueces para la democracia*, n.º 46, 2003, p. 17. Cfr.: FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, p. 16.

¹⁵² TWINING, William, *op. cit.*, pp. 436-456.

forma usual de plantear el problema. La idea es verificar el suficiente rendimiento explicativo que puede tener (o no) esta manera de comprender la prueba de oficio. Como derivación de ello, se revisará el discurso del garantismo y eficientismo, que en la doctrina procesal se encuentra muy presente cuando se habla de los poderes probatorios en estudio. Finalmente, se ubicará al tema en cuestión en un contexto diferente al típicamente mencionado, esto es, en el contexto de los modelos y la función que puede cumplir el proceso.

2.2.1. Orientaciones ideológicas sobre la prueba de oficio

Tal como se ha manifestado anteriormente, existe un descuido de la doctrina jurídica procesal al momento de analizar las pruebas de oficio, en el sentido de que no es usual que se revisen los fundamentos teóricos o ideológicos que subyacen. Empero, es posible advertir —aunque en menor proporción— que existen algunos intentos por revelar las concepciones teóricas subyacentes. Siendo así, el propósito de esta sección es examinar la metodología o estrategia teórica que algunos teóricos utilizan para aproximarse al estudio de las pruebas de oficio, que no sea únicamente un análisis normativo. Al respecto, es posible evidenciar que existen diversos modos de acercarse a su estudio, cada uno con más controvertidos que otros; no obstante, es suficiente con analizar dos de las posiciones que son más utilizadas: a) la concepción publicista y privatista del proceso y b) el modelo adversarial e inquisitorial de proceso.

2.2.1.1. Concepción «publicística» y «privatística»

Esta posición parte de la idea de la existencia de las concepciones llamadas «publicista» y «privatista» del proceso, asumiendo categóricamente que los mencionados poderes probatorios del juez son el reflejo o manifestación exclusiva de la primera postura. Sin embargo, como se sabe, si bien el derecho material en controversia les corresponde a los ciudadanos, de ello no se sigue necesariamente que el instrumento que se utiliza para su protección (proceso) sea también cosa de partes (*sache der parteien*); es decir, que los justiciables determinen la conducción del proceso. En realidad, estamos frente a una forma estatal (pública) de resolución de controversias, siendo el juez el encargado de dirigir el avance y la ejecución del proceso. Esto no significa que el Estado/juez tenga la disposición de las situaciones jurídicas sustantivas en debate de las partes.

Con este mismo razonamiento, Trocker sostiene que no tiene sentido insistir sobre las categorías como «privado» y «público», para identificar salidas al problema probatorio específico y en general del proceso, ya que no son más portadores de efectivos valores y adecuados instrumentos de solución de problemas que están llamados a enfrentarse¹⁵³. En efecto, Taruffo también es crítico al sostener que, si únicamente se entendiera al proceso civil como un método «privado» de solución de las controversias, podría preferirse siempre un modelo de proceso inspirado en la ideología legal-racional de la justicia a una ideología según la cual el libre enfrentamiento entre privados fuese el único criterio aceptable para la resolución de los conflictos¹⁵⁴.

En definitiva, el proceso es en rigor un instrumento de tutela de las situaciones jurídicas sustantivas privadas (esto es indiscutible sobre todo en los procesos no penales); pero a la vez se trata de un medio por el que se desarrolla la función jurisdiccional del Estado. Comparte esta idea Cappelletti, para quien el derecho procesal (y el proceso) es de derecho público porque es un instrumento de tutela de derecho privado, pero también representa al mismo tiempo una función pública del Estado, siendo este el interesado en un ordenado, rápido, orgánico e imparcial ejercicio de aquellas funciones¹⁵⁵. Siendo así, el uso de esta concepción del proceso para explicar y justificar las pruebas de oficio es incorrecto, motivo por el cual en la literatura procesal contemporánea ya no es frecuente que los autores apelen a este método de aproximación.

2.2.1.2. Sistema «adversarial» e «inquisitorial»

Aunque con algunos caracteres comunes al anterior, están quienes parten el análisis de las pruebas de oficio tomando en consideración de la contraposición de los

sistemas adversarial e inquisitorial. Pero vale la pena precisar que, desde el punto de vista terminológico, estos modelos también son presentados en los procesos no penales, en algunas ocasiones como sistema privatístico/dispositivo¹⁵⁶ y en otras como sistema publicístico/inquisitivo. A su vez, en el contexto del proceso penal es más común observar que se utilicen las fórmulas: sistema acusatorio/adversarial y sistema inquisitorial. Cualquiera sea el proceso que se examine, parece ser un lugar común que cuando se habla de pruebas de oficio se las ubica irreflexivamente en el sistema inquisitorial o inquisitivo.

Una de las cuestiones que han recibido estos modelos —como afirma Taruffo— es que, desde el punto de vista histórico, en los sistemas de enjuiciamiento civil nunca ha existido un sistema o modelo que pueda caracterizarse categóricamente como inquisitivo¹⁵⁷. De modo que, siguiendo a Damaška, bien podría sostenerse que esta manera de proponer el problema ya no tiene significado y que inclusive debe abandonarse¹⁵⁸, aunque cuando se habla de proceso penal no sucede necesariamente lo mismo¹⁵⁹, por lo que el problema no estaría del todo cerrado. De hecho, Cavallone ha manifestado que la contraposición «principio dispositivo» y principio inquisitorio se encontraba en el centro de la atención de los estudios al menos por dos siglos (XIX y XX). Lo sintomático es que, a diferencia del caso anterior, el presente es donde se puede afirmar que hay mayor acuerdo entre autores que la comparten; no obstante, conviene tener cuidado, pues, como afirma Damaška, a veces se proclama el consenso respecto a puntos sobre los cuales los acuerdos no son más que logros retóricos¹⁶⁰.

Como se aprecia, es necesario que nos detengamos un momento para analizar algunos aspectos históricos de la clásica dicotomía adversarial-inquisitorial, a fin de determinar si todavía tiene la fuerza explicativa que permita comprender mejor el proceso en general y las pruebas de oficio en particular. No es exagerado reconocer que cuando se habla del sistema adversarial (o acusatorio) no todos entienden lo mismo¹⁶¹. Damaška afirma que en el siglo XII se usaba esta dicotomía para distinguir un proceso que requiera el impulso de una parte para ponerse en marcha (*processus per accusationem*), de un proceso que podía

¹⁵³ TROCKER, Nicolo, *op. cit.*, p. 176.

¹⁵⁴ TARUFFO, Michele. *La prueba*, p. 159.

¹⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro. «Principi fondamentali e tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato». En *Giurisprudenza italiana*. Torino: Editore Utet, 1968, p. 21.

¹⁵⁶ Es usual que las categorías inquisitorial y adversarial vengán precedidas de las expresiones *sistemas o modelos* sin expresar las razones de ello. Pero se sabe que *sistema* es aquel conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí que contribuyen a determinado objeto, mientras que *modelo* significa: arquetipo o punto de referencia para imitarlo o reproducirlo (DRAE: 2014). Por ello a lo mucho se puede hablar de sistemas y no tanto de modelos; sin embargo, el uso indiscriminado de estas expresiones y su falta de precisión puede ser también una de las causas que contribuyen a la confusión del problema estudiado. En el mismo sentido Gascón Inchausti explica que los modelos se diseñan identificando los elementos comunes que definen a los sistemas que se rigen por aquellos y que la inclusión de un sistema concreto a un modelo permite conocer los rasgos definitorios de aquel. No obstante, termina diciendo que hoy en día la división pervive, pero no es tan útil. (GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. «Características de los grandes sistemas de investigación penal del Derecho comparado», *op. cit.*, pp. 3-4.

¹⁵⁷ TARUFFO, Michele. *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*. Bogotá: Editorial Temis S. A., 2008, p. 10.

¹⁵⁸ DAMAŠKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 17.

¹⁵⁹ Cfr. GÓMEZ COLOMER, J. «Adversarial system, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica». En *Revista del Poder Judicial. Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal*, número extraordinario 19, 2006, pp. 25-77.

¹⁶⁰ DAMAŠKA, Mirjan, *op. cit.*, p. 10.

¹⁶¹ ILLUMINATI, G. *Compendio di procedura penale*. Padova: Cedam, 2003, p. 637, citado por BACHMAIER WINTER, Lorena. «Sistemas procesales: la hora de superar la dicotomía acusatorio-inquisitivo». En *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, n.º 24, 2009, p. 174.

iniciarse en su ausencia (*processus per inquisitionem*)¹⁶². Pero su uso para fines comparativos entre sistemas de justicia —que comúnmente se puede advertir en la literatura procesal— recién surgió durante el siglo XVIII, cuando la doctrina y las autoridades políticas en Europa continental, buscando opciones al proceso penal del Antiguo Régimen, se interesaron en el proceso penal inglés como posible modelo de reforma; usando la categoría acusatorio para aludir al proceso penal anglosajón, e inquisitivo para referirse al proceso penal del Antiguo Régimen (o de la Europa continental de ese momento). Con posterioridad, las jurisdicciones anglosajonas empezaron a utilizar la expresión adversarial de modo similar a acusatorio¹⁶³.

Como se observa, la preferencia por estas terminologías no siempre aludía a las jurisdicciones anglosajonas y continentales europeas, respectivamente. Además, se debe tener en cuenta que el contenido que en un inicio se les dio fue diverso; por ejemplo, mientras que un proceso adversarial suponía que el proceso estaba controlado por las partes, el tribunal (que era un árbitro pasivo) no procuraba obtener la confesión del acusado para probar su culpabilidad, y los casos se decidían en audiencias orales a través de jurados. El sistema inquisitivo estaba controlado por el tribunal (sujeto a su propia iniciativa), que tenía como funciones investigar y juzgar el caso, se procuraba obtener la confesión del imputado como parte de la investigación del caso, el procedimiento era escrito y secreto por jueces profesionales¹⁶⁴.

Es necesario reconocer que su significado ha mutado en el tiempo y en diferentes contextos, ya que únicamente el sentido básico de la oposición —siguiendo a Damaška— que permanece razonablemente cierto es el siguiente: mientras el primero surge a partir de una contienda: como el compromiso de dos adversarios que se hacen cargo de la acción judicial ante un juez relativamente pasivo, cuyo deber primordial es dar un veredicto; el segundo está estructurado como investigación oficial y la mayor parte de las acciones son llevadas a cabo por los funcionarios encargados de administrar justicia. Más allá de esta idea esencial, comienzan las incertidumbres¹⁶⁵. La indebida y antojadiza comprensión de los hechos históricos en relación con dicha dicotomía, se ha convertido virtualmente en una especie de sombra que con frecuencia distorsiona la realidad y no permite una buena aproximación al problema de los poderes probatorios del juez.

2.2.2. Reorientación filosófica: modelos de proceso

Se ha demostrado que el modo habitual de abordar el problema de la iniciativa probatoria en general y sobre todo las atribuidas al juez, es equívoco y no corresponde a la realidad. Se ha comprobado, igualmente, que no existe una necesaria relación entre dichos poderes y regímenes autoritarios. Los ordenamientos actuales tienden a establecer una función activa del juez en la adquisición de pruebas para la determinación de los hechos, complementaria y supletoria a la iniciativa probatoria de las partes; procurando asegurar el principio dispositivo y la garantía del contradictorio. Esta dicotomía adversarial-inquisitorial a lo mucho puede representar tendencias generales de la justicia relativas a la organización del poder y objetivos de la administración de justicia¹⁶⁶. En este punto conviene precisar que no es que hayan desaparecido las diferencias entre estos sistemas procesales, sino que se cuestiona la manera tradicional en que se ha planteado la cuestión por mucho tiempo. Es posible que esta sea la causante de que algunos todavía discutan (o rechacen) la conveniencia de la concesión de dichos poderes al juez o duden de su fundamentación ideológica¹⁶⁷.

En el contexto actual las orientaciones han cambiado de rumbo en favor de nuevos modelos que no se reducen a tal formulación. Se trata de un verdadero giro metodológico en la manera de aproximarse al análisis del problema, esto es, tomando en consideración los modelos y la función que desempeña el proceso¹⁶⁸. En efecto, para el desarrollo de la presente sección se toma en consideración la metodología inicialmente propuesta por Damaška¹⁶⁹ y los criterios y las características expuestos por Taruffo.

2.2.2.1. Resolución de controversia

Este modelo descrito por Damaška da cuenta de que la única función del proceso es resolver las controversias, poniendo fin a los conflictos entre individuos. Se deja exclusivamente a las partes la tarea de gestionar a su

voluntad la contienda procesal y la iniciativa de proposición de pruebas. El juez se encuentra en la situación de un árbitro pasivo, que cumplirá su labor de juzgar solo desde los elementos de juicio que las partes le hayan proporcionado. Además, no existe una real preocupación por la calidad de la decisión final. Este modelo se ajusta a la idea de un Estado reactivo o de *laissez faire*¹⁷⁰. El proceso es aceptado como justo en la medida en que se base en el libre juego de las partes y que sea equitativo, es decir, se funda en la idea de una justicia procedimental (*procedural justice*), dejándose de lado el éxito del proceso en el que se tiene una la idea de una justicia sustantiva (*substantive justice*)¹⁷¹.

Respecto a la prueba y la determinación de la verdad de los hechos podría prescindirse de ellos en el proceso, pues son entendidas como un objetivo imposible de alcanzar. Con estos rasgos este modelo no parece estar preocupado por procurar la calidad de la decisión final, en particular por la corrección de los hechos¹⁷². Solamente las partes pueden desarrollar papel activo y probatorio; empero, no se tiene en cuenta que la manera menos eficiente para descubrir la verdad de los hechos es limitarse exclusivamente a la gestión probatoria de las partes. Pero si es cierto que la determinación de la verdad es algo prescindible, no tendría sentido que se inicie un proceso en el que partes y el juez propongan y practiquen pruebas; pues para ello bien podrían optar por otras vías quizá más eficaces, como por ejemplo acudiendo a los medios alternativos de resolución de disputas, como la mediación o conciliación, que proponen soluciones más rápidas y eficientes que aquellas que el proceso judicial¹⁷³. El proceso y la adquisición de las pruebas — como afirma Taruffo— tendrían como único propósito hacer que cualquier decisión y su relación con los hechos, sea sencillamente aceptada por sus destinatarios¹⁷⁴. En lo que atañe a las pruebas de oficio la consecuencia es que no es necesario otorgar al juez alguna iniciativa de tipo probatorio que le permita determinar la verdad.

2.2.2.2. Correcta aplicación del derecho

Este modelo pone en el centro del problema de la administración de justicia, fundamentalmente en la calidad de la decisión, en concreto en una aplicación correcta y racionalmente justificada del derecho. Desde esta idea el proceso no se trata tanto de una contienda entre individuos, sino se orienta a la obtención de decisiones justas¹⁷⁵.

¹⁶² DAMAŠKA, Mirjan, *op. cit.*, p. 12 y ss.

¹⁶³ LANGER, M. «La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo». En *Revista de Derecho Público*, n.º 32, 2014, pp. 6-7.

¹⁶⁴ LANGER, M., *op. cit.*, p. 7.

¹⁶⁵ Damaška, Mirjan, *op. cit.*, p. 13.

¹⁶⁶ TARUFFO, Michele. *La prueba*, p. 110.

¹⁶⁷ En este sentido, De la Oliva afirma inicialmente que «la posición sobre el papel del juez y sus poderes en el proceso civil puede, sí, obedecer a posiciones ideológicas, pero cabe asimismo que nada tenga que ver con tales posiciones y no es acertado, por tanto, ni deducir posturas ideológico-políticas de lo que se defiende sobre nuestro asunto ni sostener que la opción sobre los papeles de juez y partes es consecuencia necesaria de posiciones ideológicas» (De la OLIVA SANTOS, Andrés, *op. cit.*, p. 261).

¹⁶⁸ TWINING ha calificado estos modelos como los más aptos para comparar no solo sistemas procesales, sino también la manera en que las cuestiones probatorias son examinadas en dichos sistemas (*op. cit.*, p. 322).

¹⁶⁹ En la obra: *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, de la Editorial Jurídica de Chile publicado el año 2000. Su versión original en inglés: *The Faces of Justice and State Authority: a Comparative Approach to the Legal Process*, publicada por Yale University Press en 1986. También tiene una traducción en italiano: *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, publica por Il Molino en 1991.

¹⁷⁰ DAMAŠKA, Mirjan, *op. cit.*, p. 169.

¹⁷¹ *Id.*, *op. cit.*, p. 294.

¹⁷² *Id.*, p. 212.

¹⁷³ FERRER BELTRÁN, Jordi. «Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 36, 2017, p. 91.

¹⁷⁴ TARUFFO, Michele. *La prueba*, 2008, pp. 173-176.

¹⁷⁵ Taruffo sintetiza su concepción de decisión judicial justa en la combinación de tres factores: a) la imparcialidad del procedimiento (justicia procesal); b) la interpretación y el uso correcto de las predicciones legales sustantivas que gobiernan el caso y c) la reconstrucción exacta, completa y veraz de los hechos del caso (TARUFFO, Michele, *Teoría de la prueba*, p. 302).

Uno de los presupuestos para que el proceso conduzca a decisiones jurídica y racionalmente correctas, es que esté orientado a establecer la verdad de los hechos de la causa. Ninguna decisión judicial puede considerarse legal y racionalmente correcta si se basa en una determinación errónea de los hechos a los que se refiere.

Este modelo se conecta con la idea de Damaška en su propuesta de que el proceso esté dirigido a la implementación de políticas públicas mediante la aplicación del derecho; vinculada a un tipo de Estado de tipo activista¹⁷⁶. El propósito del proceso sería la correcta aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en las leyes sustantivas, lo cual exige que las pruebas estén orientadas hacia la búsqueda de la verdad¹⁷⁷. Al juzgador le interesaría saber que quien gane el proceso deba hacerlo conforme al ordenamiento vigente y los hechos llevados a cabo en la realidad. En esencia sería el derecho el que debe ser visto como un medio para prevenir, gestionar y solucionar conflictos sociales¹⁷⁸. Ferrer afirma que, si la idea del derecho es orientar las conductas, para su cumplimiento requiere que en el proceso se apliquen dichas consecuencias jurídicas cuando se realicen los hechos condicionantes.¹⁷⁹

Respecto de la situación probatoria, desde este modelo cobra una vital importancia la verdad de la determinación de los hechos. Se trata de una comprensión no formalista del debido proceso, es decir, un proceso es justo porque está orientado a la obtención de decisiones justas. Desde este punto de vista, se favorecería la atribución de poderes al juez, normalmente están para complementar las iniciativas probatorias de las partes cuando estas sean insuficientes para la adquisición de todas las pruebas necesarias para adoptar una decisión que determine la verdad de los hechos. Es innegable que la tendencia actual de los ordenamientos procesales orientados a conceder al juez un papel activo en la adquisición de las pruebas¹⁸⁰ en donde no se renuncie a la determinación verdadera de los hechos, menos se puede pensar que ello suponga una reducción en los poderes probatorios de las partes. Aunque para ser precisos la tendencia actual estaría pensada en maximizar el derecho a la prueba, contradicción y poderes de instrucción al juez¹⁸¹.

Luego del análisis de estos modelos relativos a la función de los procesos, se puede afirmar que si bien no sería sencillo ubicar sistemas procesales que se adecuen exactamente a tales esquemas conceptuales generales; sin embargo, a diferencia de la dicotomía adversarial-inquisitorial tradicionalmente utilizada, estos serían muy útiles cuando se trata de analizar el fenómeno de los poderes probatorios en el proceso y especialmente de aquellos reconocidos al juez. Estos modelos pueden ser provechosos para fijar un marco de referencia a partir del cual se presentan polos opuestos y extremos, que incluye posiciones intermedias, que son las que representan la mayoría de los ordenamientos contemporáneos.

Entonces, queda demostrado que el modelo que más se aproxima o favorece el reconocimiento de potestades probatorias al juez es aquel cuya función del proceso (y del derecho) está centrado en la calidad de las decisiones, a partir de la implementación de políticas públicas mediante el derecho; conforme a una reconstrucción verdadera de los hechos sobre la que fundará su decisión.

2.3. Dimensión epistémica de la prueba de oficio

2.3.1. Justicia de la decisión y enfoque epistemológico

Habiéndose analizado las debilidades y fortalezas de los dos métodos o modelos ideológicos (dicotomía teórica: inquisitivo/adversativo y modelos funcionales: resolución de controversia/correcta aplicación del derecho) que a menudo se utiliza para el estudio de la prueba de oficio, está claro que el método más apropiado y correcto para entender las orientaciones que presentan los sistemas de justicia en la actualidad (y no arraigado a elementos históricos no bien explicados), es a través de los modelos funcionales del proceso. Esta es la tendencia teórica que parece ser la que viene siendo adoptada normativamente en la regulación de las distintas potestades de tipo probatorio en general y de la potestad probatoria *ex officio* en particular.

Esta preferencia metodológica para la comprensión de las pruebas de oficio, en especial por el modelo ideológico que propone que la función del proceso no se

limita únicamente a ser un instrumento de resolución de la controversia (sin comprometerse con la verdad de los hechos), sino que apuesta por una correcta aplicación del derecho (a partir de una verdadera reconstrucción de los hechos) como condición necesaria —aunque no suficiente— para hablar de una decisión judicial justa, se justifica porque presenta y ubica al tema en controversia en un adecuado contexto para su conexión con los estudios epistemológicos sobre el fenómeno probatorio. En otras palabras, nos proponemos analizar el rendimiento explicativo que viene ofreciendo la epistemología jurídica para la comprensión del proceso judicial y sobre las pruebas de oficio.

La relación entre estos dos insumos teóricos puede explicarse de la siguiente manera: la justicia de la decisión judicial a través de la búsqueda de la verdad de los hechos (y no solo de la resolución de la disputa), que muchos ordenamientos procesales reconocen como su función, se conecta con el propósito u objetivo que busca alcanzar la epistemología en general, como disciplina de la filosofía que estudia aquellas condiciones o circunstancias en que una idea o creencia pueda aceptarse como verdadera y el problema de su justificación. Es partir de la idea propuesta por Twining en relación con que el tema de la prueba es un ámbito multidisciplinario, es que los estudios procesales actuales cada vez más vienen ampliando su perspectiva y enfoque para comprender y explicar mejor las diversas instituciones del proceso y de la prueba, a partir de su vinculación con otras áreas del conocimiento jurídico y sobre todo extrajurídico. Entre las múltiples disciplinas mediante las que se puede analizar las pruebas de oficio, viene sobresaliendo el enfoque de la epistemología del derecho¹⁸² o epistemología jurídica. Esta predisposición en el uso de esta disciplina para analizar el proceso judicial ha sido identificada como la «dimensión epistémica del proceso». Más precisamente denominada por Taruffo como «modelo epistemológico» del conocimiento de los hechos sobre la base de las pruebas¹⁸³.

Por estas razones, en esta sección de la decisión se ha creído conveniente utilizar los principios y métodos generales de la epistemología jurídica para la explicación y comprensión de las pruebas de oficio. La idea es poner énfasis en tal enfoque; por ello, para una adecuada aproximación epistemológica nos proponemos analizar al menos tres categorías jurídicas que son la base del tema en cuestión: primero, la epistemología en general aplicada al derecho: la epistemología jurídica; segundo, su relación con la explicación del proceso judicial; y, tercero, evaluar la función que cumple la epistemología jurídica en el discurso de la prueba o del razonamiento probatorio. El objetivo es determinar si acaso el proceso (conforme al modelo funcional asumido en esta decisión) y la prueba pueden ser considerados como instrumentos adecuados para el descubrimiento de la verdad de las hipótesis sobre los hechos narrados por las partes. De esta manera, puede esclarecerse si esto puede incidir en la explicación y justificación de la dimensión epistémica de las pruebas de oficio, que es el tema que nos convoca en esta sección.

¹⁷⁶ DAMAŠKA, Mirjan, *op. cit.*, p. 253.

¹⁷⁷ Sobre esta idea, Ferrer afirma que implementar políticas públicas mediante el proceso presupone que las consecuencias jurídicas (a través de las que se desarrollan las políticas) se apliquen a los casos previstos por el propio derecho. Para sustentar su posición, indica que, si en los procesos se atribuye la responsabilidad civil al más fuerte y no al causante del daño, quedaría totalmente frustrada la finalidad de guiar la conducta e implementar políticas a través del derecho (FERRER BELTRÁN, Jordi. «Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso», *op. cit.*, p. 92).

¹⁷⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi, *op. cit.*, p. 91.

¹⁷⁹ *Id.*, p. 94.

¹⁸⁰ Por ejemplo, en Inglaterra es conocido el cambio de la tendencia de un juez sin muchos poderes de iniciativa propia, hacia un rol más activo, conforme a las *Civil Procedure Rules del año 1998*, concediéndole amplios poderes para la dirección del proceso.

¹⁸¹ En nuestro sistema, luego de la reforma del año 2014, el artículo 194 del CPC reconoce al juez de la potestad probatoria *ex officio* y a la par se busca asegurar el contradictorio.

¹⁸² Entre los epistemólogos y teóricos del *civil law* y *common law* estarían Twining, Anderson, Goldman, Kaack, Laudan, Taruffo, Ferrer, Lagier, Vázquez, Gascón Abellán, entre otros.

¹⁸³ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 155-156.

2.3.2. Epistemología jurídica, proceso y prueba

2.3.2.1. Importancia de la epistemología jurídica

Para una adecuada explicación epistémica de las pruebas de oficio, es imperativo comenzar por responder a la pregunta de qué es y en qué consiste la epistemología en general. Con este propósito, es posible decir que la epistemología es concebida como una sección o rama de la filosofía, en virtud de la cual se estudia aquellas circunstancias y condiciones en las que las ideas y creencias de las personas puedan ser entendidas como verdaderas y que estas puedan ser justificadas¹⁸⁴. Para una mejor explicación, conviene tener en cuenta que usualmente todas las personas (identificadas como sujetos cognoscentes) en sus quehaceres diarios desarrollan — consciente o inconscientemente— diversas actividades que bien pueden ser catalogadas como epistémicas.

La determinación como actividad epistémica se puede alcanzar no de cualquier modo o realizando cualquier acción de comunicación con otras personas, sino como resultado de procesos que sean confiables para la determinación de la verdad de lo que se afirma¹⁸⁵. Siguiendo a Laudan, la epistemología jurídica está orientada a establecer si es que los sistemas de investigación que buscan la verdad cuentan o no con un diseño apropiado que les permita generar creencias verdaderas acerca del mundo¹⁸⁶.

Se sabe que son múltiples los propósitos teóricos que desempeña la epistemología y sus aplicaciones se proyectan a distintas áreas del conocimiento jurídico y extrajurídico. Pero, si nos detenemos a revisar la doctrina contemporánea, se puede observar con facilidad que es muy habitual que muchos autores y teóricos la utilicen para el estudio de instituciones y categorías del derecho en general y especialmente en las investigaciones sobre el fenómeno probatorio y sus principales problemas. Como consecuencia de esto es que se ha dado origen a la *epistemología jurídica*¹⁸⁷. Luego, al momento de evaluar su significado o concepto existen algunos problemas, pues hay quienes cuestionan el hecho de que los principios y el método de la epistemología general sean aplicados directamente a la epistemología jurídica; principalmente por la naturaleza de las reglas probatorias, las creencias justificadas individuales y los efectos de las creencias¹⁸⁸. Empero, conforme sostiene Laudan, la epistemología jurídica es una parte de la filosofía del derecho que tiene como objetivo determinar si los diversos sistemas de investigación (que pretenden estar buscando la verdad) cuentan o no con un diseño apropiado o confiable que les permita generar creencias verdaderas acerca del mundo¹⁸⁹.

Es propicio tener presente que el uso de la epistemología para la comprensión de los problemas del derecho y la prueba permite evaluar si las leyes vigentes facilitan (o en su defecto impiden) la verdad, con el objetivo de proponer algunos cambios, ya sea para modificarlas o eliminarlas (aquellas que obstaculicen la búsqueda de la verdad¹⁹⁰). Además, del examen crítico de las reglas de algún ordenamiento específico permite establecer modelos o esquemas generales de cualquier institución que puedan eventualmente ser aplicables a cualquier sistema jurídico¹⁹¹.

2.3.2.2. El proceso como instrumento de conocimiento

Definida qué es la epistemología y el rol que cumple la epistemología jurídica, corresponde ahora evaluar el rendimiento explicativo en el estudio del fenómeno procesal. Lo que se pretende es analizar si el proceso puede ser entendido como un instrumento epistemológicamente válido; dicho de otra manera, se busca averiguar si el proceso puede ser concebido como un medio que pueda conducir a la averiguación de la verdad. Para responder a esta cuestión bastaría recordar que para los fines de esta decisión se asume y comparte la conveniencia de un modelo de proceso que busca la correcta aplicación del derecho a través de la búsqueda de la verdad de los hechos del caso. No obstante, consideramos que es necesario que la evaluación epistémica nos permita ofrecer mayores argumentos que justifiquen esta posición.

Justamente, como se ha afirmado anteriormente, un proceso judicial puede ser una herramienta epistémica que permite evaluar la fiabilidad del conocimiento de los hechos expuestos por las partes, en tanto y en cuanto haya cierto

compromiso con aquel modelo que entiende al proceso como un conjunto de actividades encaminadas a obtener conocimientos verdaderos sobre los hechos relevantes del caso. En cuanto a las características de la verdad a la cual se está haciendo referencia, Callari sostiene que la verdad del proceso puede ser entendida como *aproximativa*, no tanto porque tiene valor y grado inferior respecto de un ideal de correspondencia perfecta, sino por los hechos que representa una verdad *tendencial*, que depende de modo directo de la concreta operación de los medios de cognición de la realidad (prueba) materialmente a disposición del juez; además, una verdad *probable* no tanto porque es siempre posible que la reconstrucción histórica judicial sea contraria a la realidad de los hechos, sino porque representa una verdad probable¹⁹².

De lo dicho se puede observar la estrecha vinculación que existe entre la institución del proceso y el valor de la verdad; pero qué tan eficaz puede ser el proceso como método para la determinación de la verdad de los hechos materia de la decisión final. Taruffo manifiesta que parecen existir razones válidas para considerar que en el proceso es posible determinar la verdad de los hechos en que se basa una controversia; es más, llega a afirmar que es necesario que el proceso se dirija hacia el descubrimiento de la verdad¹⁹³. No obstante, para asumir una posición sobre este punto, es necesario esclarecer si la búsqueda de la verdad es el único objetivo del proceso, considerando, además, los dos modelos de función que puede asumir el proceso. En efecto, la adopción de alguno de ellos supondrá también la adhesión de diferentes ideologías, lo que en cierta medida influye en las aproximaciones de los estudiosos, orientaciones de los legisladores, doctrina y la jurisprudencia¹⁹⁴.

¹⁸⁴ Se debe precisar que determinadas ideas o creencias que son aceptadas como verdaderas no necesariamente pueden estar justificadas. Cáceres explica que ante al avance de la medicina, la herbolaria fue empleada por chamanes para sanar problemas de salud; pero no podían explicar por qué curaban, salvo que los efectos de los poderes de seres de otra dimensión sea una razón objetiva para ello, es decir, una verdad por casualidad no está epistémicamente justificada (CÁCERES NIETO, E. «Epistemología jurídica aplicada». En *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. Vol. III, 2015, p. 2197).

¹⁸⁵ CÁCERES NIETO, E., *op. cit.*, p. 2198.

¹⁸⁶ LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, traducido al castellano por Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 23)

¹⁸⁷ Pero conviene anotar que si bien este *nomen iuris* es utilizado actualmente por estudiosos de epistemología y teóricos del derecho para referirse al estudio del conocimiento de los hechos y el razonamiento probatorio del proceso; no está exento de cuestionamientos, en el sentido de que podría ser muy limitado y ambiguo. Paéz sostiene que tradicionalmente se empleó para hacer referencia al conocimiento del derecho y que una expresión equivalente sería *filosofía de la prueba jurídica* (PAEZ, A. «Introducción. La epistemología y el derecho». En *Hechos, evidencia y estándares de prueba. Ensayos de epistemología jurídica*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2015, p. 2). A pesar de estos cuestionamientos, por su uso cada vez más generalizado en la literatura jurídica del *civil law*, para el desarrollo de la presente decisión judicial se preferirá utilizar la expresión epistemología jurídica.

¹⁸⁸ Para un mayor análisis y debate sobre estas puede verse: VÁZQUEZ, Carmen *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons, 2015, pp. 61-69.

¹⁸⁹ LAUDAN, Larry, *op. cit.*, p. 23. Para Cáceres, un procedimiento confiable supone la necesidad de justificación de las inferencias que concluyen la verdad de las proposiciones, en otras palabras, contar con un modelo de normatividad epistémica. Además, agrega que al referirse a la normatividad epistémica implica, al menos, una parte de los elementos constitutivos de los procedimientos confiables para la determinación de la verdad; tiene una dimensión tanto descriptiva como normativa; es independiente de la normatividad jurídica; los hechos, los procesos confiables para la determinación de la verdad no siempre han sido incorporados por el derecho procesal; las reglas que protegen valores epistémicos no son las únicas que regulan las decisiones y conductas de los operadores jurídicos; entre otros (CÁCERES NIETO, E., *op. cit.*, p. 2198).

¹⁹⁰ LAUDAN, Larry, *op. cit.*, p. 23.

¹⁹¹ Un ejemplo claro del uso de la epistemología jurídica para el estudio de la prueba pericial puede verse en VÁZQUEZ, Carmen, *op. cit.*, 2015.

¹⁹² CALLARI, F. «Verità Processo Prova Certezza: il circuito euristico della giustizia penale». En *Rivista di Diritto Processuale*, n. 6, 2013, pp. 1351-1352.

¹⁹³ TARUFFO, Michele, *op. cit.*, p. 155.

¹⁹⁴ *Id.*, p. 157.

2.3.2.3. Explicación epistémica de la prueba

Para tener una mejor comprensión de la dimensión epistémica que asume el proceso (lugar común donde se trabaja con ideas y creencias sobre hechos), resulta fundamental que se analice la relación entre la prueba y la epistemología jurídica, y cuál es el rol que desempeña la prueba en la comprensión epistémica del proceso. De esta manera, para responder a la primera cuestión es necesario que se analice el sentido o significado que se le puede reconocer a la prueba en el conocimiento en general y si es lo mismo que será utilizado en el contexto del derecho (procesal) o esta asume un sentido distinto.

En relación con la noción autónoma o significado exclusivamente jurídico de la prueba, la posición más difundida en la doctrina procesal es la del jurista italiano Carnelutti, quien si bien inicialmente reconoce que la prueba en el lenguaje común se usa como comprobación de la verdad de una proposición, luego termina por negarlo, indicando enérgicamente que cuando hacemos referencia a la prueba en el sentido jurídico, significa determinar o fijar formalmente los hechos mediante procedimientos determinados¹⁹⁵. Sobre esta concepción, Ferrer manifiesta que esta posición conduce a diversos problemas, por ejemplo, el de suponer la situación de infalibilidad del juez y aclara que la falibilidad de la decisión judicial respecto de los hechos probados tiene que ver con dos sentidos distintos: i) la falta de concordancia entre los hechos que así se declaran y los realmente acaecidos; y ii) el no haber respetado las reglas procesales que eventualmente regulen su adopción o su contenido. Señala que dicha posición supone la infalibilidad del juez en el primero de los sentidos¹⁹⁶.

Por estas razones, para los fines de esta decisión se asume aquella posición que considera que el sentido de la prueba no es autónomo del derecho¹⁹⁷, sino que su significado es semejante al que se emplea en otras áreas del conocimiento. Si razonamos de este modo -siguiendo a Comoglio y otros- el concepto de prueba se sitúa más en una perspectiva epistemológica que en una dimensión exclusivamente jurídica¹⁹⁸. Siendo así, el término prueba indica a todos los medios de conocimiento que son presentados al proceso con el fin de formular una decisión relativa a la verdad o falsedad de los enunciados relativos a los hechos relevantes de la controversia¹⁹⁹.

Esta perspectiva enfatiza más el razonamiento probatorio que el derecho probatorio, el cual se extiende únicamente al estudio de las reglas de tipo probatorio; es decir, el sentido de la prueba pertenece al contexto de la racionalidad o del razonamiento en general. En esta línea de pensamiento, Ferrer, al prologar la obra de Laudan, ha sostenido que desde esta concepción no hay «diferencia fundamental entre el razonamiento sobre los hechos que se produce en el marco de una decisión judicial y el que se da en cualquier otro ámbito de la experiencia, incluida la ciencia»²⁰⁰. No se puede negar que muchas reglas probatorias limitan la labor de los jueces; sin embargo, no todas tienen los mismos efectos, como es el caso de las reglas que regulan la libre valoración en la toma de decisión final, que por lo general dejan la potestad de la función de valorar. Es aquí donde las herramientas de la epistemología general juegan un papel fundamental²⁰¹.

En conclusión, si es cierto que la epistemología jurídica también tiene como propósito el estudio de los modelos de la decisión judicial, entonces es verdadero que, en el plano metodológico general, el juez no tendría problemas en analizar correctamente las pruebas únicamente usando esquemas racionales análogos a los del científico²⁰².

2.3.3. Perfil epistemológico de la prueba de oficio

2.3.3.1. Compromiso epistémico de las partes y del juez

Si tenemos en cuenta el rol epistémico del proceso y las pruebas (en su concepción racional), no debería haber problema al abordar las pruebas de oficio desde la perspectiva epistemológica, dado que las pruebas promovidas por el juez estarían orientadas (y justificadas constitucionalmente) hacia la búsqueda de la verdad (relativa, objetiva y por correspondencia) de las ideas y creencias planteadas en el proceso. De lo que se trata es de entender que las pruebas de oficio, que muchos ordenamientos conceden al juez, no son otra cosa que una actividad básicamente epistémica. Pero si bien en toda

actividad epistémica (en cualquier área del conocimiento) no es un problema aceptar el papel protagónico de los sujetos en el cumplimiento de sus investigaciones, en el caso del reconocimiento de las pruebas de oficio presenta particulares problemas, sobre todo si lo contrastamos con la labor probatoria que realizan las partes en el proceso, las cuales no necesariamente pueden ser calificadas como epistémicas.

Pese a que existen suficientes razones para aceptar que el proceso y las pruebas de oficio pueden ser entendidas como parte de un procedimiento epistémico, no se puede desconocer que el juez no es el único que participa en el proceso, sino que concurren otros sujetos que bien pueden seguir diversos objetivos, los cuales no precisamente están dirigidos a la búsqueda de la verdad. Taruffo afirma que la identificación de los sujetos a los que se puede adscribir una función epistémica en el contexto del proceso requiere analizar las conductas típicas de estos sujetos durante el proceso²⁰³. Efectivamente, hay quienes ponen en duda que el propósito de la actividad probatoria realizada por las partes esté orientado a la búsqueda de la verdad de los hechos del caso; especialmente —como afirma Damaška— si tenemos en cuenta que sus actos procesales pueden estar relacionados con ideologías que subyacen sobre los modelos de proceso que funcionalmente están pensados exclusivamente en una especie de competencia entre las partes, es decir, una situación de adversarios²⁰⁴.

En este contexto, sería legítimo y aceptable que los abogados puedan tener diversos intereses y estrategias (en el marco de la legalidad) respecto de la actividad probatoria, en el ejercicio de la defensa de sus patrocinados; hecho que puede afectar de modo perjudicial en la conformación del material probatorio con que contará el juez al momento de decidir el caso. Nada impide que puedan dejar de seleccionar y presentar toda la información que resulte relevante para una correcta toma de decisión final. Siendo así, existen razones para pensar en el posible desinterés epistémico que pueda presentar la actividad de las partes en su aportación de pruebas. Aunque no se puede negar que es posible que las partes puedan tener cierto interés en el descubrimiento de la verdad de los hechos de la controversia, pero existe un riesgo bastante alto de que no suceda en la mayoría de los casos.

Este desinterés por la búsqueda de la verdad que pueden mostrar las partes procesales (y sus abogados) no puede ser el mismo cuando hablamos del rol que puede desempeñar el juez (quien representa al Estado en su función jurisdiccional), considerando que tiene el deber de dirigir formal y materialmente el proceso, hecho que le demanda un rol más activo en la conducción del proceso y sobre todo en la calidad de la decisión final. Entre los participantes en el proceso, el juez es a quien le corresponde la función epistémica fundamental, esto es, la determinación verdadera de los hechos.

¹⁹⁵ CARNELUTTI, Francesco, *op. cit.*, pp. 37-44.

¹⁹⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La prueba y verdad en el derecho*. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 33

¹⁹⁷ Cfr. FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, p. 23. El autor sostiene que un lugar común en los estudios sobre la prueba jurídica (en particular entre los teóricos de los sistemas del *civil law*) es que no puede ser estudiada desde la perspectiva de la noción general de prueba, propia de la epistemología general y, por ejemplo, de las ciencias naturales.

¹⁹⁸ TARUFFO, Michele. *Teoría de la prueba*, p. 346.

¹⁹⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado y TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile. Il processo ordinario di cognizione. I. Il processo ordinario di cognizione* Quinta edición. Bologna: il Mulino, 2011, p. 457.

²⁰⁰ LAUDAN, Larry. *Ob. cit.*, p. 18.

²⁰¹ Vázquez opina que es cierto que desde la epistemología jurídica se pueden analizar también las reglas probatorias en determinados sistemas procesales, pero la solución a dichos problemas que ofrece no pasa por evaluar el grado de coherencia dentro de un sistema, sino por evaluar su compromiso con la averiguación de la verdad (VÁZQUEZ, Carmen, *op. cit.*, 62).

²⁰² COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado y TARUFFO, Michele, *op. cit.*, p. 336.

²⁰³ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 192.

²⁰⁴ DAMAŠKA, Mirjan, *op. cit.*, pp. 169 ss.

Esta posición teórica requiere del reconocimiento de un rol más activo del juez en todos sus actos de gestión, por ejemplo, los referidos a la dirección y control en la admisión y actuación de los medios de prueba en el momento procesal correspondiente, y en la determinación de su valor en la decisión final sobre los hechos. Esto significa que el juez no solo debe ser un protagonista del proceso (como lo son las partes procesales), sino que además sería el garante de su corrección epistémica²⁰⁵.

2.3.3.2. Fundamento epistémico de la prueba de oficio

El clásico debate teórico procesal (que por mucho tiempo ha provocado gran controversia) sobre la conveniencia o no de atribuirle al juez poderes probatorios como las pruebas de oficio, no sería un problema mayor si es que lo entendemos desde el punto de vista epistemológico. En esta perspectiva, es completamente aceptable y normal que una persona en la práctica de una determinada actividad epistémica —dirigida a descubrir la verdad de un hecho— pueda utilizar sin mayor inconveniente todos los medios pertinentes para recolectar la información y los datos cognoscitivos necesarios para tal propósito²⁰⁶. Quizá no sería un gran problema el hecho de que los procesos judiciales no estén necesariamente orientados hacia la búsqueda de la verdad de los hechos; o, en su caso, que las partes puedan tener una actitud desfavorable con dicho propósito y no ejerzan adecuadamente su iniciativa probatoria, lo que en realidad importaría es identificar al juzgador como un agente epistémico.

Desde el punto de vista epistémico, sería, por decirlo de alguna manera, plenamente natural que se le atribuya determinados (en mayor o menor grado) poderes para ordenar la producción y presentación de pruebas por su iniciativa propia, como resultan ser las pruebas de oficio, lo que permitiría una correcta reconstrucción veraz de los hechos controvertidos. Sería incomprensible que se le encargue la labor de determinar la verdad de un hecho a quien carezca de la capacidad de poseer la información necesaria para dicho cometido, cuanto más si dicha labor se desarrolla en el marco de la función jurisdiccional que despliega el juez por delegación del Estado. En tal sentido, si luego de la revisión del material probatorio que obra en el expediente se advierte que existe cierta información o datos cognoscitivos necesarios no aportados por las partes, entonces sería legítimo que ejerza dichos poderes; de hecho, su compromiso epistemológico debería impulsarlo a ello²⁰⁷.

2.4. De la prueba de oficio en el proceso civil peruano

2.4.1. Poderes probatorios del juez

Toda explicación sobre el significado y función de la prueba de oficio en el proceso civil (pero no solo en este, sino en general en todo proceso judicial) debe considerar que se trata de un tipo específico o un caso particular de poder dentro de una multiplicidad de poderes de tipo probatorio que los ordenamientos reconocen, de manera extraordinaria, a los jueces o tribunales, que de manera resumida se les puede identificar como *poderes probatorios del juez*²⁰⁸. En otras palabras, que la prueba de oficio no es el único o exclusivo poder probatorio que tienen los tribunales de justicia. Ferrer realiza una lista de poderes probatorios del juez: i) la potestad de admitir o inadmitir las pruebas propuestas por las partes; ii) la capacidad de intervenir en la práctica de la prueba, especialmente por lo que hace a las pruebas personales; iii) la capacidad de indicar a las partes lagunas probatorias que estas deberían integrar; iv) la capacidad de disponer la incorporación de pruebas no solicitadas por las partes; v) la capacidad de alterar durante el desarrollo del proceso la carga de la prueba y vi) el deber de decidir qué hipótesis fácticas se consideran probadas²⁰⁹.

El estudio de las pruebas de oficio en el contexto de esta tipología no es un lugar común en la doctrina procesal peruana. Esta situación provoca, entre otras cosas, graves problemas en la reflexión teórica que se ve de manifiesto en la práctica judicial, en donde las partes no saben con exactitud qué tipo de poder probatorio está utilizando el juez en un caso concreto y sobre todo cómo poder ejercer el control intersubjetivo. Cual sea el caso, se trata de una perspectiva «reduccionista»²¹⁰ de un fenómeno mayor, en

tanto y en cuanto restringe el objeto de estudio a dicho poder²¹¹.

Siendo así, resulta necesario explicar, en primer orden, ¿en qué consisten estos poderes probatorios del juez? Al respecto, hay quienes afirman que en realidad son una manifestación de aquellos poderes de dirección del juez que desarrolla en diversos momentos del procedimiento probatorio judicial para facilitar su correcta continuación hasta el momento de su determinación final. Pero en general existe actividad probatoria —por tomar en cuenta la forma clásica de estructurar el proceso— en todas las etapas del proceso, como la postulatoria (con el ofrecimiento de prueba en la demanda y contestación), probatoria (en la puesta en práctica de los medios de prueba) y decisoria (con la valoración individual y holística de las pruebas); pero como se puede observar se trata de poderes relativos a toda incidencia del decurso del procedimiento probatorio. El hecho de que el poder de dirección y control formal del procedimiento se desarrolle en los momentos probatorios no significa necesariamente que es producto del ejercicio de los poderes probatorios del juez; por tanto, esta respuesta no tiene el rigor explicativo suficiente para responder satisfactoriamente el problema. Por el contrario, si consideramos la estrecha relación que existe entre estos poderes con el objetivo institucional de la prueba y su dimensión epistémica (esto es: la búsqueda de la verdad de los hechos del caso, conforme se ha explicado anteriormente), se podría tener mayor éxito en el cometido planteado. Desde esta perspectiva, se trataría de poderes extraordinarios que se le atribuye al juzgador para aportar elementos de prueba que permitan mejorar la conformación y disponibilidad del material probatorio, que permitan la correcta y verdadera determinación de los hechos en que se fundará la decisión final.

²⁰⁵ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 196.

²⁰⁶ En este sentido, Taruffo sostiene que «sería ocioso preguntarse si él puede o no puede, debe o no debe, buscar las fuentes necesarias para realizar su tarea de reconstrucción de un hecho; lo mismo que preguntarse si un científico tiene o no el derecho de desarrollar las investigaciones necesarias para descubrir la verdad de un hecho o de una teoría» (TARUFFO, Michele, *op. cit.*, p. 197).

²⁰⁷ Taruffo ha perfilado bien esta situación: «su rol es modesto y razonable, consiste en probar si las partes han aportado todos los datos cognoscitivos disponibles a determinar la verdad de los hechos y en asumir un papel activo si es que no ha ocurrido» (TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 199).

²⁰⁸ Para un estudio comparado sobre los poderes probatorios del juez, puede consultarse: TARUFFO, Michele. «Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa». En *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 29, 2006, pp. 249-271. En este estudio el autor examina las diversas posiciones políticas, ideológicas y metajurídicas que subyacen en el poder probatorio del juez. Se precisa tres modelos existentes en Europa: i) representado por los ordenamientos en los que el juez cuenta con un *poder general* para disponer de oficio la adquisición de las pruebas, no propuestas por las partes, que considere útiles para la determinación de los hechos; ii) en el que se inspiran la mayor parte de los ordenamientos actuales que prevé que el juez disponga de *algunos* poderes de iniciativa instructoria y iii) ordenamientos en los que no están previstos de manera expresa verdaderos poderes de iniciativa instructoria por parte del juez, pero en los que, sin embargo, el juez desempeña un papel activo en la adquisición de las pruebas; por ejemplo el sistema inglés y el español (pp. 255-259). Véase también NIEVA FENOLL, Jordi. «La actuación de oficio del juez nacional europeo». En *Diario La Ley*, n.º 9000, Sección Doctrina, junio de 2017.

²⁰⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. «Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso». En *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 36, 2017, pp. 97- 104. Aunque con otro enfoque, semejante tipología se puede encontrar en: ABEL LLUCH, Xavier. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*. Barcelona: Bosch Editor, 2005. El autor los clasifica en: i) iniciativa probatoria de oficio (en los procesos dispositivos y no dispositivos); ii) facultad judicial de integración probatoria; iii) las diligencias finales y iv) la intervención judicial durante la práctica de la prueba.

²¹⁰ *Id.*, pp. 96- 97.

²¹¹ Pueden ser diversas las razones que explican esta predilección por estudiar únicamente la prueba de oficio del proceso civil, entre otras: i) lo antiguo de la regulación de la prueba de oficio en muchos ordenamientos jurídicos; ii) los graves defectos en su regulación (sobre todo en la omisión en su procedimiento y límites) y iii) la constante mención de la doctrina a su posible afectación (o limitación) a ciertos principios jurídicos procesales básicos (el principio dispositivo, carga de la prueba).

Esta noción tiene un mayor rendimiento explicativo, pues no está subordinado exclusivamente a quien lo proponga o solicite la aportación del nuevo elemento de juicio al proceso; cuando lo que interesa es que dichos poderes sean utilizados conforme a la finalidad indicada. Esto permite la posibilidad de que pueden ser ejercidos tanto a pedido de parte como por la propia decisión *ex officio* del juzgador, como ciertamente ocurre en algunos ordenamientos. Por ejemplo, en el proceso penal peruano se establece la posibilidad de que el juez «a pedido de parte», previo debate de los intervinientes puede ordenar la realización de una inspección o reconstrucción, para lo cual dispondrá las medidas necesarias para llevarlas a cabo (artículo 385.1, Nuevo Código Procesal Penal)²¹². Asimismo, en el proceso civil el juez puede disponer de *oficio* los medios de prueba que considera pertinentes, siempre que, entre otras cosas, se asegure el contradictorio (artículo 194, CPC)²¹³.

Conforme a esta noción de poderes probatorios del juez, tampoco existiría problema sobre la fase procesal en que se ejerza; en la medida que esté orientada a la correcta y verdadera determinación de los hechos. Siendo así, sería un poder probatorio aquel que utilizan los jueces para establecer la admisión (o no) de los medios de prueba en la fase de admisión probatoria. Por ejemplo, en nuestro proceso civil es el juez quien califica la admisión de las pruebas en razón a su pertinencia (que estén referidos a los hechos controvertidos en el proceso) y de ser el caso lo declarará improcedente (artículo 190 CPC)²¹⁴. También una manifestación de los poderes probatorios en examen se observa al momento de la actuación o puesta en práctica de los medios de prueba, cuando el juez realiza preguntas a los testigos cuando son interrogados (artículo 208.2 CPC²¹⁵) o a las partes cuando dan su declaración (artículo 213 CPC²¹⁶).

2.4.2. Poder probatorio de *oficio* (*ex officio*)

Hasta ahora se ha justificado (constitucional y epistémicamente) la existencia de las pruebas de *oficio* en el proceso judicial y se las ha ubicado en el universo de poderes probatorios del juez. Pero todavía no se ha dicho qué es propiamente o cuál es su función que desempeña. Por ello, conviene dar al menos un concepto que permita arrojar alguna luz sobre qué se entiende por este poder probatorio del juez; es decir, a qué nos referimos cuando hablamos de tal institución. Empero, en el intento de plantear algún concepto sobre cualquier institución jurídica existe la necesidad de distinguir dos cuestiones importantes: el ¿qué es?, que se ubica en el plano explicativo y pretende captar la naturaleza de aquello sobre lo cual se indaga; y el ¿para qué existe?, ubicado en el plano normativo o prescriptivo, que busca indagar sobre su función. De hecho, hay quienes sostienen que se trata de «dos preguntas siamesas»²¹⁷, por lo que es muy difícil o imposible responder a una de las preguntas sin responder a la otra; esto es, las dos cuestiones se entrecruzan, dado que para identificar la función de algo debemos saber de qué cosa se trata o a qué rama del derecho pertenece²¹⁸.

A pesar de todo ello existe la necesidad de formular algún concepto que sirva de orientación a los jueces y partes cuando en un proceso judicial se utilice dicho poder probatorio. De lo explicado en la sección anterior (sobre los fundamentos epistémicos de la prueba de *oficio*) queda claro que este poder probatorio tiene un compromiso con la búsqueda de la verdad de los hechos del caso, en tanto contribuye a mejorar (sea en cantidad o calidad) la disponibilidad del material probatorio. Sin embargo, revisando alguna noción legal en el ordenamiento procesal civil, en particular en el enunciado normativo que describe la prueba de *oficio* (artículo 194 CPC), se advierte que el legislador simplemente se ciñe a describir en qué caso procede, el procedimiento y alguno de sus límites de actuación, pero no propiamente ofrece un concepto legal. Lo cual no necesariamente debe ser causa de preocupación, ya que, siguiendo a Sentís Melendo al referirse al concepto de la prueba en general, tal cometido no hay que buscarlo en los códigos²¹⁹.

En cambio, parece ser la doctrina la llamada a cubrir este vacío y proporcionar un concepto lo suficientemente claro sobre la prueba de *oficio*. De hecho, no existen muchas nociones expuestas en los teóricos, pero los que hay tienen sentidos distintos y hasta contradictorios. Parece que existen desacuerdos sobre lo que es (naturaleza) y para qué existe (su función) la prueba

de *oficio*. Esto posiblemente se deba a la adopción de algunas de las posiciones ideológicas y filosóficas sobre los poderes probatorios en general y su vinculación con sistemas (o principio) catalogados como inquisitivos²²⁰ o a sistemas políticos autoritarios²²¹; supuesto que —como se ha analizado en su momento— no parece tener solvencia histórico-comparativa. Otra razón de este estado de cosas es que la diversidad de poderes probatorios del juez en un mismo ordenamiento genera que los teóricos, cuando formulan un concepto de prueba de *oficio*, a veces se pueden referir a otro tipo de poderes.

A pesar de estos inconvenientes, siguiendo la noción presentada sobre los *poderes probatorios del juez* en general, es posible entender a las pruebas de *oficio* como *aquel poder atribuido al juzgador para acordar y actuar nuevos medios de prueba en el proceso, sin que las partes lo hayan solicitado, con el propósito de mejorar la riqueza del*

²¹² «Artículo 385. Otros medios de prueba y prueba de *oficio*: 1. Si para conocer los hechos, siempre que sea posible, que no se haya realizado dicha diligencia en la investigación preparatoria o esta resultara manifiestamente insuficiente, el Juez Penal, de *oficio* o a pedido de parte, previo debate de los intervinientes, ordenará la realización de una inspección o de una reconstrucción, disponiendo las medidas necesarias para llevarlas a cabo». Situación semejante acontece en Estados Unidos de Norteamérica, específicamente en el artículo 614a de las *Federal Rules of Evidence* en donde se establece que «El tribunal puede llamar a testificar por sí mismo o a pedido de una de las partes. Cada parte tiene derecho a interrogar al testigo».

²¹³ **Artículo 194. Pruebas de *oficio*.** Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el Juez de Primera o de Segunda Instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso [...]. También, en el ordenamiento procesal civil francés se establece que el tribunal podrá acordar de *oficio* la práctica de todos los actos de prueba que resulten legalmente admisibles (artículo 10 del *Code de procédure civile*).

²¹⁴ «Artículo 190. Pertinencia e improcedencia. Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez [...]. De igual manera, en el proceso civil español el juez tiene el poder admitir (o no) las pruebas periciales de las partes: «Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal» cursiva agregada. (artículo 335.1 LEC).

²¹⁵ Artículo 208. En el día y hora fijados, el Juez declara iniciada la audiencia y dispone la actuación de las pruebas en el siguiente orden: (...) 2. Los testigos con arreglo al interrogatorio que los abogados le realicen directamente, comenzando por el abogado de la parte que lo hubiera ofrecido. Luego de las preguntas de los abogados, el Juez podrá formular preguntas: [...].

²¹⁶ Artículo 213.- Las partes pueden pedirse recíprocamente su declaración. Esta se iniciará con una absolución de posiciones, atendiendo al pliego acompañado a la demanda en sobre cerrado. Concluida la absolución, las partes, a través de sus Abogados y con la dirección del Juez, pueden hacerse nuevas preguntas y solicitar aclaraciones a las respuestas. **Durante este acto el Juez puede hacer a las partes las preguntas que estime convenientes** (resaltado agregado). Situación que sucede también en el proceso civil al regular el interrogatorio no formal de las partes: «En cualquier estado y grado del proceso tendrá el juzgador la facultad de ordenar la comparecencia personal de las partes en contradictorio entre sí, para interrogarlas libremente sobre los hechos del pleito. Las partes podrán hacerse asistir por los defensores» (artículo 117 *Codice di procedura civile*).

²¹⁷ El profesor Tuzet es quien utiliza la expresión «dos preguntas siamesas», para su explicación sobre la naturaleza y función del derecho (TUZET, Giovanni. «Naturaleza y funciones del Derecho: dos preguntas siamesas». En *Discusiones*, n.º 11, 2011, pp. 235-241).

²¹⁸ TUZET, Giovanni, *op. cit.*, p. 236.

²¹⁹ SENTÍS MELENDO, Santiago, *op. cit.*, p. 31.

²²⁰ Sobre esta forma de razonar puede verse MONTERO AROCA, Juan. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 116 ss. En relación con las complicaciones sobre el denominado «principio inquisitivo», puede consultarse: NIEVA FENOLL, Jordi. «La cattiva reputazione del principio inquisitorio». En *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Vol. 68, n.º 3, 2014, pp. 943-970.

²²¹ Cfr. MONTERO AROCA, Juan. «Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)». En *Cuadernos de Derecho Judicial. La prueba*, n.º 7, 2000, pp. 29 ss.

material probatorio para una verdadera determinación de los hechos del caso. En este concepto, si bien se precisa que se trata de una iniciativa que proviene exclusivamente del juez, no cierra la posibilidad (por fuerza de la jurisprudencia), muy excepcional y con los controles adecuados, de que las partes puedan proponer el uso de dicha potestad; empero, queda siempre en el juez la determinación final de utilizar (o no) las pruebas de oficio en esas circunstancias.

2.4.3. Prueba de oficio en el ordenamiento procesal civil

2.4.3.1. Antecedentes históricos comparados

El Código de Procederes o Código de Procedimientos Judiciales, decretado por el congreso boliviano y promulgado por el Gobierno de Andrés de Santa Cruz (presidente constitucional de la República de Bolivia), fue el primer Código Procedimental a nivel continental. El mencionado cuerpo normativo derivada a su vez del Código de Procedimientos Civiles de Napoleón (1806), y, en su artículo 262, reguló la prueba de oficio estableciendo lo siguiente: «Podrá[n] los jueces ordenar de oficio la prueba de los hechos que les parezcan concluyentes. El auto que ordene la prueba contendrá los hechos que daba probarse».

Al respecto cabe destacar el juzgamiento de las causas civiles; a diferencia del procedimiento criminal donde de oficio se podía citar testigos, para la prueba testimonial el juzgador de oficio solo podía interrogar a las personas que deponían como testigos, lo que hace advertir algún aspecto del principio dispositivo en las causas civiles. Sin embargo, respecto a la actuación de la prueba pericial el código disponía que, en el supuesto de que los peritos no reúnan los conocimientos pertinentes, los jueces podrán de oficio ordenar que se realice una nueva diligencia pericial y designar a los peritos que se estimen necesarios o requerir de estos las precisiones del caso.

Así, el citado Código de Procederes sería luego el modelo del Código de Procedimientos Judiciales que implantó Santa Cruz en la legislación peruana.

En el continente europeo, la prueba de oficio fue consagrada por primera vez en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855, que en su artículo 48 establecía:

- Artículo 48. Los jueces y tribunales podrán para mejor proveer:
1. Decretar que se traiga a la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes.
 2. Exigir confesión judicial a cualquiera de los litigantes, sobre hechos que estimen de influencia en la cuestión y no resulten probados.
 3. Decretar la práctica de cualquier reconocimiento o avalúo que reputen necesarios.
 4. Traer a la vista cualesquiera autos que tengan relación con el pleito.

En el «Codice di procedura Civile» de 1942 de Italia, como poderes probatorios del juez que otorga este texto procesal, se pueden identificar, por ejemplo, las siguientes disposiciones normativas:

Artículo 117. Interrogatorio no formal de las partes. En cualquier estado y grado del proceso tendrá el juzgador la facultad de ordenar la comparecencia personal de las partes en contradictorio entre sí, para interrogarlas libremente sobre los hechos del pleito. Las partes podrán hacerse asistir por los defensores.

Artículo 118. Orden de inspección de personas y de cosas. El juzgador podrá ordenar a las partes y a los terceros, que consientan sobre su persona o sobre las cosas que posean las inspecciones que aparezcan indispensables para conocer los hechos del pleito, siempre que ello pueda realizarse sin grave daño para la parte o para el tercero, y sin constreñirles a violar ninguno de los secretos previstos en los artículos 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal.

Si la parte se niega a cumplir tal orden sin justo motivo, el juzgador podrá inferir de esa negativa argumentos de prueba, conforme al apartado segundo del artículo 116.

Si se niega el tercero, el juzgador lo condenará a una pena pecuniaria que no exceda de dos mil liras.

2.4.3.2. Antecedentes en el derecho peruano

La regulación de la iniciativa probatoria del juez en el Perú se ha dado conforme lo siguiente:

El Código de Enjuiciamiento en Materia Civil de 1852, en su artículo 670, señalaba que: los jueces *pueden*

ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la *verdad*, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia [...]. De lo cual se puede advertir que la prueba de oficio es una facultad del juez, que tiene la finalidad del esclarecimiento de la verdad. Dicha facultad también era concordante en lo que establecía los incisos 1 y 2 del artículo 39 del código citado, correspondiente al título segundo: «De los derechos que adquieren los jueces y de las obligaciones que están sujetos», establecía que:

Los jueces tienen también facultad:

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

2.º Para enmendar ó suplir los defectos ú omisiones en que los litigantes incurran, relativamente á las formas del juicio.

Posteriormente, el Código de Procedimientos Civiles de 1912 ha regulado la prueba de oficio, también como una facultad del juez; sin embargo, no hacía referencia al esclarecimiento de la verdad. En su artículo 340 señalaba:

Los jueces en cualquier estado de la causa, pueden ordenar de oficio, las pruebas que juzguen necesarias [...]

Es inapelable el auto en que el juez ordena prueba de oficio.

Ya en el Código Procesal Civil, la regulación de la institución de la prueba de oficio en el proceso civil se encuentra establecida en la disposición normativa del artículo 194 del Código Civil peruano, que establece:

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.

Y, finalmente, con la modificatoria de la Ley n.º 30293 de fecha 28 de diciembre de 2014, la prueba de oficio en el proceso civil se encuentra regulada conforme lo siguiente:

Excepcionalmente cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el juez de primera y de segunda instancia ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de la 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 ordenará las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada bajo sanción de nulidad siendo esta resolución inapelable 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 haber ordenado la actuación de las pruebas de oficio.

2.4.3.3. Prueba de oficio en el Código Procesal Civil

De esta modificatoria, se observa que, a la regulación primigenia se ha añadido el término «excepcionalmente»; asimismo, se ha adicionado que la prueba de oficio será aplicada «siempre que la fuente de la prueba haya sido citada por las partes en el proceso»; precisando además que «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».

Respecto al poder excepcional, cabe señalar que, en el proceso civil, «como regla general son las partes las encargadas de probar sus versiones de los hechos (*onus probandi*); sin embargo, siendo la prueba el instrumento racional y epistemológico que permite alcanzar la verdad en el proceso, el juez quien dirige es también llamado y comprometido a contribuir en torno al tema probatorio; hecho que justifica excepcionalmente el uso de dicho poder»²²². En ese contexto, el término «excepcional»

²²² ALFARO VALVERDE, Luis. *Reforma de los poderes probatorios. Hacia una mejor comprensión de los poderes probatorios*. Gaceta Civil & Procesal Civil, n.º 23, 2015, p. 259. PARRA, Jairo. *Racionalidad de la prueba de oficio*. Bogotá: Temis S.A., 2004, pp.15-18.

hace referencia a que el juez no siempre lo utilizará sino de manera extraordinaria o complementaria. Bajo esta cualificación de «excepcionalidad», la potestad del juez de aplicar la prueba de oficio en el proceso civil puede perfectamente configurarse como puramente supletoria y complementaria respecto a la de las partes²²³.

En cuanto a que la prueba de oficio será aplicada «siempre que la fuente de la prueba haya sido citada por las partes en el proceso», esto es, el criterio de reserva a la fuente de prueba, debe destacarse la distinción de dos categorías básicas de la fuente de prueba: medios de prueba y fuentes de prueba. Al respecto, Francesco Carnelutti explica que mientras la primera se utiliza para referirse a la actividad del juez, mediante la cual busca la verdad del hecho que se debe probar, la segunda hace mención del hecho del cual se sirve para deducir la propia verdad²²⁴. En ese sentido, a partir de dicha diferencia se sostiene que las fuentes son elementos que existen en la realidad, y los medios están constituidos por la actividad para incorporarlos al proceso²²⁵. Esta concepción vinculada al poder del juez implica que los hechos que presentan insuficiencia probatoria debieran ser obtenidos de aquellos expuestos por las partes en sus escritos postulatorios, en términos distintos. Se trata del respeto al límite factual fijado y expresado por las partes²²⁶.

Asimismo, con la citada modificatoria, se da la exigencia de que «la resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada bajo sanción de nulidad siendo esta resolución inapelable siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo». Lo novedoso de esta última modificatoria es que la falta de motivación se sanciona con nulidad, que, desde una interpretación extensiva, puede permitir y abrir la posibilidad de que tal nulidad pueda ser declarada de oficio o a pedido de parte, máxime que la motivación es un derecho fundamental procesal y su afectación puede ser denunciada por todos los sujetos que participan en el proceso²²⁷.

El poder probatorio que tiene el juez para incorporar nuevos elementos probatorios no tiene como propósito reemplazar a las partes en su carga probatoria, es por ello que el legislador la establece como una facultad excepcional ante una situación especial en el plano probatorio: la insuficiencia probatoria. Además, desde la óptica asumida en esta decisión el juez tiene la facultad de incorporar nuevos medios de prueba en la oportunidad que corresponda (normalmente luego de concluida la actuación de la prueba y antes de que se emita sentencia en los procesos escritos y en los procesos sujetos a oralidad, en la audiencia preliminar, excepcionalmente en la audiencia de pruebas) de forma independiente de la carga probatoria que asumen las partes en el proceso. Aunque debemos admitir que es uno de los límites que mayor cuestionamiento presenta²²⁸ en el plano teórico²²⁹.

Luego de evidenciar los aspectos más resaltantes de la versión reformada del artículo 194 del CPC, es posible colegir que estos no constituyen meras enmiendas formales o superficiales, sino que se trata de verdaderos cambios cualitativos tanto en la estructura como en la función de los poderes probatorios del juez, principalmente porque en la versión reformada se hace reconocimiento expreso al principio de audiencia o contradicción como presupuesto básico antes de que el juez emita el auto, y se disponen los medios de prueba idóneos para salvar la insuficiencia probatoria previamente identificada y puesta a conocimiento de las partes. Este cambio sustancial (sin precedente en la historia del derecho procesal peruano) influye en especial en el modo de comprender la estructura y función de este poder del juez, en el marco de un modelo procesal en el que se tutele la finalidad del proceso (decisiones justas) pero con protección de los derechos fundamentales procesales²³⁰.

Esta última modificatoria del artículo 194 del CPC, en ese sentido, «contribuye a una mejor comprensión de las “pruebas de oficio” en el Perú, en el sentido de que su ejercicio ya no podrá ser de manera unilateral por el juez, sino que será el resultado de la participación activa de las partes, quienes debatirán de manera previa sobre aquellos aspectos que adolecen de insuficiencia probatoria y sobre el medio de prueba idóneo o pertinente capaz de salvar tal omisión»²³¹.

Aunque admitimos que, dada la complejidad del proceso civil, el contradictorio puede tener diversos matices, ya que puede ser previo en algunos casos, diferido en otros, de forma oral e inclusive escrita. Ello corresponderá a la naturaleza del proceso en el que se

utilice esta facultad y a la situación que se presente, pues el medio de prueba puede estar en el expediente, pero no se admitió formalmente (rebelía, extemporáneo, rechazado formalmente, etc.); en este caso el juez lo podrá admitir y luego de ello someterlo al contradictorio, con posibilidad de contraprueba. Por el contrario, el medio de prueba de oficio puede que no se encuentre en el expediente y solo existe fuente de prueba respecto de aquel. En estos casos, puede tratarse de un medio de prueba de actuación inmediata o diferida, aquí el contradictorio será diferente. En el primer caso, será una vez que dicte la resolución admitiéndolo de oficio, pero se extiende hasta que formalmente ingrese al proceso, porque las partes pueden debatir su contenido.

2.4.4. Prueba de oficio en el ordenamiento procesal

La vital importancia (y su plena justificación constitucional) que tiene la prueba de oficio para el compromiso epistémico del proceso en la búsqueda de la verdad de los hechos del caso, se ve claramente proyectada en su tratamiento legal procesal. Es una realidad que en el ordenamiento procesal peruano se encuentra prevista en todos los textos o códigos procesales²³²; sin embargo, tiene

²²³ *Id.*, p. 259-260.

²²⁴ CARNELUTTI, Francesco, *op. cit.*, pp. 70-71.

²²⁵ SENTIS MELENDO, Santiago, *op. cit.*, p. 148.

²²⁶ ALFARO, Luis, *op. cit.*, p. 264.

²²⁷ ALFARO, Luis, *op. cit.*, pp. 259-260.

²²⁸ Afirma Cavani sobre este punto asegura que no ve la forma de cómo emplear la prueba de oficio sin reemplazar la “carga de corroboración” de las partes. Y es que siempre hay algo que la parte pudo hacer y que no hizo: solicitar la declaración de un testigo, requerir una inspección judicial, presentar la escritura pública y no simplemente la minuta, etc. Si esto es verdad, si es que nunca puede dejar de haber tal reemplazo, me parece entonces que la modificación del año 2014 creó un candado aparentemente inexpugnable. A partir de aquí es posible construir, como primera alternativa, la de recurrir al control difuso sobre la norma prohibitiva del artículo 194 del CPC para inaplicarla. Esta propuesta, a decir verdad, sería intelectualmente más honesta, pues el juez comunicará, con todas las letras, que si reemplazará la “carga de corroboración”. Las razones pueden ser diversas: porque debe buscar la verdad; porque de no hacerlo de violaría la tutela jurisdiccional efectiva del demandante (acceso a la justicia, paridad de armas, etc.); porque busca aplicar el “principio de socialización del proceso”, que le permitiría asistir a las partes en caso de desigualdad de algún tipo; o simplemente porque entiende que debe “resolver con justicia” (sea lo que quiera significar esto). No cumulo en lo absoluto con una posibilidad de este tipo porque, según pienso, el empleo del poder del artículo 194 viola irremediablemente la seguridad jurídica (el sistema ofrece de antemano una solución para los casos de falta de probanza) y la imparcialidad judicial (porque el juez pasa a tener funciones postulatorias y porque alimenta sus sesgos a favor del demandante). No obstante, al menos debo reconocer que sería la vía argumentativamente más racional que encuentro si es que se quiere emplear este poder probatorio. De cualquier manera, el empleo del poder probatorio del artículo 194, por afectar decisivamente la “carga de corroboración”, implica un poder intrusivo en extremo con la libertad de las partes en el ejercicio de sus diversas cargas procesales. CAVANI, Renzo. «“Prueba de Oficio” y “Carga de la prueba”: una propuesta equilibrada». En CAVANI Renzo (coord.). *Garantías procesales y poderes del juez*. Puno: Zela Grupo Editorial 2019, pp. 277-303.

²²⁹ Martel asume la siguiente postura «procede solo si el juez, con las pruebas ofrecidas por las partes, no llega a tener convicción sobre la materia controvertida, pudiendo en tal supuesto ordenar la actuación de medios probatorios adicionales. Lo adicional supone que en el proceso las partes han cumplido con su carga de probar, es decir, que han cumplido con ofrecer los medios de probatorios para acreditar sus afirmaciones, pero a pesar de ellos el juez estima necesario actuar, además, otras pruebas. Asumir posición contraria, esto es, que el juez podría usar su poder aun cuando las partes no cumplieron con su carga de probar, podría implicar que el juez se convierte en parte, con lo cual se desnaturalizaría la esencia del proceso mismo y perdería imparcialidad». MARTEL, Rolando, *op. cit.*, p. 128.

²³⁰ *Id.*, p. 269.

²³¹ *Id.*, p. 270.

²³² Ferrer sostiene que, si bien en todo proceso hay una intervención decisiva de las partes sobre la prueba, ésta puede ser mayor o menor, compartida con otros sujetos como el juez, dependiendo de cada ordenamiento y de cada tipo de proceso. Lo que significa que esta facultad puede no ser exclusiva de las partes, pudiendo juez ordenar la práctica de pruebas no solicitadas por las partes. Lo importante es que cuanta más información relevante esté a disposición de quien debe decidir, mayor será la probabilidad de acierto en la decisión (FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, pp. 38-39 y 68).

graves problemas normativos técnicos y de procedimientos puntuales que merecen ser remarcados en esta decisión, pues en no pocos casos son los generadores de problemas en la jurisprudencia.

Estos motivos son suficientes para realizar una sintética revisión de su ordenación legal en el proceso penal (Nuevo Código Procesal Penal) y en los diversos procesos no penales (como la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Texto Único del Proceso Contencioso Administrativo, entre otros). Además, resulta conveniente, dado que es el tema que nos convoca a esta decisión, centrarse en el estudio de las particularidades de la previsión normativa de la prueba de oficio en el artículo 194 del CPC vigente.

2.4.4.1. En el proceso contencioso administrativo

El proceso (contencioso) administrativo peruano también es otro caso en donde el legislador le ha atribuido amplios poderes probatorios de oficio al juzgador. Tal como se puede observar del artículo 23 del Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo (en adelante LPCA), aprobado mediante **Decreto Supremo n.º 013-2008-JUS**, que estipula lo siguiente:

Artículo 32. Pruebas de oficio

Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes.²³³

Texto normativo que se mantiene íntegro y es reproducido ahora en el artículo 31 del nuevo Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27584²³⁴, aprobado mediante el Decreto Supremo n.º 011-2019-JUS, publicado el 4 de mayo de 2019 en el *Diario Oficial El Peruano*. Además, para la comprensión del funcionamiento de la prueba de oficio en el proceso administrativo se debe tener presente que en el contexto probatorio se presentan dos posiciones bien marcadas: i) al ser la función de este proceso la sola revisión de lo decidido por la Administración resulta innecesaria la actuación de medios probatorios sobre los hechos que se controverten, pues todo ya ha sido actuado en el procedimiento administrativo; y ii) la prueba está justificada en los procesos administrativos, pues este proceso no es solo de revisión del acto, sino que en él se pretende una tutela efectiva de situaciones jurídicas de los particulares²³⁵. En este último caso, resulta plenamente viable la actuación de pruebas en el desarrollo del proceso, en la que bien se puede incluir la posibilidad de la prueba de oficio antes anotado.

También se ha dicho que el reconocimiento normativo de pruebas de oficio en este contexto jurisdiccional es el reflejo de su nueva concepción, entre otros aspectos, comprometido por una tutela jurisdiccional adecuada de las pretensiones de las partes frente a la actuación de la administración pública. Lo que contribuye a dejar de lado la rigidez de la restricción de la actividad probatoria en sede administrativa; hecho que le permite al juez desarrollar su dirección del proceso y la búsqueda de la verdad en el proceso²³⁶. Esto demuestra una versión contemporánea sobre la función de todo proceso judicial y su compromiso con la búsqueda de la verdad de los hechos del caso. Sin embargo, llama la atención la orientación que se le quiere dar a la prueba de oficio en el proceso administrativo, esto es, para «formar convicción» en el juez. Hecho que no refleja propiamente una preocupación por la determinación verdadera de los hechos sobre la que se fundará la sentencia, sino simplemente el establecimiento del estado mental del juzgador. De esta manera, el legislador asume una concepción psicologista (o persuasiva) de la prueba²³⁷ y no una concepción racionalista de la prueba, que es la finalidad que solventa todo poder probatorio del juez. Situación que posiblemente puede ser causante de no pocos problemas en la práctica jurídica y en la jurisprudencia contenciosa administrativa.

También preocupa que el legislador no haya establecido criterios de aplicación de la prueba de oficio, por lo que debe aplicarse de manera supletoria (1.ª Disp. final LPCA) lo previsto en el artículo 194 del CPC. Sin perjuicio de ello, es saludable que la doctrina haya podido establecer algunos límites, como son: i) los medios probatorios aportados por el juez deben versar sobre hechos controvertidos y discutidos por las partes; y, ii) la incorporación del medio probatorio por parte del juez al

proceso debe realizarse respetando el derecho de defensa de las partes²³⁸.

2.4.4.2. En el nuevo proceso del trabajo

El nuevo ordenamiento procesal laboral también contempla la atribución de prueba de oficio al juez del trabajo (o quien tenga competencia para conocer pretensiones laborales privadas). En efecto, la nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley n.º 29497 (en adelante NLPT) la regula en los siguientes términos:

Artículo 22.- Prueba de oficio

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

Como se puede observar, a diferencia de lo que sucede con la LPCA, existe un tratamiento normativo más detallado. Siendo lo más destacable: i) se establece el criterio de excepcionalidad, es decir, que su uso debe ser de manera extraordinaria, dejando que las partes procesales sean las llamadas de manera ordinaria a aportar los elementos de prueba relevantes que estimen necesarios; ii) el establecimiento de un plazo fijo de suspensión y continuación de la audiencia para la actuación de dichas nuevas pruebas, evitando de esta manera que se pueda generar alguna dilación innecesaria del proceso²³⁹; iii) se utiliza la expresión «facultad» para identificar a la prueba de oficio, con lo que se aleja de la idea que sea un deber del juez que le obligue a utilizarlo en todos los casos. Supuesto que tiene implicancias en el siguiente punto; iv) limita su actuación en sede de casación²⁴⁰ y sobre todo

²³³ Texto legal que no ha sufrido ninguna modificación desde la primera versión en la Ley n.º 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 07 de diciembre del 2001 (actualmente derogada), que establecía lo siguiente:

Artículo 29 Pruebas de oficio

Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes.

²³⁴ Artículo 31. 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.

²³⁵ PRIORI POSADA, Giovanni. *Comentarios a la ley del proceso contencioso administrativo*. Lima: ARA Editores, 2006, p. 175.

²³⁶ VARGAS MACHUCA, Roxana. «Los principios del proceso contencioso administrativo». En *Revista de derecho administrativo*, n.º 11, 2012, p. 25.

²³⁷ Interpretando el citado texto legal Monzón sostiene que en esencia se está exigiendo al juzgado que exponga cuál es la pieza que falta demostrar en el razonamiento lógico jurídico para formar su convicción; lo cual representaría la razón por la cual opta por efectuar una prueba de oficio. (MONZÓN, Loretta. *Comentario exegético a la ley que regula el proceso contencioso administrativo*. Lima: Ediciones Legales, 2011, p. 286).

²³⁸ PRIORI POSADA, Giovanni, *op. cit.*, pp. 181-182.

²³⁹ Al respecto, en la Guía de actuación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo Ley n.º 29497 - (NLPT), se hace la precisión que esta suspensión se realizará siempre que la prueba no se encuentra disponible en la audiencia y se citará en el mismo acto, señalando fecha y hora para la continuación de la audiencia; de lo contrario, si se encuentra disponible en la audiencia, se procede a su actuación inmediata y sólo en casos (Guía de actuación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo Ley 29497 - (NLPT), Academia de la Magistratura, Lima, 2014, p. 128). La Guía puede consultarse en: <http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/48>

²⁴⁰ Aunque esta limitación ha sido objeto de crítica. Se afirma que es «tautológica porque carece de sentido afirmar que el tema probatorio es ajeno al casatorio en pleno siglo XXI. Y, por otro lado, es deficiente porque la casación no abre un nuevo proceso, es apenas un recurso extraordinario, siendo así, se interpone dentro de un proceso abierto y en base a causales específicas y con requisitos también predeterminados y singulares. Entonces, decir 'proceso de casación' es, cuanto menos, una enorme excentricidad si no se quisiera admitir que es un gravísimo defecto» (MONROY GALVEZ, Juan. «Comentarios a la Ley Procesal del Trabajo». En *THEMIS. Revista de Derecho*, n.º 58, p. 176).

proscribe la declaración de nulidad de sentencia por su omisión, que muchas veces —desconociendo su carácter facultativo— la no utilización de las pruebas de oficio es considerada en segundo grado como una oportunidad para declarar la nulidad de las decisiones de primer grado²⁴¹.

Sin embargo, hay otros aspectos que todavía requieren de precisión. Por ejemplo, la expresión «prueba adicional»²⁴² ha sido cuestionada como redundante, pues la determinación de las pruebas de oficio significa, en efecto, la incorporación de un nuevo elemento de prueba. No se ha mencionado el supuesto de insuficiencia probatoria, que es el presupuesto para el uso de la prueba de oficio²⁴³. Tampoco se consideraron algunos límites²⁴⁴ a su ejercicio como i) el contradictorio previo, a fin de que las partes se manifiesten sobre estas nuevas pruebas y en su caso proponer otras que estimen necesarias²⁴⁵; ii) la fuente de prueba, el criterio de pertinencia, los que contribuyen en favor de un tratamiento equilibrado de la iniciativa probatoria de las partes procesales. A pesar de ello, no se puede negar que estos criterios representan una mejora en la técnica legislativa y es un gran avance en la regulación de pruebas de oficio en general, que no se ven en los textos procesales analizados.

Lo que no queda claro es en la disposición legal analizada es el propósito que oriente la utilización de este poder probatorio *ex officio* en la jurisdicción laboral. A diferencia de lo que se mencionaba en el texto derogado (Ley n.º 26636) que establecía la necesidad de que estos nuevos elementos de prueba produzcan certeza y convicción en el juez²⁴⁶. Esta regulación asumía una concepción psicologista muy parecida a la idea de íntima convicción, que no es precisamente el camino que debe seguir el poder examinado, ni la adoptada en esta decisión. Frente a este vacío normativo es conveniente la adhesión a la concepción racional de la prueba, en virtud de la cual las pruebas de oficio tienen una dimensión epistémica, esto es, que deben estar encaminadas a la búsqueda de la verdad de los hechos del caso, como resulta ser el objetivo institucional de la prueba en general.

Luego, en la jurisprudencia se han presentado algunos problemas relevantes que han sido analizados en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral²⁴⁷, Chiclayo, 13 y 14 de setiembre de 2018, estos son: i) ¿es posible incorporar y valorar un medio probatorio extemporáneo de gran importancia («definitorio de la controversia») en segunda instancia?; ii) ¿es posible actuar pruebas de oficio en segunda instancia?; iii) ¿cuál es el procedimiento para la actuación de los medios probatorios en segunda instancia? A la primera cuestión, se acordó —entre otros argumentos²⁴⁸— que sí es posible de manera excepcional y que el artículo 21 de la NLPT no debe ser interpretado de una manera cerrada y restrictiva, de lo contrario afectaría el principio de veracidad y la justicia. La segunda fue resuelta de manera afirmativa, entre otras cosas²⁴⁹, por considerar que se trata de una herramienta útil para plasmar los principios de economía procesal, celeridad y veracidad²⁵⁰. Sobre la tercera cuestión se precisó que la prueba de oficio en segunda instancia puede dictarse fuera de la vista de la causa y se deja abierta la posibilidad de que se convoque a una audiencia especial para su actuación²⁵¹.

Lo acordado en este Pleno Jurisdiccional resulta compatible con la concepción racional de la prueba en general, no es incompatible con su normatividad procesal laboral y sobre todo es coherente con el fundamento epistémico de las pruebas de oficio explicado anteriormente en esta decisión. Sin embargo, habría que agregar a todos estos casos la necesaria indicación de que el tribunal garantice suficientemente el ejercicio del contradictorio previo de las partes procesales.

2.4.4.3. En el proceso constitucional

En los procesos constitucionales (en especial los denominados procesos de la libertad) se encuentra establecida la posibilidad de un poder probatorio *ex officio*. Aunque en el Código Procesal Constitucional (en adelante CPCConst.), a diferencia de los otros textos procesales examinados, no se le ha catalogado o sumillado expresamente como pruebas de oficio, su reconocimiento normativo se puede desprender del siguiente artículo:

Artículo 9.- Ausencia de etapa probatoria

En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Solo son procedentes los medios probatorios que no requieren

actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa.

Este poder probatorio puede utilizarse en los procesos de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y cumplimiento, pues el artículo se ubica en las disposiciones generales que engloban a todos ellos. Además, se observa que el procedimiento, por su naturaleza sumaria, prohíbe

²⁴¹ Este punto, según Toyama e Higa, se trata de un aspecto que debe resaltarse, pues a diferencia de lo que ocurría con los procesos seguidos bajo la antigua LPT, la falta de ejecución por parte del juez de la prueba de oficio no acarrea la nulidad de la decisión final (TOYAMA, Jorge e HIGA, Alfonso. «La prueba en el derecho laboral: el proceso inspectivos y la justicia oral». En: *THEMIS. Revista de Derecho*, n.º 37, 2011, p. 225)

²⁴² Monroy al analizar la regulación de la prueba de oficio en la LPT sostiene que “es absolutamente indispensable regular con precisión tal facultad. Si el enunciado normativo empieza armando que la prueba de oficio es una “prueba adicional”, queda claro que su uso se tomará impreciso, por decir lo menos.” (MONROY GÁLVEZ, Juan, *op. cit.*, p. 176).

²⁴³ Aunque en la Guía de actuación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley n.º 29497, si se indica que debe existir “insuficiencia probatoria” en la actividad desarrollada por las partes y establece dos criterios: i) si existen hechos necesitados de prueba que no han sido dilucidados y ii) sólo requieren prueba los hechos alegados por las partes: las partes disponen el objeto del proceso. El juez no puede ordenar la actuación de pruebas para investigar sobre el incumplimiento de derechos no demandados (*op. cit.*, p. 129).

²⁴⁴ En la Guía de actuación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley n.º 29497, se reconoce este problema y se propone limitaciones de tipo doctrinal: i) La prueba debe limitarse a los hechos controvertidos o discutidos por las partes (no introducir hechos); ii) en el expediente deben constar las fuentes de prueba (por ejemplo, la identidad del testigo que deberá declarar) y iii) respeto del principio de contradicción (no es una prueba privilegiada); y otros que se desprenden de las disposiciones constitucionales: i) deber de motivación e ii) imparcialidad judicial (*op. cit.*, p. 130)

²⁴⁵ Esta observación es puesta de manifiesto por Monroy, para quien las pruebas de oficio procede en casos que un hecho que esté parcialmente acreditado y el juez considera que se necesita lograr una convicción respecto de aquél, entonces puede ordenar la actuación de un nuevo medio probatorio “sin perjuicio de conceder a las partes el derecho a conocer su requerimiento, a participar de su actuación y a presentar prueba complementaria o disuasoria sobre el hecho afirmado pero discutido, según fuera el caso.” (MONROY GÁLVEZ, Juan, *op. cit.*, p. 176)

²⁴⁶ La derogada Ley n.º 26636, Ley procesal del trabajo, también regulaba las pruebas de oficio de la siguiente manera: Artículo 28. Pruebas de oficio. - El Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios que considere convenientes, cuando los ofrecidos por las partes resulten insuficientes para producirle certeza y convicción.

²⁴⁷ Las conclusiones establecidas en dicho Pleno Jurisdiccional pueden consultarse en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6b5584004721d13c8a6bdb5d3cd1c288/Conclusiones+Finales+-+Pleno+Jurisdiccional+Nacional+Laboral+y+Procesal+Laboral+2018.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=6b5584004721d13c8a6bdb5d3cd1c288>

²⁴⁸ El Pleno acordó por mayoría que «De manera excepcional, es posible incorporar y valorar un medio probatorio extemporáneo. El artículo 21 de la NLPT 29497 no debe ser interpretado de una manera cerrada y restrictiva, pues lo contrario afectaría el principio de veracidad y la justicia que deben prevalecer, pues el proceso no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para el logro de los fines de la Administración de Justicia».

²⁴⁹ El Pleno acordó por mayoría «Si, es una herramienta útil para plasmar los principios de economía procesal, celeridad y veracidad, pues tanto el reenvío como la demora en la resolución de los procesos laborales desnaturaliza el espíritu del nuevo sistema procesal laboral que debe ser dinámico. La actuación de prueba de oficio en segunda instancia procede en todo caso, incluso tratándose de prueba extemporánea».

²⁵⁰ En la Guía de actuación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo Ley 29497, también se asumía dicho criterio: «Si el juez de primera instancia no ordenó la actuación de prueba de oficio, el superior jerárquico tiene la facultad de ordenarla, si la considera necesaria para llegar a la verdad real» (*op. cit.*, p. 132).

²⁵¹ El Pleno acordó por mayoría “La decisión que dispone la actuación de prueba de oficio en segunda instancia, puede ser dictada inclusive fuera de la audiencia de Vista de la Causa, si bien, de acuerdo con el caso, debe convocarse a las partes procesales a audiencia especial para la actuación de la prueba de oficio ordenada”.

una etapa probatoria²⁵² —aunque sí existe actividad probatoria²⁵³—, pero ello no impide que el juez excepcionalmente puede fijar una audiencia, para que, entre otras diligencias, actúe la nueva prueba incorporada en virtud de dicho poder. Esta posibilidad no encuentra problema en el proceso de amparo conforme al 2.º párrafo del artículo 53 CPCConst²⁵⁴. Incluso en esta audiencia se podrían considerar otros elementos de prueba que sí requieran actuación propiamente dicha o actuación diferida, siempre que sean indispensables y no provoquen una dilación innecesaria del proceso. Luego aparece la referencia a que la actuación probatoria no puede afectar la duración del proceso, exigencia que se justifica en su naturaleza sumaria y urgente²⁵⁵.

Este dispositivo legal también puede interpretarse sistemáticamente con el inciso 10 del artículo 19 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional²⁵⁶, en virtud del cual se amplía el poder probatorio en análisis no solo a los jueces constitucionales de primera y segunda instancia, sino también a los magistrados del Tribunal Constitucional²⁵⁷, siempre que se trate de actuaciones probatorias «indispensables»; es decir, para la determinación correcta y verdadera de los hechos del caso. Algo sintomático es que este texto se termina con la expresión «para mejor resolver», que es el *nomen iuris* con el que se conocía en los códigos procesales de antaño a lo que ahora es la prueba de oficio.

Pero aparte de los supuestos mencionados, no aparecen criterios de control al uso de la prueba de oficio en este contexto; por el contrario, llama la atención la referencia al hecho de que no se requiere «notificación previa», lo cual evidencia una clara restricción injustificada al contradictorio²⁵⁸, que es entendida como una garantía necesaria a este poder probatorio. Por tanto, debido a tales omisiones, si normativamente están justificadas las pruebas de oficio en el proceso constitucional, requiere necesariamente de la aplicación supletoria de las reglas, límites y criterios contenidos en el artículo 194 CPC, esto conforme a lo previsto en el artículo IX del TP del CPCConst²⁵⁹.

2.4.4.4. En el nuevo proceso penal

El proceso penal peruano no es la excepción en la atribución de prueba de oficio. El Nuevo Código Procesal Penal (en adelante NCPP) reconoce expresamente al juez penal este poder probatorio en el inciso 2 del artículo 385 de la siguiente manera:

Artículo 385.- Otros medios de prueba y prueba de oficio
2. El Juez Penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El Juez Penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes.

De este enunciado normativo se pueden desprender presupuestos para el uso de las pruebas de oficio que no aparecen en los otros procesos analizados, por lo que merecen ser analizados: i) su carácter excepcional o extraordinario, ii) puede ser a pedido de cualquiera de las partes; iii) la información o datos que se extraigan del debate judicial y que se trate de nuevos medios probatorios; iv) que la necesidad de su actuación se manifieste una vez que las partes han actuado sus medios probatorios en juicio; v) que estos sean indispensables y que sean manifiestamente útiles para el esclarecimiento de la verdad²⁶⁰.

Lo primero que se aprecia es el carácter excepcional —semejante a lo visto en el nuevo proceso laboral— que el legislador ha querido impregnar en la prueba de oficio en el proceso penal. Se sabe que la regla, por principio de aportación de parte, es que las pruebas se admiten a pedido del Ministerio Público, imputado y otros sujetos procesales (artículo 155.2 NCPP); no obstante, se deja abierta la posibilidad para pruebas de oficio (artículo 155.3 NCPP). Se trata de un supuesto de atemperamiento del referido principio, esto es, que puede ser sometido a correcciones con el fin de permitir determinadas actuaciones de oficio²⁶¹. Otra novedad en esta regulación es que la iniciativa probatoria no recae únicamente en el juzgador, sino que existe la posibilidad de que pueda ser a pedido de parte, como el Ministerio Público o la parte imputada. Supuesto que amplía el ámbito de aplicación

subjetiva de la prueba de oficio; aunque conviene precisar que en último caso es el juez quien, luego de escuchar a las partes, determinará su ejercicio o no²⁶².

También se observa que esta actuación probatoria se realizará de los datos o información que pueda advertirse del periodo del debate²⁶³, es decir, en la etapa de juzgamiento y no de circunstancias observadas en fases

²⁵² Esta limitación se justifica en: i) la materia de discusión: en estos procesos el juez no declara el derecho, sino verifica su amenaza o violación y ii) la naturaleza de proceso urgente: sumarización procedimental y cognitiva (DONAYRE, Christian. «La prueba en el proceso constitucional de habeas corpus». En *La prueba en el proceso constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2010, p. 13). Sobre las objeciones a la regla de inexistencia de una etapa probatoria en los procesos de amparo, puede verse: LÓPEZ FLORES, Berly. «Del mito de la inexistencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales de amparo: El misterio en materia laboral de despidos». En *Gaceta Constitucional*. Tomo 11. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, pp. 549-572.

²⁵³ Cfr. STC n.º 09878-2005-PHC/TC: "la actuación de los medios probatorios no se realiza en los procesos constitucionales como en los procesos judiciales ordinarios, lo que no quiere decir que en los primeros dicha actuación sea inexistente (...)". Según afirma León Florián, en todo proceso, incluido el amparo, -y así se evidencia en la jurisprudencia del TC peruano - siempre se presenta una definición sobre hechos, la cual supone una discusión, aunque sea mínima, sobre el material probatorio aportado (LEÓN FLORIÁN, Felipe. «Sobre la prueba en el proceso de amparo». En *La prueba en el proceso constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2010, p. 67.)

²⁵⁴ Artículo 53. Trámite.
[...]
Si el Juez lo considera necesario, realizará las actuaciones que considere indispensables, sin notificación previa a las partes. Inclusive, puede citar a audiencia única a las partes y a sus abogados para realizar los esclarecimientos que estime necesarios.

²⁵⁵ A decir Donayre «la posibilidad de actuar otros medios probatorios está sujeta a que ello no genere una dilación del proceso y, en consecuencia, enerve la tutela rápida y efectiva que se espera de este tipo de procesos» (DONAYRE, Christian, *op. cit.*, p. 14).

²⁵⁶ Artículo 19. Son deberes de los Magistrados del Tribunal Constitucional: 10. Disponer la actuación de medios probatorios, siempre que sean indispensables para mejor resolver.

²⁵⁷ Esta posibilidad se incrementa si lo concordamos con lo previsto en el artículo 119 CPCConst, el cual establece que: «El Tribunal puede solicitar a los poderes del Estado y a los órganos de la Administración Pública todos los informes y documentos que considere necesarios para la resolución de los procesos de su competencia. En tal caso, el Tribunal habilita un plazo para que las partes conozcan de ellos y puedan alegar lo que convenga a su derecho [...]».

²⁵⁸ Sobre esta limitación Taruffo sostiene que, si esta sumarización significa renuncia a la búsqueda de la verdad en el proceso, sacrificando otros derechos de las partes en el proceso como el contradictorio, se pervierte la finalidad de satisfacción del derecho en el caso concreto y se institucionaliza un sistema donde se habrá renunciado al ideal regulativo de justicia (TARUFFO, Michele. En *Páginas sobre justicia*. Traducción de Maximiliano Aramburo Calle. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons, 2009, pp. 282).

²⁵⁹ Artículo IX. Aplicación supletoria e integración. En caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. En defecto de las normas supletorias citadas, el Juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina.

²⁶⁰ Cfr. ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Jurisprudencia sobre la aplicación del Nuevo Código Procesal Penal*. Volumen 2. Primera edición. Lima: Academia de la Magistratura, 2012, p. 54.

²⁶¹ TALAVERA, Pablo. *La prueba en el nuevo proceso penal. Manual del derecho probatorio y de la valoración de las pruebas en el proceso penal común*. Primera Edición. Lima: Academia de la Magistratura, 2009, p. 51.

²⁶² Al parecer en la práctica jurídica este carácter de excepcionalidad es aplicada de manera disímil. Del estudio de la jurisprudencia se observa existen dos tendencias: i) jueces que rechazan la posibilidad de ofrecer prueba, puesto que consideran que tal atribución afecta el principio de imparcialidad; y, ii) jueces que admiten su actuación sin atender a su excepcionalidad, ampliando su ámbito de aplicación más allá de lo que la norma permite (ORÉ GUARDIA, Arsenio, *ob. cit.*, p. 54).

²⁶³ Se espera que el hecho que se ejercite durante el debate (en la etapa de juzgamiento), contribuya a que el Juez Penal no pretenda reemplaza la actuación probatoria de las partes, conforme queda de manifiesto en el mismo artículo en revisión.

anteriores del proceso (como la etapa intermedia)²⁶⁴. Por ende, se trataría de nueva prueba, en el sentido de que no hubiera sido ofrecida por las partes para su actuación en el juicio²⁶⁵. Situación distinta es el momento en que se puede ejercer dicha potestad, el cual se ha establecido que será «una vez culminada la recepción de las pruebas». Para la mayor precisión se ha sugerido que el artículo en mención debe ser específico y disponer «una vez culminada la actuación de los medios probatorios»²⁶⁶.

Otro aspecto que no parece quedar claro es a qué se refiere el legislador cuando requiere que los nuevos medios de pruebas a incorporar sean «manifiestamente indispensable o útiles». Sobre ello se ha dicho que la dinámica del juicio puede dar como resultado que muten o surjan hechos nuevos y relevantes para los fines de resolver y de hacer que aparezcan, por lo tanto, ulteriores medios de prueba²⁶⁷. Por esta razón, tratando de limitar los supuestos de utilización de este poder, hay quien ha puesto que la actuación de estos medios de prueba debe ejercerse «en el caso que existiera alguna controversia con la autenticidad, veracidad o integridad de alguna prueba actuada»²⁶⁸. Igualmente, de la configuración del nuevo proceso penal parece razonable que, a pesar de que no se diga en el enunciado legal examinado, su naturaleza jurídica no es de una obligación sino de una facultad que debe ejercerse prudentemente; además los nuevos elementos de prueba que se decida practicar deben ser pertinentes y lícitos²⁶⁹.

Lo que sí es manifiesto es que en el proceso penal —supuesto no previsto en otros procesos— el objetivo o propósito de la actuación de las pruebas de oficio es la necesidad de determinar que se trate de pruebas que puedan ser indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad en el proceso. En estos términos, la prueba de oficio en el proceso penal se adhiere a una concepción racional de la prueba. A pesar de que se diga que la razón de la presencia de la prueba de oficio en el NCPP responde a la tendencia de no asumir modelos acusatorios puros sino más bien mixtos, en realidad la justificación correcta es que su reconocimiento se debe al modelo y la función que asume el proceso judicial respecto de la búsqueda de la verdad, a partir de una adecuada reconstrucción de los hechos del caso.

Como vemos, después de revisar la legislación nacional sobre prueba de oficio, es que queda claro que el legislador en todos los procesos ha establecido la prueba de oficio como una facultad para que el juez pueda hacer uso de ella. Entonces, se trata de una facultad regulada, por tanto, viable en los procesos en los que se ha establecido, corresponderá establecer qué límites tiene esta facultad concedida al juez.

2.5. Principios relacionados con la prueba de oficio

La explicación y justificación (constitucional y filosófica) sobre la necesidad de repensar las pruebas de oficio, nos lleva a sostener que se trata de un poder probatorio atribuido al juez con el propósito de optimizar la calidad (y cantidad) de información y datos cognitivos a través de la recolección de nuevos elementos de prueba, que en definitiva mejorará la conformación del material probatorio a fin de una correcta reconstrucción de los hechos. Pero esta manera de razonar también genera múltiples consecuencias en el modo de entender aquellas categorías jurídicas y principios procesales que a menudo se les vincula con este particular poder probatorio.

Precisamente, en esta parte de la decisión se analizarán esas categorías jurídicas, pero no tanto desde una explicación procesal (como se acostumbra a realizar) sino se pretende un modo diferente de estudiarlas desde los criterios y métodos de la epistemología jurídica. A nuestra consideración, las instituciones en que más dificultades presenta la prueba de oficio son el principio procesal dispositivo, la imparcialidad judicial, el principio del contradictorio (o de audiencia²⁷⁰) y la carga de la prueba. Vale la pena advertir que un sector de la literatura procesal usualmente las expone como las principales razones que asumen quienes tienen una posición escéptica (y en algunos casos se opta por un rechazo total) sobre estos poderes del juez, al afirmar que podrían resultar vulneradas.

Sin embargo, intentaremos dar desde la epistemología jurídica una respuesta a estos cuestionamientos y expresar la posición de este Tribunal Supremo. Asimismo, respecto del derecho al contradictorio se parte de una

creencia positiva sobre su adecuado rol sobre las pruebas de oficio, al considerarse como uno de los parámetros de su ejercicio. No obstante, se verá en realidad que su mayor virtud es ser un adecuado complemento en relación con la búsqueda de la verdad que persigue la función institucional del proceso.

2.5.1. Principio dispositivo: distinción y compatibilidad

Si se revisa la doctrina procesal (peruana y comparada) se podrá advertir que se ha convertido en un lugar común (o tópico) sostener que el reconocimiento y la utilización de las pruebas de oficio (como manifestación del rol activo del juez) vulneraría el principio procesal dispositivo. De este modo, resulta necesario hacer algunas precisiones para comprobar si realmente es así. Con este propósito, podría resultar muy útil comenzar la réplica a esta observación revisando una cuestión histórica relevante. Veamos, a menudo se afirma que la negación a la atribución de prueba de oficio se sustenta en el brocardo jurídico *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*; pero, en realidad —a decir de Picó—, la correcta formulación sería: *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*; por el cual se buscaba poner de relieve aquellos parámetros cognoscitivos del juzgador a proyectarse en la decisión final, debiendo censurar alguna información o conocimiento privado que pudiera tener el juez sobre los hechos del caso²⁷¹.

Conforme a esta última formulación el brocardo no estaba relacionado con la posibilidad de actuar (o no) determinada prueba de oficio, sino la proscripción del juez de considerar en la decisión final hechos narrados por las partes, pero que no hayan sido probados; es decir, el respeto a la regla procesal de congruencia entre lo fundamentado en la sentencia, los hechos y los medios de prueba actuados.²⁷² Siendo así, desde esta perspectiva histórica, no habría problemas en aceptar la concurrencia del principio dispositivo con la prueba de oficio.

Además del fundamento histórico convendría analizar qué se entiende (o que su concepto) por el principio dispositivo en la literatura procesal; a fin de determinar si su sentido es realmente contrario a la prueba de oficio. Como afirma el teórico Picó i Junoy, en virtud de

²⁶⁴ Se sostiene que una forma de poder garantizar que los elementos de juicio, para accionar las pruebas de oficio, se extraigan del debate judicial —y no antes— es que el expediente judicial no esté al alcance del juez de juzgamiento, de lo contrario se inferirá ya no del debate sino de la lectura del expediente, lo que puede suponer que tal poder probatorio se convierte en la regla y no la excepción (NEYRA, JOSÉ. «Las garantías en el nuevo proceso penal peruano». En *Revista de la Maestría de Derecho Procesal*, Vol. 4, n.º 1, 2010, p. 10).

²⁶⁵ Puede tratarse de prueba sobreviviente o no, no opera en este caso la restricción contemplada en el artículo 373º.1, en razón de que como consecuencia de la actuación probatoria en juicio puede surgir la necesidad de llamar a testigos que antes no fueron considerados, por el hecho de haber sido mencionados en la audiencia como conocedores de algún hecho relevante o para contrastar la credibilidad de algún medio de prueba (TALAVERA, Pablo, *op. cit.*, p. 52)

²⁶⁶ NEYRA FLORES, José. *Manual del nuevo proceso penal & Litigación oral*. Lima: Idemsa, 2010, p. 971.

²⁶⁷ TALAVERA, Pablo, *op. cit.*, p. 52.

²⁶⁸ NEYRA FLORES, José, *op. cit.*, p. 971.

²⁶⁹ TALAVERA, Pablo, *op. cit.*, pp. 52-53.

²⁷⁰ Conviene precisar que, para muchos autores al principio del contradictorio, se le ha atribuido diversos *nomen iuris*, entre los más utilizados: bilateralidad, audiencia y contradictorio. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos de Latinoamérica es común hablar del principio procesal del contradictorio o contradicción, esto parece ser a consecuencia de la gran influencia de la doctrina procesal italiana y su *principio del contraddittorio*. Sin embargo, en no pocos países (como España y Alemania) a dicho principio se lo identifica como principio de audiencia. Para un estudio del principio de audiencia en el derecho procesal peruano: ALFARO VALVERDE, Luis. *El principio de audiencia. Evolución e influencia en el proceso civil*, Barcelona: Bosch Editor, 2014.

²⁷¹ Se sostiene que es equivocada la expresión que usualmente se utiliza la doctrina procesal, pues ha agregado la expresión *partium* (o también *apartibus*), además, se prescindió de la expresión *et non secundum conscientiam*.

²⁷² PICÓ I JUNOY, Joan. *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, 2007, pp.104-120.

este principio procesal las personas se encuentran en un estado de libertad para «disponer» de sus intereses privados y reclamarlos o no, judicialmente, en la medida que estimen oportuna²⁷³. Considerando esta noción jurídica, se estila poner en discusión si acaso las pruebas de oficio no estarían afectando, por un lado, los medios de prueba que puedan aportar las partes —en el ejercicio de su libertad—, que hayan considerado presentar al proceso; y, por el otro, el deber de escoger únicamente entre las narraciones fácticas planteadas por ellas, sin que pueda plantearse una posible tercera hipótesis. Es notorio que detrás de estas observaciones existe una convergencia de ciertas implicancias ideológicas, en especial (como se ha visto anteriormente) la adopción de un modelo de proceso judicial que tiene por finalidad exclusiva se resolver las disputas o enfrentamiento entre las partes; opción que parece seguir los modelos procesales de los sistemas del *common law*, pero no podría decir lo mismo respecto de los de tradición romano-germánica o del *civil law*, que son la mayoría de los ordenamientos de Latinoamérica, como el peruano.

Por otro lado, en las objeciones planteadas no se toma el tiempo en considerar la explicación o concepción más actualizada de este principio, que incluso para algunos tiene un reconocimiento constitucional²⁷⁴. A saber, cuando se hace mención al principio dispositivo únicamente se hace referencia a la disponibilidad sustancial de los derechos o situaciones jurídicas materiales de ventaja y no se tiene en cuenta a la función pública de la actividad jurisdiccional, la estructura del proceso judicial y las modalidades de la decisión²⁷⁵. En este sentido, autorizada doctrina advierte que se distingue entre el poder de disposición del objeto litigioso (que ciertamente es de naturaleza privada), y el control y manejo del proceso²⁷⁶. De esta manera, se distingue el principio dispositivo en *sentido material* (o principio dispositivo *propio*), que da cuenta de la disponibilidad o disposición del derecho sustancial, que comprendería el principio de la demanda, las reglas de la alegación, y el principio dispositivo en *sentido procesal* (o principio dispositivo *impropio*) por el que se reconduce a las opciones de oportunidad del legislador las modalidades de determinación de los hechos y la regulación de los poderes probatorios del juez²⁷⁷.

Luego, no sería correcto sostener que los fines del proceso judicial de la búsqueda de la verdad tengan que modificarse en relación con la naturaleza jurídica del derecho material que constituye su objeto, pero conservando su diseño básico. En realidad, siguiendo a Taruffo²⁷⁸, la cuestión de la búsqueda de la verdad (relativa, objetiva y por correspondencia) se vincula con determinada función del proceso, en particular aquella orientada a la justicia de la decisión, pero nada tiene que ver con la disponibilidad o indisponibilidad sustancial del derecho controvertido. Seguidamente, se sabe que en aquellos ordenamientos procesales en donde se ha atribuido la prueba de modo alguno ha afectado al principio dispositivo²⁷⁹ o sus manifestaciones²⁸⁰; es decir, existe cierta compatibilidad entre este poder y el principio dispositivo en *sentido material*²⁸¹. En rigor, la disposición de los medios de pruebas y la prueba de oficio pertenecen a la dimensión epistémica del proceso, pues contribuye activamente a la determinación verdadera de los hechos del proceso, sin perjuicio de la afectación de los derechos materiales de los justiciables.

Queda claro que la cualidad de disponible (o también indisponible) de las situaciones jurídicas sustantivas propuestas en el proceso judicial no tendría ninguna incidencia en la forma en que se configura el principio dispositivo en el sentido procesal y, por tanto, respecto del reconocimiento de pruebas de oficio²⁸². En otras palabras, el esquema del proceso no varía en relación con el carácter disponible (o no disponible) del derecho sustantivo. De ello se sigue que no habría problema en que a los jueces y tribunales se les reconozca la posibilidad (excepcional) de que puedan utilizar pruebas de oficio, lo que no es incompatible con el hecho de que en un proceso determinado se aborden derechos disponibles.

2.5.2. La imparcialidad: posibilidad de control

Otra de las razones muy usadas en la doctrina procesal para resistir y criticar a la prueba de oficio es que su utilización afectaría o al menos pondría en grave riesgo el principio de la imparcialidad judicial²⁸³. Sobre este argumento, se sabe que el deber de imparcialidad es

una garantía fundamental que se desprende del ejercicio de la función jurisdiccional de todo Estado y que en la actualidad se encuentra reconocido en la mayoría de las constituciones modernas. En este sentido, se afirma que el reconocimiento (y su utilización) de la referida por los tribunales implicaría cierta parcialidad con alguna de las partes; siendo así, no estaría en las condiciones necesarias que se necesitan como para valorar objetivamente el trámite y resultado de la actividad probatoria. El juzgador en el ámbito interno podría inclinarse a dar mayor credibilidad a los medios de prueba aportados por él que al de las partes, lo que pondría en peligro su imparcialidad²⁸⁴.

No obstante, frente a estos argumentos podría resultar pertinente recordar que la función activa que desempeña el juez sobre el material probatorio se encuentra epistémicamente justificado, pues su actividad está encaminada a obtener la mayor información posible para descubrir el conocimiento de la verdad. Desde esta perspectiva, no habría razón alguna para dudar de su imparcialidad al momento de utilizar la prueba de oficio y al tomar la decisión final. En este punto, resulta también explicativo tener presente que en cualquier área del conocimiento donde se desarrolle una actividad epistémica (como el caso del proceso) es natural que el investigador tenga un rol protagónico en la selección de elementos de prueba; como el caso del científico que para realizar sus experimentos debe recolectar todas las muestras que estime necesarias para lograr resultados verdaderos.

En el caso presentado, difícilmente se alegraría que como consecuencia de esta actividad el científico perdería su estabilidad mental al punto que le impida valorar

²⁷³ *Id.*, p. 99.

²⁷⁴ Sobre la constitucionalidad del principio dispositivo, puede verse: ALMAGRO NOSETE, José. «Garantías constitucionales del proceso civil». En *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, n.º 1, 1981, p. 18; RAMOS, Francisco. «La influencia de la Constitución en el Derecho Procesal Civil». En *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, n.º 1, 1983, p. 23; BERZOSA, María. «Principios del proceso». En *Justicia. Revista de Derecho Procesal* n.º 3, 1992, p. 577.

²⁷⁵ La distinción se planteó por primera vez en la doctrina procesal alemana, limitando el concepto de principio dispositivo (*Dispositionsprinzip*) al control de las partes, y el de aportación de parte (*Verhandlungsmaxime*) a la introducción y prueba de los hechos en el proceso. (PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*, p. 209).

²⁷⁶ *Ibid.*

²⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità (contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile)*. Segunda edición, Milano: Guiuffrè Editore, 1951, p. 314; CARNACINI, Tito. «Tutela giurisdizionale e tecnica del processo». En *Studi in onore de E. Redenti*, Vol. II. Milano: Guiuffrè Editore, 1951, p. 707.

²⁷⁸ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Segunda edición. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 44.

²⁷⁹ Por ejemplo, en Francia el Código Procesal Civil reconoce al juez poderes probatorios de oficio (artículo 10) y a la par regula el respeto al objeto del litigio (artículos 4 y 5) y de contradicción (artículo 16.1 primer párrafo).

²⁸⁰ Picó considera las siguientes manifestaciones: i) el inicio de la actividad jurisdiccional sólo es posible a instancia de parte, de acuerdo a los aforismas *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*; ii) la determinación del objeto del proceso corresponde únicamente a los litigantes; iii) las resoluciones judiciales deben ser congruentes con las pretensiones de las partes, siendo vigente el brocardo *ne eat iudex ultra petita partium* y iv) la finalización de la actividad jurisdiccional se atribuye en exclusiva a la voluntad de los litigantes, quienes pueden disponer libremente tanto de la *res in iudicium deductae*, mediante la renuncia, el allanamiento o la transacción, como de la continuación del proceso, a través del desistimiento o la caducidad de la instancia. (PICÓ I JUNOY, Joan. *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*, pp. 90-100)

²⁸¹ Un caso representativo de lo dicho se puede encontrar en el ordenamiento francés, ya que el CPC, asegura el respeto al principio dispositivo (arts. 1, 4 y 5) y a la par reconoce poderes probatorios de oficio al juez (artículo 10). Este modelo restablece el equilibrio y es más se ha dicho que la vigencia de su texto procesal es que los artículos 1º al 13º definen un auténtico principio de cooperación del juez y las partes en la elaboración del juicio hacia el cual está orientado el procedimiento civil (CADIET, Loïc. «El nuevo Código procesal civil francés veinticinco años después». En *Derecho*, n.º 53, Lima, 2000, p. 710).

²⁸² TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, op. cit., p. 44.

²⁸³ PICÓ I JUNOY, Joan, op. cit., p. 110.

²⁸⁴ CORDÓN MORENO, F. *Introducción al derecho procesal*. Pamplona: Eunsu, 1994, p. 142.

objetivamente sus resultados. Por tanto, no se puede comprender por qué un juez que acuerde la práctica de algún medio de prueba automáticamente no podría estar en condiciones, por ejemplo, de analizar racionalmente en su decisión final la credibilidad de los testigos que ofrezcan las partes²⁸⁵.

Por otro lado, resultaría también esclarecedor adentrarnos a las observaciones de orden psicológico sobre las pruebas de oficio en su vinculación con la imparcialidad, pues es intuitivo sostener que el uso de este generaría una incompatibilidad psicológica entre las partes y el juez²⁸⁶. Al respecto, Taruffo responde a esta crítica indicando que están basadas en nociones psicológicas «ingenuas» que parten de la creencia negativa de que al obtener informaciones sobre un hecho perdería inmediatamente la capacidad de valorar correctamente el contenido y fiabilidad de los medios de prueba²⁸⁷. El autor agrega que si bien es cierto la existencia del riesgo de las *confirmation bias* (por el que las personas tienden a confirmar aquello de lo que en primero momento se está convencido) por el que los jueces pueden estar expuestos a cierta inclinación a considerar atendibles sus iniciales impresiones sobre los hechos de la causa y por ende buscar en medios de prueba que representase las confirmaciones de sus propios prejuicios.

Pero la solución a este problema no pasa por eliminar la búsqueda de información adicional para determinar racionalmente aquello que es verdadero, sino por considerar los estudios de psicología de la decisión y criterios que ayudan a racionalizar las elecciones y a controlar los errores en los que el decisor podría incurrir²⁸⁸. En este mismo sentido, Picó i Junoy sostiene que cuando el juez utiliza dicho poder no se decanta a favor o en contra de una de las partes, pues antes de la práctica de la prueba no sabe a quién puede beneficiar o perjudicar, sino que su único objetivo es poder cumplir eficazmente la función de tutela judicial que la Constitución le asigna²⁸⁹. Si estos argumentos no son suficientes para superar los posibles problemas que se derivan de la relación entre imparcialidad y pruebas de oficio; bien podría apelarse a la revisión de los modelos comparados, ya que si aceptamos estos cuestionamientos supondría cuanto los ordenamientos procesales que (en gran mayoría) reconocen alguna forma de poderes probatorios en general serían incoherentes, pues parece un lugar común que se reconozca estos poderes y a la vez la imparcialidad. Sobre el particular, Barbosa²⁹⁰ afirmaba que esta forma de razonar lleva esta suposición hasta las últimas consecuencias lógicas, esto es, que simplemente las leyes deberían prohibir de modo absoluto cualquier iniciativa oficial sea probatoria o no, hecho que la experiencia comparada no parece respaldar.

Ergo, no existen razones sólidas para seguir considerando que exista una incompatibilidad entre el deber de imparcialidad y la prueba de oficio. Es más, desde el punto de vista de la epistemología jurídica las cosas pueden ser entendidas de manera distinta, pues si partimos del razonamiento de que la prueba de oficio responde a una necesidad de tipo epistémico, entonces resulta coherente pensar que en realidad este poder ubica al juez en una posición de imparcialidad en la búsqueda de la verdad de los hechos²⁹¹. Por lo demás, conviene tener presente —siguiendo a Ferrer²⁹²— que si bien la imparcialidad indiferencia entre las partes, pero no neutralidad entre la verdad y la falsedad, la cual requiere que se busque la verdad con independencia de a qué parte beneficie.

2.5.3. Principio del contradictorio

Como se puede constatar, la posible afectación o vulneración al principio dispositivo y al deber de imparcialidad se debe más a creencias e ideas negativas no justificadas. Es cierto que no se debe descartar la posibilidad de peligro que puede existir en la atribución de pruebas de oficio —aunque se debe precisar que este riesgo se puede presentar en todos los poderes del juzgador y no solo en los de tipo probatorio—; sin embargo, no es excluyéndolo como se puede solucionar este problema; hecho que, en la gran mayoría de los sistemas de justicia, regula la prueba de oficio, entre otros poderes probatorios. Con todo, desde una posición más mesurada se sostiene que en realidad el problema de la prueba de oficio no es tanto su reconocimiento o no, sino el de sus límites o parámetros a su ejercicio; y proponen, entre otros, al principio procesal del contradictorio²⁹³.

En efecto, siguiendo a Picó i Junoy²⁹⁴, se propone al contradictorio como un límite, entre otros, precisando que se debe respetar en todo momento del proceso, incluyendo la actividad probatoria del juez. Sin embargo, al parecer su propósito va más allá de ser un límite. Por tanto, se busca establecer al contradictorio como mecanismo de control de la prueba de oficio; lo que significa que cumple principalmente una función epistémica que, a decir de Taruffo, sería una correcta herramienta de control racional para un adecuado empleo de los poderes del juez sobre las pruebas en general y en particular sobre las pruebas de oficio²⁹⁵.

Pero centrándonos un poco en el sentido del contradictorio, a menudo es entendido únicamente desde la perspectiva de la participación de las partes en el proceso, que en el escenario probatorio se proyecta; por ejemplo, en la práctica de la prueba de la declaración de testigos sometidos al cuestionamiento de las partes. Esto con la finalidad de ejercer cierto control al razonamiento probatorio del juez, que permita mejorar la valoración del contenido y la calidad de los medios de prueba. Esta tarea, que puede catalogarse como función epistémica, se logrará en la medida que las partes ejerzan adecuadamente el contradictorio en la práctica de las pruebas²⁹⁶, de lo contrario carecería de sentido el reconocimiento del contradictorio a las partes si estas no lo ejercen en la actuación de las pruebas. Esto a pesar de que, como se sabe, el contradictorio agota su función con la posibilidad efectiva (legalmente reconocida y respetada por el juez) que tienen las partes y no a la efectiva participación. Esta explicación representa al contradictorio desde una perspectiva lógico-formal, centrada especialmente en la participación de las partes y descomprometiendo al juez, como una suerte de acción y reacción a los argumentos (y pruebas) contrarios de las partes. Esta visión es conocida también como contradictorio en sentido débil (*contraddittorio sensa debile*)²⁹⁷.

Desde esta perspectiva, por ejemplo, las partes procesales en ejercicio de dicho principio pueden controlar la relevancia de la prueba incorporada de oficio, pudiendo aportar pruebas contrarias o diferentes respecto de las dispuestas por el juez; además, podrían discutir el resultado y el valor de esas pruebas²⁹⁸. El contradictorio puede funcionar como un mecanismo de frenos y contrapesos que permitan maximizar los derechos de las partes y la prueba de oficio. El propósito epistémico final será garantizar que la adquisición de los datos cognoscitivos sea lo más completa y lo más racional posible. Efectivamente, existe un compromiso epistémico de la prueba de oficio destinado a mejorar la conformación del material probatorio a través

²⁸⁵ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 201.

²⁸⁶ LIEBMAN, Enrico. *Manuale di diritto processuale civile*. Tomo II. Cuarta edición. Milano: Giuffrè Editore, 1984, pp. 84-85. Cfr. REDENTI, E. *Diritto processuale civile*. Tomo II. Milano: Giuffrè Editore, 1957, p. 33.

²⁸⁷ TARUFFO, Michele. *La prueba*, p. 181.

²⁸⁸ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 202.

²⁸⁹ PICÓ I JUNOY, Joan, *op. cit.*, p. 112.

²⁹⁰ BARBOSA MOREIRA, J., «Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba». En *Libro Homenaje a Jaime Guasp*. Granada: Comares, 1984, p. 156.

²⁹¹ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 202.

²⁹² FERRER BELTRÁN, Jordi. «Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso», *op. cit.*, p. 91.

²⁹³ Para un estudio histórico sobre el principio del contradictorio, puede verse: PICARDI, Nicola. «Audiatur et altera pars. Le matrici storico-culturali del contraddittorio», *op. cit.*, pp. 7 ss.

²⁹⁴ PICÓ I JUNOY, Joan, *op. cit.*, p. 118.

²⁹⁵ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, p. 201.

²⁹⁶ VÁZQUEZ, Carmen, *op. cit.*, p. 32.

²⁹⁷ Cfr. PICARDI, Nicola, «El principio del contraddittorio», *op. cit.*, pp. 673-681.

²⁹⁸ Comiglio y otros afirman que el ejercicio de dicho poder por parte del juez no puede dejar de lado la fundamental garantía del contradictorio de las partes (COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado y TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile. Il processo ordinario di cognizione. I. Il processo ordinario di cognizione* Quinta edición. Bologna: il Mulino, 2011, p. 470, citado por ALFARO VALVERDE, Luis. «Justificación epistémica de los poderes probatorios del juez», *op. cit.*, p. 193.

de la mayor cantidad de información, de ello se sigue que la articulación del contradictorio permitiría maximizar (en calidad y cantidad) datos cognoscitivos que sean necesarios para la toma de la decisión final²⁹⁹. A pesar de lo dicho, conviene dejar en claro que el contradictorio no solo funciona como un adecuado medio de control de las partes, sino también como un instrumento cognoscitivo para el mismo juez. Por ejemplo, en la práctica o actuación de la prueba, en virtud del contradictorio el juez puede obtener más información sobre las pruebas que le han sido presentadas inicialmente y con las cuales puede tomar decisiones mejor fundadas³⁰⁰.

Lo dicho se puede entender como la puesta en práctica del principio del contradictorio —como diría Picardi³⁰¹— en sentido fuerte o *contradictorio en senso forte*, que no se limita a la única actividad de control entre las partes (incluyendo a las pruebas presentadas por ellas), sino que exige también la participación del juez durante todo el procedimiento en general y en particular la actividad probatoria mediante la prueba de oficio. De esta manera, queda demostrado que el principio del contradictorio cumple un papel importante en la función epistémica en la prueba de oficio, pues permite saber el grado de acercamiento o alejamiento de la búsqueda de la verdad.

2.5.4. Interés privado: proceso civil

Quizá el argumento más utilizado —de manera intuitiva— para objetar la prueba de oficio, especialmente cuando estamos en un escenario de proceso civil (y en general en los procesos no penales), es que el interés o situación jurídica material es de naturaleza privada, por lo que los justiciables deben ser libres en su disposición o determinación³⁰². En otras palabras, al ser las partes titulares de los derechos materia de controversia son libres en su disposición de presentarlo o no al proceso. De tal manera que —según De la Oliva Santos— reconocer al juzgador civil cierta iniciativa de tipo probatorio no es armónico con la idea de que (excepto que el proceso civil tenga por objeto casos en que esté implicado un interés general o público), lo prudente y razonable es que sean las partes o los sujetos interesados los protagonistas del esfuerzo de alegaciones y prueba, puesto que son bienes jurídicos suyos los que están en debate³⁰³.

No obstante, como respuesta a estos cuestionamientos conviene tener en cuenta, con Picó i Junoy, que si bien es cierto que el objeto materia de controversia en el proceso civil tiene, por regla general, un carácter disponible o privado, ello no significa necesariamente que estas cualidades deban también decirse del proceso civil. En realidad, el modo de desarrollarse no pertenece a los litigantes sino propiamente al Estado, quien es el titular de la función jurisdiccional, que se sirve del proceso como instrumento para garantizar la efectividad de esta función³⁰⁴. Queda claro que las observaciones formuladas se sustentan en versiones ya dejadas de lado en el contexto del proceso civil, que concibe al proceso como un negocio particular y con un fin privado: la defensa de los intereses personales³⁰⁵. Se trata de concepciones denominadas «privatistas» del proceso que desde hace mucho han quedado superadas en favor de una visión comprometida con los derechos fundamentales procesales de las partes y del rol garantizador que tiene el Estado en el ejercicio de la función jurisdiccional, lo que supone la atribución de poderes probatorios como el de la prueba de prueba³⁰⁶.

A la crítica analizada también se le agrega la cuestión —de orden más práctico que teórico— relativa al interés que tienen las partes en decisiones que les sean favorables a sus pretensiones, lo que supuestamente sería incompatible con la prueba de oficio; pues serían los justiciables quienes mejor defienden sus intereses y, en consecuencia, nadie mejor que ellos para conocer las pruebas acreditativas de la certeza de sus alegaciones. Sobre este punto, De la Oliva Santos manifiesta que a menudo las partes están en mejores condiciones para lograr un resultado de certeza sobre los hechos relevantes para la decisión jurisdiccional que se requiera en cada caso³⁰⁷. Sin embargo, estos argumentos no justifican o explican de modo alguno el por qué además de las partes el juez no pueda desarrollar una actividad probatoria³⁰⁸. Es cierto que las partes procesales (con la asesoría de sus abogados) pueden estar más preparadas para aportar al proceso el material probatorio necesario, de ninguna manera no explica que se omita o excluya de esta actividad probatoria al juez, quien podría utilizar algunas

de las pruebas de oficio sin ningún problema, buscando siempre —como ya se puntualizó— llegar a determinar la verdad de los hechos afirmados por las partes.

2.5.5. Carga de la prueba: compatible con pruebas de oficio

Finalmente, otro de los argumentos por los que usualmente se refuta la prueba de oficio es también porque su uso supuestamente afectaría categóricamente la carga de la prueba (*onus probandi*). Sin embargo, hay quienes han sostenido que este razonamiento resulta dogmáticamente incorrecto, ya que las reglas de la carga de la prueba operan en un momento posterior a la aportación del material probatorio, es decir, al dictar la decisión final³⁰⁹. Es posible que estas objeciones se deban a la confusión entre los diversos sentidos que se le reconoce a esta institución: carga de la prueba en sentido estricto (o clásico) y carga de producción (o aportación) de la prueba. Siendo así, sería necesario examinar si realmente existe tal afectación o es que se trataría una vez más de una creencia negativa injustificada.

Pero veamos, la carga de la prueba en sentido estricto —en su versión clásica en la doctrina procesal del *civil law*— parte de aquella situación en la que los enunciados de las hipótesis fácticas no han sido debidamente confirmados (con las pruebas presentadas) como para alcanzar el grado de suficiencia que les permita ser considerados verdaderos. Para dar solución a este problema se utiliza esta carga (como una regla de juicio o de decisión) en virtud de la cual quien no demuestra la verdad de las versiones de los hechos simplemente pierde el caso. En otras palabras, el juzgador de los hechos establece las consecuencias de la ausencia o insuficiencia de pruebas de los hechos, decidiendo en su contra. Rosenberg sostenía que con relación a la cuestión de ¿cómo decide el juez ante semejante caso?, se descarta la posibilidad de que el juez llegue a un *non liquet* con respecto a la cuestión de derecho a causa de la duda respecto a la situación de hecho, debiendo necesariamente negar o aceptar las consecuencias jurídicas que son el objeto del pedido de la demanda³¹⁰. Sobre el particular, Ferrer sostiene que a través de esta regla los sistemas de justicia intentan resolver la cuestión ¿quién debería ganar si con

²⁹⁹ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, op. cit., p. 202.

³⁰⁰ VÁZQUEZ, Carmen, op. cit., p. 33.

³⁰¹ PICARDI, Nicola, op. cit., p. 675.

³⁰² Cfr. MONTERO AROCA, Juan. «El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria». En MONTERO AROCA, Juan. *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 142.

³⁰³ DE LA OLIVA, Andrés. *Derecho Procesal Civil*. Tercera edición. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 1992, p. 277. De igual modo, vid. MONTERO AROCA, J. «El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria». En Montero Aroca, J. (coord.). «Proceso civil e ideología». Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 142.

³⁰⁴ PICÓ I JUNOY, Joan, op. cit., pp. 104-105.

³⁰⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. «La iniciativa probatoria del juez en el proceso contemporáneo». En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, n.º 4, 1967, p. 68. Cfr. MARTÍN OSTOS, José. *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil*. Madrid: Montecorvo, 1981, p. 164.

³⁰⁶ Es de la misma idea Calamandrei, cuando sostiene que es de la jurisdicción en materia civil (como parte de la función pública), se deriva la necesidad técnica de dar al juez todos los poderes necesarios para cooperar activamente a la satisfacción del interés público que también en el proceso civil está en juego. Además, el juez debe estar en todo caso provisto de los poderes indispensables para administrar la justicia de un modo activo, rápido y seguro: no vale objetar que cuando la materia de la contienda pertenece al derecho privado también la marcha del proceso se puede considerar como negocio privado, por el contrario también en los procesos sobre controversias de derecho privado entra en juego, tan pronto como se invoca la intervención del juez, el interés eminentemente público que es la recta y solicita aplicación de la ley al caso concreto. (CALAMADREI, Piero. *Instituciones del derecho procesal civil*, Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, p. 395).

³⁰⁷ De la Oliva Santos, Andrés, op. cit., p. 277.

³⁰⁸ GUASP, Jaime. *El juez y los hechos en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1943, p. 12.

³⁰⁹ PICÓ I JUNOY, Joan, op. cit., p. 108.

³¹⁰ ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Traducción al castellano de E. Krotoschin. Segunda edición. Buenos Aires: B. de F., 2002, p. 16)

los medios de pruebas disponibles no se alcanza el nivel de prueba suficiente?, o viceversa, ¿quién debería perder si no hay prueba suficiente?³¹¹

Esta regla se puede apreciar en relaciones interpersonales y en especial el contexto judicial, en donde sería injusto que se aceptara que una demanda pueda ser estimada sin que esté demostrada la verdad de los hechos que ha alegado. Se debe aclarar que en virtud de esta regla se intenta resolver el problema relacionado a qué parte asume el riesgo de la falta de prueba de un hecho alegado. Como se aprecia, se muestra una función epistémica de la carga de la prueba, pues estaría orientada a exigir a quien alega un hecho la carga de demostrar con pruebas que ese enunciado ocurrió verdaderamente; de lo contrario, perdería el caso. Esta regla —como sostiene Taruffo— está dirigida a favorecer la determinación de la verdad y a lograr que la decisión final se funde en esa determinación³¹².

En rigor estamos frente a una genuina regla de desempate, que se sustenta en el conocido brocardo *onus probandi incumbit ei qui dicit* y está pensada en que sea prevista *a priori* por el legislador a fin de que las partes conozcan anticipadamente las reglas de juego que resolverán en definitiva ante una situación de insuficiencia (o ausencia) probatoria de los hechos alegados. Al respecto, Serra Dominguez afirma que la carga de la prueba es totalmente independiente del carácter disponible del proceso, pues los principios sobre los que se sustenta operan únicamente en el momento de la sentencia, careciendo de relevancia jurídica con anterioridad. Así, la carga de la prueba entendida como regla de decisión por la manera como ha sido diseñada, el momento en el que se utiliza y la finalidad que persigue, para nada resultaría afectada con la prueba de oficio³¹³.

Sin embargo, con relación a la denominada carga de producción de la prueba, la situación es distinta, pues se sustenta en el deber de aportar determinadas pruebas al proceso. Lo que se trata es de responder a la cuestión de ¿quién debe ofrecer el elemento de prueba en un caso concreto?, indistintamente de lo que acontezca al momento de la decisión final. En términos sencillos, se trata de saber ¿quién debe aportar prueba al proceso?³¹⁴. Siendo así, la carga de la prueba cumple una función subjetiva, consistente en una regla de organización de la actividad probatoria de las partes, con el propósito de estimular a las partes a fin de que produzcan o presenten medios de prueba que demuestren sus alegaciones.

Se trata de identificar la actividad que pueden desempeñar las partes, lo que no asegura que esté orientada al descubrimiento de la verdad de los hechos del caso. De hecho, las partes pueden buscar ganar el proceso con independencia de que la decisión se funde en la verdad de los hechos³¹⁵. Pero, siguiendo a Taruffo, si el proceso está orientado epistémicamente (orientado hacia la búsqueda de la verdad), eso ocurre no obstante las actuaciones defensivas que desarrollan las partes³¹⁶. Por tanto, no existen razones fuertes para considerar una vulneración a la carga de la prueba; por el contrario, se puede observar cierta compatibilidad, en tanto que bajo el significado explicado sería justificado atribuir al juez esta iniciativa probatoria con el objetivo de mejorar el material probatorio.

2.6. Límites para el ejercicio de la prueba de oficio

2.6.1. Justificación de sus límites

El problema contemporáneo sobre la prueba de oficio en los ordenamientos jurídicos está centrado en la determinación de sus límites, que marcan los contornos para su adecuado ejercicio en el proceso judicial. Toda forma de ejercicio del poder en una determinada comunidad requiere de cierta demarcación, a fin de que sus actos no terminen convirtiéndose o viéndose como decisiones arbitrarias. Estos límites funcionan como criterios que permiten a los destinatarios de las decisiones ejercer un control sobre ellos; en el derecho esta posibilidad de intervención de los ciudadanos se constituye en una característica de un Estado constitucional. El valor de la democracia no se agota en el simple acto del sufragio cada cierto tiempo, es necesario además un control de las actuaciones o decisiones del detentador del poder. En el ámbito del Poder Judicial, la situación no puede ser distinta, por lo que se hace necesario que los justiciables o partes procesales puedan ejercer un control previo de las

decisiones de los jueces. El ejercicio del poder probatorio del juez en examen es un caso particular del contexto descrito; esto sin perjuicio del propósito epistémico que persigue respecto de la búsqueda de la verdad de los hechos.

Sin embargo, cuando se han revisado los artículos relacionados con la prueba de oficio en los textos procesales (NLPT, TUO del PCA, CP Const. y NCPP), se han puesto en evidencia las deficiencias normativas en varios aspectos, en especial sobre los límites de este poder probatorio. En el proceso civil, en la regulación de la prueba de oficio (artículo 194 CPC) con la reforma legal (Ley n.º 30293)³¹⁷ se establecieron relevantes cambios sobre estos parámetros, hecho que significa un gran avance en comparación con otros procesos, aunque en realidad esta mejora no parece haber reducido los problemas en la práctica judicial³¹⁸. Esta cuestión sobre la norma legal se proyecta en el contexto de las decisiones judiciales, en donde el juzgador a menudo hace un uso ilimitado de este poder, tal como hemos visto en el análisis jurisprudencial de la prueba de oficio. Hecho que las Cortes Superiores están tratando de frenar a través de los acuerdos establecidos en Plenos Jurisdiccionales. Por tanto, existe una preocupación sobre la necesidad de fijar algunos parámetros que funcionen como criterios de aplicación para el juez y para conocimiento *a priori* de los destinatarios de las decisiones.

Por el contrario, la literatura jurídica comparada y nacional³¹⁹, con mejor criterio, ha advertido la necesidad de establecer parámetros en la regulación y ejercicio de la prueba de oficio. Es del mismo criterio Picó, cuando afirma que este poder no puede ser ilimitado, puesto que puede entrar en conflicto con derechos y valoración constitucionales que merecen ser protegidos³²⁰. Aunque la idea principal es, siguiendo a Cerdón Moreno, buscar el punto de equilibrio entre los poderes de las partes y los que el juez debe poseer para evitar quedar vinculado por las actividades fraudulentas, ilícitas o inútiles de las partes³²¹. Si se parte de la premisa de que la decisión judicial debe alcanzar decisiones justas o verídicas, la prueba de oficio es un instrumento que precisamente coadyuva o maximiza dicho resultado.

³¹¹ FERRER BELTRÁN, Jordi, *op. cit.*, p. 102.

³¹² TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, *op. cit.*, pp. 254-255.

³¹³ EN ALBALADEJO, Manuel (coord.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XVI, Vol. 2. Segunda edición. Madrid: Edersa, 1991, p. 54.

³¹⁴ VÁZQUEZ, Carmen, *op. cit.* p. 36.

³¹⁵ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, *op. cit.* p. 194.

³¹⁶ *Id.*, p. 195.

³¹⁷ Ley promulgada el 27/12/2015 y publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 28/01/2015.

³¹⁸ Hurtado sostiene que «la problemática que presenta la prueba de oficio en los tribunales de justicia toma mayor trascendencia a partir de la modificatoria del artículo 194 del Código Procesal Civil» (HURTADO, Martín. «La prueba de oficio a partir de la modificatoria del artículo 194 del código procesal civil». En *Revista Oficial del Poder Judicial*. Vol. 8, n.º 10, 2016, p. 408).

³¹⁹ En la doctrina procesal peruana, antes de la reforma, puede verse: Cfr. LEDESMA NARVAEZ, Marianella. «La prueba de oficio en el sistema dispositivo». En *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica, agosto de 1999, pp. 19-22. ARIANO DEHO, Eugenia. «Prueba de oficio y preclusión». En *Diálogo con la jurisprudencia*, n.º 30. Lima: Gaceta Jurídica, 2001, pp. 94-105; COAGUILA VALDIVIA, Jaime Francisco. «La prueba de oficio en el proceso civil». En: *Cuadernos Jurisprudenciales*, n.º 42, Lima: Gaceta Jurídica, diciembre de 2004, pp. 8-9; OBANDO BLANCO, Roberto. «Constitucionalidad de la iniciativa probatoria del juez en la proposición de la prueba de oficio en el proceso civil». En *JUS. Doctrina & Práctica*. Lima: Grijley, octubre de 2007, p. 191; ABANTO TORRES, Jaime. «La prueba de oficio en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Los vaivenes entre los deberes y las facultades del juzgador, la jerarquía y la independencia judicial». En *JUS. Doctrina & Práctica*. Lima: Grijley, 2007, pp. 248-254; ALFARO VALVERDE, Luis. «Reflexiones sobre la iniciativa probatoria del juez en el derecho procesal civil peruano». En *Revista Jurídica del Perú*, n.º 91. Lima: Normas legales, 2008, pp. 358-359, entre otros.

³²⁰ PICÓ I JUNOY, Joan. «La iniciativa probatoria del juez civil: un debate mal planteado». En *Revista Oficial del Poder Judicial*, Vol. 2, n.º 1, 2008, p. 320.

³²¹ CORDÓN MORENO, F. «En torno a los poderes de dirección del juez civil». En *Revista de Derecho Privado*, 1979, n.º 9, p. 816.

No se trata de enfatizar el papel de las partes en lugar del papel del juez o viceversa, sino sumar los derechos y las facultades de las partes, con los poderes del juez, concibiéndolos como mecanismos que convergen hacia la recolección de todos los medios de prueba disponibles³²². Con este propósito, son diversos —y sin mucho orden— los criterios propuestos en la doctrina, por lo que podría resultar más ilustrativo distinguirlos con relación a su origen o de dónde provienen: límites constitucionales y límites legales-procesales. Considerando la tendencia de constitucionalización de los derechos y del derecho procesal, estos criterios no solo deben provenir de la ley, sino también de la norma de rango constitucional, en donde se establecen derechos fundamentales de tipo procesal.

2.6.2. Límites legales-procesales

2.6.2.1. Excepcional: poder complementario

La regla general respecto de la aportación de los elementos de prueba al proceso es que sean las partes quienes se encarguen de hacerlo. Basta recordar que el principio dispositivo tiene como propósito poner a disposición de las partes el proceso judicial para que, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, hagan valer sus intereses privados³²³. También el principio de aportación de parte, que rige en el proceso civil, hace referencia a la potestad de las partes de alegar datos fácticos de la realidad discutida del proceso, así como proponer la prueba de tales elementos³²⁴. Este principio tiene un carácter técnico, en el que la iniciativa de los jueces se constriñe a la voluntad de las partes³²⁵. Al respecto, Taruffo afirma que la disponibilidad de las pruebas pertenece a la dimensión epistémica del procedimiento, esto es, a la técnica del proceso, y no al principio dispositivo en sentido estricto³²⁶.

A pesar de ello, el legislador procesal ha establecido la posibilidad de que el juez también pueda acordar la posibilidad de incorporar un nuevo elemento de prueba a partir de este poder probatorio de oficio. El derecho de prueba no significa atribuir a los justiciables el monopolio exclusivo en materia probatoria, pues existe la posibilidad de cierta iniciativa probatoria al juez. La iniciativa probatoria de oficio completa la iniciativa de las partes, teniendo la primera un carácter meramente facultativo, eventual y limitado³²⁷. Pero se debe precisar que se trata de una facultad excepcional o extraordinaria³²⁸, que tiene un carácter restrictivo y complementario a la responsabilidad de las partes de intentar acreditar las alegaciones de los hechos narrados en el proceso. Este poder probatorio no puede suplir la iniciativa de las partes, ya que no busca reservar exclusivamente al juez la facultad de proponer prueba, sino una protección al principio de aportación de parte; esto sin considerar los límites a los que está expuesto su ejercicio, como el que es materia de este análisis³²⁹. Este parámetro también puede entenderse en el sentido de que los jueces no pueden —ni deben— utilizar la prueba de oficio como primera opción o como una decisión ordinaria para incorporar pruebas al proceso, son las partes los primeros convocados a intentar demostrar sus alegaciones sobre los hechos³³⁰.

Ergo, en ningún caso debe suponer la suplantación de funciones que le son propias de los abogados de las partes en su proposición de prueba³³¹. Por ello, algunos consideran que se trata de una integración, dado que no pretende sustituir, ni enmendar, ni suplir la iniciativa probatoria de las partes, sino completarla³³². La función del juez no es asumir la posición de las partes en la producción de los medios de prueba³³³, pues si son exitosas en tal labor, el juez no podrá hacer uso en absoluto de esta prueba de oficio. Como afirma Taruffo: «solo cuando la actividad de una de las partes, o ambas, no resulta suficiente en la presentación de prueba para establecer la verdad de los hechos que el Tribunal debiera jugar su rol activo»³³⁴. En el caso del sistema español, respecto de las diligencias finales, Ortells afirma que «si las partes han sido diligentes en la proposición y práctica de los medios de prueba y su iniciativa se ha visto frustrada por causas ajenas a su voluntad, el juez ha de hacer lo necesario para la práctica —in extremis, como diligencias finales— de los medios de prueba fallidos»³³⁵.

En el caso del proceso civil peruano, si bien este criterio legal-procesal no estaba expresamente previsto en la versión inicial del artículo 194 CPC, lo cierto es que la doctrina ya venía postulando y proponiendo dicho límite a

la prueba de oficio³³⁶. No es sino a partir de la reforma de la Ley n.º 30293, que se incorporó expresamente; ahora es posible advertir como frase inicial de la referida disposición normativa la expresión «Excepcionalmente...». Criterio que por cierto ya se encontraba regulado mucho antes en el proceso laboral, específicamente en el artículo 22 de la NLPT, como anteriormente se ha analizado. Pero también suceden otros ordenamientos comparados, como afirma Alfaro, el criterio de excepcionalidad parece ser la forma más generalizada en la mayoría de modelos comparados que reconocen esta iniciativa probatoria del juez³³⁷, por ejemplo, cuando se regula las diligencias finales de la LEC española.³³⁸

Aun cuando la prueba de oficio es excepcional, no debe perderse de vista que además del artículo 194 tantas veces mencionado, tenemos que en el proceso de interdicto de retener, aunque pocas veces se advierta, existe una manifestación de la prueba de oficio, especialmente cuando se regula que el juez, admitida la demanda, debe practicar una inspección judicial y designar a peritos

³²² TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justicia civil*, p. 363.

³²³ PICÓ I JUNOY, Joan. *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*, pp. 99-101.

³²⁴ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Segunda edición. Madrid: Editorial Civitas, 2002, p. 27. Para el autor las partes deciden que hechos quedan en valor de controvertidos, al ser ellas mismas la que poseen la facultad de admitir los existentes alegados por la parte contraria, quedando el juez obligado a no desconocerlos.

³²⁵ PICÓ I JUNOY, Joan, *op. cit.*, pp. 101-102.

³²⁶ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*, p. 200.

³²⁷ ABEL LLUCH, Xavier, *op. cit.*, p. 164.

³²⁸ Hurtado considera que esta situación de excepcionalidad se relaciona directamente con la insuficiencia de prueba, vinculada a una situación de incertidumbre por ausencia de pruebas. (HURTADO, Martín, *op. cit.*, p. 411).

³²⁹ ABEL LLUCH, Xavier, *op. cit.*, pp. 289-290.

³³⁰ En la doctrina nacional, Velázquez afirma que prueba de oficio es excepcional, alternativa o subordinada. (VELÁZQUEZ, Raffo. «Líneas generales de las “pruebas de oficio”. ¿Por qué, dónde, cuándo y cómo usarlas?». En *Gaceta civil & Procesal Civil*, n.º 22, 2015, pp. 249-271).

³³¹ Vale la pena indicar que, desde el punto de vista procesal, la aportación *ex officio iudicis* siempre será cronológicamente posterior a la aportación de parte. (ABEL LLUCH, Xavier, *op. cit.*, pp. 166-167)

³³² ABEL LLUCH, Xavier. «Las facultades directivas del juez en la audiencia previa: con respecto a la función conciliatoria y con respecto a la facultad judicial de integración probatoria». En *Cuadernos Digitales de Formación*, Año 2009, n.º 8, p.24.

³³³ Trocker afirma que las partes tienen un derecho garantizado constitucionalmente para presentar o proponer los medios de prueba que consideren útiles para la reconstrucción de la verdad del juicio y para demostrar la validez de sus reclamaciones, pero no tienen derecho a que el magistrado asuma efectivamente tales pruebas. (TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè Editore, 1974, p. 512, citado por RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María. «Precisiones constitucionales sobre los poderes de instrucción que tiene el juez». En *Diálogos de Saberes*, n.º 30, enero-junio de 2009, p. 282).

³³⁴ TARUFFO, Michele. «Investigación judicial y producción de prueba por las partes». En *Revista de Derecho*, Vol. XV, 2003, p. 211.

³³⁵ ORTELLS, Manuel: «Me inclino por el juez activo en la Dirección del Proceso». En *Hacia una Nueva Justicia Civil*, Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia, n.º 7, año 4, 2005, p. 50.

³³⁶ Cfr. ABANTO TORRES, Jaime, *op. cit.*, pp. 249 y 261; ALFARO, LUIS. «Reflexiones sobre la iniciativa probatoria del juez en el derecho procesal civil peruano». En: *Revista Jurídica del Perú*, N. 91. Lima: Normas Legales, 2008, p. 358, entre otros autores.

³³⁷ ALFARO VALVERDE, LUIS. *La iniciativa probatoria del juez. Racionalidad de la prueba de oficio*. Lima: Grijley, 2017, p. 195.

³³⁸ Artículo 435: Diligencias finales. Procedencia.

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

(artículo 606³³⁹). Desde luego, deja abierta la posibilidad de que también se actúen otros medios de prueba que considere pertinentes.

Lo que se pretende rescatar es que el proceso civil peruano no es ajeno a la posibilidad de que —a modo de sugerencia y para coadyuvar a su pertinencia— se proponga de manera concreta alguna prueba (ingresada de oficio al proceso) que pueda resultar pertinente para el esclarecimiento en determinadas materias o situaciones jurídicas sustantivas. No se pretende proponer algún tipo de prueba (de oficio) de estilo tasado (o «prueba legal») que irreflexivamente vincule a los jueces; pero es innegable que hay medios de prueba que tienen mejor rendimiento o utilidad en relación con determinadas materias o situaciones jurídicas sustantivas, lo que no significa que se dejen de usar otros elementos de prueba. En realidad, lo que se busca es garantizar que estas nuevas pruebas puedan lograr una mayor eficacia respecto a la incertidumbre que genera la insuficiencia probatoria en algunos casos judiciales.

2.6.2.2. Pertinencia: hechos controvertidos

Es sabido que los elementos de pruebas aportados por las partes deben tener relación con el tema o hechos materia de controversia, supuesto que usualmente se denomina pertinencia; es decir, los medios de prueba presentados por los justiciables a través de sus abogados deben tener una especial relación con la cuestión en disputa; caso contrario, podrían estar expuestos a su rechazo por impertinentes, conforme al juicio de admisibilidad que realiza el juez en la fase preliminar del proceso. Dado que el uso del poder probatorio de oficio supone la incorporación de un nuevo elemento de prueba al proceso, parece razonable que la misma exigencia de las partes también se proyecte al juez. Lo que significa que los tribunales que quieran utilizar pruebas de oficio no pueden hacerlo respecto de los hechos que les parezcan convenientes, sino propiamente deben estar circunscritos necesariamente a las cuestiones controvertidas.

Queda claro que, en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte, cual sea el medio de prueba que el juez decida incorporar al proceso debe, necesariamente, limitarse a los hechos controvertidos o discutidos por las partes. Este criterio de aplicación es relevante porque demarca el ámbito objetivo sobre el cual se puede actuar la prueba de oficio, límite que es fijado por las partes; son ellas quienes deben traer al proceso el material fáctico que fundamenta sus respectivas pretensiones, de modo que el tribunal no puede llevar a cabo ninguna actividad, como el uso de la prueba de oficio, tendente a aportar hechos no alegados por las partes, ni resolver alterándolos, so pena de incurrir la sentencia en un vicio de incongruencia³⁴⁰, tal como lo establece el artículo 121 *in fine* del CPC³⁴¹.

Este supuesto también tiene una importancia práctica, ya que como hemos advertido al analizar la prueba de oficio en la jurisprudencia, se observa que el uso de este poder no siempre está destinado a propósitos epistémicos de búsqueda de la verdad en el proceso. La pertinencia es un límite que, entre otros parámetros analizados, puede evitar que el ejercicio de la prueba de oficio se convierta en un pretexto más para no querer emitir un pronunciamiento sobre el mérito, como en los casos complejos, que por la cantidad de pretensiones, pruebas y sujetos requieran mayor detenimiento y tiempo en su resolución. Además, ese límite puede evitar la reprochable práctica judicial de emplear la prueba de oficio en múltiples oportunidades durante el proceso o cuando se incorpora un nuevo elemento sin la menor relevancia para la correcta determinación de los hechos del caso. Por ejemplo, en el caso de la disposición de pericia como prueba de oficio, según Abanto, no en pocos casos es utilizado con mero afán dilatorio y que luego se prescinde de este medio de prueba, por lo que insistir en su actuación es un premio a los litigantes y abogados de mala fe³⁴².

En todos estos casos, la falta de pertinencia provoca una trágica dilación innecesaria del procedimiento y con ella de la justicia, que es justamente uno de los males que se intenta frenar con esta decisión. En el ordenamiento procesal civil peruano, el criterio de pertinencia no estaba previsto en la versión inicial del artículo 194 CPC, fue añadido recién a partir de la reforma prevista en la Ley n.º 30293, publicada el 28 diciembre de 2014.

2.6.2.3. Fuentes de prueba: hechos alegados por las partes

De conformidad con el principio de aportación de parte, la alegación de los hechos descritos en el proceso es el

resultado de la labor de las partes en el proceso. Son ellas quienes tienen la carga de alegación de las situaciones fácticas que solventan sus pretensiones. Hechos que se realizan en el mundo externo y anterior al proceso que son traídos por las partes a conocimiento del juez. E este fenómeno la doctrina procesal usualmente lo denomina fuente de prueba. Es una categoría extrajurídica, porque existe en un plano no jurídico, es decir, que acontece en la realidad externa del mundo y que el juez desconoce por completo, al menos no hasta que revisa la demanda y la contestación de demanda; a diferencia del concepto de medio de prueba que es eminentemente procesal, pues esta da cuenta de la forma o manera como puede ser presentado al proceso. Alfaro sostiene que con este límite «se intenta evitar que los jueces puedan utilizar su conocimiento privado al margen de los resultados que aparecen o se advierten de los fundamentos de hecho, sea de la demanda o de su contestación»³⁴³.

El criterio de fuente de prueba como un límite de actuación de la prueba de oficio, puede eliminar la posibilidad de que el juez ingrese un nuevo elemento de prueba sobre la base de hechos no alegados por las partes, por ejemplo, que hayan sido descritos o mencionados de manera directa o indirecta en su demanda o contestación de demanda. De esta manera, el órgano jurisdiccional no podrá llevar a cabo ninguna actividad que tenga como objetivo investigar o aportar hechos no alegados por las partes, ya que podría incurrir en un vicio de incongruencia³⁴⁴. Caso contrario, como afirma Montero, si el juez pudiera aportar hechos, atentaría contra 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 de este, de modo que si llegara a admitirse esa aportación, se convertiría en parcial³⁴⁵.

Vemos que es fundamental (*conditio sine qua non*) que consten en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tiene lugar la posterior actividad probatoria del juez, por ejemplo, que en la demanda o en la contestación conste la identidad del testigo que deberá declarar. Solo de esta forma se evita que el juez utilice el «conocimiento privado» al margen de los resultados que figuran en los autos. Uno de los beneficios de este límite es que tiende a garantizar la debida imparcialidad del juzgador, en la medida en que su actuación se restringe únicamente a las fuentes probatorias que ya constan en los autos y nunca a investigar nuevas fuentes³⁴⁶. De no ser así, sería incontrolable su fuente de conocimiento respecto de los elementos probatorios por él utilizados, lo que puede

³³⁹ Artículo 606. Interdicto de retener.

Procede cuando el poseedor es perturbado en su posesión. La perturbación puede consistir en actos materiales o de otra naturaleza como la ejecución de obras o la existencia de construcciones en estado ruinoso. Si así fuera, la pretensión consistirá en la suspensión de la continuación de la obra o la destrucción de lo edificado, aunque se pueden acumular ambas pretensiones. En todos los casos, la pretensión consistirá en el cese de estos actos.

Admitida la demanda, el Juez ordenará, en decisión inimpugnable, se practique una inspección judicial, designando peritos o cualquier otro medio probatorio que considere pertinente. La actuación se entenderá con quien se encuentre a cargo del bien inspeccionado. (resaltado añadido)

³⁴⁰ PICÓ I JUNOY, Joan. «La iniciativa probatoria del juez civil: un debate mal planteado», *op. cit.*, p. 320.

³⁴¹ Artículo 121
[...]

Mediante la sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso, en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal.

³⁴² ABANTO TORRES, Jaime, *op. cit.*, p. 246.

³⁴³ ALFARO, Luis, *op. cit.*, p. 203.

³⁴⁴ PICÓ I JUNOY, Joan. *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*, p. 117.

³⁴⁵ MONTERO AROCA, J.: «Defensa del liberalismo contra el autoritarismo en el proceso civil (Las bases ideológicas de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil)». En GÓMEZ COLOMER, J.L. (coord.). *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p.476.

³⁴⁶ PICÓ I JUNOY, Joan. «La iniciativa probatoria del juez civil: un debate mal planteado», *op. cit.*, p. 320.

comprender la debida confianza que objetivamente el juez debe merecer al justiciable³⁴⁷.

En la legislación procesal civil, luego de la reforma de la Ley n.º 30293, que modificó el artículo 194 CPC, se le ha reconocido un amplio margen de posibilidad de que se advierta la existencia de una fuente de prueba. La fórmula legal es la siguiente «siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso». Es claro que son los justiciables a través de sus abogados —y no el juez— quienes determinan las fuentes de prueba en sus alegaciones fácticas. Conforme a tal disposición legal, esta situación no estaría limitada únicamente a los actos postulatorios del proceso, es decir, de la demanda y contestación de demanda; sino que en la fuente de prueba podría identificarse cualquier otra circunstancia que haya citado «citada» o mencionada por las partes y que el juez tome conocimiento de la misma.

2.6.3. Límites constitucionales

2.6.3.1. Motivación de la prueba de oficio

Aunque el deber de motivación de las decisiones judiciales lo podemos encontrar a nivel legal en diversos textos procesales, en realidad su exigencia tiene rango constitucional, que en el caso peruano lo podemos encontrar en el artículo 139, inciso 5³⁴⁸, de la Constitución. Se trata no tanto de una garantía de la función jurisdiccional, como se lo ubica en el texto constitucional, sino propiamente de un derecho fundamental procesal de las personas, que por supuesto genera un deber en el juez. La decisión judicial respecto de la actuación de la prueba de oficio también está sometida a este criterio de orden constitucional. De hecho, en el artículo 194 CPC desde su primera versión requería que la resolución deba de estar motivada. Luego de la reforma efectuada mediante la Ley n.º 30293, se insistió con este parámetro conforme a la siguiente descripción: «La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada». El legislador pone énfasis al hecho de que la resolución por la que se decide la prueba de oficio no puede contener cualquier motivación, sino que esta se debe realizar de manera plena o suficiente.

El juzgador, considerando los criterios que se han explicado anteriormente, debe expresar lo más detallado posible todas las razones por las que, luego de haber escuchado a las partes (contradictorio previo o posterior), llega a la conclusión de que en el caso concreto resulta necesaria y relevante la introducción de un nuevo elemento de prueba, que inicialmente no fue aportado por las partes. Asimismo, dada la magnitud de esta decisión, es necesario que no se escatime en argumentación, pronunciándose sobre los argumentos y cuestionamientos (de ser el caso) que hayan expuesto las partes antes de tomar la decisión, a fin de que el contradictorio previo no sea solo rito o una formalidad más y realmente tenga una influencia determinante en esta decisión del juez. Para estos efectos, motivar la resolución que dispone prueba de oficio significa que el juez debe indicar con mayor precisión posible el medio de prueba específico que será incorporado en el proceso y su forma de actuación o puesta en práctica³⁴⁹. Por ejemplo, debe identificar la insuficiencia probatoria, presupuesto para su actuación, tiene la obligación de exteriorizar las inferencias probatorias que le han servido al juez para llegar a la conclusión de que era completamente necesario utilizar dicha potestad³⁵⁰, citando inclusive la fuente de prueba que le permite hacer uso de la facultad.

Vale la pena dejar en claro que aun cuando el legislador no hubiese previsto el deber de motivación para esta decisión, el juez no podría ampararse en ello para dejar de motivar la decisión de su actuación de oficio sobre la prueba, dado que su fundamento no es legal sino constitucional. Este límite tiene vital importancia en la práctica judicial, ya que, a pesar del mandato legal y constitucional, es posible advertir que a menudo se realiza una motivación aparente, sin que el juez exteriorice adecuadamente las razones por las que toma tal decisión. No en pocos casos la resolución por la que se dispone las pruebas de oficio puede tener apariencia o formalidad de un auto, pero en su contenido, por su falta de argumentación, se asemeja a un decreto. El legislador, como no puede ser de otra forma, ha establecido que su incumplimiento provocaría la sanción (*rectius*: consecuencia jurídica) de nulidad. Inclusive la impugnación (apelación) que estaría supeditada a la falta de motivación en que pudiera incurrir el juez.

2.6.3.2. Contradictorio: eficacia epistémica

Como anteriormente se ha explicado, el contradictorio se constituye en uno de los principios jurídicos procesales de mayor importancia en el estudio y comprensión de la prueba. Basta recordar ahora que su relevancia es tal que tiene su fundamento en el derecho de defensa (artículo 139, inciso 14, de la Constitución³⁵¹); aunque también se ha dicho que su cobertura fundamental se ubica en el derecho al debido proceso (artículo 139, inciso 3). Por esta razón es que en la doctrina contemporánea se califica al contradictorio como derecho fundamental procesal de todas las personas. En síntesis, esto significa que como regla general de toda decisión judicial, en cualquier estado del proceso, el juez debe haber escuchado anticipadamente a las partes (contradictorio previo) a fin de que sus razones sean evaluadas en la resolución³⁵².

El caso de la decisión que se asume para la prueba de oficio no es la excepción, pues el legislador ha establecido en el artículo 194 CPC³⁵³ que con esta actuación probatoria el juez «deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba». Se entiende que si los medios de prueba presentados por una parte deben ser puestos a conocimiento de la contraparte para su evaluación y de ser el caso cuestionarla, no debe existir problema en que las pruebas incorporadas por el juez también deban seguir la misma suerte y estar expuestas al contradictorio. Según Alfaro, el reconocimiento legal del contradictorio en la prueba de oficio «adiciona un alto grado de legitimidad a la decisión judicial por la que dispone dicha prueba, al ser el resultado de las aportaciones de todos los destinatarios de la decisión y no unilateral del juez, lo que resulta acorde a un modelo constitucional del proceso civil, respetuoso de los derechos fundamentales procesales». Al respecto, Picó opina en favor del respeto al principio de contradicción en el desarrollo de la prueba propuesta por el juez, por lo que se le deberá permitir proponer nuevas pruebas y participar en la práctica de todas ellas³⁵⁴. De este modo se protege el derecho de defensa. Trocker explicaba que «la garantía que el derecho a ser oído (*rechtlisches Gehör*) no solo implica que una persona pueda defenderse contra las pruebas presentadas por el adversario, sino que también

³⁴⁷ *Id.*, pp. 320-321.
³⁴⁸ Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
 [...] 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.
³⁴⁹ *Cfr.* ABANTO TORRES, *op. cit.*, pp. 252-254.
³⁵⁰ ALFARO VALVERDE, LUIS, *op. cit.*, p. 176.
³⁵¹ Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
 [...] 14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso [...]”
³⁵² En la doctrina procesal peruana, Alfaro Valverde es quien en sendas publicaciones ha insistido sobre la necesidad de respetar el contradictorio previo en la prueba de oficio; así en «Reflexiones sobre la iniciativa probatoria del juez en el derecho procesal civil peruano» *op. cit.*, p. 36. Sobre el contradictorio en segunda instancia: «La prueba de oficio en segunda instancia. ¿Procede en el proceso civil peruano?». En MONROY, Mario (coord.), *Revista Peruana de Derecho Procesal*, n.º 17, 2013, pp. 30-31. Luego de la Ley n.º 30293: «Reforma de los poderes probatorios del juez. Hacia una mejor comprensión de las “pruebas de oficio». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 23, 2015, pp. 263-264; en su libro: *La iniciativa probatoria del juez. Racionalidad de la prueba de oficio*, p. 89; recientemente en «Entrevista sobre pruebas de oficio y valoración probatoria conforme al X Pleno Casatorio Civil». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 63, 2018, pp. 17-18; también en su Informe como *amicus curiae* en este Pleno Casatorio Civil, publicado en «El control de la iniciativa probatoria para reducir las posibilidades de arbitrariedad y parcialidad en su actuación». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 65, pp. 33-34.
³⁵³ Conviene recordar que el contradictorio (previo o diferido) no se encontraba establecido en la versión inicial del artículo 194 del CPC, pero fue añadida mediante el artículo 2 de la Ley n.º 30293. Hecho que constituye una gran novedad y la redefine como un poder que es ejercido en un diálogo previo con las partes y no de manera unilateral.
³⁵⁴ PICÓ I JUNOY, Joan. *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*, p.118.

exige que las partes puedan hablar sobre todas las pruebas encontradas y recopiladas de oficio. Por lo tanto, cuando el juez introduce la prueba oficial, se encuentra con respecto a la necesidad del adversario en la misma posición que el partido»³⁵⁵.

El contradictorio en la práctica de la prueba en general y la de oficio en particular tienen una dimensión epistémica que conviene ser puesta de relieve. Sobre el particular, Ferrer sostiene la participación de las partes en la práctica en el contradictorio de las pruebas, que no excluye la participación del juez, es un mecanismo cognoscitivo de gran valor para mejorar el conjunto de elementos de juicio del proceso, tanto cuantitativamente (mediante la presentación de pruebas, por ejemplo) como cualitativamente (aportando información sobre la fiabilidad de pruebas ya incorporadas al expediente)³⁵⁶. El aseguramiento del contradictorio, del cual nos habla el legislador, supone comprenderlo como un mecanismo epistemológico para determinar la fiabilidad de las pruebas. La tarea del juez respecto del contradictorio no se agota en la oposición entre las partes, y, mucho menos, en una escenificación oral de una disputa retórica entre ellas, sino que es un instrumento cognoscitivo crucial para la posterior evaluación de la fiabilidad de las distintas pruebas³⁵⁷. En buena cuenta, lo que se pretende a través de la formulación obligatoria del contradictorio es evitar que el interés público que existe de llegar o acercarse a la verdad para solucionar el conflicto pueda comprometer el derecho a defensa de las partes, o el derecho a rendir contraprueba³⁵⁸. El principio de contradicción como mecanismo epistemológico indica que esa posibilidad siempre debe existir, de modo que se equilibre de nuevo el reparto de poderes probatorios.³⁵⁹

En definitiva, el rol del contradictorio tiene una alta importancia como condición para el uso de la prueba de oficio. La misma que se debe presentar antes de la toma de decisión (contradictorio previo), es decir, existe la necesidad de que el juez escuche antes a las partes y luego adopte una decisión. Alfaro afirma que su «uso *ex officio* (como la nulidad de oficio, *iura novit curia*, adecuación de la vía procedimental, etc.) debe suponer la participación previa de las partes (*ex ante*) y no después (*ex post*); supuesto que en doctrina se conoce como el contradictorio en sentido fuerte (*contraddittorio in senso forte*)»³⁶⁰. Pero la extensión del contradictorio no se agota con la oportunidad de que sean escuchadas las partes de manera previa a la prueba de oficio, sino que también se puede realizar de manera posterior (contradictorio diferido) a la decisión; con la finalidad de que se les permita proponer nuevas pruebas y, evidentemente, participar en la práctica de toda actividad probatoria³⁶¹.

2.6.3.2.1. ¿Cómo se debe garantizar el contradictorio?

De la revisión del texto original del artículo 194 CPC, no se aprecia mención expresa al derecho al contradictorio para el uso de las pruebas de oficio; no es sino hasta su reforma mediante el artículo 2 de la Ley n.º 30293, que se llegó a adicionar la mención del contradictorio, bajo la siguiente fórmula legal: «deberá asegurarse el derecho de contradicción de la prueba». Sin embargo, en la práctica judicial no parece estar claro qué implica que se asegure o respete el contradictorio. Acaso, el contradictorio diferido (sentido débil) o el contradictorio previo (sentido fuerte). A continuación, se analizan los dos razonamientos.

2.6.3.2.2. Contradictorio diferido

Conforme a este criterio, el juez (de primera o segunda instancia) puede resolver e incorporar el nuevo elemento de prueba mediante el uso de la iniciativa probatoria *ex officio* y luego hacer de conocimiento a las partes procesales, notificándoles de la resolución (auto) que dispone tal actuación judicial, debiendo —según sea el caso— cumplir con el requerimiento ordenado por el juez. Es decir, la información sobre las pruebas de oficio es *ex post*, de manera unilateral y excluyente a toda participación de las partes en tal decisión jurisdiccional. Este criterio es asumido por la Corte Suprema, por ejemplo, en la Cas. n.º 1248-2000 Loreto, del 11 de agosto de 2000, la Sala Civil Transitoria establece que:

la regulación no limita la facultad que tiene el juzgador de mérito de ordenar la actuación de los medios probatorios

adicionales que considere conveniente, la que comprende admitir las pruebas extemporáneas ofrecidas por alguna de las partes, como bien pudo haber hecho la Sala de Revisiones, para lo cual debió expedir resolución motivada que se notifica a las partes, cumpliendo así con los principios de publicidad, bilateralidad y contradicción que rigen la actuación de la prueba adversa.

La misma Sala Civil Transitoria —de manera reciente— en la Cas. n.º 3959-2016 Lima Norte, del 7 de mayo de 2018, en un proceso de desalojo por ocupación precaria, ha sido enfática en sostener que:

en aplicación del artículo 194 del Código Procesal Civil, sin correrse 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 demandante³⁶². (subrayado agregado).

2.6.3.3. Contradictorio previo

El segundo criterio asumido por la Corte Suprema de la República es que la iniciativa probatoria del juez se articula necesariamente escuchando previamente a las partes procesales, es decir, respetando el contradictorio previo. Al igual que los diversos elementos de prueba aportados por las partes al proceso están sometidos al libre juego del contradictorio, con el fin de que estas puedan, de ser el caso, objetarlas o cuestionarlas y luego de ello recién el juez puede asumir una apreciación sobre su fiabilidad y valor probatorio.

De la misma manera, el elemento de prueba que se pretende incorporar por el juez también debe ser expuesto *a priori* a las posibles observaciones de las partes, una vez agotado ello y dando la oportunidad de que las partes sean escuchadas, el juez podrá decidir si incorpora —o no— el elemento de prueba adicional. Este criterio se puede apreciar en la Cas n.º 2864-2014 Lambayeque, del 24 de agosto de 2015, en la que la Sala Civil Transitoria sostiene que: «La Sala Superior no ha tenido en cuenta

³⁵⁵ TROCKER, Nicolò, *op. cit.*, p. 535.

³⁵⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi, *op. cit.*, p. 97.

³⁵⁷ *Id.*, p. 99.

³⁵⁸ Véase COMOGGIO, Luigi Paolo. «Garanzie minime del 'giusto processo' civile negli ordinamenti latinoamericani». En *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, n.º 17, 2004, p. 223.

³⁵⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi, *op. cit.*, p. 101.

³⁶⁰ ALFARO VALVERDE, Luis. *La iniciativa probatoria del juez. Racionalidad de la prueba de oficio*, p. 89.

³⁶¹ PICÓ I JUNOY, Joan. «La iniciativa probatoria del juez civil: un debate mal planteado», *op. cit.*, p. 321.

³⁶² Para mayor desarrollo de este caso, la Corte Suprema afirmó que el contradictorio fue garantizada, ya que «la Resolución número veintinueve que dispuso la actuación oficiosa, fue puesta en conocimiento de las partes, siendo que precisamente, en ejercicio legítimo de su derecho a la defensa, la demandante tuvo la posibilidad de manifestar lo que consideró pertinente a su derecho, que en este caso se evidenció a través de un pedido de nulidad en donde cuestionó la incorporación de medios probatorios de oficio y también a través de una tacha en la cual los cuestionó directamente, indicando que se estaban incorporando documentos que adolecerían de falsedad; es decir, tuvo posibilidad efectiva de ejercer su derecho de contradicción respecto a los medios probatorios incorporados de oficio al proceso». Además, deja entrever la posibilidad de que este contradictorio diferido se haga en una audiencia, cuando manifiesta que «se debe indicarse que no se requería que la actuación de los medios probatorios incorporados de oficio se realice en audiencia por tratarse de documentos que no necesitaban ser actuados en audiencia, siendo suficiente su puesta en conocimiento a las partes, resultando aplicable en este punto, de manera extensiva, lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 468 del Código Procesal Civil». (subrayado nuestro)

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».

El contradictorio en la prueba de oficio dada la complejidad y las variables que suelen presentarse en la práctica judicial, puede ser previo o diferido. La idea es utilizar el que de forma adecuada garantice a las partes el derecho a ser oídas por el juez cuando hacen uso de este poder probatorio. Fijar una regla rígida puede ser poco útil, más si estamos ingresando actualmente en nuestro sistema judicial a los procesos sujetos a la oralidad, los cuales tienen una dinámica diferente a la del proceso escriturado.

2.7. Hechos controvertidos y hechos admitidos

2.7.1. Hechos controvertidos

Se debe entender como *hechos controvertidos* el conjunto de ellos con respecto a aquellos con los que las partes no tienen pleno acuerdo de cómo ocurrieron o se produjeron en la realidad. Son los hechos sobre los que existe controversia, que impiden una solución armoniosa de la litis, respecto a estos es que girará la actividad probatoria (por ello es que los *hechos admitidos*, es decir, respecto de los que no hay desencuentro entre las partes, no son objeto de prueba) y el pronunciamiento del juez en la sentencia, con el resultado de la actividad probatoria sobre los hechos controvertidos, serán finalmente valorados por el juez para resolver el caso.

Aunque esta tesis puede tener algún inconveniente cuando el demandado haya sido declarado en rebeldía, en este caso, al no existir una posición contraria a los hechos afirmados por el actor, no será posible fijar los hechos controvertidos, ya que tendremos únicamente los hechos afirmados por el actor y no la posición del demandado. En estos casos, se ha sugerido que el juez debe fijar como *hechos relevantes para el proceso* y que serán sometidos a prueba y comprobación, los señalados por el actor en su demanda. Aquí no aparecen las categorías de hechos controvertidos ni de hechos admitidos, porque no es posible atender a esta clasificación, pero sí se puede mencionar a los *hechos relevantes* sujetos a prueba, que serán únicamente aquellos expresados por la parte demandante.

En donde no ocurra esta situación (rebeldía del demandado) los hechos a probar serán siempre los hechos controvertidos: estos hechos nacen de la confrontación de afirmaciones y negaciones efectuadas por el actor en la demanda y el demandado en la contestación de demanda.

Aunque debe quedar aclarado que serán hechos controvertidos aquellos que se configuran en relación con las pretensiones y permitirán resolver la litis, no son hechos controvertidos los desacuerdos periféricos con respecto a la actividad probatoria. Aunque excepcionalmente pueden integrar como elemento central de la controversia la relevancia de la norma jurídica (constitucionalidad, interpretación, antinomias, lagunas normativas, etc.),³⁶³ resolviendo el problema de relevancia podrá resolverse la litis de forma adecuada.

Corresponde al juez, como director del proceso, determinar cuáles son los hechos admitidos por las partes de manera expresa o tácitamente, cuáles fueron admitidos parcial o totalmente y cuáles son los hechos en que las partes mantienen posiciones discrepantes, fueron negados o rechazados por una de las partes. En fin, se trata de todos aquellos hechos vinculados a la pretensión y a la defensa, sobre los cuales las partes no se han puesto de acuerdo. *Y es por ello que el juez debe fijarlos con precisión, dejando de lado una práctica común y nociva, que es la de fijar c hechos (puntos) controvertidos simplemente haciendo una descripción de las pretensiones postuladas. Debe fijarlos con precisión y exhaustividad.*

2.7.2. Hechos admitidos por las partes

Si la premisa general es que en el proceso se prueban los hechos afirmados por las partes y fundamentalmente los hechos controvertidos, es decir, aquellos propuestos por una parte y negados por la otra, entonces, tendremos que si un hecho del proceso fue admitido por la parte

contraria a la que lo propuso, como un hecho que existió y se produjo en la realidad y en determinado tiempo, entonces ya no habrá discusión sobre ese particular, se debe sostener, por tanto, que sobre este hecho las partes no han manifestado objeción alguna.

Cabe hacer una precisión sobre el particular, señalando que hay hechos en el proceso, que no obstante ser controvertidos (es decir, sobre los cuales no hay consenso de las partes), no requieren de prueba, tal es el caso de los hechos presumidos por ley y los hechos notorios.

Entonces, tenemos que *hecho admitido es aquel sobre el cual las partes no tienen ninguna discrepancia y en consecuencia no será objeto de prueba*, pues es innecesaria esta actividad, se encuentra desterrada toda posibilidad de actividad probatoria sobre un hecho no controvertido.

En cuanto a las partes disponen del material de los hechos, solo necesitarán probarse los hechos alegados por aquellas que estén en contradicción. Los hechos en los que las partes estén de acuerdo no necesitan probarse, además la ley prohíbe su prueba. Por tanto, los hechos admitidos no pueden ser objeto de prueba.

Ello no significa que estos hechos (no controvertidos) no sean mencionados por el juez en la sentencia, de seguro lo hará, no obstante, sobre ellos no habrá actividad probatoria. La sentencia no es nula si el juez invoca *hechos admitidos* para sustentar su decisión. En cambio, la sentencia sí será nula si el juez emite pronunciamiento basado en hechos no afirmados por las partes.

IV. Consideraciones sobre la valoración de la prueba de oficio

§ 1. Etapas del proceso y de la prueba

1.1. Momentos del proceso: etapa decisoria

El proceso judicial en su dimensión procedimental supone un conjunto de actos (jurídico-procesales) concatenados de manera lógica destinados hacia la determinación o resolución de la situación sustantiva materia de controversia. En este sentido, Couture sostenía que se trataba de una «secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión»³⁶⁴. Esta sucesión de actos procesales (de las partes, del juez y demás participantes) deben ser agrupados de manera coherente y sistemática en todo el procedimiento, a fin de lograr una adecuada tutela jurisdiccional conforme a las exigencias de las particulares situaciones sustantivas de ventaja. En esta misma línea de pensamiento, Calamandrei sostenía que el proceso es «un método de razonamiento prefijado y ordenado por la ley, que las partes y los jueces deben seguir etapa por etapa, de acuerdo con una sucesión preestablecida y una coordinación dialéctica con el fin de obtener una sentencia justa»³⁶⁵. De este modo, se resalta el carácter y el sentido instrumental del proceso en relación con el derecho sustancial. Proto Pisani explica que «el proceso civil se pone, al interior del ordenamiento jurídico, como una especie de contrapartida que el Estado da a los ciudadanos a consecuencia de la imposición de prohibición de autotutelarse: una similar constatación comporta que esta contrapartida, para ser efectiva, debe traducirse en la predisposición de medios de tutela jurisdiccional (de procedimientos, providencias y medias coercitivas) adecuados a las necesidades de tutela de cada situación de derecho sustancial»³⁶⁶.

³⁶³ Esta posición fue asumida por nuestra Corte Suprema en la Cas. n.º 838-2006-Lima en la que se señaló: «[...] conviene precisar que la estación procesal en la que se fijan puntos controvertidos busca establecer los extremos de la demanda y la contestación que van a ser necesariamente objeto de pronunciamiento por el juez de la causa, sean estos fácticos o de derecho derivados de los hechos que motivaron la litis o de la interpretación y aplicación de las normas en el caso concreto, porque resulta erróneo sostener que cuando se fijan los puntos controvertidos aquellos correspondan únicamente a los que serán materia de probanza».

³⁶⁴ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*, pp. 121-122.

³⁶⁵ CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, p. 29.

³⁶⁶ PROTO PISANI, Andrea, *op cit.*, p. 25.

En efecto, en los sistemas jurídicos procesales de cada país se intenta diseñar un procedimiento distribuido y organizado por momentos procesales que permitan lograr resolver la controversia de manera justa. Es del mismo parecer Nieva Fenoll, quien afirma que la estrategia más o menos compleja para tomar una decisión a través del proceso se materializa en la construcción de unas fases para la recepción de información vinculada con la decisión, es decir, acoge las alegaciones de las partes, practica los medios de prueba y realiza el juicio jurisdiccional, previa deliberación³⁶⁷. Si bien el diseño normativo del proceso por etapas ha sido materia de cuestionamiento por su vinculación con la preclusión³⁶⁸, en particular sobre su sentido rígido que se desprende de la opción legislativa del Código Procesal Civil³⁶⁹; sin embargo, todavía sigue siendo un esquema válido y útil para explicar los actos procesales que se pueden realizar en un determinado momento del proceso, apoyado en el valor de seguridad jurídica en el sentido de predictibilidad. Dicho esto, la doctrina mayoritaria acepta la idea de que estas etapas son principalmente la postulatoria, probatoria y la decisoria.

La primera es la fase denominada postulatoria, las partes presentan sus pretensiones y defensas a la parte, exponen las hipótesis de los hechos y medios de pruebas que sustenten sus posiciones (en el proceso civil lo hacen a través de los escritos de demanda y contestación de demanda). Fix-Zamudio y Ovalle Favela la denominan también etapa de polémica «durante la cual las partes exponen o formulan, en sus demandas, contestaciones y reconvencciones, sus pretensiones y excepciones, así como los hechos y las disposiciones jurídicas en que fundan aquellas».³⁷⁰ En la doctrina nacional, Monroy Gálvez afirma que «es aquella en la que los contendientes presentan al órgano jurisdiccional los temas que van a ser materia de argumentación, prueba y persuasión durante el proceso, sea porque se quiere el amparo de la pretensión o porque se busca su rechazo a través de la defensa»³⁷¹. Sigue la etapa probatoria, en donde el juez pone en práctica o actúa los medios de prueba previamente aportados y admitidos a las partes, como el caso de la declaración de testigos o diligencia de inspección judicial. La finalidad es que las partes y el juzgador realicen los actos tendientes a verificar los hechos controvertidos, sobre los cuales se ha planteado el litigio³⁷². Luego, la etapa decisoria o resolutoria, en virtud de la cual el juzgador debe tomar una decisión sobre la situación sustantiva o material puesta a su conocimiento. En esta fase de manera ordinaria debe realizarse un pronunciamiento sobre el mérito (conocido acriticamente como «fondo» del proceso), lo que supone que el juez debe pronunciarse sobre las cuestiones jurídicas y fácticas materia del caso, en este último punto procederá a valorar los medios de prueba³⁷³.

Aunque existe una secuencia lógica de estos diversos momentos procesales y las cuestiones o problemas procesales acaecidos en una afecta — directa o indirectamente— a otra; para los fines de esta decisión judicial importa centrarse especialmente en la etapa decisoria o resolutoria del proceso, puesto que el segundo problema jurídico advertido en el Pleno Casatorio está relacionado con la actividad vinculada con la toma de decisión final, en concreto sobre la valoración de los medios de prueba. Resulta relevante detenernos en esta fase también porque uno de los cuestionamientos que se hace en el presente caso es por el supuesto error en la valoración de las pruebas en general y las de oficio en especial.

1.2. Procedimiento probatorio: valoración de la prueba

Estas fases de todo procedimiento civil (que son también aplicables a los demás procesos no penales y penal) sirven de soporte o base para todo el *iter* que transitan los medios de prueba presentados por las partes. En efecto, a diferencia de otras instituciones o categorías procesales, cuya presencia en el proceso puede ser esporádica, la actividad probatoria se encuentra presente desde el primer acto procesal hasta la emisión de la decisión final del proceso. Hay una especie de coparticipación entre las partes y el juez en cuanto a la gestión del material probatorio en los diversos momentos o fases del proceso; motivo por el cual, como se ha puesto en evidencia, se viene reconociendo como derecho fundamental por el. Lo que ciertamente no excluye la aportación o iniciativa excepcional del juez para provocar

la posibilidad del ingreso de un nuevo elemento de prueba. En tal sentido, por una cuestión de orden y coherencia con las mismas fases del proceso, el procedimiento probatorio se desarrolla en las siguientes etapas: ofrecimiento, admisión, actuación y valoración.

En la etapa de ofrecimiento las partes tienen la posibilidad de presentar los elementos de prueba necesarios que busquen demostrar los hechos expuestos. De ordinario, demandante y demandado los presentan en la fase postulatoria, en concreto acompañan a los escritos de demanda y contestación de demanda. Al calificar estos escritos y haber cumplido con las formalidades legales para su presentación, el juez debe tenerlos por ofrecidos. Superado este momento viene la admisión de las pruebas, momento en el que el juez debe realizar una evaluación o examen de las pruebas ofrecidas, a partir del criterio de pertinencia (que estén relacionados con los hechos controvertidos), cuidando también de que no hayan sido obtenidos afectando derechos fundamentales (licitud); en caso contrario, tiene la potestad probatoria de declarar improcedentes los medios de prueba.

Aunque comprendemos que no resulta sencilla la tarea para el juez, si entendemos que el medio de prueba aportado tiene cuestionamientos de ilicitud, ya que una improcedencia liminar no siempre es lo más aconsejable, pues si bien puede aplicar en sentido formal la regla de exclusión y expulsar el medio de prueba, puede encontrarse con una excepción a la misma y reservar su pronunciamiento para un mejor análisis respecto de la ilicitud, cuando corresponda decidir la controversia. También debe puntualizarse que en el proceso civil, a diferencia del penal, no se ha establecido un mecanismo idóneo para cuestionar la prueba ilícita por las partes, dejando esta tarea a la tacha o a la nulidad procesal y en otros casos a la apelación.

Lo que sigue es la actuación o puesta en práctica de las pruebas. Esta actividad se realiza en la etapa procesal de pruebas, en concreto en la audiencia de pruebas (similar al juicio oral o juzgamiento del proceso penal). Las partes, en el ejercicio del derecho al contradictorio, pueden participar activamente, por ejemplo, interrogando a testigos o peritos. De igual modo, el juez tiene el poder técnico de dirección de la audiencia, quien también de modo excepcional puede interrogar a las partes y a los testigos, de ser el caso. Finalmente, en la etapa decisoria del proceso el juez procede a valorar cada uno de los medios de prueba previamente actuados; en otras palabras, en esta fase el juez percibe los resultados de la actividad probatoria en un determinado proceso³⁷⁴. En

³⁶⁷ NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho procesal I. Introducción*. Madrid: Marcial Pons, 2014, pp. 63-64.

³⁶⁸ En particular Alzamora sostenía que «la división del proceso en fases o etapas cerradas y sucesivas se denomina preclusión». ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso*. Séptima edición. Lima: JVG, 1981, p. 286).

³⁶⁹ Sobre el particular Ariano afirma que «Como nosotros heredamos de España el "preclusivo" juicio ordinario, se nos presenta (aún hoy en que el "juicio solemne y dispendioso" ha sido formalmente eliminado) de lo más natural y consustancial al proceso mismo el que necesariamente esté dividido en un conjunto de fases, las que a su vez deben estar —también inexorablemente— conformadas por un conjunto de actos. A cada fase un conjunto de actos. Cerrada la fase, se pasa a otra, no pudiéndose ya realizar los actos correspondientes a la fase anterior. En suma, cuando se dice "preclusión" se piensa, por un lado, en la división del proceso en fases y, por el otro, en la consecuencia: la pérdida -para las partes- de la posibilidad de realizar tal o cual acto por haber pasado el plazo previsto por la ley o por haberse ya cerrado el estadio procesal respectivo». ARIANO, Eugenia. «Prueba y preclusión. Reflexiones sobre la constitucionalidad del Proceso Civil peruano», *op. cit.*, p. 73.

³⁷⁰ FIX-ZAMUDIO, Héctor y OVALLE FAVELA, José. *Derecho procesal*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 60.

³⁷¹ MONROY GALVEZ, Juan. «La postulación del proceso en el Código Procesal Civil». En *THEMIS*. Revista de Derecho, n.º 23, Lima, 1992, p. 33.

³⁷² FIX-ZAMUDIO, Héctor y OVALLE FAVELA, José. *Op. cit.*, p. 60.

³⁷³ Además, se habla de etapa de impugnación, no obstante, en el primer caso siempre tendrá el carácter de ser contingente, en tanto y en cuanto, a diferencia de los momentos antes mencionados, no necesariamente las partes están llamadas a transitar, es decir, el acto de impugnación está sujeto a la decisión que en libertad realicen las partes. De este modo puede existir un proceso que termine en primera instancia.

³⁷⁴ NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 34.

concreto, es mediante sentencia en la que el juez valora las pruebas actuadas a fin de un pronunciamiento sobre el mérito o derecho material controvertido. En la última fase del procedimiento probatorio (valoración), como diría Couture: «Ya no se trata de saber qué es en sí misma la prueba, ni sobre qué debe recaer, ni por quién o cómo debe ser producida. Se trata de señalar, con la mayor exactitud posible, cómo gravitan y qué influencia ejercen los diversos medios de prueba, sobre la decisión que el magistrado debe expedir»³⁷⁵. También Ferrer explica que valorar es la actividad consistente en «evaluar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aporta a una determinada hipótesis o a su contraria»³⁷⁶.

Teniendo en cuenta el problema jurídico analizado en esta parte de la decisión, el interés mayor se centra justamente en la última fase del procedimiento probatorio; sin embargo, es necesario que antes se proceda a esclarecer qué significa valorar las pruebas o en qué consiste la labor de valoración probatoria que realiza el juez.

1.3. ¿Qué significa valorar las pruebas?

Si bien la actividad de valoración de la prueba se ubica en la fase de decisión del proceso, empero, no se debe confundir (menos fusionar) con el juicio de decisión sobre los hechos *stricto sensu*. A veces se tiene la creencia de que como consecuencia de la valoración se puede determinar la realización (o no) de un hecho en particular. Siendo así, el juzgador debería decidir luego que la valoración sea admitiendo o resistiendo la existencia de los hechos afirmados por las partes. Bajo esta perspectiva, sería lo mismo la evaluación del grado de probabilidad de la existencia de una hipótesis y la decisión acerca de su existencia³⁷⁷. En realidad, como afirma Gascón³⁷⁸, la labor de valoración probatoria está ubicada como un momento anterior al de la decisión sobre la hipótesis de los hechos. En efecto, Ferrer distingue tres momentos fundamentales (lógicamente distintos y sucesivos) en el proceso de toma de decisiones: a) la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión; b) la valoración de esos elementos; y c) propiamente, la adopción de la decisión³⁷⁹.

Pero volviendo a la pregunta ¿qué significa valorar las pruebas?, en la literatura procesal podemos advertir que existe una multiplicidad de conceptos o significados. Por ejemplo, Devis Echandía entiende por valoración de la prueba «la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido»³⁸⁰. Luego en el proceso penal Dohring explica que «la apreciación de la prueba tiene por finalidad poner en claro hasta qué punto merecen fe diversos elementos probatorios (testificaciones, documentos, indicios). El juzgador quiere discernir si esos elementos proporcionan una base suficiente para dar por sentados los hechos que constituyen el verdadero objetivo del saber»³⁸¹. No obstante, si consideramos que se trata de un momento anterior a la toma de decisión, es posible concebirla como la actividad consistente en la determinación del grado de probabilidad que pueden provocar las hipótesis de los hechos a partir de los datos e información cognoscitiva que aporten las pruebas. Al respecto, Ferrer sostiene que «la valoración de la prueba habrá permitido otorgar a cada una de las hipótesis en conflicto un determinado grado de confirmación que nunca será igual a la certeza absoluta»³⁸².

Las etapas anteriores de la prueba tienen una importancia en la adecuada valoración, en el sentido de que mientras más sólida es la información recogida en la presentación y la actuación, mayor será la probabilidad de que los hechos alegados hayan ocurrido. De este modo, conforme sostiene Gascón, la valoración es un juicio probabilístico sobre la hipótesis fáctica obtenida tras la práctica de los elementos de prueba; y estos deberán considerarse aceptables cuando su grado de probabilidad se estime suficiente, conforme a un modelo lógico inductivo³⁸³. En conclusión, la valoración de la prueba no nos conduce de manera automática a la decisión acerca de la realización de un hecho, sino que nos permite medir el grado de probabilidad lógica de acuerdo con la conformación de datos que se desprende del material probatorio que obra en el expediente.

§ 2. Valoración probatoria en el proceso civil

2.1. Sistemas de valoración probatoria

A lo largo del tiempo la doctrina procesal ha formulado diversos sistemas de valoración de los medios de

prueba. Por ejemplo, Gorphe sostiene que han existido cinco fases: i) la étnica, la de las sociedades primitivas, donde las pruebas quedaban abandonadas al empirismo de las impresiones personales, y cuya forma típica de procedimiento estaba constituida por el delito flagrante; ii) la religiosa, que se denominaría mística, en que se invocaba el juicio de Dios o de los dioses y se utilizaban las ordalías, probanzas diversas; iii) la legal, donde la ley no solo fija los medios de prueba, sino además el grado de fuerza de cada uno y en el cual se considera la confesión como la reina de las pruebas, de manera que se hacen esfuerzos por obtenerla a toda costa, por la tortura o la *question* (tormento), cuando así es requerido; iv) la sentimental; en esta, por el contrario, el juez aprecia libremente las pruebas, de acuerdo tan solo con su convicción íntima; se trata del sistema actual, instituido en función del jurado y v) la científica, la del porvenir, cuya prueba por excelencia la proporciona la labor pericial y que no pretende tan solo establecer los hechos delictivos, sino explicarlos, asimismo, de modo metódico, mediante resultados experimentales.³⁸⁴

Sin embargo, en la doctrina Latinoamérica es pacífica la idea de que los sistemas de valoración que más han influenciado en los sistemas procesales son los siguientes: prueba tasada, libre convicción, sana crítica y libre valoración.

2.1.1. Prueba tasada o tarifa legal

Se trata de un sistema en el que el resultado probatorio es fijado *ex ante* por el legislador procesal de manera general; es decir, el juzgador estaría obligado a asumir el valor que la ley o enunciado normativo atribuye a determinado medio de prueba. Así, para Taruffo, esta forma de valoración consiste «en la producción de reglas que, predeterminan, de forma general y abstracta, el valor que debe atribuirse a cada prueba»³⁸⁵. Cappelletti afirma que en la Edad Media y hasta finales del siglo XIX la tarifa legal era el sistema probatorio del derecho común de Europa continental. Además, que se caracterizaba por la desconfianza en el arbitrio judicial para valorar las pruebas³⁸⁶. Conforme a este sistema, la labor del juez consistiría en cotejar la relación de la prueba con el peso que un determinado enunciado legal le reconozca. Couture sostiene que las reglas que contienen algún tipo de pruebas tasadas o legales «son aquellas en las cuales la ley señala por anticipado al juez el grado de eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio»³⁸⁷.

A su turno, Cappelletti decía que «la valoración de las pruebas se hace así, no por el juez, caso por caso y en consideración de los elementos concretos de credibilidad, de verosimilitud, de persecución, sino apriorísticamente y en abstracto por la ley. De ahí la consecuencia de que el juez en lugar de valorar las pruebas, se limitara a contarlas»³⁸⁸. De lo dicho se puede colegir que se trata

³⁷⁵ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 257.

³⁷⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, p. 46

³⁷⁷ Cfr. MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Navarra: Civitas/ Thomson Reuters, 2005, p. 544.

³⁷⁸ GASCÓN, Marina. *Cuestiones probatorias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 58-59.

³⁷⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, p. 41.

³⁸⁰ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales*, Tomo II. Bogotá: ABC, p. 99.

³⁸¹ DOHRING, Erich. *La prueba, su práctica y su apreciación*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, p. 16.

³⁸² FERRER BELTRÁN, Jordi, *op. cit.*, p. 45.

³⁸³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 157-161.

³⁸⁴ GORPHE, François. *De la apreciación de las pruebas*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 9.

³⁸⁵ TARUFFO, Michèle. *La prueba de los hechos*. Traducción Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 387.

³⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *El Proceso Civil en el Derecho Comparado. Las grandes tendencias evolutivas*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, p. 89.

³⁸⁷ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 268.

³⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1972, p. 41.

de reglas establecidas por el legislador que establecen previamente el valor de verdad que se atribuye a un medio de prueba³⁸⁹.

2.1.2. Íntima convicción

Surge como respuesta o réplica al sistema de prueba legal, cuyo propósito era eliminar los posibles excesos que se venían acaeciendo por el legislador. De este modo se confirió al juez extensas potestades sobre la valoración de los medios de pruebas por no estar sujetas a reglas legales o tasados. Conforme a este modelo el juzgador que valora las pruebas es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente³⁹⁰. Es un sistema característico del derecho francés (en su origen, conocido como *intime conviction*) y alemán (identificado como *freibeweiswürdigung*) de su época. Según Rosenberg:

el juez (el colegiado mediante decisión de mayoría) resuelve sobre esto y, en particular, sobre el valor probatorio del medio de prueba presentado, con completa consideración de todas las circunstancias extraídas mediante el debate o una posible recepción de la prueba, basándose en su experiencia de vida y en el conocimiento de los hombres y de acuerdo con la libre convicción; pero debe indicar en la sentencia sus fundamentos para su propia seguridad, y con el fin del examen en la instancia superior³⁹¹.

Couture afirmaba que es aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes; sino que el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba que obra en el proceso³⁹². A diferencia de la prueba tasada, el sistema de íntima convicción tiene la característica de que el juzgador o tribunal no estaba ligado a formalidades que podían entorpecer la obtención de la verdad; empero, debido al abandono de reglas para valorar tenía el riesgo de favorecer una concepción subjetivista; en el sentido de que podría convencerse conforme a su entender. Situación que impide una adecuada motivación de las decisiones judiciales, pudiendo acrecentar el peligro de arbitrariedad, en tanto que no permitiría un adecuado control intersubjetivo de los destinatarios de las resoluciones judiciales.

2.1.3. Sana crítica

El sistema de valoración de la sana crítica o, más preciso, reglas de la sana crítica, se origina en el derecho procesal español, específicamente en los arts. 147 y 148 del Reglamento del Consejo Real Español, el cual es el antecedente de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855³⁹³. Sobre el particular, Sentís Melendo sostenía lo siguiente: «el concepto y la expresión nos pertenecen: son netamente hispánicos. Fuera de nuestros países, la sana crítica, como sistema de valoración de la prueba, o mejor como expresión de esa valoración, no se encuentra»³⁹⁴. Este tipo de valoración tuvo bastante influencia en ordenamientos procesales de países de Latinoamérica, incluyendo el peruano, en su Código de Procedimientos Civiles de 1912.

Couture consideraba que las reglas de la sana crítica son reglas del correcto entendimiento humano, en las que participan las reglas de la lógica, de la experiencia del juez, que contribuyen a que el juez analice la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas³⁹⁵. En similar sentido, Alsina explicaba que «las reglas de la sana crítica, no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras con carácter permanente y las segundas, variables en el tiempo y en el espacio»³⁹⁶. En comparación con los dos sistemas antes descritos, Couture sostenía que «este concepto configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba»³⁹⁷. En efecto, en la doctrina procesal mayoritaria este sistema de valoración es visto como un sistema intermedio (*tertium genus*) entre la prueba legal y el de la íntima convicción.

A pesar de ello, es un sistema que ha sido fuertemente criticado, sobre todo porque nunca se precisó de qué manera se pueden aplicar las reglas de la lógica y las máximas de experiencia³⁹⁸ (base fundamental en esta

teoría). Esto sin considerar que también en el sistema de libre convicción estas reglas estaban del todo excluidas. Motivo por el cual se ha puesto en cuestión su genuina calidad de tipo de valoración probatoria, al punto de que algunos lo equiparan al de libre valoración. Es del mismo parecer Nieva Fenoll cuando afirma «que aquello que se deduce de la “sana crítica” no difiere en absoluto de lo que pretende la *intime conviction* o la *Freibeweiswürdigung*. Pudiendo concluir, llegados a este punto, que las iniciales enseñanzas de Beccaria y la liberación en la valoración de la prueba inspirada con gran difusión por Blackstone y Bentham, finalmente tuvieron bastante éxito en toda Europa»³⁹⁹.

2.1.4. Libre valoración

Según Taruffo, la libre valoración presupone la ausencia de aquellas reglas [las que predeterminan el valor de la prueba] e implica que la eficacia de cada prueba para la determinación del hecho sea establecida caso a caso, siguiendo criterios no predeterminados, discrecionales y flexibles, basados esencialmente en presupuestos de la razón⁴⁰⁰. En el mismo sentido Ferrer es de la idea de que un sistema jurídico que establece un régimen de libre valoración de la prueba deberá valorar el apoyo que cada elemento de juicio aporta a las hipótesis en conflicto, de forma individual y en conjunto. De esta manera, afirma el autor, «deberá obtenerse un resultado que nos permita saber el grado de confirmación del que dispone cada una de esas hipótesis»⁴⁰¹. Además, Ferrer considera que «la libre valoración de la prueba es libre solo en el sentido de que no está sujeta a normas jurídicas que predeterminen el resultado de esa valoración. La operación consistente en juzgar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aporta a una hipótesis está sujeta a los criterios generales de la lógica y de la racionalidad».

En este sistema el juez asume las siguientes tareas: i) identificar plenamente todos los medios de prueba ofrecidos y actuados en el proceso; ii) evalúa cada una de ellas, hace una valoración individual de cada una de ellas, identificando que información arrojan individualmente; iii) luego evalúa conjuntamente todas las pruebas que en la etapa anterior analizó individualmente; iv) después de este trabajo de valoración con criterio de unidad del material probatorio obtenido, el juez escoge únicamente los medios de prueba que le sirven para resolver el caso; v) resuelve el caso con las pruebas que definió como determinantes para resolverlo. Toda esta actividad la debe hacer el juez partiendo de criterios de racionalidad, objetividad, sustentados en la lógica y respetando los principios lógicos, sana crítica, máximas de experiencia. Para estas etapas el juez no debe estar sujeto a ningún

³⁸⁹ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. Tercera edición. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 141.

³⁹⁰ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, p. 271.

³⁹¹ ROSENBERG, Leo. *Derecho procesal civil*. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, p. 206.

³⁹² COUTURE, Eduardo, *op. cit.*, p. 273.

³⁹³ El Artículo 317 establecía que: «Los jueces y tribunales apreciarán, según las reglas de la sana crítica, la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos». Cfr. VICENTE Y CARAVANTES, José de. *Tratado Histórico, Crítico, Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil, según la Nueva Ley de Enjuiciamiento*. Tomo I. Madrid: Ed. Imprenta de Gaspar y Roig, 1856, p. 225.

³⁹⁴ SENTÍS MELENDO, Santiago, *op. cit.*, p. 3.

³⁹⁵ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, pp. 270-271.

³⁹⁶ ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Tomo VI, Buenos Aires: Ediar S. A. Editores, p. 760.

³⁹⁷ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, p. 270.

³⁹⁸ Según Stein, las máximas de experiencia: «Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos». STEIN, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1973, p. 30).

³⁹⁹ NIEVA FENOLL, Jordi, *op. cit.*, pp. 89-90.

⁴⁰⁰ TARUFFO, Michele, *op. cit.*, p. 387.

⁴⁰¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. «La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasi-benthamiana». En *Revista Jurídica Mario Alario D/Filippo*. Vol. IX. n.º 18, 2017, p. 156.

mandato imperativo legal que lo lleve a valorar la prueba con determinado criterio, la valoración la hace siguiendo los parámetros ya mencionados.

Lo que busca el sistema de libre valoración de la prueba es que el juez tenga libertad de valorar la prueba, pero se asume el compromiso para que esta tarea sea integral, racional, crítica, no contradictoria, sujeta a reglas lógicas y utilizando las herramientas de apoyo necesario para hacerlo como las máximas de experiencia. Por ello, se ha sostenido en la doctrina que la libertad del juez para valorar la prueba queda sujeta a la razón, es decir, que la valoración queda sujeta a un procedimiento racional. Si el juez no considera los parámetros indicados, puede convertir su actividad probatoria en libertad absoluta y, en consecuencia, arbitraria.

Al respecto, cabe señalar que no se trata de que el juzgador pueda realizar la valoración probatoria en general (y sobre la prueba de oficio en particular) como considere pertinente o de manera arbitraria, sino en el marco de presupuestos de la razón que supone una adecuada justificación.

2.2. Valoración probatoria en el ordenamiento peruano

2.2.1. Máximas de experiencia

Respecto a las máximas de experiencia, debe destacarse que el juzgador, al estar inmerso en un sistema de libre valoración, no necesariamente se hace referencia a que el mismo sea libre en su apreciación, es decir, que el juez al momento de vincular la prueba con los hechos no puede apartarse de conocimientos generales sino posee también límites, tales como los conocimientos generales, así como las máximas de experiencia que comprenden generalizaciones empíricas justificadas.

Así, cabe resaltar que las máximas de la experiencia tienen la función de que la valoración se circunscriba a aquellos conocimientos compartidos por la mayoría de las personas en una determinada comunidad; en ese sentido, puede colegirse que posee la función de limitación a libre valoración de la prueba, toda vez que se relaciona con el tipo de conocimientos que le es permitido utilizar al juez para la resolución del conflicto intersubjetivo de intereses.

En ese contexto, en el ordenamiento procesal civil peruano se advierte que el juez se encuentra facultado para el uso de las máximas de experiencia⁴⁰².

2.2.2. Reglas de prueba tasada

Por otro lado, respecto al sistema de valoración de prueba tasada debe destacarse que, siendo un tipo de valoración basada en reglas, que de manera rígida asignan un determinado resultado a los medios de prueba; tuvo como razón de ser, también, el de limitar el poder del juzgador en la valoración probatoria. En ese sentido, debe resaltarse que la inferencia probatoria de este tipo de valoración cumple la función de correlacionar un hecho base con la obligación de dar por probada una determinada hipótesis.

Este tipo de valoración probatoria, si bien viene siendo progresivamente eliminado de los ordenamientos jurídicos, en el derecho peruano todavía puede también identificarse en algunas disposiciones normativas establecidas en el Código Civil y el Código Procesal Civil⁴⁰³.

2.2.3. Valoración conjunta

Este tipo de valoración de la prueba en el ordenamiento jurídico procesal civil peruano se encuentra establecida en la disposición normativa del artículo 197 del CPC, que expresamente señala: «La valoración de los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución, solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión».

Al respecto, como señala Jordi Ferrer Beltrán, debe advertirse que si bien una decisión sobre los hechos no puede realizarse sin una valoración conjunta, este tipo de valoración no puede ser utilizada para evitar la valoración individualizada, esto es, la valoración concreta de cada una de las pruebas aportadas; toda vez que solo después de valoradas individualmente las pruebas podrá realizarse con rigor una valoración conjunta de estas⁴⁰⁴. En ese contexto, cabe destacar que la sola valoración conjunta implicaría la restricción a una motivación entendida como

justificación, impediría 1) la valoración de cada uno de los medios probatorios actuados, 2) el resultado de la valoración y 3) la individualización de la hipótesis aceptada como verdadera (probada).

§ 3. Valoración racional de la prueba y prueba de oficio

3.1. Valoración racional de la prueba

3.1.1. Racionalidad y valoración racional de las pruebas

El término racionalidad empleado en los estudios sobre valoración probatoria se cñe a la acepción epistemológica de la prueba, esto es, desde una acepción cognoscitivista; que no necesariamente se encuentra en defensa de una tesis objetivista (en el sentido extremo) en el conocimiento de los hechos del caso materia de una decisión judicial. Para la concepción cognoscitivista de la valoración probatoria, los hechos externos son objetivos en el sentido ontológico, ya que la existencia de dichos hechos no depende del observador; en cambio, los hechos percibidos y hechos interpretados son epistemológicamente subjetivos, toda vez que los primeros son relativos a una determinada capacidad sensorial y los últimos son relativos al «trasfondo», es decir, «la subjetividad que afecta a la interpretación de los hechos es relativa a un grupo social e incluso a un individuo»⁴⁰⁵.

Por ello, se puede argüir que los denominados hechos percibidos e interpretados también forman parte de la operación constructiva de los enunciados fácticos, toda vez que la formulación de un enunciado fáctico es formulada por alguien «en una situación concreta y, generalmente con una finalidad específica»⁴⁰⁶. Sin embargo, tal situación «no impide que se pueda predicar la verdad o falsedad del enunciado fáctico, y que por lo tanto, pueda ser objeto de prueba en el proceso»⁴⁰⁷. Tal probabilidad (o el enunciado «está probado que p») se encontraría basada en la máxima relación de correspondencia (conexión) entre la afirmación y los hechos acaecidos en la realidad, donde el *grado de probabilidad suministrará un buen criterio para la justificación de un enunciado fáctico que se acepta como verdadero*⁴⁰⁸.

⁴⁰² Artículo 281.- El razonamiento lógico-crítico del Juez, basado en *reglas de experiencia* o en sus conocimientos y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso, contribuye a formar convicción respecto al hecho o hechos investigados.

⁴⁰³ Artículo 25 del CC.- La prueba referente al nombre resulta de su respectiva inscripción en los registros de estado civil.

Artículo 363 del CC.- El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:

- 1.- Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.
- 2.- Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintinueve días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.
- 3.- Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.
- 4.- Cuando adolezca de impotencia absoluta.
- 5.- Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El Juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

Artículo 370.- La carga de la prueba recae sobre el marido en los casos del Artículo 363, incisos 2 y 4. En el caso del inciso 1 sólo está obligado a presentar las partidas de matrimonio y la copia certificada de la de nacimiento; y en el del inciso 3, la resolución de separación y la copia certificada de la partida de nacimiento. Corresponde a la mujer probar, en sus respectivos casos, haberse dado las situaciones previstas en el Artículo 363, inciso 3, o en el Artículo 366.

⁴⁰⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. «Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales», *op. cit.*, p.29.

⁴⁰⁵ GONZÁLEZ, Daniel. *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Lima: Palestra Editores., 2005, p. 40.

⁴⁰⁶ TARUFFO, Michele. «Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad». En *Discusiones*, n.º3, 2003, p. 18.

⁴⁰⁷ *Id.*, pp. 22-23.

⁴⁰⁸ GASCÓN, M. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. En ORTEGA GOMERO S. (ed.), *Proceso prueba y estándar*. Lima: Ara Editores, 2009, pp. 18 y ss.

En ese contexto, para acercarnos al tema de valoración racional de la prueba en relación con la aplicación de la prueba de oficio, es necesario tomar en cuenta lo señalado por los profesores Parra Quijano y Alfaro. Para Jairo Parra Quijano una «demostración racional» (de los hechos) constituye la «prueba de la corrección lógica del pensamiento» y prepara el descubrimiento de la «verdad»⁴⁰⁹. En ese mismo sentido, Luis Alfaro, en referencia a la regulación de la actuación de la prueba de oficio en el proceso civil peruano (que prevé el deber de motivación para la aplicación de prueba de oficio), realiza un análisis sobre las razones y argumentos jurídicos que justificarían tal regulación. Indica que el análisis de la relación entre el deber de motivación de las resoluciones judiciales con tal iniciativa adhiere a una *concepción epistemológica de la prueba y de la motivación como justificación racional de la decisión*, y considera que ello permitiría «tener argumentos suficientes para postular la idea de una *concepción racional de la iniciativa probatoria del juez*»⁴¹⁰. En ese contexto, para el autor, «la concepción epistemológica (como instrumento de conocimiento) es el modelo más racional que nos conviene asumir, ya que toma como referente básico que el proceso tiene que estar encaminado hacia la búsqueda de la verdad, es decir, se conectaría con aquella segunda postura sobre la función del proceso orientada a resolver la controversia mediante decisiones justas».

3.1.2. Concepción persuasiva y cognitivista

La acepción de valoración de la prueba en el ámbito procesal no es unívoca, en algunas ocasiones sus definiciones se encuentran ligadas a las exigencias de motivación, en la medida que el valor que se le atribuye a los medios de prueba debe estar contenido en la motivación, y en otras, se toma a la valoración probatoria desde la perspectiva del juicio de decisión de los hechos. No obstante, como señala Ampuero, «sin perjuicio de este lenguaje que suele ser común entre los juristas del Derecho Procesal, está aceptado por la doctrina que es perfectamente posible concebir a la valoración de la prueba como un instante anterior al de la decisión sobre los hechos. [Siendo así], valorar la prueba es determinar el grado de probabilidad que tienen las hipótesis fácticas de acuerdo a la información que arroja la prueba disponible»⁴¹¹. En ese contexto, la valoración de la prueba opera sobre la información que es el resultado de la actuación de las pruebas propuestas por las partes y el juez, información que incidirá directamente sobre el grado (mayor o menor) de probabilidad⁴¹².

Sin embargo, se debe destacar que el tema de la valoración probatoria se encuentra ligado a la acepción misma de la finalidad del proceso, esto es, si se identifica como la búsqueda de la verdad o la sola resolución del conflicto intersubjetivo de intereses. Por tanto, la prueba en el proceso puede entenderse desde una concepción cognitivista o una concepción persuasiva. La primera concibe que el juicio de la prueba incluye un problema de racionalidad que debe estar apoyado en un enfoque epistemológico, esto es, que la verdad en el proceso está vinculada como finalidad de la prueba. La segunda concibe a la prueba judicial como un instrumento de persuasión. Sobre el particular, Cavallone es crítico con esta división entre función persuasiva y demostrativa de la prueba y sostiene que «en términos de teoría general, se le atribuye a la prueba una función persuasiva, por la cual se induce al juez a pronunciarse en sentido favorable a la que si tiene la razón. Esta —se dice en sustancia— es una visión no solo arcaica, sino que es una actitud abogadesca del juicio de los hechos, del todo incompatible con la moderna concepción racional de la prueba, según la cual se cumple una función demostrativa y así puede servir a la determinación de la verdad. Confieso que no comprendo dicha crítica»⁴¹³.

Desde el ámbito doctrinal, se puede identificar a un sector que defiende la posición de la verdad como finalidad de la prueba en el proceso; dentro de este sector encuentra Taruffo, quien señala que los tribunales deberían establecer la verdad de los hechos en litigio asumiendo la verdad de los hechos en disputa como una meta del proceso judicial⁴¹⁴. Asimismo, Ferrer, quien indica que el objetivo institucional de la actividad probatoria en el proceso judicial es la «averiguación de la verdad»⁴¹⁵. En esa misma línea, Nieva⁴¹⁶ señala «que como finalidad material de la prueba sí que puede apuntarse la averiguación de la verdad». En tal sentido, para el autor, el objetivo de la prueba es el acercamiento en la mayor medida posible a la realidad de los hechos⁴¹⁷.

Al respecto, conviene hacer mención que para los fines de esta decisión la que más beneficia y respalda a la perspectiva epistémica del proceso es aquella conocida como *concepción cognitivista*, que es entendida como un modelo racional de valoración de la prueba, conforme a una tradición racional de la prueba, cuyos orígenes pueden encontrarse en el pensamiento del jurista inglés Bentham⁴¹⁸. Twining explica que este modelo proporciona la imagen más coherente de los principios de la prueba, la que se resume en la proposición benthamita de que el objetivo primario del proceso jurídico consiste en la búsqueda de justicia por medio del derecho, mediante la obtención de decisiones correctas a través de medios racionales⁴¹⁹.

3.2. Valoración racional de la prueba de oficio

3.2.1. Motivación de la prueba de oficio: ¿prueba de oficio para la convicción?

Si bien el artículo 194 del CPC establece que la prueba de oficio tiene como propósito «formar convicción», esta no debe ser entendida en sentido de una concepción persuasiva o psicologista de la prueba, esto es, que la aplicación de la prueba de oficio solo fuera para el convencimiento del juez, sino para el esclarecimiento de la verdad de los hechos introducidos en el proceso. En ese contexto, la exigencia de la motivación prevista en el artículo 194 del CPC (como desarrollo del artículo 139, inciso 5, de la Constitución⁴²⁰) hace referencia al contexto en el que debe darse cuenta de las razones de la decisión dada por el órgano jurisdiccional como *correcta o aceptable*⁴²¹.

Así la motivación puede identificarse como aquel instrumento que tiene la utilidad de *evitar la arbitrariedad del poder*, como señala Marina Gascón:

adquiere una particular importancia merced de a la evolución que ha conocido el Estado de Derecho en el constitucionalismo, un modelo de Estado que encuentra su legitimidad (externa) en la protección de los individuos y sus derechos, y que, al consagrar esos derechos en el nivel jurídico más alto, la Constitución condiciona también la legitimad (interna) de los actos de poder a la protección de esos derechos. La motivación cobra entonces una dimensión político- jurídica garantista, de tutela de derechos⁴²².

3.2.2. ¿Cómo se debe valorar la prueba de oficio?

Al respecto, conviene recordar en el marco de una valoración racional, que la prueba, consiste en «evaluar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aportan a una determinada hipótesis»⁴²³. En este sentido, como se ha advertido de los argumentos *ut supra* desarrollados sobre la

⁴⁰⁹ PARRA, Jairo. *Racionalidad de la prueba de oficio*, pp.15-18.

⁴¹⁰ ALFARO, Luis. «La motivación y la prueba de oficio: racionalidad de la iniciativa probatoria del juez», En *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*. - PUCP, 2016, p. 60.

⁴¹¹ HUNTER AMPUERO, Iván. «Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil? *Ius et Praxis*, Año 23, n.º 1, 2017, p. 250.

⁴¹² *Id.*, p. 251.

⁴¹³ CAVALLONE, Bruno. «Alessandro Giuliani Processualista (Ordine isonomico, ordine asimmetrico, principio dispositivo, principio inquisitorio)». *Rivista di Diritto Processuale*, n.º 1, 2012, p. 108.

⁴¹⁴ TARUFFO, Michele. *La prueba*, p. 20.

⁴¹⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, pp. 29-32.

⁴¹⁶ NIEVA FENOLL, Jordi, *op. cit.*, p. 147.

⁴¹⁷ *Id.*, p. 149.

⁴¹⁸ Si bien la conocida tradición racional de la prueba encuentra sus orígenes y fundamentos en el *common law*, a raíz de los aportes del filósofo inglés Jeremy Bentham, sin embargo, en la actualidad su pensamiento ha sido difundido por los trabajos de teóricos del *civil law* como, por ejemplo: TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*; FERRER BELTRÁN, Jordi. *La prueba y verdad en el derecho*, GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, entre otros.

⁴¹⁹ TWINGING, William, *op. cit.*, p. 326.

⁴²⁰ El artículo 139, inciso 5), consagra como garantía de la función jurisdiccional «la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite».

⁴²¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 184 y ss.

⁴²² *Id.*, p. 182.

⁴²³ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, p. 46.

finalidad institucional de la prueba y del sentido epistémico del proceso, convendría entender a la prueba de oficio desde una concepción cognitivista y no persuasiva (como refiere el artículo 194 del CPC); así, su finalidad debe ser identificada desde el enfoque epistemológico.

En ese contexto, la prueba de oficio como medio probatorio incorporado al proceso también se encuentra supeditada a la valoración probatoria; toda vez que la apreciación de cada uno de los medios probatorios incorporados al proceso bajo la concepción racionalista de la prueba, su valoración debe ser realizada previamente en forma individual para ser luego valorada en forma conjunta con los demás medios probatorios; ya que la prueba de oficio tiene como *imperativo categórico*, la búsqueda de la verdad, esto es, la verdad de los hechos introducidos al proceso. Siendo así, habiéndose advertido diversos problemas aplicativos sobre cómo valorar las pruebas de oficio en relación con los demás medios de prueba, es necesario precisar que la *prueba de oficio aportada al proceso en virtud del poder probatorio del juez no debe tener ninguna preferencia o prevalencia en relación con los otros medios de prueba aportados por las partes al proceso*. De otro lado, es conveniente igualmente establecer que *la prueba de oficio y las pruebas que puedan haber aportado las partes procesales deben ser valoradas de manera individual y luego de manera conjunta por el juez a fin de corroborar la hipótesis fáctica del caso concreto*.

§ 4. Reglas establecidas

4.1. Justificación de las reglas para la prueba de oficio

En el contenido de las reglas a establecer en el presente Pleno Casatorio se debe ratificar la posición del legislador de establecer a la prueba de oficio como una facultad excepcional para incorporar medios de prueba adicionales a los que hubieran ingresado al proceso las partes. El legislador entiende como necesario en algunos casos el uso de esta facultad, es por ello que la encontramos contenida en el artículo 194 del CPC y en diversas disposiciones de naturaleza procesal, aunque es necesario mencionar que el juez al hacer uso de esta debe tomar en cuenta los límites establecidos en el ordenamiento procesal, para evitar que se haga un mal uso de ella.

El juez juega un papel importante en la actividad probatoria en el proceso, es por ello que se le debe exigir en esta tarea que sea diligente y responsable. Por este motivo, en los procesos judiciales el juez debe tener sumo cuidado en fijar los puntos (hechos) controvertidos, de tal manera que le sea más fácil a las partes y al juez definir de antemano en qué elementos fácticos relevantes las partes no se encuentran de acuerdo y concretamente qué debe probarse en el proceso. Debiendo desterrar la mala praxis de integrar como puntos controvertidos una simple descripción de las pretensiones postuladas, esta es la peor forma de fijar los hechos controvertidos.

Como se ha señalado de antemano, en la prueba de oficio juega un papel importante y trascendente el contradictorio, es por ello que al ejercitar este poder probatorio el juez debe garantizar que las partes puedan siempre ejercerlo sin restricciones, pero siempre tomando en cuenta la naturaleza del proceso que tramitan. No debe, por tanto, establecerse una regla fija e inmóvil sobre el contradictorio, más bien dada la complejidad y situaciones a presentarse en estos casos, puede ser previo, diferido, oral o escriturado.

La oportunidad de la prueba de oficio es de mucha importancia, debería ser en una sola oportunidad, es decir, en un solo acto, no es admisible el uso de la prueba de oficio de manera progresiva, ya que esta situación pondría en evidencia una conducta inadecuada del juez. Lo mismo sucede con el momento en que se deben usar, lo correcto debería ser después de concluida la actuación de la prueba y excepcionalmente, antes de emitir sentencia y en los procesos orales, en la audiencia preliminar y de forma excepcional en la audiencia de prueba.

En muchos casos, el juez debe evaluar la posibilidad de ejercitar la facultad excepcional de incorporar nuevos elementos de prueba cuando se encuentre en situaciones en las que existen medios de prueba relevantes para la solución del caso en el expediente, pero que no ingresaron de forma regular (no fueron admitidas formalmente). Se trata de supuestos de rebeldía, medios de prueba ofrecidos de manera extemporánea, rechazados de forma expresa por el juez, adjuntados al recurso de apelación, entre otras situaciones. Estas situaciones deben llevar siempre

al juez a evaluar si es viable ejercitar el poder probatorio establecido en el artículo 194 del CPC.

La prueba de oficio en segundo grado suele ser la más complicada, ya que las Salas Superiores no ejercitan de manera cotidiana el poder probatorio contenido en la disposición procesal, anulando muchas veces la sentencia venida en grado. Por el contrario, las Salas Superiores tienen la posibilidad de ejercitar este poder probatorio e incorporar adicionales medios de prueba que les pueda solucionar el conflicto con mayor acercamiento a la verdad de los hechos (están autorizados expresamente por el artículo 194 del CPC). Por ello es que se debe establecer un mecanismo para el ejercicio de esta facultad excepcional en Sala Superior que permita que las partes puedan ejercer de forma irrestricta el derecho al contradictorio y tal vez de contraprueba, dándole un sentido diferente a la llamada audiencia de vista de la causa.

En relación con el efecto de la apelación que se pudiera presentar cuando las partes ejercen impugnación en contra de la resolución que ordenó la prueba de oficio, conviene precisar el efecto en el que se debería conceder, ya que el artículo 194 del CPC no lo precisa, solo se establece que procederá la apelación cuando el juez no ha cumplido con las exigencias establecidas en el citado artículo, debiendo ser concedida conforme lo ha considerado este Colegiado sin efecto suspensivo y con calidad de diferida. Si la prueba de oficio es en segunda instancia, podría ser postulada como argumento para el recurso de casación.

Con este Pleno Casatorio se busca establecer reglas para los procesos en general (y aplica para cualquier proceso civil), pero en especial para aquellos en los que se tramitan pretensiones de naturaleza real (reivindicación, mejor derecho de propiedad, desalojos, interdictos, entre otros) y aquellos de naturaleza personal. En los primeros, se presentan un gran número de problemas que podrían ser solucionados de forma correcta si se hace uso del poder probatorio (identificación del bien —como el caso que nos ocupa—, áreas, medidas perimétricas, colindancias, superposición de bienes, entre otros) y en los de naturaleza personal en los que destacan los procesos de nulidad, anulabilidad, ineficacia, pretensión pauliana, otorgamiento de escritura pública, entre otros, sobresale en estos la existencia de situaciones referidas a la nulidad manifiesta prevista en el artículo 220 del Código Civil, respecto de esta institución existen sendos pronunciamientos en dos Plenos Casatorios Civiles previos al presente, sin embargo, en ellos no se han desarrollado reglas de la prueba de oficio en particular.

Finalmente, corresponde establecer una regla abierta para la protección de personas en situación de vulnerabilidad, ya que en estos casos el juez podrá disponer la actuación de pruebas de oficio cuando advierta en el proceso limitaciones u obstáculos para el ejercicio pleno de los derechos que el ordenamiento jurídico nacional, los tratados internacionales y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos les reconoce. Esta regla le da la posibilidad al juez de hacer prueba de oficio en situaciones de esta naturaleza.

4.2. Las reglas para el ejercicio de la prueba de oficio

Considerando los diversos criterios asumidos por la Corte Suprema frente a una serie de problemas de tipo jurisprudencial resulta necesario establecer las siguientes reglas generales —considerando los principios procesales, posiciones teóricas y la orientación epistémica antes analizadas en esta decisión— con carácter vinculante, sobre el ejercicio de la prueba de oficio en el proceso civil.

Estas reglas bien pueden ser de aplicación supletoria a los ordenamientos procesales no penales (contencioso administrativo, proceso laboral, proceso constitucional y en asuntos de familia), siempre que sean adecuadas a la búsqueda de la verdad y no sean contrarias a las reglas especiales que las regulan.

Primera regla: “El artículo 194 del Código Procesal Civil contiene un enunciado legal que confiere al juez un poder probatorio con carácter de facultad excepcional y no una obligación; esta disposición legal habilita al juez a realizar prueba de oficio, cuando el caso así lo amerite, respetando los límites impuestos por el legislador”.

Segunda regla: “El juez fijará los puntos controvertidos con precisión y exhaustividad. Los cuales no deben ser una mera descripción de las pretensiones procesales postuladas en el proceso”.

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 prueba; d) motivación; e) contradictorio; f) no suplir a las partes; y, g) en una sola oportunidad”.

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”.

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”.

Sexta regla: “Cuando el medio de prueba es extemporáneo o no fue admitido por declaración de rebeldía, el juez de primera o segunda instancia deberá analizar su pertinencia y relevancia, y evaluar su admisión oficiosa; el mismo tratamiento debe darse al medio de prueba declarado formalmente improcedente y no haya mediado apelación”.

Séptima regla: El juez podrá evaluar la necesidad de incorporar de oficio las copias certificadas, físicas o virtuales de los procesos judiciales o procedimientos administrativos conexos vinculados con la controversia y con incidencia directa en el resultado del proceso.

Octava regla: “La Sala Superior en la resolución que programa la vista de la causa indicará la posibilidad de prueba de oficio, someténdola 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”.

Novena regla: Cuando proceda la apelación contra la resolución que ordena prueba de oficio se concederá sin efecto suspensivo y con la calidad diferida. En segunda instancia, el cuestionamiento a la prueba de oficio podrá ser alegada como argumento en el recurso de casación, cuando sea viable postular este recurso”.

Décima regla: “En los procesos relacionados con derechos reales, el juez puede utilizar especialmente como prueba de oficio: i) inspección judicial en el bien materia de debate; ii) prueba pericial para identificar correctamente el inmueble, su ubicación, sus dimensiones, numeración, colindancias, superposiciones, entre otros; iii) documentos consistentes en a) partida registral y/o título archivado del bien emitido por Registros Públicos o registro análogo; b) certificado catastral expedido por SUNARP donde precise que el predio no está inscrito independientemente ni que pertenece a uno de mayor extensión; c) copia literal íntegra de la partida registral en caso de haber superposición registral; d) cualquier otra información registral, notarial o a cargo de algún funcionario público, que resulte relevante para el caso”.

Regla undécima: “En los procesos en los que se tramitan pretensiones de naturaleza personal, en caso de insuficiencia probatoria el juez podrá utilizar como prueba de oficio aquellas que le permitan determinar la verdad de los hechos materia de controversia, la misma regla aplica para supuestos en los que se aprecie una nulidad manifiesta del negocio jurídico, conforme al artículo 220 del Código Civil”.

Regla duodécima: “En los procesos que se discutan derechos de personas en condición de vulnerabilidad por razones de edad, género, discapacidad, pertenencia a comunidades indígenas o minorías, víctimas, migrantes, personas en extrema pobreza, privados de la libertad u otros, el juez podrá disponer la actuación de pruebas de oficio cuando advierta en el proceso limitaciones u obstáculos para el ejercicio pleno de los derechos que el ordenamiento jurídico nacional, los tratados internacionales y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos les reconoce”.

V. Análisis del caso

1. Juicio de fundabilidad del recurso de casación

PARTE CONSIDERATIVA:

PRIMERO. En la presente demanda se postuló la pretensión de reivindicación, al respecto el artículo 923 del Código Civil, indica que: «La propiedad es el poder que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley»; a su vez, el artículo 927 del acotado Código prescribe que: «La acción reivindicatoria es imprescriptible. No procede contra aquél que adquirió el bien por prescripción».

También, en los artículos 2, incisos 8 y 16, y 70 de la Constitución Política del Estado, se reconoce al derecho de propiedad como derecho fundamental que debe ser concebido como el poder jurídico que permite a una persona

usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien; pudiendo el propietario servirse directamente del bien, percibir sus frutos y sus productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses patrimoniales; siempre y cuando se ejerza en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley.

Consecuentemente, la reivindicación importa la restitución del bien a su legítimo propietario, en atención a ello, para su procedencia debe existir siempre un examen sobre el derecho de propiedad de la parte accionante, dado que la acción reivindicatoria persigue que sea declarado el derecho y que, en consecuencia, le sea restituida la cosa sobre la cual recae. Por lo tanto, la reivindicación implica, de manera inseparable, el reconocimiento del dominio y la restitución de la cosa a su propietario.

SEGUNDO. Asimismo, esta Corte Suprema, en reiteradas y uniforme jurisprudencia, como la recaída en la Casación número 3436-2000/Lambayeque, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social, así como en la Casación número 729-2006/Lima, expedida por esta Sala Civil Permanente, ha señalado que si bien es cierto, la norma no define exactamente los alcances de la acción reivindicatoria, para su ejercicio deben concurrir los siguientes elementos: a) que se acredite la propiedad del inmueble que se reclama; b) que el demandado posea la cosa de manera ilegítima o sin derecho a poseer; y, c) que se identifique el bien materia de restitución.

TERCERO. De la revisión de la sentencia impugnada, se aprecia que el *Ad quem* sustenta su decisión en los considerandos decimoséptimo a vigésimo de la impugnada, arguyendo que: «*evaluados los planos perimétricos no se advierten que acrediten que ambas direcciones se trate del mismo predio, ello en tanto que no se sustenta con pruebas adicionales como una pericia técnica que, evaluando los antecedentes registrales, haya podido establecer la indicada identidad*», señalando también que «*si bien el A quo tiene una facultad como es la establecida en el artículo 194 del Código Procesal Civil, tal situación no puede llevar a que sustituya a una de las partes en su actividad probatoria*», así como también advirtió que la actora no adjuntó la partida electrónica 11439305, empero, de la copia del asiento C00296 que corre en autos, se advierte que los vendedores en la escritura pública que sustenta el derecho de la actora, adquirieron un porcentaje (27.895 %) de los derechos y acciones sobre la totalidad del inmueble sin que se precise o se encuentre delimitado dicho porcentaje de la totalidad del bien así como si en dicho porcentaje se encuentre el predio materia de autos; y, por último, concluye el *Ad quem* que en el proceso no se ha acreditado uno de los elementos que se requieren para la reivindicación (identificación concreta del bien ocupado por el demandado).

CUARTO. En esa línea de ideas, se puede colegir que el *Ad quem* advirtió la existencia de una insuficiencia probatoria respecto de la identificación plena del bien materia de reivindicación; sin embargo, en vez de hacer uso de la facultad excepcional prevista en el artículo 194 del Código Procesal Civil, el *Ad quem* decidió declarar improcedente la demanda al no haberse acreditado la identificación del bien materia de *litis*; con esta decisión la Sala Superior, por un lado, dejó de ejercer este poder probatorio que pudo llevarlo a determinar con mayor certeza la verdad de los hechos controvertidos, de tal forma que pudo tener mayores elementos probatorios que le permitan decidir la controversia con la mayor solvencia y objetividad, y de esta forma resolver el conflicto con una mejor cercanía a la verdad de los hechos; de otro lado, decidió emitir una sentencia inhibitoria, por una causal no prevista en el artículo 427 del Código Procesal Civil, ya que el hecho de no haber identificado el bien materia de reivindicación, no es una causal para declarar improcedente la demanda, mas por el contrario en los procesos en los que se ventilan pretensiones de naturaleza real, el juez siempre puede utilizar los poderes probatorios establecidos en la ley procesal para lograr la plena identificación del bien.

QUINTO. No debe perderse de vista que la ley procesal ha establecido la posibilidad de que la Sala Superior en apelación puede hacer usos de los poderes probatorios establecidos en el artículo 194 del Código Procesal Civil, de tal forma que no se necesita anular la sentencia y disponer que sea el juez de fallo quien realice la actividad probatoria complementaria, en este caso en concreto, solo para identificar correctamente el bien inmueble *sub litis*, siendo la Sala Superior la que debe realizar esta tarea, con la participación del juez superior menos antiguo, si se trata de una prueba que no es de actuación inmediata.

SEXTO. Consecuentemente, a fin de identificar el bien materia de reivindicación, el juez con la facultad conferida

en los artículos 194 y 51, inciso 2, del Código Procesal Civil, puede admitir y actuar pruebas de oficio, y para el presente caso podrían resultar necesarias: a) una inspección judicial y dictamen pericial a fin de determinar área y linderos del área que ocupa el demandado; b) también deberá pedirse un informe a la Municipalidad sobre si el bien ubicado 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, es el mismo que el bien inmueble ubicado en **mz. C O- Lote 06, Sector el Valle del Anexo 22 de la Comunidad Campesina de Jicamarca**, con un área de 2,500 m², ello a mérito de que ambas partes pagaron el HR y PU de los referidos lotes; y c) requerir la copia literal completa y actualizada de la partida **11439305** de los Registros Públicos de Lima donde está inscrita el bien materia de *litis*; d) de ser necesario un informe a los Registros Públicos para determinar la existencia de superposición de inmuebles.

SÉPTIMO. Por tanto, atendiendo que el derecho a probar no solo está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, sino también a que estos sean admitidos, actuados y valorados, y que el juez tiene la facultad excepcional autorizada por la ley procesal para incorporar nuevos elementos de prueba que le permiten resolver con mayor aproximación a la verdad de los hechos; por consiguiente, este Colegiado considera que en el caso de autos se ha configurado vulneración al derecho al debido proceso, tutela judicial efectiva y motivación, previstos en los artículos 139.3 y 5 de la Constitución, ya que, por un lado, la decisión se ha sustentado en una causal de improcedencia no establecida en el ordenamiento procesal y de otro lado, porque el juez definió la controversia sin haber hecho uso del poder probatorio establecido en el artículo 194 del Código Procesal Civil que le hubiera permitido incorporar nuevos elementos de prueba de forma complementaria a la actividad probatoria de las partes y resolver el caso con mayor solvencia y objetividad. Por lo cual, la sentencia materia de casación debe ser anulada, declarando fundado el recurso de casación y ordenando que la Sala Superior emita nuevo fallo, previo cumplimiento a lo señalado en la presente resolución.

VI. DECISIÓN

§1. Sobre el caso concreto

Por estas consideraciones, y en estricta aplicación del artículo 396 del Código Procesal Civil, declararon:

- a) **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandante Jerónima Rojas Villanueva; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fecha siete de noviembre de dos mil dieciséis, expedida por la Sala Civil Descentralizada y Permanente de San Juan de Lurigancho de la Corte Superior de Justicia de Lima Este.
- b) **ORDENARON** que la Sala Superior emita nuevo fallo, previo cumplimiento a lo expresado en las consideraciones expuestas en la presente sentencia.
- c) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el *Diario Oficial El Peruano*, bajo responsabilidad; interviniendo como Juez Supremo ponente el señor Hurtado Reyes y los devolvieron.

§2. Precedente judicial

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 400 del Código Procesal Civil declararon que **CONSTITUYEN PRECEDENTE JUDICIAL VINCULANTE** las siguientes reglas:

Primera regla: “El artículo 194 del Código Procesal Civil contiene un enunciado legal que confiere al juez un poder probatorio con carácter de facultad excepcional y no una obligación; esta disposición legal habilita al juez a realizar prueba de oficio, cuando el caso así lo amerite, respetando los límites impuestos por el legislador”.

Segunda regla: “El juez fijará los puntos controvertidos con precisión y exhaustividad. Los cuales no deben ser una mera descripción de las pretensiones procesales postuladas en el proceso”.

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”.

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”.

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”.

Sexta regla: “Cuando el medio de prueba es extemporáneo o no fue admitido por rebeldía, el juez de primera o segunda instancia, deberá analizar su pertinencia y relevancia, y evaluar su admisión oficiosa; el mismo tratamiento debe darse al medio de prueba declarado formalmente improcedente y no haya mediado apelación”.

Sétima regla: “El juez podrá evaluar la necesidad de incorporar de oficio las copias certificadas, físicas o virtuales de los procesos judiciales o procedimientos administrativos conexos vinculados con la controversia y con incidencia directa en el resultado del proceso”.

Octava regla: “La Sala Superior en la resolución que programa la vista de la causa indicará la posibilidad de prueba de oficio, sometiéndola 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”.

Novena regla: “Cuando proceda la apelación contra la resolución que ordena prueba de oficio se concederá sin efecto suspensivo y con la calidad diferida. En segunda instancia, el cuestionamiento a la prueba de oficio podrá ser alegada como argumento en el recurso de casación, cuando sea viable postular este recurso”.

Décima regla: “En los procesos relacionados con derechos reales, el juez puede utilizar especialmente como prueba de oficio: i) inspección judicial en el bien materia de debate; ii) prueba pericial para identificar correctamente el inmueble, su ubicación, sus dimensiones, numeración, colindancias, superposiciones, entre otros; iii) documentos consistentes en a) partida registral y/o título archivado del bien emitido por Registros Públicos o registro análogo; b) certificado catastral expedido por SUNARP donde precise que el predio no está inscrito independientemente ni que pertenece a uno de mayor extensión; c) copia literal íntegra de la partida registral en caso de haber superposición registral; d) cualquier otra información registral, notarial o a cargo de algún funcionario público, que resulte relevante para el caso”.

Regla undécima: “En los procesos en los que se tramitan pretensiones de naturaleza personal, en caso de insuficiencia probatoria el juez podrá utilizar como prueba de oficio aquellas que le permitan determinar la verdad de los hechos materia de controversia, la misma regla aplica para supuestos en los que se aprecie una nulidad manifiesta del negocio jurídico, conforme al artículo 220 del Código Civil”.

Regla duodécima: “En los procesos que se discutan derechos de personas en condición de vulnerabilidad por razones de edad, género, discapacidad, pertenencia a comunidades indígenas o minorías, víctimas, migrantes, personas en extrema pobreza, privados de la libertad u otros, el juez podrá disponer la actuación de pruebas de oficio cuando advierta en el proceso limitaciones u obstáculos para el ejercicio pleno de los derechos que el ordenamiento jurídico nacional, los tratados internacionales y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos les reconoce”.

SS.

TÁVARA CORDOVA

ROMERO DÍAZ

HURTADO REYES

HUMANÍ LLAMAS

CABELLO MATAMALA

SALAZAR LIZARRAGA

CALDERÓN PUERTAS

DE LA BARRA BARRERA

CÉSPEDES CÁBALA

BUSTAMANTE ZEGARRA

J- 1887858-1

Nota de Editor.- Se deja constancia que la separata de “Precedentes Vinculantes” publicada el día 22 de setiembre de 2020 corresponde al número: Año XXIX / N° 1133