



FACULTAD DE DERECHO
SECCIÓN DE POSGRADO

**LA ELIMINACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO POR UNA
FLEXIBLE PRECLUSIÓN PROBATORIA EN EL CÓDIGO
PROCESAL CIVIL PERUANO**

**PRESENTADA POR
JORGE LUIS BEJARANO DELGADO**

**ASESOR
MARTÍN ALEJANDRO HURTADO REYES**

**TESIS
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO
PROCESAL**

LIMA – PERÚ

2020



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO

**“LA ELIMINACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO POR UNA FLEXIBLE
PRECLUSIÓN PROBATORIA EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO”**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO
PROCESAL**

PRESENTADO POR:

JORGE LUIS BEJARANO DELGADO

ASESOR:

DR. MARTIN ALEJANDRO HURTADO REYES

LIMA, PERÚ

2020

DEDICATORIA

A mis queridos mamá, papá y hermano.

ÍNDICE

CARÁTULA	i
DEDICATORIA	ii
ÍNDICE	iii
RESUMEN	vi
ABSTRACT	vii
INTRODUCCIÓN	viii
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO	1
1.1. Antecedentes de la investigación.....	1
1.2. Definición de términos básicos	4
1.2.1. Prueba	4
1.2.2. Carga de la prueba	5
1.2.3. Verdad material	5
1.2.4. Verdad formal	6
1.2.5. Debido proceso.....	6
1.2.6. Principio de imparcialidad	6
1.2.7. Principio de celeridad	7
1.2.8. Justicia.....	7
1.3. Bases teóricas	7
1.3.1. Sistemas procesales.....	7
1.3.2. Sistema Privatista	8
1.3.3. Sistema Publicista	18
1.3.4. Sistema Mixto	28
1.3.5. La prueba.....	34

1.3.6. La prueba de oficio	118
1.3.7. La preclusión	158
CAPÍTULO II: METODOLOGÍA.....	174
2.1. Descripción de la situación problemática	174
2.2. Formulación del problema	177
2.3. Objetivos de la investigación.....	178
2.4. Formulación de hipótesis	178
2.5. Justificación de la investigación	179
2.5.1. Importancia de la investigación.....	179
2.5.2. Viabilidad de la investigación.....	179
2.6. Limitaciones del estudio.....	180
2.7. Diseño metodológico	180
2.8. Aspectos éticos.....	180
CAPÍTULO III: BASES PARA ELIMINAR LA PRUEBA DE OFICIO POR UNA PRECLUSIÓN FLEXIBLE	181
3.1. La prueba de oficio y su incompatibilidad con el principio de imparcialidad	181
3.1.1. La prueba de oficio y el principio de imparcialidad	187
3.1.2. La prueba de oficio y el principio de imparcialidad	204
3.1.3. Los presupuestos y las limitaciones establecidas en la ley no son útiles para salvaguardar el principio de imparcialidad.....	214
3.2. La prueba de oficio y el test de ponderación.....	231
3.2.1. Test de idoneidad	233
3.2.2. Test de necesidad	242
3.3. Dilaciones y corrupción.....	247

3.4. La flexibilización de la preclusión probatoria.....	253
3.4.1. La preclusión rígida es anti técnica	254
3.4.2. La preclusión rígida dificulta que se logre la verdad de la afirmación de los hechos y una sentencia justa	257
3.4.3. La preclusión flexible como solución ante la eliminación de la prueba de oficio	261
CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN.....	265
CONCLUSIONES.....	268
RECOMENDACIÓN	269
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	270
REFERENCIAS HEMEROGRÁFICAS.....	274
REFERENCIAS ELECTRÓNICAS	275

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación, en primer lugar, se desarrolla dentro del “Capítulo I”: a) Los sistemas procesales, a fin de crear un contexto adecuado que permita comprender de mejor manera los conceptos a utilizarse; b) La figura jurídica de la prueba, haciendo hincapié en su objeto, finalidad y cargas, pues estos tres puntos son claves para los resultados de nuestro trabajo; c) La prueba de oficio a profundidad, desde su origen hasta realizar un análisis comparativo y evolutivo de esta potestad judicial; y d) La preclusión procesal, a fin de poder utilizar su concepto de manera correcta cuando oportunamente se trate la preclusión probatoria.

En segundo lugar, se desarrolla en el “Capítulo II” la metodología del presente trabajo con el objeto de delinear el método y técnica que se utilizará para su elaboración con la finalidad de alcanzar un resultado teóricamente válido.

Entonces, teniendo en cuenta los capítulos precedentes, se procede a analizar en el “Capítulo III” los siguientes argumentos para proponer la eliminación de la prueba de oficio: a) La incompatibilidad con el principio de imparcialidad; b) La falta de superación del test de ponderación; c) El brindar oportunidad a posibles actos de dilación y corrupción judicial. Asimismo, se explican los argumentos del porqué la flexibilización de la preclusión probatoria es una medida más idónea y necesaria que la prueba de oficio para alcanzar los fines que esta persigue.

Por último, en el “Capítulo IV” se discuten los resultados brindados en el presente trabajo de investigación.

ABSTRACT

In this research work, at first, it's developed within "Chapter I": a) The procedural systems, in order to create an adequate context that allows a better understanding of the concepts to be used; b) The legal figure of the evidence, emphasizing its object, purpose and burdens, because these three points are key to the results of our work; c) The ex officio evidence, from its origin to a comparative and evolutionary analysis of this judicial power; and d) The procedural preclude, in order to be able to use its concept correctly when the evidentiary preclude is dealt with in a timely manner.

Secondly, the methodology of this work is developed in "Chapter II" in order to outline the method and technique that will be used for its elaboration in order to achieve a theoretically valid result.

Then, taking into account the preceding chapters, the following arguments are analyzed in "Chapter III" to propose the elimination of the ex officio evidence: a) Incompatibility with the principle of impartiality; b) Failure to pass the weighting test; c) Providing an opportunity for possible acts of delay and judicial corruption. Moreover, the arguments as to why the flexibility of the preclude of evidence is a more suitable and necessary measure than the ex officio evidence are explained to achieve the aims it pursues.

Finally, in "Chapter IV" the results provided in this research work are discussed.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación dogmático cuestiona el uso de la prueba de oficio, para lo cual utiliza como basamento los siguientes argumentos: a) Su incompatibilidad con el debido proceso, pues en tanto se utilice dicha potestad judicial indefectiblemente se afectan los principios procesales de imparcialidad e imparcialidad; b) Siendo meridianamente claro que la utilización de la prueba de oficio afectan dichos principios, se examina si, a pesar de ello, se puede legitimar su uso a fin de proteger otros principios jurídicos; para lo cual, se evalúa si la prueba de oficio supera el test de ponderación; c) Se analizan los motivos por los cuales se considera que la utilización de la prueba de oficio puede dar pie a posibles actos de dilaciones y corrupción judicial.

En concordancia con ello, se cuestiona también la preclusión rígida en materia probatoria estipulada en nuestro Código Procesal Civil, en tanto se considera que resulta ser un impedimento para poder alcanzar una sentencia más justa.

Por tanto, siendo que nuestra opinión final es porque se elimine la prueba de oficio, se recomienda, a su vez, que la preclusión en cuestión probatoria sea flexible -en los términos que se detallan más adelante- porque resulta lo más adecuado (y menos gravoso) a fin de poder acreditar la verdad de las afirmaciones de los hechos y, en tal sentido, poder obtener una resolución de la controversia que sea considera lo más justa posible.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

1.1. Antecedentes de la investigación

Se han identificado los siguientes antecedentes a la investigación propuesta:

- **JARA CCALLO, Julio (2010). Análisis de la constitucionalidad de la prueba de oficio en el proceso penal peruano. Tesis, Universidad Nacional del Altiplano, Puno – Perú.**

Es una tesis dogmática en la que se somete al test de proporcionalidad la prueba de oficio a fin de determinar su constitucionalidad.

De esta manera, el investigador llegó a determinar que, si bien la prueba de oficio es medianamente idónea para alcanzar la búsqueda de la verdad, su uso no es necesario porque existen alternativas menos gravosas como la teoría de la “prueba sobre la prueba” o el planteamiento para que estas facultades extraordinarias sean concedidas al Ministerio Público, en aras de salvaguardar el principio de imparcialidad y debido proceso.

Por lo que concluye que toda regulación que faculte plena o excepcionalmente la iniciativa probatoria de oficio es inconstitucional por infringir el debido proceso.

- **DÍAZ POZO, Nila y LORENZO VEGA, Erika (2017). La prueba de oficio y su incidencia en la vulneración del principio de imparcialidad judicial. Tesis, Universidad Nacional Hermilio Valdizán, Huánuco – Perú.**

Es una tesis de investigación aplicada, cuya muestra se tomó de los expedientes del Primer Juzgado Civil de Huánuco en los que se aplicó la prueba de oficio durante el periodo 2015 – 2016; a fin de analizar si la facultad que se concede a los jueces para la actuación de la prueba de oficio sobre derechos patrimoniales vulnera el principio de imparcialidad.

Producto de dicho trabajo, las investigadoras establecieron que la actuación de las pruebas de oficio, en los casos materia de estudio, se han efectuado con ponderación y de acuerdo a los puntos controvertidos, no vislumbrándose un mal uso de esta potestad del juez.

Por lo que concluye que la hipótesis formulada (“la facultad que se concede a los jueces para la actuación de las pruebas de oficio sobre derechos patrimoniales, vulnera el principio de imparcialidad judicial”) no ha sido corroborada con la evidencia empírica aportada al estudio, determinando las autoras que la actuación de medios probatorios de oficio no incide en la vulneración del principio de imparcialidad judicial.

- **ANTIZANA ALCOCER, Henry (2016). Preclusión y el derecho de prueba en especialistas del área jurídica de derecho procesal civil de la Corte**

Superior de Justicia de Junín – 2016. Tesis, Universidad de Huánuco, Huánuco – Perú.

Se trata de una tesis con enfoque cuantitativo, en la cual se entrevista a especialistas de la Corte Superior de Justicia de Junín a fin de hacerles preguntas sobre la regulación de la preclusión en el Código Procesal Civil peruano y su incidencia en el derecho de prueba.

En atención a ello, se concluyó que la preclusión, tal cual está regulada en el Código Procesal Civil, infringe los derechos de defensa y de prueba por lo que sugiere que se modifique el Art. 189 del Código Procesal Civil a fin de que esta sea más flexible.

- **ARIANO DEHO, Eugenia (2011). Hacia un proceso civil flexible: crítica a las preclusiones rígidas del Código Procesal Civil peruano de 1993. Tesis, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima – Perú.**

Se trata de una tesis dogmática en donde la autora analiza de manera profunda el concepto de preclusión, su función y sus puntos positivos y negativos, para finalmente abordar el tema de la preclusión de las alegaciones y las pruebas en el Código Procesal Civil Peruano.

Sobre este último punto, que es el que más nos importa por su relación que guarda con el presente trabajo, se analizaron los poderes probatorios del juez en

un contexto de preclusiones y su implicancia en el derecho de defensa de las partes.

Así, se indica que la preclusión probatoria es anti técnica porque se impone a las partes que ofrezcan todas sus pruebas en sus actos iniciales y en la total oscuridad sobre cuál será el objeto del proceso, pues aquel está aún por determinarse en la resolución que fija los puntos controvertidos y, asimismo, porque es incompatible con el debido proceso en tanto lesiona abiertamente el derecho de defensa en cualquier estado del proceso.

Por lo que concluye que las preclusiones probatorias establecidas en el Código Procesal Civil de 1993 comprometen el derecho a la prueba cual componente del derecho constitucional de defensa y ponen en riesgo la corrección de decisión final; en tal sentido, la autora recomienda que esta sea reformada íntegramente, tratando de hallar el equilibrio entre el respeto de los derechos de las partes y los necesarios poderes del juez.

1.2. Definición de términos básicos

1.2.1. Prueba

Tomada en su sentido procesal, la prueba “es un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio” (Couture, 1958, pág. 217), “cuya función en la actualidad (...) es la verificación de los datos que integran las hipótesis propuestas por las partes en el proceso, para así poder llegar a un

decisión fundamentada respecto de la controversia y alcanzar la justicia en el marco de seguridad jurídica y legitimidad” (Sumaria, 2018, pág. 17).

1.2.2. Carga de la prueba

Cuando se habla de carga de la prueba no se puede hablar de obligación ni de deber, sino que este es un concepto al que solo podemos referirnos como gravamen, condición o necesidad que tiene alguien de probar la afirmación que realiza, bajo advertencia de que, en caso contrario, se seguirá creyendo en la afirmación contraria (Chocano Núñez, 2008, pág. 379). Estas cargas son imperativos del propio interés. En eso se distinguen de los deberes, que siempre representan impuestos por el interés de un tercero o de la comunidad (Goldschmidt, 1936, pág. 82).

1.2.3. Verdad material

Es aquella de la que se habla fuera del proceso judicial. No está claro cuáles son las condiciones de verdad, en este sentido, en la que estaban pensando los teóricos que propusieron la distinción, pero es plausible sostener que la verdad (material) de un enunciado depende de su correspondencia con el mundo: de la ocurrencia de los hechos cuya existencia se afirme o de la no ocurrencia de los hechos cuya existencia se niegue. Esta es, precisamente, la verdad que se cree inalcanzable, al menos en muchas ocasiones, en el proceso judicial (Ferrer Beltrán, 2005, pág. 62).

1.2.4. Verdad formal

Es aquella que se obtiene en el proceso como resultado de la actividad probatoria. Dicha verdad formal puede coincidir o no con la material (aunque a menudo se admite que es deseable que lo haga), pero sería aquella la que gozaría de autoridad jurídica (Ferrer Beltrán, 2005, pág. 63).

1.2.5. Debido proceso

Es aquel que se adecua plenamente a la idea lógica de proceso: dos sujetos que discuten como antagonistas en pie de perfecta igualdad ante una autoridad litigiosa (y, como tal, imparcial, imparcial e independiente). En otras palabras: el debido proceso no es ni más ni menos que el proceso que respeta sus propios principios (Alvarado Velloso, 2004, pág. 170).

1.2.6. Principio de imparcialidad

Este principio indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar situado en la posición de parte (imparcialidad), ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica ante las dos partes (independencia) (Alvarado Velloso, 2004, pág. 146).

1.2.7. Principio de celeridad

Este principio indica que el proceso debe tramitar y lograr su objetivo en el menor tiempo posible porque en el proceso el tiempo es algo más que oro: es justicia. Quien dispone de él tiene en la mano las cartas del triunfo. Quien no puede esperar se sabe de antemano derrotado (Couture, 1958).

1.2.8. Justicia

La justicia es contemplada desde el punto de vista del sujeto que la practica; se trata de una justicia subjetiva. Pero lo que interesa más al derecho es el punto de vista objetivo de la justicia, esto es, la contemplación del acto justo en sí mismo, prescindiendo de la persona que lo realiza. La justicia objetiva se identifica con el derecho que la realiza obligando a dar a cada uno lo que le corresponde de acuerdo a las pautas de evaluación que él contiene, conforme a las cuales se determina la categoría o clase, cuyos miembros deben ser tratados con igualdad. Son, pues, las normas jurídicas las que establecen la obligación de dar a cada uno lo suyo, lo que le corresponde por derecho (Torres Vásquez, 2006, pág. 713).

1.3. Bases teóricas

1.3.1. Sistemas procesales

El sistema procesal o judicial “es un conjunto de principios procesales (o enunciados normativos), agrupados por las conexiones de sus contenidos, hasta

constituir un todo organizado, conformante de conceptos o esquemas generales”
(Blanco Gómez, 1994, pág. 35).

En la doctrina se señala que existen tres clases de sistemas judiciales: el sistema dispositivo (garantista o acusatorio), publicista (o inquisitivo) y mixto.

1.3.2. Sistema Privatista

1.3.2.1. Origen

Este sistema procesal “fue el primero en aparecer como método de solución de conflictos y tiene su origen en la antigua Grecia y Roma, teniendo prevalencia hasta el siglo XII, en que fue sustituido por el Sistema Inquisitivo” (Gaitán Guerrero, 2010, pág. 5).

En sus orígenes, este sistema se caracterizaba por la confrontación que se producía entre las partes y porque los jueces estaban supeditados a lo que estos solicitaban mediante escritos de acusación y defensa. Asimismo, “resaltaba la privacidad con la que se llevaba a cabo el proceso, el mismo que concluía con una sentencia que expresaba la soberanía del pueblo, que tenía una intervención protagónica a efectos de brindar respaldo a las partes involucradas en el proceso” (Oré Guardia, 2016, pág. 48).

Posteriormente, se establecieron elementos propios de un modelo acusatorio, gracias a una mayor instauración del derecho Romano, tales como por

ejemplo que la parte acusadora tenía la carga de la prueba y que debía prevalecer la igualdad entre las partes frente a un juez pasivo, pero que contaba con cierta discrecionalidad y algunas facultades. Asimismo, en esta etapa, los juicios ya se desarrollaban de forma pública y oral.

1.3.2.2. Definición

El sistema privatista o garantista “es un método bilateral en el cual dos sujetos naturalmente desiguales discuten pacíficamente en situación de igualdad jurídica asegurada por un tercero que actúan al efecto en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida” (Alvarado Velloso, 2010, págs. 44-45).

De otro lado, Montero Aroca (2012) realiza la siguiente definición:

“Este sistema garantista se basaba, primero, en la naturaleza privada de los intereses en juego y, después, en la garantía de un juez tercero e imparcial, todo lo cual debía llevar a que las partes fueran las dueñas del proceso y que debían serlo de modo que: A) La concepción liberal de la economía, con la libertad de empresa en un mercado libre y con el derecho de propiedad, suponía que el proceso civil se asentaba en el que llamó principio de oportunidad, por cuanto que lo determinante de la iniciación del proceso era la voluntad del ciudadano, el cual decidía, atendiendo a razones de oportunidad, el acudir o no al proceso para impetrar la tutela por el Estado de su derecho (...). Consecuencia también de la oportunidad era la

exhaustividad y la congruencia de la sentencia (...). B) La concepción garantista del proceso llevada a excluir al juez de las facultades materiales en el desarrollo del mismo (...), de modo que: 1) El juez no podía aportar hechos al proceso. 2) El juez no podía practicar pruebas no propuestas por las partes, las cuales tenían el monopolio de la iniciativa probatorias” (pág. 152-154).

De idéntica opinión son Ferreyra y Gonzáles (2003), quienes señalan que este sistema es aquel que asigna a los particulares tanto la iniciativa de proceso, como el impulso subsiguiente, asimismo también confiere a las partes la facultad de fijar la cuestión fáctica y el poder renunciar a ciertos actos del proceso. Son las partes las que deben aportar los elementos probatorios. Este sistema se presenta como un proceso dominado por las partes, sobre la base del imperio de una concepción individualista. Se asienta en la perfecta igualdad que debe mediar entre las partes, la absoluta imparcialidad del juez y el cumplimiento de determinadas reglas éticas entre los contendientes en las etapas de afirmación, reacción, conformación y alegación.

Asimismo, parte de la doctrina divide el sistema dispositivo en dos aspectos:

“a) Por el primero significa que corresponde a las partes iniciar el proceso formulando una demanda y en ella sus peticiones y desistir de ella; b) Por el segundo que corresponde a las partes solicitar las pruebas, sin que el juez pueda ordenarlas de oficio. Tomado en cuenta ambos aspectos significa que corresponde a las partes la iniciativa en general, y que el juez debe atenerse

exclusivamente a la actividad de estas, sin que les sea permitido tomar iniciativas encaminadas a iniciar el proceso ni establecer la verdad para saber cuál de ellas tiene la razón en la afirmación de los hechos” (Devis Echandía, 2018, pág. 36).

Por otro lado, según Robert Kagan (2001), citado por Taruffo (2010), el sistema adversarial, es decir, privatista, se funda en la idea de que “la mejor manera de resolver cualquier conflicto jurídico consiste en dejar el campo libre a la competición entre abogados que representan a individuos que persiguen sus propios intereses particulares” (pág. 125). Por otra parte, dentro del sistema en mención, “el rol del juez no es sino el de un *passive umpire*: a él le corresponde la tarea de garantizar el desarrollo regular de la contienda (pitando faltas y sancionando las infracciones de las reglas del juego), pero no puede interferir sobre el comportamiento de los contendientes y, sobre todo, no puede influir de ninguna manera sobre el resultado final” (pág. 126).

Por su parte, según Monroy Gálvez, acudiendo a la naturaleza del sistema procesal privatístico, manifiesta que esta es fruto de la ideología liberal que surgió con la revolución francesa que, llevada al campo de los derechos civiles, originó que se considerara que esta clase de derechos eran de control y disposición absolutos y totales de sus titulares, sin ningún tipo de restricción y, por eso, eran derechos privados. “Esta apreciación se aplicó también al ámbito procesal: si en el proceso civil se discuten derechos civiles y estos son privados, entonces el proceso civil es también una actividad privada” (Monroy Gálvez, 2017, pág. 156).

De acuerdo a lo señalado, se puede apreciar que efectivamente el sistema privatista tiene fuertes influencias de la ideología liberal toda vez que prepondera la actividad de las partes sobre la del juez (visto este como persona representante del Estado), en el sentido que limita su participación en aras de prevalecer el principio de imparcialidad. No obstante, con ello no quiere decir que dentro de este sistema el juez sea un actor secundario en el juicio ni mucho menos, más aún si se tiene en cuenta que es la persona que resolverá el conflicto de intereses.

1.3.2.3. Características

Sobre la base de lo indicado precedentemente, podemos señalar que los principales elementos que caracterizan al sistema dispositivo son los que a continuación se señala:

- La actividad jurisdiccional solo puede iniciarse ante petición de parte.
- Los órganos jurisdiccionales deben ser congruentes con la pretensión.
- Las partes libremente pueden poner fin a la actividad jurisdiccional.
- El juez tiene un actuar pasivo ante las partes del proceso, quienes son los protagonistas del mismo.
- El proceso es público, oral, respetándose el derecho del contradictorio e impugnatorio.
- Solo las partes pueden incorporar medios probatorios al proceso.
- El juez no puede resolver más allá de los límites de la pretensión.

De acuerdo a ello, se puede decir que el sistema dispositivo se construye sobre la base de los principios de “iniciativa de parte”, “defensa privada”, “contradicción”, “congruencia”, “imparcialidad”, “impugnación privada” e “igualdad ante la ley”.

1.3.2.4. Finalidad

La finalidad perseguida por el sistema privatista consiste en “conseguir un juez tercero e imparcial como garantía para las partes de que se va a realizar un verdadero proceso, esto es, un sistema de solución de las controversias basado en la existencia de dos partes parciales y de un tercero imparcial” (Montero Aroca, 2012, pág. 153).

En la misma línea, podemos señalar que su finalidad consiste en la solución del conflicto de intereses, en el momento y de la forma que las partes en litigio consideren conveniente. De esta forma, se relega a un segundo plano el interés público, a diferencia de lo que ocurre en el sistema publicista en donde este se presenta de manera preponderante.

1.3.2.5. Crítica

Una parte bastante importante de la doctrina crítica a este sistema procesal porque supuestamente en él se permitiría la realización de prácticas nada o poco aconsejables en beneficio del litigante que goce de un poder económico o político más importante, siendo además un *terreno* propicio para que se produzcan actos

de corrupción, por lo que se concluye que su finalidad es meramente personal, distando mucho del valor de *justicia*.

En tal sentido, Blanco Gómez señala lo siguiente:

“El sistema privatista resultó propicio para las corruptelas más ominosas entre sus dueños y señores, toda vez que incrementaba el enfrentamiento, los aguijoneaba para las argucias más inimaginables, los inducía a perseguir un resultado con cualquier clase de medios, acaso con las deslealtades más descaradas, sin mayores implicancias, rubores ni remordimientos porque el proceso era cosa de partes, les pertenecía o era un instrumento para su exclusivo servicio.

La victoria correspondía al más avezado y diestro litigante, pues que en el fondo poco o nada importaba la justicia de la causa que se sostenía, porque esta era ahogada por la dinámica misma del sistema, toda vez que el material de decisión se reducía a aquel que buenamente, llevaban los propios interesados, sin que, de otro lado, le fuera dable al juez proporcionarse un conocimiento diferente de la situación en torno de la cual debía pronunciarse.

Asimismo, procesos se tornaban interminables. Dependían de lo que dispusieran las partes, especialmente por ese ir y venir que le imprimían sus representantes. De otro lado, se hacían más patentes las desigualdades económicas entre los interesados, ya que los de menores recursos tenían

que conformarse con el abogado inexperto, el menos preparado, que al final sucumbía ante la astucia del que estaba al alcance del rico e influyente.

Y en no pocas veces el proceso fue utilizado en grave detrimento de terceros, por lo general ante la ausencia de la efectiva fiscalización del juez, quien no disponía de ese mecanismo expedito de las pruebas de oficios, para desenmascarar los propósitos soterrados que animaban a las partes fraudulentas” (Blanco Gómez, 1994, págs. 46-47).

En similares términos, Loli Romero, parafraseando a Cappelletti (2006), indica lo siguiente:

“A su criterio (Cappelletti) el señorío de las partes sobre el proceso genera una serie de efectos disfuncionales, a saber: a) Las partes prolongan en demasía el proceso sin que el juez puede hacer nada al respecto; b) Las irregularidades procesales, para ser remediadas, tienen que ser, necesariamente, excepcionadas por la parte interesada; c) Las partes podían llegar a acuerdos probatorios contrarios a la verdad manifiesta de los hechos, a los que el juez, pasivamente, tenía que someterse; d) Escasa importancia de las audiencias; e) El juez sólo sirve para juzgar; f) Gran temor del juez a perder su imparcialidad, al punto de evitar el contacto con las partes e inclusive con la actuación de los medios probatorios, los cuales debían ser puesto a su conocimiento de modo indirecto, a través de las actas; g) Por ende, la escrituralidad es una consecuencia del culto a la imparcialidad; h) Todo tipo de poder judicial orientado a ordenar el proceso

era desconocido o estaba muy limitado porque eran las partes las que podían disponer de las reglas y duración del proceso” (Loli Romero, 2018, pág. 27).

Por último, Monroy Gálvez critica el sistema privatista cuestionando uno de sus más importantes principios, el de “igualdad de las personas ante la ley”, mediante la siguiente pregunta:

“¿Cuán positivo puede ser que en una sociedad la ley trate por igual a todos, cuando la realidad nos demuestra que entre las personas de esa sociedad existen profundas desigualdades por razones tales como la religión, el sexo, el antecedente étnico, el nivel de instrucción, el estrato económico o social, para citar algunas variables?” (Monroy Gálvez, 2017, págs. 208 - 209)

Dicho autor (2017), responde la interrogante planteada con dos ejemplos:

“En un proceso civil privatístico la actuación de los medios probatorios tiene un costo algunas veces excesivo para la mayoría de la comunidad que usa el servicio de justicia. En el caso del medio probatorio llamado *inspección judicial*, resulta considerablemente oneroso para este gran sector de la sociedad, desplazar a un juez y a un auxiliar al lugar de los hechos. En ese contexto, la actuación de la inspección judicial (...) depende de las posibilidades económicas del litigante. Sin embargo, dado que en el sistema privatístico la participación del juez es casi nula, estas situaciones son totalmente ajenas a su solución, aun cuando las llegue a conocer. Siendo así, es posible que la inspección judicial no se llegue a actuar, con el

consiguiente perjuicio para el interesado y para el servicio de justicia, en última y definitiva instancia”

(...)

“La estrategia procesal a utilizarse en una determinada asesoría judicial, depende de la calidad técnica del abogado. Sin embargo, en sociedades de consumo como la nuestra, la calidad técnica del abogado está proporcionalmente ligada a su pretensión por concepto de honorarios. Si un juez advierte -dentro de un sistema privatístico- que la estrategia ha fracasado por las limitaciones del abogado, al punto que tal deficiencia va a producir un agravio irreparable tanto al patrocinado como a la *justicia* -cuya realización es el fin de la función del juez- no podrá hacer nada. A pesar de su sentimiento y percepción de lo justo -nos referimos a esa mezcla de razón, voluntad y *sindéresis* que articulan la decisión del juez- este tendrá que declarar una injusticia” (pág. 209).

De tal manera, este autor concluye que el sistema publicista es superior al dispositivo porque no solo conduce al juez por el sendero que hace más asequible la oportunidad de expedir una decisión más justa, sino también debido a que lo faculta para impedir que la desigualdad en que las partes concurren al proceso sea un factor determinante dentro del proceso.

1.3.3. Sistema Publicista

1.3.3.1. Origen

El sistema publicista o también llamado inquisitivo tiene su primer esbozo en la Europa cristiana del año 1000, en donde este continente y su ideología se tuvieron que enfrentar a “diversas herejías masivas que, además de impugnar entre otras cosas el dogma católico de la Trinidad, negaron instituciones básicas del orden religioso y secular (entre otras cosas, el matrimonio, la autoridad papal, etc.)” (Alvarado Velloso, 2010, pág. 52).

Ante ello, la Iglesia y algunos reyes a modo de defensa de sus intereses se vieron en la necesidad de promulgar el Concilio de Verona (1184), en donde nace la institución de la Inquisición Episcopal, mediante la cual se facultó a los obispos a realizar inspecciones anuales a los pueblos donde se presentaban numerosas herejías a fin de encontrar “pecadores” y lograr su confesión y arrepentimiento. Logrado ello, los obispos indultaban los pecados confesados, quedando reinsertados, de esta manera, los “ex herejes” al seno cristiano.

Hasta este punto de la historia, la relevancia para el derecho de esta medida adoptada por la Iglesia Católica era poca o nula. Sin embargo, esto iría cambiando mediante el transcurrir de los años con la instauración de la Inquisición Papal y, posteriormente, con la Inquisición Española.

En efecto, la Inquisición Papal, que nace con la promulgación del Concilio de Letrán (1215), se aleja de las “buenas intenciones” de su antecesora, puesto que, por un lado, muchos de los actos que se consideraban como “pecados” son convertidos ahora en “delitos eclesiales” y, por otro, la búsqueda de estos “delitos eclesiales” ya no se lograban por medio de la confesión de parte, sino como consecuencia de ejecutar torturas y su condena iba acompañada con la orden de expropiación de los bienes del condenado.

Asimismo, se señala que “con el tiempo ya no solo se juzgaban delitos contra la fe, sino también contra las buenas costumbres y otros deberes clericales” (Gaitán, 2010, pág. 5). Y que este tipo de juzgamiento se caracterizaba por ser impulsado de oficio, ser escrito, privado y por buscar la “verdad real”, para lo cual se permitía que el juez actuase como acusador, investigador y juzgador.

Pues bien, con este sistema procesal, se asentaron los tribunales inquisitoriales (Santo Oficio) principalmente en Francia, Italia y España (1480) ¹. Pero es justamente en este último país donde la Inquisición tuvo mayor presencia, “debido a las luchas religiosas internas, dado que la Península Ibérica en esa época estaba habitada por árabes, judíos, mozárabes, quienes tenían diferentes creencias y formas de pensar, y esto era un obstáculo para centralizar el poder en la monarquía” (Canelo, 2017, pág. 96).

Al respecto, se agrega que “la Inquisición tuvo el principal papel durante la expulsión de los judíos de España, más tarde se ocupó de las brujas, luego

¹¹ Y desde España, producto de la conquista, llegó el sistema inquisitivo a América Latina.

persiguió a los protestantes en el siglo XVI y XVII y finalmente en el siglo XVIII la emprendió contra los masones y contra los seguidores de la Revolución Francesa” (Benaventos, 2005, pág. 114).

1.3.3.2. Definición

En el sistema publicista “la participación del juez es necesaria y hasta indispensable, siendo el magistrado el protagonista principal del proceso, dejando a las partes en un segundo plano, otorgando al juzgador la facultad de ser el director del proceso y lo convierte en actor preponderante en el desarrollo del mismo” (Núñez, 2007, pág. 16).

Y es justamente en virtud del otorgamiento de estas amplias facultades de dirección que el juez tiene la potestad y -hasta en algunos casos la obligación- de: a) iniciar e impulsar de oficio el proceso, b) rechazar liminarmente la demanda, c) adaptar la demanda a la vía procedimental que considere más apropiada, d) resolver sin contradictorio, e) actuar medios probatorios de oficio y f) reinvertir la carga de la prueba sobre quien considere tiene mayores posibilidades de ofrecerla (“carga probatoria dinámica”).

Estas prerrogativas otorgadas a favor del juez tienen su sustento en la creencia publicista de que al reforzar sus poderes deja de ser un mero contemplador de la contienda, por lo que, como consecuencia de ello, puede alcanzar un grado mayor de “verdad” y, además, equiparar las posibles

desigualdades de los litigantes, a fin de poder emitir una sentencia que sea más “justa”.

En tal sentido, este sistema:

“Por un aspecto le da al juez la función de investigar la verdad por todos los medios legales a su alcance, sin que la inactividad de las partes lo obligue ni lo limite a decidir únicamente sobre los medios que ellas le lleven o le pida, y por otro aspecto lo faculta para iniciar de oficio el proceso y para dirigirlo con iniciativas personales. Estos tres aspectos solo tienen aplicación en nuestros procesos penales; en los civiles, laborales y contencioso-administrativos se aplican únicamente el primero y el último” (Devis Echandía, 2018, pág. 37).

En efecto, el juez inquisitivo es “un juez que busca la verdad por sí solo sin depender necesariamente de las partes, es un juez inquieto, no es un juez que le deja toda la labor de llevar a un buen puerto el proceso solo a las partes, él colabora decididamente en el resultado del mismo” (Hurtado Reyes, 2009, pág. 595).

A modo de resumen, se podría decir que, conforme a lo indicado en la Moción de Valencia, la publicización del proceso civil supone principalmente lo siguiente:

- 1) El proceso se concibe no como medio para la tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, sino como instrumento para garantizar el cumplimiento de los fines propios del Estado.
- 2) Se produce el aumento de los poderes del juez en el proceso y la correlativa disminución de los derechos de las partes.
- 3) En este contexto, las partes en el proceso no “pelean” por lo que estiman su derecho, ni cabe hablar de contienda utilizando las “armas permitidas por la propia ley, sino que, el juez pasa a ser considerado un “asesor” de las partes sobre cómo mejor llevar su proceso y, por otro, las partes, y especialmente sus abogados, deben colaborar con el juez en la búsqueda de la solución más justa, por lo que se les imponen los deberes de veracidad e integridad o, por lo menos, los de lealtad y buena fe.

Según nuestra opinión, en el sistema publicista impera una ideología socialista sobre la base de la cual se considera que el juez (en calidad de representante del Estado) tiene que gozar de extensas facultades de participación en el proceso (incluso superiores a las otorgadas a las partes) a fin de tratar de alcanzar la *verdad* y así poder emitir una sentencia *justa*. Sin embargo, consideramos que en dicho afán inevitablemente se terminan conculcando derechos e infringiendo el debido proceso. Lo cual será analizado más adelante.

1.3.3.3. Características

El sistema publicista se caracteriza, desde un plano subjetivo, porque el juez goza de amplias facultades de dirección (como hemos detallado en el subcapítulo

anterior) y, desde un plano objetivo, porque el proceso es privado, escrito, rígido en sus plazos preclusivos y con impugnaciones restringidas.

En atención a ello, se indica que los principios particulares que orientan este sistema son los de “dirección judicial del proceso”, “impulso oficioso”, “inmediación”, “concentración”, “buena fe”, “economía procesal”, “celeridad”, “socialización”, “integración del derecho procesal”, “adquisición” y “preclusión”.

1.3.3.4. Finalidad

El sistema inquisitivo comparte la misma finalidad del sistema dispositivo en cuanto ambos tienen como objeto resolver un conflicto de intereses; sin embargo, y, en este punto reside la discrepancia, principalmente busca que este sirva como mecanismo de función pública del Estado para tornar eficaz el derecho objetivo y así poder alcanzar la paz social en justicia.

1.3.3.5. Crítica

Una parte de la doctrina ha criticado el sistema publicista de distintas maneras, acusándolo desde enfocar el proceso a partir de una perspectiva equivocada en donde el juez goza de amplias facultades procesales en detrimento de las partes, hasta incluso de tacharla de autoritarista.

En tal sentido, incluso desde la misma definición del sistema publicista, Alvarado Velloso (2004) realiza una crítica al señalar que este es “un método de

enjuiciamiento unilateral mediante el que la propia autoridad -actuando como pretendiente- se pone en el papel de investigador, de acusador y de juzgador” (pág. 38).

Desde una perspectiva similar, el jurista español Montero Aroca, resaltando el activismo desmesurado del cual goza el juez en el sistema inquisitivo, afirma lo siguiente:

“...Ha sido el autoritarismo, con sus referencias a la dignidad y autoridad del Estado y de sus órganos, a que el aumento de los poderes del Estado y, correlativamente, del juez es una conquista de la civilización, a la distinción entre juez espectador y director, pero no dictador, etc. (...). Solo desde la creencia, como ejercicio laico de fe, de que el aumento de los poderes del Estado en la sociedad significa siempre y en cualquier caso progreso social, puede llegarse a dar por supuesto que el aumento de los poderes del juez en el proceso civil supone también mejora en la *justicia*” (Montero Aroca, 2012, pág. 160).

Para, finalmente, concluir con la siguiente aseveración:

“Durante el último siglo, la sociedad ha visto nacer y desarrollarse varios intentos, no ya de hacer predominar lo colectivo sobre lo individual en todos los órdenes de la vida, sino de favorecer lo colectivo hasta el extremo de suprimir los derechos fundamentales de las personas, lo que en el proceso ha incidido con claras manifestaciones autoritarias y que en el proceso civil

se ha llamado publicización. Es ya hora de dejar atrás esa etapa y abrir nuevos caminos. Si el pasado es publicización y el autoritarismo, en el futuro está la concepción del proceso, también el civil, como garantía” (Montero Aroca, 2012, pág. 177).

Por su parte, el distinguido jurista italiano Girolamo Monteleone (2005) también cuestiona la supuesta relación de causalidad que existiría -según propugna el sistema publicista- entre otorgar mayores facultades al juez y la obtención de una sentencia más justa, con la siguiente interrogante:

“¿Por qué una sentencia es justa, o más justa, si el juez civil está dotado de preponderantes poderes procesales y concretamente del poder de disponer pruebas de oficio, y en cambio no lo es si la conducción del proceso está encomendada a las partes y solo a ellas está reservada la iniciativa probatoria? No resulta, por lo menos hasta hoy, haber teórica o empíricamente probado que el grado de justicia de una sentencia sea directamente proporcional a la suma de los poderes procesales del juez, ni que las partes actúen y resistan en juicio movidas solamente por el deseo de injusticia. Por el contrario, sobre la base de la experiencia, nunca desmentida, quien se dirige al juez invoca la justicia y la aplicación de la ley, que considera que se ha violado en su daño” (pág. 193).

Por otro lado, este mismo autor también expone una interrogante a modo de crítica bastante interesante sobre la finalidad del proceso desde una perspectiva publicista, teniendo en cuenta que en él se discuten derechos privados y subjetivos:

“¿Cómo es posible que este derecho privado y subjetivo por el solo hecho de estar necesitado de tutela y de ser deducido en juicio pierde sus características para ser absorbido por un distinto interés público y social? Por lo menos hasta hoy no ha quedado científicamente probada la existencia de este distinto y concreto interés público y social, porque, si aquel existiera realmente, el ejercicio de la jurisdicción civil no debería nunca estar condicionado a la proposición de la demanda judicial en contradictorio, sino que debería siempre procederse de oficio en base a simple denuncia de parte” (Monteleone, 2005, pág. 194).

Asimismo, el jurista italiano también considera que el sistema publicista no solamente incurre en error por la finalidad que persigue, sino desde su propia concepción, porque construye el proceso pensando en el juez y no en los principales interesados que son las partes. Lo explica magistralmente de la siguiente manera:

“Es una absurda distorsión construir el proceso en función del juez considerando, explícita o implícitamente, a las partes y a sus abogados como si fueran unos reos a someter a un control paternalístico y a vincular la observancia de un abstracto y genérico deber de lealtad y probidad (...). Por tanto, ha sido observado exactamente que construir el proceso en función del juez y/o Estado, y no del ciudadano que pide justicia, es como construir un hospital no para curar a los enfermos sino en función del médico y de su personal interés” (Monteleone, 2005, pág. 205).

Según nuestro punto de vista, consideramos que el sistema publicista efectivamente incurre en error desde su propia naturaleza al elaborar un proceso en donde se dota de excesivas facultades y preponderante participación al juez; y, a su vez, se resta de protagonismo a las partes, quienes son realmente los principales actores e interesados del juicio.

En virtud de ello, el juez, además de ser la persona que resuelve el conflicto, se termina convirtiendo también en una suerte de investigador y acusador en la causa, lo que consideramos sin duda afecta el principio de imparcialidad y, en consecuencia, todo el debido proceso.

Asimismo, al haberse planteado de esta manera la estructura del proceso tenemos que su principal finalidad no será satisfacer el interés de las partes en litigio, sino que buscará, casi a cualquier costa, satisfacer intereses públicos mediante la posibilidad de efectivizar el derecho objetivo.

Finalmente, consideramos conveniente para concluir este subcapítulo traer a colación la cita que Capograssi hace del maestro Chiovenda: “el proceso es la celebración de justicia porque resultado y modo de llegar a él están, como siempre en la historia de la acción, indisolublemente unidos. Si se separa el resultado del modo de llegar a él, se hace imposible el resultado, es negado justamente con intención de salvaguardarlo”.

1.3.4. Sistema Mixto

1.3.4.1. Origen

El sistema mixto tiene su origen en el siglo XX (al menos de manera difundida), después de haberse superado la hegemonía de los sistemas puramente privatistas y publicistas. Al respecto, Devis Echandía (2018), precisa lo siguiente:

“Después de la caída del imperio romano el proceso judicial pasa del sistema acusatorio, vigente en el antiguo derecho germano y en general en Europa durante mucho tiempo (solo a mediados del siglo XIII comenzó a declinar y se extingue en el siglo XVI), al proceso inquisitivo penal riguroso, que luego cede en varios de sus aspectos; en cambio, el proceso civil conserva su fisonomía predominantemente acusatoria hasta el siglo XIX, y solo en las últimas décadas aparece un movimiento doctrinario y legislativo que procura darle una tendencia inquisitiva. De esta manera, en los códigos contemporáneos existen procesos realmente mixtos: con marcada tendencia inquisitiva en su iniciación en el penal, con preponderancia acusatoria en la mayoría, en cuanto al civil, el laboral y el contencioso administrativo, pero con perspectivas de una fase más inquisitiva en materia de iniciativa probatoria del juez, que ya existe en casi todos los países de Europa, en muchos de América y que seguirá extendiéndose a los demás” (pág. 22-23).

1.3.4.2. Definición

Este sistema procesal, como su propio nombre lo deja relucir, es una mezcla del sistema dispositivo y publicista, recogiendo determinadas características y los objetivos de cada uno, de tal forma que se considera que si bien el proceso sirve para tutelar intereses de privados, esto es, resolver el conflicto de intereses entre las partes; también es útil para tutelar intereses públicos como el de efectivizar el derecho objetivo y alcanzar la paz social en justicia.

Cabe precisar que la doctrina mayoritaria indica que actualmente no existirían ordenamientos jurídicos donde gobiernen el sistema privatista o publicista porque ambos no son exclusivos ni excluyentes entre sí, sino más bien complementarios. En tal sentido, se manifiesta que “no existe un proceso que sea puramente dispositivo u otro netamente inquisitivo, ya que los procesos toman rasgos característicos de cada uno” (Núñez, 2007, pág. 17).

En la misma línea, Juan Monroy (2017) señala lo siguiente:

“A pesar de la marcada diferencia entre uno u otro sistema (...) es importante aclarar que no existe país en donde alguno de los sistemas se presente químicamente puro a nivel normativo, es decir, en posición totalmente antagónica al otro.

Sin perjuicio de la claridad de su origen y de sus objetivos, los principios de uno y otro sistema suelen interafectarse en un ordenamiento procesal en

concreto, determinando que no se conozca un solo ejemplo de un ordenamiento que haya optado y conseguido regular la primacía absoluta de un sistema procesal en un Estado” (pág. 160).

En la misma línea, Devis Echandía (1984) menciona que:

“En realidad ninguno de los dos sistemas se aplica con carácter exclusivo, de suerte que cuando se dice que, por ejemplo, un procedimiento es dispositivo, con ello no quiere significar que es ese principio el único que deba gobernar. En todos los sistemas legislativos se han otorgado al juez ciertos poderes (mayores o menores, según haya sido el influjo del principio inquisitivo) y, al mismo tiempo, ciertas iniciativas exclusivamente a las partes, de manera que el juez no pueda tomarlas en su lugar (según el influjo del principio dispositivo)” (págs. 29-30).

Por tanto, se puede indicar que el sistema mixto recoge ciertas características del sistema inquisitivo y otras del privatista. Una determinada orientación hacia una u otra dependerá, en términos generales, de qué tantos poderes se les otorgue a los jueces dentro del proceso. En ese sentido, mientras más poderes se otorguen al juez, el proceso tendrá un carácter más publicista; y mientras menores sean estos poderes, el sistema tenderá a ser más dispositivo.

1.3.4.3. Características

Los sistemas mixtos, por su propia naturaleza, podrían tomar cualquier característica particular del sistema dispositivo y publicista; sin embargo, por lo menos en la actualidad, recogen generalmente las siguientes características:

- El proceso se inicia a solicitud de parte.
- La actividad probatoria está a cargo de las partes, pero el juez en determinados supuestos también tiene la facultad de incorporar medios probatorios al proceso a través la prueba de oficio.
- El juez tiene que resolver sobre la base del principio de congruencia.
- El proceso es escrito en algunas actuaciones procesales y oral en otras.
- El proceso es público, salvo excepciones.
- Aunque exista la doble instancia este derecho se encuentra restringido en algunos o varios supuestos.
- Las partes pueden poner fin al conflicto, pero muchas veces, según sea el caso, se requiere para ello de autorización judicial.

1.3.4.4. Crítica

El Sistema Mixto no es objeto comúnmente de crítica, sino, al contrario, se la exhibe como el sistema más idóneo para un proceso, tanto es así que, producto de ello, la mayoría de países lo han implantado en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

Sin embargo, para una posición minoritaria de la doctrina -con la cual comulgamos en buena medida- el vínculo entre el sistema inquisitivo y dispositivo es inconcebible porque son contrapuestos en su esencia. En tal sentido, Alvarado Velloso señala que:

“Los conocidos como dispositivo e inquisitivo son franca y absolutamente antagónicos y que, por razones obvias, no se puede hablar seriamente de una suerte de *convivencia* entre ellos, aunque resulte aceptable que puedan alternarse en el tiempo conforme a distintas filosofías políticas imperantes en un lugar dado.

Sin embargo, gracias a la persistente vigencia en la ley de la filosofía inquisitivista (...) hoy abundan los *códigos mixtos*, cosa que se puede ver con facilidad en lo civil: todos los códigos de América son, según los autores mayoritarios, ¡predominantemente dispositivos pero con leves atenuantes inquisitivas...!

No obstante ello, no son exactas las afirmaciones de la doctrina, pues disposición e inquisición son posiciones que generan sistemas de procesamiento incompatibles en su esencia. Por eso es que no resulta factible concebir racionalmente el sistema mixto” (Alvarado Velloso, 2010, págs. 57-60).

Para persuadir de esta afirmación el mismo autor propone, a modo de ejemplo, que, en primer lugar, se piense en un cuerpo legal que contenga normas

claramente dispositivas en materia de confirmación de afirmaciones (probatorias), pero que, al mismo tiempo, tal normativa consagre una sola norma que bajo el título de “medidas para mejor resolver” le otorgue al juez amplísimas facultades para ordenar de oficio cualquier diligencia conducente a la investigación de la “verdad real” acerca de los hechos litigiosos, con prescindencia de su aceptación por las partes.

En segundo lugar, dicho autor pide que nos hagamos la siguiente interrogante: dicha norma que le confiere al juez la facultad de acreditar por sí mismo un hecho litigioso, ¿no tiene la virtualidad de tirar por la borda toda la regulación dispositiva referente a cargas, plazos, negligencia, caducidad, etcétera, en materia de confirmación?

Nosotros no tenemos dudas en afirmar que la respuesta a dicha interrogante es afirmativa (sobre esto ahondaremos en el capítulo correspondiente), pero también reconocemos que existen otros poderes probatorios menos gravosos o intervencionistas cuya utilización pueden resultar válidos para resolver un conflicto de intereses sin comprometer su imparcialidad (o, por lo menos, si quiere, no tanto), como por ejemplo: A) La potestad del juez de admitir o inadmitir las pruebas propuestas por las partes; B) La capacidad del juez de intervenir en la práctica de la prueba; C) La capacidad del juez de indicar a las partes lagunas probatorias que estas podrían integrar.

Por último, cabe manifestar que nuestro ordenamiento jurídico se adhiere a este sistema procesal, pero con predominancia del sistema publicista, toda vez que,

si bien se rige por principios dispositivos como los de iniciativa de parte, congruencia, publicidad, entre otros; también imperan principios inquisitivos como los de socialización, impulso procesal, inmediación, entre otros, así como la atribución de diversos poderes procesales a favor del juez, entre ellos, el de la prueba de oficio.

En ese sentido, se señala que el Código Procesal Civil peruano “tiene fundadas sus orientaciones jurídicas con mayor prevalencia en principios como la oralidad, la publicidad, la inmediatez, la concentración, etcétera; y si hablamos de la carga de la prueba, esta sigue reposando en las partes, porque el juez puede resolver *secundum allegata et probata*. Pero el sistema dispositivo ha sido atemperado con nuevos y mayores poderes o facultades -en el proceso- del juez, quien ya no es el que espera la orientación de las partes para determinar la prueba que debe actuarse o la que no debe actuarse” (González Linares, 2014, pág. 789).

Finalmente, Marianella Ledesma (2009) señala que con el Código Procesal vigente se rompe el modelo clásico del juez pasivo e inerte para mostrar a un juez activo en el proceso -lo cual es propio de un sistema publicista- sin embargo, también reconoce que en él rigen muchos principios dispositivos, como los indicados precedentemente.

1.3.5. La prueba

En el sub capítulo anterior, hemos expuesto los sistemas procesales, lo cual servirá para enmarcar, en este punto, el debate sobre la prueba y, posteriormente, sobre la prueba de oficio. Para ello, en el presente sub capítulo, enfocaremos la

discusión en saber qué es la prueba, qué se prueba, quién prueba, cómo se prueba y la forma en la que esta se valora. En ese sentido, comenzaremos antes que nada viendo cuál es el origen etimológico de dicha palabra.

1.3.5.1. Etimología

“Definir el término “prueba”, desde un punto de vista etimológico, es muy complejo, debido a las múltiples acepciones que los latinistas le asignan a esta palabra. Algunos sostienen que etimológicamente la palabra “prueba” proviene del latín “probare”, cuyos significados son “justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de una cosa con razones, con instrumentos o testigos”. Sin embargo otros sostienen que el término “prueba” proviene del adverbio “probe” que significa “honradamente”, por considerar “que actúa con honradez quien prueba lo que pretende”; incluso existe una tercera postura; la cual señala que el término “prueba” deriva del latín “probandum”, palabra relacionada con los verbos: recomendar, aprobar, experimentar, patentizas y hacer fe” (Canelo, 2017, pág. 59).

1.3.5.2. La prueba común

Siendo la noción de prueba tan amplia se ha dicho muchas veces en la doctrina (y de manera acertada, además) que esta trasciende por mucho el ámbito del derecho. En ese sentido, se indica que la prueba “está presente en todas las manifestaciones de la vida humana. De ahí que exista una noción ordinaria o vulgar de la prueba al lado de una noción técnica, y que esta varíe según la clase de

actividad o de ciencia que se aplique” (Devis Echandía, 2012, pág. 1). En otras palabras, se puede decir que:

“La prueba no es una actividad puramente jurídica, sino que es una actividad humana que, como tal, es utilizada en el ámbito del derecho. Para fijar el concepto de la prueba no es suficiente examinar únicamente la realidad procesal, sino que es preciso investigar su concepto genérico dentro de la vida social y añadirle acto seguido las notas diferenciales que la caracterizan procesalmente” (Serra Domínguez, 2009, pág. 62).

Según Serra Domínguez (2009), la prueba se aparece en la vida social como sinónimos de comprobar, verificar o comparar, y define el concepto extrajurídico de prueba como “una actividad de comparación entre una afirmación sobre unos hechos y la realidad de los mismos encaminados a formar la convicción de una persona” (pág. 63).

1.3.5.3. La prueba jurídica

El maestro uruguayo Eduardo Couture (1958), define a la prueba de la siguiente manera:

“En su acepción común, la prueba es la acción y el efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación.

(...)

En sentido jurídico, y específicamente en sentido jurídico procesal, la prueba es ambas cosas: un método de averiguación y un método de comprobación. La prueba penal es, normalmente, averiguación, búsqueda, procura de algo. La prueba civil es, normalmente comprobación, demostración, corroboración de la verdad o la falsedad de las proposiciones formuladas en el juicio” (Págs. 215-216).

En cuanto a ello, a fin de complementar lo manifestado, el jurista mencionado agrega lo siguiente:

“La prueba civil no es una averiguación. Quien leyera las disposiciones legales que la definen como tal, recibiría la sensación de que el juez civil es un investigador de la verdad. Sin embargo, el juez civil no conoce, por regla general, otra prueba que la que le suministran los litigantes. En el sistema vigente no le está confiada normalmente una misión de averiguación ni de investigación jurídica. En esto estriba la diferencia que tiene el juez del orden penal” (Couture, 1958, pág. 217).

Para Sentís Melendo (1979) la prueba es “verificación -de afirmaciones- utilizando fuentes que se llevan al proceso por determinados medios -aportadas aquellas por los litigantes y dispuestos estos por el juez- con las garantías jurídicas establecidas -ajustándose al procedimiento legal- adquiridas para el proceso y valoradas de acuerdo con normas de sana crítica para llevar al juez a una convicción libre” (Alfaro Valverde, 2017, págs. 240-241).

Por otro lado, Tullio Liebman (1980) define a la prueba en los siguientes términos:

“La prueba es, pues, todo lo que puede servir para convencer al juez de la existencia (o inexistencia) de un hecho, y en ese sentido es sinónimo de la expresión *medio de prueba*; pero prueba es también el resultado que los medios de prueba tratan de obtener, por lo cual se dice que se ha alcanzado o que falta la prueba de un cierto hecho” (pág. 275).

De similar es opinión es Montero Aroca (1998), para quien la prueba es “la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos (pág. 28).

En la misma línea, Lino Palacio (2011) define a la prueba como “la actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios establecidos por la ley, y tendiente a crear la convicción judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones de defensa” (pág. 328).

Por su parte, Devis Echandía (2012) señala que la prueba judicial es “el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso” (pág. 2). Y agrega este autor que tres son los aspectos

que presenta la noción de prueba: a) su manifestación formal, es decir los medios utilizados para llevar al juez el conocimiento de los hechos como testimonios, documentos, indicios (medios probatorios); b) su contenido sustancial, que es mejor denominar esencial, o sea, las razones o motivos que de esos medios se deducen a favor de la existencia o inexistencia de los hechos; c) su resultado subjetivo, o el convencimiento que con ellas se trata de producir en la mente del juzgador; y en ese sentido, el juez concluye si hay o no prueba de determinados hechos.

Cabe resaltar que, como se ha visto, la prueba es un término polisémico. En ese sentido, Leo Rosenberg (2007) señala que la palabra prueba “no significa únicamente la *actividad* probatoria = *gestión* de prueba; sino también el *medio* de prueba (sobre esto es prueba la declaración del testigo x) o *recepción* (la prueba mediante inspección ocular) o el *resultado* de la prueba (se ha producido la prueba)” (pág. 215).

Conforme se ha observado, cada autor brinda su punto de vista sobre la prueba según el enfoque que lo plantea y, en ese sentido, Marina Gascón desarrolla de manera interesante una definición sobre la base de tres aspectos. A saber:

“Como medio de prueba, es todo aquello que permite conocer los hechos relevantes de la causa, es decir, permite formular o verificar asertivos que sirven para reconstruir los hechos y que desempeñan una función cognoscitiva de los hechos que se pretende probar. Como resultado probatorio, el cual se obtiene a partir de los medios probatorios, es decir, el conocimiento obtenido del hecho controvertido o el enunciado fáctico

verificado que lo describe, desempeñando en este aspecto una función justificadora. Como procedimiento probatorio que conecta a los dos anteriores, a los medios de prueba y la aserción verificada sobre el hecho. Es el procedimiento intelectual o inferencia” (Gascón, 2004, pág. 83).

Finalmente, cabe resaltar que la prueba y medio de prueba “son dos elementos de un mismo universo, sin embargo, uno es más amplio que el otro, la prueba comprende al medio de prueba, este facilita que la información relevante respecto de la litis, sea llevada de fuera del proceso a su interior” (Hurtado Reyes, 2009, págs. 549-550). Sin embargo, la diferencia entre ambos conceptos lo abordaremos en el siguiente sub capítulo.

1.3.5.4. Fuente y medio de prueba

Las fuentes de prueba “son los instrumentos que deben averiguar las partes para acreditar sus afirmaciones de hecho y son, por definición, ilimitadas. Los medios de prueba son los instrumentos de que se sirve el juez para verificar las afirmaciones fácticas de las partes y son los previstos por el legislador” (Abel Lluch, 2007, pág. 24).

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

además es extraprocesal, debido a que se encuentra fuera del proceso” (Hurtado Reyes, 2018, pág. 414).

En cambio, el medio de prueba “es todo lo que puede ser apreciado por los sentidos, o que pueda suministrar apreciaciones sensoriales; en otras palabras, cuerpos físicos (materia de la prueba de reconocimiento judicial) y exteriorizaciones del pensamiento (documentos, certificados, dictámenes, declaraciones de parte y juramento)” (Goldschmidt, 1936, pág. 257).

En ese sentido, se encarga de “suministrar los hechos de la prueba, y por tanto el hecho por probar no se deduce de aquel, sino de estos; por ejemplo, si se trata de probar un contrato y se aducen medios de prueba como testimonios, confesión y documentos, aquel no se deduce propiamente de estos medios, sino de los hechos narrados en ellos” (Devis Echandía, 2012, pág. 175).

De similar opinión es Montero Aroca (1198), quien señala que “las partes, en sus actos de alegación, realizan afirmaciones de hechos y la prueba de esas afirmaciones no podrá lograrse sino contando con algo que, preexistiendo al proceso, se introduce a este. Conceptualmente hay que distinguir 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” (pág. 71).

Devis Echandía (2012) incidiendo en este punto precisa que:

“No hay que confundir la fuente de la prueba con el medio por el cual se manifiesta; esta última noción comprende los métodos aceptados en cada ley procesal como vehículo de la prueba: por ejemplo: el testimonio, el documento, el indicio, la confesión, la inspección por el juez mismo, el dictamen de peritos. Gracias a estos medios el juez llega a conocer el hecho fuente y de este deduce el hecho que se va a probar” (pág. 86).

Así las cosas, cabe preguntarse entonces ¿Cuáles son las clases o tipo de “fuente de prueba”? Según el autor argentino Alvarado Velloso (2010), son las siguientes: 1) Las personas físicas que conozcan la prueba y puedan declarar acerca de su existencia en el plano de la realidad social (el medio sería la declaración de parte o testimonio). 2) Las personas jurídicas respecto de las constancias que se hayan registradas en los libros que la ley les ordena llevar en debidas condiciones (el medio sería la exhibición). 3) Los documentos en los cuales las partes han dejado plasmado un hecho al cual han asignado relevancia jurídica para lograr la eventualidad de acreditar su existencia en el futuro (el medio sería ciertamente documental). 4) Los lugares, cosas o personas que pueden ser captados por los sentidos del juzgado para producirle convicción acerca de algún hecho referente a ellos (el medio sería la inspección judicial).

Como se observa, la fuente de prueba “puede consistir, pues, en hechos representativos de otros o simplemente expresivos de sí mismos, entendiendo por tales las cosas o los objetos, los acontecimientos físicos o naturales, las conductas y relaciones humanas y aun las personas físicas o naturales, de donde el juez

pueda deducir la prueba de otros hechos o de ellos mismos” (Devis Echandía, 2012, pág. 85).

Ahora bien, teniendo en cuenta lo indicado, podemos señalar las características de cada figura. Para ello, Sentís Melendo (1978), citado por Montero Aroca (1998), manifiesta que las características de la fuente de prueba son las siguientes:

- Es un concepto extrajurídico, metajurídico o ajurídico que se corresponde forzosamente con una realidad anterior al proceso y extraña al mismo.
- Existe con independencia de que llegue a realizarse o no un proceso, si bien si este no se produce no tendrá repercusiones procesales, aunque pueda tenerlas materiales.
- Antes de un proceso, estas son buscadas por las partes mediante una actividad de investigación.
- Preexisten todas al proceso.
- Es lo sustantivo y material.

Mientras que las características del medio de prueba son las que a continuación se describen:

- Es un concepto jurídico y, más especialmente, procesal.
- Se forma en el proceso, en un proceso concreto, y siempre producirá efectos de esa naturaleza.
- Ser la forma de incorporar las fuentes al proceso.

- No existe sin proceso.
- Es la actividad.

En este punto, a fin de intentar que quede clara la distinción entre una figura y la otra, proponemos a modo de ejemplo los siguientes casos: 1) mientras un medio probatorio es la declaración testimonial; la fuente de prueba es el conocimiento que tiene el testigo de los hechos. 2) Cuando un medio probatorio sea la inspección judicial; su fuente de prueba es el lugar donde el juez tendrá que inspeccionar. 3) En caso el medio de prueba sea un documento; la fuente de prueba es la información que contiene dicho documento (aunque para alguna parte de la doctrina, con la cual no estamos de acuerdo, en este supuesto, el documento, es a la vez, medio y fuente de prueba).

Por tanto, a modo de resumen, podemos afirmar que los medios probatorios son los instrumentos utilizados por las partes para ingresar la fuente de prueba (hechos) al proceso a fin de causar certeza al juzgador respecto de sus afirmaciones.

1.3.5.5. Objeto de la prueba

De manera general, se puede indicar que cuando se habla del objeto de la prueba se está haciendo referencia a las realidades que en general pueden ser probadas, con lo que se incluye, primero y principalmente, todo lo que las normas jurídicas pueden establecer como supuesto fáctico del que se deriva un mandato o regla (Montero Aroca, 1998). Razón por la cual, comúnmente se indica que el objeto

de la prueba es todo aquello que es susceptible de ser probado. Son “por lo regular, los *hechos*, a veces las *máximas de experiencias*, rara vez los *preceptos jurídicos*” (Rosenberg, 2007).

Sin embargo, esto que puede parecer sencillo a simple vista, realmente reviste cierta complejidad, tanto es así que existen posturas encontradas al respecto. Efectivamente, para parte de la doctrina el objeto de la prueba son *los hechos*; mientras que, para otra, son *las afirmaciones* señaladas en el proceso.

De acuerdo a la primera corriente, Liebman (1980) señala que el objeto de la prueba son los hechos de la causa, o sea todas las circunstancias de hecho alegadas por las partes como fundamento de sus demandas o excepciones. Sin embargo, al respecto, precisa que no cualquier hecho alegado es objeto de prueba, sino solamente los *relevantes*, esto es, solamente los hechos a los que puede vincularse una eficacia constitutiva, extintiva o impeditiva respecto de la demanda (prueba directa) aquellos otros hechos de cuya prueba puede deducirse el conocimiento de hechos que tenga esta eficacia (prueba indirecta).

De manera similar, Alvarado Velloso (2018), manifiesta que el objeto de la prueba, o de la “confirmación” (como prefiere él llamarlo) será siempre un hecho susceptible de ser confirmado; asimismo, indica que con esta aseveración queda fuera del campo confirmatorio todo lo que sea ley en sentido formal; pero, claro está, los hechos que pueden ser confirmados no siempre deben serlo, por ejemplo: hechos evidentes, hechos normales de convivencia, hechos notorios, hechos presumidos por la ley, hechos negativos.

Por su parte, el también argentino Lino Palacio (2011) señala que:

“En principio, solo los hechos *afirmados* por las partes pueden constituir objeto de prueba. Pero aquellos deben ser, además: a) *controvertidos*, o sea, afirmados por una de las partes y desconocidos o negados por la otra (afirmación unilateral); b) *conducentes* para la decisión de la causa. Puede suceder, en efecto, que un hecho haya sido afirmado, pero que carezca de relevancia para resolver las cuestiones sobre las cuales versa la Litis. En tal caso se dice que el hecho es inconducente” (pág. 328).

En la misma línea, Couture (1958) precisa que solo los hechos controvertidos son objeto de prueba, sin embargo, reconoce como excepción de esta regla cuando la *litis* versa sobre la existencia o no de una determinada ley y sobre la costumbre, en cuyos casos estos dos puntos constituirían el objeto de la prueba.

Por su parte, Devis Echandía (2012) manifiesta que el objeto de la prueba, en general, “puede ser todo aquello que puede ser susceptible de demostración histórica (como algo que existió, existe o puede llegar a existir) y no simplemente lógica (como sería la demostración) de un silogismo o un principio filosófico” (pág. 40). De esa manera, concluye que objeto de prueba judicial son “los hechos presentes, pasados o futuros, y lo que puede asimilarse a estos (costumbre y ley extranjera)” (pág. 40).

El maestro Chiovenda (1954) opina sobre el objeto de prueba lo siguiente:

“Objeto de prueba son los hechos no admitidos, y que no sean notorios, ya que los hechos que no puedan ser negados *sin tergiversación* no necesitan pruebas. Las normas jurídicas, el juez debe conocerlas, y por lo tanto no son objeto de prueba en el sentido de que la falta de prueba sobre ellas pueda perjudicar jurídicamente a una de las partes. Lo mismo ocurre con las llamadas *máximas de experiencia*. Se exceptúan aquellas normas que el juez debe aplicar cuando son probadas, pero no está obligado a conocer; así, las normas de derecho *consuetudinario* y las de derecho *extranjero*” (pág. 224-225).

Por último, nuestra legislación vigente se adhiere a esta postura al señalar, en el Art. 190 del Código Procesal Civil, que los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre, cuando esta sustente la pretensión. Sin embargo, se precisa que no será cualquier “hecho”, sino solamente los “hechos controvertidos”, posibles y que no sean notorios (aquellos hechos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado grupo social, aunque no sea conocido por todos; por ejemplo, que el Perú tiene salida al océano Pacífico -verdad geográfica-), que Ica sufrió un terremoto en el año 2007 -verdad histórica- o que la ley de gravedad existe -verdad científica), evidentes (aquellos hechos que son captados por la simple percepción de los sentidos; por ejemplo, en el día hay luz y en la noche oscurece) o que la ley los presuma válidos sin admitir prueba en contrario (presunciones *iure et de iure*).

Para concluir este punto y antes de analizar la segunda postura doctrinaria del objeto de la prueba, consideramos pertinente explicar qué se entiende por *hechos*, como indica Devis Echandía (2018):

- Todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos o acontecimientos, los hechos y los actos humanos, sus circunstancias en tiempo y lugar.
- Todos los hechos de la naturaleza.
- Las cosas o los objetos materiales y los lugares.
- La propia persona humana.
- Los estados psíquicos o internos del hombre.

Asimismo, en el ámbito del derecho de las obligaciones, los hechos pueden dividirse en constitutivos, convalidativos (normalmente alegados en el proceso por el actor), extintivos e invalidativos (impeditivos). Los constitutivos son aquellos que tienen como consecuencia la adquisición de un derecho subjetivo; por ejemplo, un contrato de compra venta de bien inmueble o, en general, cualquier fuente de obligación. Los extintivos son aquellos que ponen fin a una relación jurídica; por ejemplo, el pago o, en general, el cumplimiento de la presentación debida. Los invalidativos son aquellos que impiden la eficacia de los hechos constitutivos; por ejemplo, la existencia de un vicio de anulabilidad del contrato. Los convalidativos son aquellos que, como su nombre lo indica, convalidan los hechos invalidativos; por ejemplo, la ratificación del acto sobre el que pesa un vicio de anulabilidad.

Por otro lado, en cuanto a la segunda corriente, tenemos a juristas como Osvaldo Gozaíni, Carnelutti, Sentís Melendo, Jordi Ferrer, entre otros. Sobre el tema en discusión, el primero de ellos señala lo siguiente:

“El objeto de la prueba consiste en un proceso de constatación y confrontación que demuestra la existencia real de un hecho o acto jurídico. Cuando esa actividad se transfiere al proceso judicial, el objeto se limita a las alegaciones que las partes afirman o niegan como soportes de sus respectivas pretensiones” (Gozaíni, 1997, pág. 20).

Asimismo, Serra Domínguez (1962) citado por Jordi Ferrer (2005), indica que:

“Los hechos no pueden probarse en sí mismos (...), no puede probarse una mesa ni un contrato ni una obligación. Lo único que puede probarse es el enunciado que afirma la existencia de una mesa en mi despacho, no la mesa misma. Del mismo modo, puede probarse el enunciado que afirma (o niega) la firma de un contrato, etc. En el proceso, por tanto, deberán probarse los enunciados sobre los hechos formulados por las partes” (pág. 70).

Por su parte, Sentís Melendo (1978) citado por Raúl Canelo (2017) al razonar sobre el objeto de la prueba se hace la siguiente pregunta:

“¿Qué es lo que ha de verificarse? Esto es, ¿qué se prueba? Aquí suele aumentarse la confusión. Porque no es raro y hasta es corriente, que se nos

diga: se prueban los hechos. No, los hechos no se prueban, los hechos existen. Lo que se prueban son las afirmaciones que podrán referirse a hechos” (pág. 173).

En ese sentido, Michelle Taruffo, de manera brillante, complementa lo hasta aquí señalado de la siguiente manera:

“Los hechos no se incorporan en los procedimientos judiciales en su realidad empírica o material: en general ya han ocurrido y, por lo tanto, pertenecen al pasado. De modo que los hechos no pueden ser percibidos por el juez (excepto algunos elementos de prueba circunstanciales), así que tienen que ser reconstruidos por el juzgador de los hechos tomando como base los medios de prueba disponibles. De este modo, los hechos se toman en consideración de una forma muy especial: en forma de enunciados acerca de lo acontecido fácticamente. Cuando hablamos de la verdad de un hecho, en realidad hablamos de la verdad de un enunciado acerca de ese hecho. En consecuencia, lo que se prueba o se demuestra en el proceso judicial es la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio” (Taruffo, 2008, pág. 19).

Sobre esta discusión, nosotros nos adherimos a la segunda postura y, en ese sentido, somos de la opinión que el objeto de la prueba son las afirmaciones realizadas por las partes, las cuales principalmente estarán constituidas por enunciados referidos a hechos (controvertidos y no notorios), y excepcionalmente a leyes extranjeras y costumbres.

Por último, cabe precisar que, en muchas ocasiones, por simplicidad expositiva o quizá por error, diversos autores que consideran que el objeto de prueba es realmente “la afirmación de un hecho” indican que es “el hecho”, por lo que correspondería revisar su obra para poder entender cuál es realmente su posición al respecto.

1.3.5.6. Finalidad de la prueba

Sobre este punto, la doctrina tampoco es pacífica en determinar cuál es la finalidad que tiene la prueba judicial, la cual consideramos guarda estrecha relación con la ideología que se tenga acerca del proceso y sobre el objeto de la prueba. Siendo ello así, se han desarrollado distintas tesis sobre la finalidad de la prueba, a saber: 1) La verdad de los hechos del proceso. 2) La verdad de los enunciados de los hechos. 3) Determinar o fijar formalmente los hechos mediante determinados procedimientos. 4) La convicción del juez. 5) La certeza del juez.

1. La prueba tiene como fin la verdad de los hechos del proceso

El argentino Mario Masciotra ha realizado un recuento de importantes juristas que opinan sobre el tema, en los siguientes términos:

Jeremías Bentham (...) afirmó categóricamente que “en todos los casos la prueba es un medio encaminado a un fin”, ¿Cuál es ese fin? Él mismo nos da la respuesta: “establecer la verdad de un hecho”. Bonnier señala

“descubrimos la verdad cuando hay conformidad entre nuestra idea y los hechos del orden físico o del orden moral que deseamos conocer. Probar es establecer la existencia de esa conformidad, las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad”. Enrolado en la misma tesitura, Ricci sostuvo que probar “vale tanto como procurar demostración de que un hecho dado ha existido de un determinado modo, y no de otro” y que “la prueba no es un fin en sí misma, sino un medio dirigido a la consecución de un fin, que consiste en el descubrimiento de la verdad”. Adhirió al criterio en tratamiento Framarino de Malatesta: “La finalidad suprema y sustancial de la prueba es la comprobación de la verdad y el espíritu humano, la prueba es, por este aspecto, el medio objetivo a través del cual la verdad logra penetrar el espíritu” (Masciotra, 2014, págs. 352-353).

Al respecto, cabe indicar que no solo doctrina extranjera, sino que cierto sector de la doctrina peruana también se adhiere a esta tesis. En ese sentido, Omar Sumaria (2018) señala que la “función esencial de la prueba es proporcionar el contenido para determinar la verdad (sea formal o material)” (pág. 17), pero que, más allá de eso, busca “la verificación de los datos que integran las hipótesis propuestas por las partes en el proceso, para así poder llegar a una decisión fundamentada respecto de la controversia y alcanzar la justicia en el marco de la seguridad jurídica y legitimidad” (pág. 18). Asimismo, Elvito Rodríguez manifiesta que la finalidad de la prueba es “acreditar la verdad del hecho o hechos controvertidos, lo cual adquiere importancia, porque de ellos depende el derecho materia de la pretensión” (Rodríguez Domínguez, 2005, pág. 12). Finalmente,

González Linares señala que “la finalidad de la actividad probatoria es siempre obtener la denominada verdad real, material u objetiva” (González Linares, 2014, pág. 732).

No obstante, esta teoría ha sido correctamente cuestionada por diversos autores señalando que la verdad al ser un concepto muy complejo de definir, ya que esta al ser relativa, cambiante y mutable, se convierte en inalcanzable. Sobre todo, si se tiene en cuenta que el juzgador, al ser un tercero ajeno a la relación material, solo puede resolver teniendo en cuenta las afirmaciones y pruebas que las partes hayan incorporado al proceso.

En sentido, Montero Aroca señala sobre la discusión que, más allá de que obtener la verdad metafísica y física sea imposible, la finalidad de la prueba no puede ser *la verdad* sobre la base de que “si los hechos controvertidos pueden ser solo los afirmados por las partes, si los medios de prueba a practicar han de ser únicamente los propuestos por las partes y si todo se reduce a que mediante estos se trata de verificar aquellos, no hace falta más para convencernos que la verdad está fuera del alcance de la prueba procesal. Y adviértase que no nos hemos referido a las reglas legales de valoración de la prueba” (Montero Aroca, 1998, págs. 25-26). Todo esto, sin perjuicio de que, si el fin de la prueba fuese *la verdad*, sucedería que en varios procesos no se podría cumplir con dicha finalidad por diversos motivos, incluso a pesar de que el juez hubiera adoptado una decisión convencida por ella.

En la misma línea, se indica que el concepto de verdad “por ser algo absoluto, solamente puede ser alcanzado cuando se tenga por cierto que determinada cosa ocurrió de tal forma, excluyéndose, de pronto, cualquier otra posibilidad. Como es obvio, esta posibilidad extrapola los límites humanos” (Cruz Arenhart, 2015, pág. 45). En ese sentido, se concluye que “el mito de la verdad sustancial ha servido apenas en desprestigio del proceso, alargándose en nombre de una reconstrucción precisa de los hechos que es, en síntesis, imposible. Por más laborioso que haya sido el trabajo y el empeño del juez en el proceso, el resultado nunca será más que un juicio de verosimilitud, de apariencia, que jamás se confunde con la esencia de la verdad sobre el hecho” (Cruz Arenhart, 2015, pág. 49).

Estos cuestionamientos tuvieron tanto asidero que la doctrina comenzó a distinguir la verdad entre “verdad material” (que no es otra cosa que lo que comúnmente en derecho se conoce como la “verdad verdadera”) y “verdad formal” (que viene a ser la verdad procesal, esto es, la que se llegaría a alcanzar dentro del proceso judicial). Sin embargo, con el tiempo, esta distinción sería también severamente criticada, pero dada la amplitud y particularidad del tema ahondaremos sobre esto en un sub capítulo aparte.

2. La prueba tiene como fin la verdad de los enunciados de los hechos

Según Jordi Ferrer (2005), “la finalidad de la prueba como institución jurídica es la de permitir alcanzar el conocimiento acerca de la verdad de los enunciados fácticos del caso. Cuando los específicos medios de prueba incorporados al

proceso aportan elementos de juicio suficientes a favor de la verdad de una proposición (...), entonces puede considerarse que la proposición está probada” (pág. 75). Al respecto, precisa que no se debe confundir el hecho de que se tenga por verdadera una proposición con la creencia en la verdad de la misma. En otras palabras, el que se tenga por probado el enunciado o afirmación del *hecho*, no quiere decir que necesariamente se tiene probado el *hecho*.

Para ello, este autor realiza una interesante distinción entre *ser verdadero* y *ser tenido por verdadero*, lo cual “permite dar cuenta de los problemas que llevaron a la distinción entre verdad material y verdad formal, sin presentar los inconvenientes que suscita esta última y, especialmente sin multiplicar las nociones de verdad” (pág.75-76).

En la misma línea, aunque complementando esta corriente con la quinta, se señala que la finalidad de la prueba es “verificar las afirmaciones sobre los hechos aportados por las partes y determinar la certeza de los hechos controvertidos” (Abel Lluch, 2012). De opinión similar es Serra Domínguez (2009) quien señala que el fin de la prueba es formar la convicción del juez en torno a la exactitud de una afirmación.

Por último, al respecto, Taruffo (2010) indica que la verdad de un enunciado “está determinada unívocamente por la realidad de un evento que representa y, por tanto, es *absoluta* en el sentido que no admite graduación. Lo que puede variar según las circunstancias es el grado de confirmación que se puede atribuir a un enunciado sobre la base de los conocimientos disponibles (dentro del proceso)”

(pág. 99). No obstante, a pesar de ello, es posible sostener que “un enunciado fáctico ha sido probado (es decir, que es probablemente verdadero) no equivale a sostener que es verdadero, pues no se puede excluir la posibilidad (quizá improbable) que sea falso; y, a la inversa, decir que un enunciado carecer de confirmación probatoria no excluye la posibilidad de que en realidad sea verdadero” (pág. 108).

Por lo expuesto, consideramos que esta finalidad es aceptable (a diferencia de la anterior) toda vez que ella no busca la verdad de los “hechos”, lo cual no solamente sería anti técnico, sino muchas veces de imposible alcance; sino que se limita a un marco mucho más real y posible como es el de las “afirmaciones de los hechos”.

3. La prueba tiene como fin determinar o fijar formalmente los hechos mediante determinados procedimientos

En cuanto a la tercera corriente, se sostiene que la finalidad de la prueba es la fijación formal de los hechos por parte del juez, con independencia de lo ocurrido. Esta es la tesis cuyo precursor fue Carnelutti y que, si bien, en su momento, gozó de bastante aceptación hoy no es muy compartida. En palabras del jurista italiano mencionado (1947), citado por Ferrer (2005):

“De forma general, *probar* significa, en efecto, demostrar la verdad de una proposición afirmada. En cambio, en el ámbito jurídico, el control de los hechos controvertidos por parte del juez puede no realizarse mediante la

búsqueda de su verdad, sino mediante los procedimientos de fijación formal (...). Si la ley da cuenta de esos procesos bajo el nombre de prueba, esto supone que el contenido propio del vocablo en el lenguaje jurídico se altera y se deforma. Probar, en efecto, ya no significará demostrar la verdad de los hechos controvertidos, sino *determinar o fijar formalmente los hechos mediante determinados procedimientos.*

(...)

El proceso de búsqueda sujeto a normas jurídicas, que restringen y deforman su pureza lógica, no puede ser sinceramente considerado como un medio para el conocimiento de la verdad de los hechos, sino como una *fijación o determinación de los propios hechos*, que puede coincidir o no con la verdad de los mismo y es absolutamente independiente de ello” (Págs. 38 y 65).

De acuerdo a ello, se indica que esos procedimientos o reglas son:

“El resultado de pretender lograr la seguridad en la determinación de los hechos (utilizando las experiencias acumuladas para evitar errores) con economía en el esfuerzo (evitando la realización de actos superfluos). Naturalmente nada impide que con los medios jurídicos de fijación de los hechos se llegue realmente a descubrir la verdad, lo que por otra parte debe ser lo normal; lo que se dice en esta concepción es que la actividad probatoria se conforma con fijar los hechos necesariamente cumpliendo unas reglas jurídicas” (Montero Aroca, 1998, pág. 26).

Se justifica esta teoría “en la existencia, en el proceso, de normas sobre las pruebas, que condicionarían de varias formas la determinación de los hechos, y también de reglas que ponen fin a la búsqueda de la verdad, como las que regulan la cosa juzgada” (Taruffo, 2010, pág. 100). En efecto, el simple empleo de una regla de valoración de la prueba impide que pueda conseguirse la verdad en el proceso. Otro ejemplo además de la cosa juzgada que sustenta la teoría de Carnelutti: “si el juez viene obligado a tener como cierta la declaración de un parte en aquellos extremos que la perjudiquen, no podemos por ello considerar como fin de la prueba la verdad, sino únicamente la fijación de los hechos que en su día habrán de servir al Juez para la formación del juicio de hecho de su sentencia” (Serra Domínguez, 2009, pág. 65).

No obstante, una crítica que se le realiza es que realmente, en el fondo, no existiría una diferencia sustancial entre esta teoría y la que tiene por finalidad la “verdad formal”. En ese sentido, Jordi Ferrer señala lo siguiente:

“Tanto la vinculación de la prueba jurídica a la fijación formal de los hechos como la vinculación a la noción de verdad formal suponen su desvinculación de la verdad *tout court* y, lo que es más importante, una versión no racional de la prueba de acuerdo con la cual está probado aquello que el juez o tribunal declara probado. Por otro parte, aunque es una consecuencia de lo anterior, en ambos casos se produce una confusión entre la atribución de efectos jurídicos, de autoridad, a una decisión judicial y su corrección, incluso jurídica. Se confunde, en fin, la infalibilidad con el carácter jurídico definitivo o no de la decisión” (Ferrer Beltrán, 2005, pág. 65 y 66).

Finalmente, Serra Domínguez (2009) critica en parte esta teoría indicando que resulta insuficiente:

“En primer lugar, si bien es cierto que la prueba en el proceso tiende a la fijación de los hechos controvertidos, ni es esta la única función de la prueba ni con la fijación se agota su problemática. En segundo lugar, por su excesivo positivismo: el fin de la prueba no es fijar unos hechos, descarnados y sin vida, elaborados formalmente por el juzgador; por el contrario, como con acierto ha señalado Guasp, la prueba es el sistema respiratorio del derecho procesal, que asegura su contacto con el mundo exterior, y su función consiste en acercarse lo más posible a la realidad de los hechos” (pág. 65).

4. La prueba tiene como fin lograr la convicción del juez

En esta teoría la finalidad de la prueba “consiste en formar la convicción del juez acerca de la existencia o inexistencia de los hechos sobre los que versan las respectivas afirmaciones de las partes” (Palacio, 2011, pág. 328). En virtud de ello, la prueba serviría “como pieza de argumentación, en el dialogo judicial, elemento de convencimiento del Estado-jurisdicción sobre el cual una de las partes deberá ser beneficiada con la protección del órgano estatal” (Cruz Arenhart, 2015, pág. 64).

En palabras de James Goldschmidt (1936), “el fin de la prueba es lograr el convencimiento del juez. Siendo la *verdad* que se persigue solo relativa, es decir, simple *verosimilitud*, debe sustituirse el patrón objetivo para apreciarlo por un

subjetivo: el convencimiento del juez” (pág. 256). Por tanto, su función sería lograr la convicción psicológica y lógicamente subjetiva del juzgador respecto de los hechos o datos afirmados dentro del proceso.

No obstante, se indica que el problema con esta teoría es que, por un lado, niega o quita valor a elementos que vienen impuestos por la ley y, por otro lado, acaba por referirse a la probabilidad (Montero Aroca, 1998). En cuanto al primer supuesto, al ser la convicción un asunto subjetivo excluiría los casos de valoración de prueba tasada, esto es, cuando la ley establece una norma concreta de valoración; por ejemplo, en los casos que la ley estipula que se presume, sin prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones registrales. En cuanto al segundo supuesto, según indica Alvarado Velloso (2010), la convicción “es el fenómeno interno que se produce en la mente del juzgador que posibilita la inclinación de su ánimo hacia la aceptación como probable de una afirmación” (Pág. 474), dejándose así de lado la comprobación que produce certeza o la acreditación que produce verosimilitud.

5. La prueba tiene como fin lograr la certeza del juez

La quinta postura, es la que señala que la prueba tiene como finalidad producir certeza en el juez, pero para ello, cabe precisar, no se deja al juez en libertad absoluta para valorar la prueba, sino que le provee de dos modos. A saber:

“Unas veces la ley establece de modo reglado el valor que el juzgador debe conceder a un determinado medio de prueba, en el sentido de que configura

la certeza independientemente del criterio subjetivo del propio juez, y ello hasta el extremo de que cabría referirse a una *certeza objetiva* (...).

Otras veces la ley dispone que el juzgador debe conceder a un medio de prueba el valor que estime oportuno conforme a las reglas de la sana crítica, con lo que la certeza se pone en relación con el convencimiento psicológico del mismo juez. En este caso habría que hablar de *certeza subjetiva*". (Montero Aroca, 1998, pág. 28)

Sobre la base de ello, podemos manifestar que esta postura se trata de una tesis mixta porque es objetiva (en tanto tiene en cuenta la prueba tasada) y subjetiva (debido a que también incluye la sana crítica), como medios de valoración de la prueba. En consecuencia, consideramos que es una postura más precisa e inclusiva que la precedente.

Sin embargo, debemos indicar que sobre esta corriente también existe crítica doctrinaria. En ese sentido, Jordi Ferrer (2005) manifiesta que no quedaría claro cuáles son los límites entre la noción de convicción y de certeza y que, en cualquier caso, esta teoría tendría un carácter eminentemente subjetivo, de modo que se presentarían los mismos problemas que los indicados en el punto que tratamos la tesis persuasiva de la convicción.

Al respecto, debemos manifestar que efectivamente muchas veces se utilizan indistintamente los términos certeza y convicción. Por ejemplo:

“Los medios probatorios sirven para generar certeza en el juez, o lo que es lo mismo, sirven para convencerlo en las afirmaciones efectuadas en el proceso” (Martell Chang, 2015, pág. 14).

“El fin de la prueba (...) es lograr en el juez la convicción y certeza suficiente para que pueda decidir sobre la controversia” (Canelo, 2017, pág. 43).

Sin embargo, consideramos que, conforme a los términos en que se ha explicado precedentemente, a pesar de su similitud, existen diferencias marcadas entre un término y el otro. Por ejemplo, mientras que una teoría es subjetivista (convicción); la otra (certeza), es mixta, con orientación a ser objetiva. En ese sentido, no compartimos la opinión de Ferrer no porque en sí la consideremos errónea, sino porque se sustenta en un supuesto que no aplica a la definición de la doctrina que nosotros compartimos, en tanto parte de equiparar ambas tesis, mientras nuestra postura (siguiendo a Montero Aroca), más bien, las distingue.

1.3.5.7. Verdad material y verdad formal

La doctrina alemana del siglo XIX postuló la distinción entre verdades materiales y procesales “como reacción a la constatación de que, en muchos casos, los hechos declarados probados en los procesos judiciales no coincidían (y algunas veces no podían coincidir) con los hechos realmente acaecidos” (Ferrer Beltrán, 2005, pág. 73). En la misma línea, Montero Aroca (1998) señala lo siguiente:

“Antiguamente la doctrina distinguió entre clases de verdad con referencia a las clases de proceso. Se pasó a sostener que si en el proceso penal la función de la prueba debía seguir siendo la búsqueda de la verdad, que se calificó de material, en el proceso civil bastaba con una verdad que se llamó formal. Si el juzgador estaba jurídicamente limitado en la búsqueda de los hechos, el resultado de la actividad probatoria se admitió que no podía ser la “verdad verdadera”, sino simplemente una verdad jurídica, no basada en las leyes de la lógica sino fundada en leyes jurídicas” (Pág. 26).

Según Alvarado Velloso (2010), la verdad formal es la que surge de la sentencia por la simple fijación de hechos efectuada por el juez a base de su propia convicción (específica del sistema dispositivo) y la verdad real es la que establece la plena y perfecta coincidencia entre lo sentenciado y lo ocurrido en el plano de la realidad (propia del sistema inquisitivo).

De acuerdo a ello, el mismo autor señala que la función del juzgador cambia radicalmente en un uno y otro sistema. Lo explica de la siguiente manera:

“En el sistema privatista, el juez solo debe buscar -con clara imparcialidad en su actuación- el otorgamiento de certeza a las relaciones jurídicas a partir de las posiciones encontradas de los litigantes (...), con lo que se logra aquietar en lo posible los ánimos encontrados para recuperar la paz social perdida.

En el sistema publicista -comprometiendo su imparcialidad- como un verdadero *investigador* en orden a procurar la *Verdad* para lograr con ella hacer Justicia conforme con lo que él mismo entiende que es ese valor” (Alvarado Velloso, 2010, pág. 450).

En el Perú, autores como Alexander Rioja se adhieren a esta postura. En ese sentido, indica que “si bien lo que se busca en el proceso judicial es la verdad, esta es la llamada verdad procesal ya que el juez resuelve sobre la base de los elementos aportados por las partes en el proceso” (Rioja Bermúdez, 2016, págs. 212-213).

No obstante, un sector importante de la doctrina y actualmente mayoritario discrepa con esta distinción de “verdad formal” y “verdad material”. En ese sentido, Carnelutti (1947) acota lo siguiente: “...No es más que una metáfora, sin lugar a dudas; en realidad, es fácil observar que la verdad formal o jurídica o bien coincide con la verdad material, y no es más que verdad, o diverge de ella, y no es más que una no-verdad” (Ferrer, 2005, pág. 64).

En ese mismo sentido, Taruffo (2010) señala que: “No existen varias especies de verdad según si nos encontramos dentro o fuera del proceso: como se ha dicho ya varias veces, la verdad de los enunciados sobre los hechos del caso depende de la realidad de estos hechos, y ello ocurre tanto en el proceso como fuera de aquel. La distinción entre verdad *procesal* y verdad *real* carece, entonces, de fundamento” (pág. 101).

Y es a raíz de estas críticas, pero sobre la base de que “prueba” y “verdad” se encuentran ligados por una función teleológica conforme desarrolla Jordi Ferrer (2005) en su libro, que este autor propone dejar de lado la utilización de “verdad formal” y “verdad material” por los términos “ser verdadero” y “ser tenido por verdadero”.

Por tanto, sostener que la prueba tiene como finalidad llegar a la verdad y que además existen dos verdades (material y formal) “es un absurdo lógico que traslada el tema del Derecho Probatorio a un ámbito de abstracción, como es el campo de la Filosofía de los conceptos” (Canelo, 2017, pág. 46).

1.3.5.8. Clases de prueba

Las pruebas se pueden clasificar de distintas formas, sin embargo, consideramos que la clasificación más importante es la que distingue las pruebas en directas e indirectas. Ahora bien, sobre estas dos clases de prueba existen dos enfoques: uno visto de la estructura y otro desde la funcionalidad. Lo analizaremos a continuación:

1. Prueba directa

En cuanto al enfoque estructural, la prueba directa ocurre cuando el juez percibe los hechos materia de prueba con sus propios sentidos, es decir cuando el juez entra en contacto con la realidad acerca de la cual debe emitir juicio. Un ejemplo de ello:

“El actor pide que sean derribados árboles de alto tronco plantados en el fundo del vecino a distancia menor de tres metros de la linde, aquí el *hecho a probar* es la situación respectiva de los árboles y de la linde (...); pues bien, este hecho jurídico puede ser conocido por el juez percibiéndolo directamente con los propios sentidos, o sea yendo a ver, mediante la *inspección judicial*. En este caso existe *prueba directa*” (Carnelutti, 2018).

En cuanto al enfoque funcional, la prueba directa tiene por objeto el hecho mismo que debe ser probado, esto es, aquel hecho que es inmediatamente relevante para el juicio. Desde este punto de vista, “es directa la prueba que ofrece la percepción del juez una idónea representación del hecho (una fotografía del miembro accidentado o el testimonio de quien tiene conocimiento personal del hecho)” (Liebman, 1980, pág. 295). Es decir, la prueba directa tiene una relación estrecha con un hecho relevante o principal, como es el caso del documento que prueba el cumplimiento de la contraprestación en un proceso de obligación de dar suma de dinero.

2. Prueba indirecta

La prueba indirecta estructural se da “cuando el juez no percibe el hecho a probar, sino un *hecho diverso* de este. Por tanto, la percepción del juez no basta aquí por sí sola para la búsqueda del hecho a probar, sino que ha de integrarse con la *deducción del hecho a probar* respecto del *hecho percibido*. La actividad del juez

se hace entonces compleja: *percepción y deducción*” (Carnelutti, 2018, págs. 93-94). Un ejemplo de esta clase de prueba es el siguiente:

“El actor pide la condena del demandado al pago del precio del caballo vendido; aquí el *hecho a probar* es el contrato de compraventa (...); pues bien: como este hecho jurídico es transeúnte y pasado, no puede ser directamente percibido por el juez, sino que ha de ser conocido por él mediante la percepción de otro hecho, del que pueda deducir la existencia del mismo con ayuda de la experiencia: el actor exhibirá el documento o los testigos, y el juez inferirá de la visión de aquel o de la audición de estos el argumento para considerar que el contrato se haya celebrado, porque si no se hubiese celebrado, no se habría formado el documento o no lo habrían narrado los testigos. En este caso media *prueba indirecta*”.

En cuanto a la prueba indirecta funcional, se indica que “cualquier medio de prueba puede ser indirecto cuando tiene que ver con aspectos circunstanciales más que con un hecho principal, como en el caso de un testigo que habla de hechos circunstanciales que rodean a los hechos principales de la causa” (Taruffo, 2008, pág. 60).

1.3.5.9. Carga de la prueba

1.3.5.9.1. Origen

El origen de la *carga probatoria* se remonta al antiguo derecho romano donde fue conocida como *onus probandi*, “institución mediante la cual se señalaba quién está obligado a probar un hecho ante los magistrados. El *onus probandi* romano indicaba que la actividad de probar un hecho corresponde al que quiere demostrar la veracidad de un tema. En ese sentido, la carga de la prueba tiene como objeto determinar a quién le corresponde probar dentro de un proceso los hechos controvertidos” (Canelo, 2017, pág. 228).

Durante dicha época y hasta el primer cuarto del siglo XX, “como la doctrina no se había esforzado en el estudio de la carga procesal, los conceptos de deber y obligación -provenientes del derecho civil- estaban muy arraigados en el lenguaje procesal, denotando la tan incipiente como poco firme independencia de nuestra disciplina como rama autónoma en el mundo jurídico” (Calvinho, 2016, pág. 9).

Sin embargo, esto cambiaría en 1925, cuando James Goldschmidt publica su libro “El proceso como situación jurídica: crítica al pensamiento procesal”, en donde cuestiona la teoría del proceso como “relación jurídica” y señala, más bien, que el proceso es una “situación jurídica”, en el cual existen un conjunto de imperativos, siendo uno de ellos la carga procesal. Sobre esta teoría, Gustavo Calvinho (2016) precisa lo siguiente:

“...El derecho puede concebirse como un conjunto de imperativos o como una serie de normas que han de ser aplicadas por el juez; esta última concepción es la adecuada para el *derecho justiciario* y, por ende, para el derecho procesal civil. En consecuencia, las normas jurídicas constituyen, para los sometidos a ellas, las conminaciones de que el juez observará determinada conducta, y, en último término de que dictará una sentencia judicial. De esta forma Goldschmidt observa que los vínculos jurídicos que aquí nacen entre las partes no son propiamente relaciones jurídicas -implica una consideración estática del derecho-, no son facultades ni deberes en el sentido de poderes sobre imperativo o mandatos, sino *situaciones jurídicas* -consideración dinámica del derecho-. En suma, para Goldschmidt estas situaciones jurídicas son situaciones de expectativa, esperanzas de la conducta judicial que ha de producirse y, en último término, del fallo judicial futuro; en una palabra, se trata de *expectativas, posibilidades y cargas*” (pag. 12).

Sobre la base de la teoría del jurista alemán, se indica que las cargas procesales son imperativos del propio interés, que guardan estrecha relación con las *posibilidades procesales*, porque toda *posibilidad* impone a las partes la carga de ser diligente para evitar su pérdida. Y es justamente este esfuerzo por ser diligente (en virtud del interés propio) que mantiene al proceso en movimiento, es decir, en constante dinámica.

1.3.5.9.2. Definición

Habiendo dado anteriormente un alcance general sobre la *carga procesal*, procederemos ahora a citar algunas definiciones de destacados juristas sobre la materia, a efectos de precisar su significado, antes de enfocarnos sobre la *carga probatoria*.

Según Velásquez, la carga procesal es “la situación jurídica subjetiva pasiva cuya realización depende de su titular para la *posible* obtención de un determinado beneficio, sin que medie ningún tipo de comportamiento correlativo por la parte pasiva y sin coerción por el ordenamiento jurídico” (Velásquez Meléndez, 2016, pág. 268).

Por su parte, Eduardo Couture (1958) señala que la carga procesal puede definirse como “una situación jurídica instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él” (pág. 211).

El argentino Calvino (2016) manifiesta que la carga procesal es la conducta voluntaria (positiva o pasiva) que la parte expresa en el proceso ante las alternativas que le proporciona la norma procedimental -y la eventual actividad que luego se despliega cuando la conducta manifestada es positiva- en el marco del ejercicio de su derecho de defensa en juicio, produciendo una consecuencia jurídica determinada.

Nosotros consideramos que la carga procesal es una situación jurídica que habitualmente se encuentra establecida en la ley, la cual proporciona alternativas con consecuencias jurídicas a las partes para que, estas, en ejercicio de su derecho de defensa, opten por la que consideren más idónea para sus propios intereses. Al respecto, precisamos que no somos de la opinión que la carga sea siempre un imperativo del interés propio con consecuencia negativa en caso de omisión, porque si bien es cierto que en muchas ocasiones realizar una conducta enmarcada dentro dicho imperativo puede ser beneficioso para quien lo realiza, no siempre será así. Por ejemplo, cuando la parte demandada después de evaluar la demanda no considera pertinente ofrecer ningún medio probatorio al contestar la demanda debido a que piensa que, de ofrecer alguno, podría verse perjudicado en su estrategia procesal. En este caso, como se observa, la parte demandada resguarda su propio interés justamente no optando por levantar la carga probatoria.

Ahora bien, habiendo definido la carga procesal a continuación explicaremos en qué consiste una de sus especies más importantes: la carga probatoria. Al respecto, Ovalle Favela (2005) señala que “la carga de la prueba es la situación jurídica en que la ley coloca a cada una de las partes, consistentes en el imperativo de probar determinados hechos en su propio interés, de tal modo que si no cumplen con ese imperativo se ubicarán en una situación de desventaja respecto de la sentencia que se espera con arreglo a derecho” (Martell Chang, 2015).

Por su parte, Devis Echandía señala que a efectos de entender la carga de la prueba conviene distinguir previamente dos aspectos de la noción:

“1) por una parte, es una regla para el juzgador o regla de juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuáles debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un *non liquet*, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de prueba, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones” (pág. 138).

Sobre la base de ello, este autor define a la carga de la prueba como “una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medios de la cual se le indica al juez cómo debe fallar, cuando no se encuentre en el proceso pruebas que le den la certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos para evitarse las consecuencias desfavorables a ella o favorables a la otra parte” (Devis Echandía, 2012, pág. 138).

De similar opinión es Jairo Parra, quien manifiesta que la carga de la prueba “consiste en una regla que le crea a las partes una autorresponsabilidad, para que acrediten los hechos que le sirven de supuesto a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparecen probados tales hechos” (Parra Quijano, 1997, pág. 113).

Nosotros estamos de acuerdo en términos generales con las definiciones citadas en el sentido de que también consideramos que la carga probatoria es una situación jurídica que se encuentra establecida en la ley, cuya finalidad consiste en servir como regla de juicio para el juzgador (en caso de insuficiencia probatoria) y como regla de conducta para las partes (tanto dentro como fuera del proceso). Sin embargo, discrepamos en que la consecuencia de no cumplir con la regla de conducta determinada, necesariamente será perjudicial para la parte que no lo haga, sobre la base del argumento ya expuesto al momento de brindar nuestra definición de la carga procesal.

1.3.5.9.3. Características

En términos generales, se suele señalar que los caracteres de la carga de la prueba son fundamentalmente dos: imperatividad y subsidiaridad.

- a) “En cuanto a la imperatividad, las normas del *onus probandi* son de naturaleza procesal y esto conlleva varias consecuencias como son: primero, en materia de derecho interporal, rige la *lex temporis* y no el derecho histórico. Segundo, en materia de derecho espacial, rige la *lex fori* y no la *lex rei*. Tercero, son normas de orden público o *ius cogens* y, por ende, imperativas, no pudiendo ser objeto de alteración por vía convencional, careciendo de efecto vinculante para el juez cualquier pacto que las partes puedan alcanzar al respecto, dentro o fuera del proceso (...).

b) En cuanto a la subsidiaridad, (...) significa que solamente se aplicarán las reglas de la carga de la prueba cuando en el momento de dictar sentencia y valorada la prueba el juez entienda que los hechos fundadores de la pretensión de los que deriva la consecuencia jurídica pedida permanezcan dudosos o inciertos. Por tanto, si los hechos han sido debidamente acreditados y probados no opera el supuesto de hecho de la carga de la prueba y sus reglas de distribución no serán aplicadas” (García-Cuerva, 2007, págs. 53-54).

Al respecto, nosotros discrepamos parcialmente con la primera característica porque consideramos que la carga probatoria no necesariamente tiene su origen en la ley, pudiendo ser también, en tanto sea permitido por el ordenamiento jurídico, pactado por las partes en los casos cuya materia sea disponible. Sin embargo, lo que sí rechazamos son los casos en que se pretenda fijar la carga probatoria mediante jurisprudencia. Sobre esto ahondaremos al momento de tratar la denominada *carga probatoria dinámica*.

Por otro lado, y de una manera más específica, Arazi (1999), citado por Hurtado Reyes (2009), señala como características de la carga probatoria las siguientes:

- No existe sanción alguna por no adecuarse la conducta a la prevista en la norma que consagra la carga.

- En la carga no hay coacción, tratándose de cargas procesales, los litigantes adecuan sus conductas a la prevista en la norma que crea la carga, estimuladas por el deseo de triunfar.
- La adecuación de la conducta a la norma se hace, en la carga, en interés propio.
- Las consecuencias derivadas de las inobservancias de la carga, son generalmente de carácter mediato y eventual.

Finalmente, Calvino (2016) señala que la carga probatoria, al igual que la carga procesal, se caracteriza por: “a) el alcance insular de la asunción de la carga originada en una alternativa presentada por la norma dinámica procedimental; b) el requerimiento de la expresión de una conducta voluntaria de la parte en el proceso y eventual actividad posterior; c) la integración al ejercicio del derecho de defensa en juicio, y d) la producción de consecuencias jurídicas” (Pág. 42). Pero agrega que también goza de características exclusivas, siendo las siguientes: “a) una dualidad funcional de donde se desprende la subsidiaridad de la regla de juicio; b) el requerimiento de reglas de carácter general o particular establecidas previamente, y c) un comportamiento independiente e inconfundible de sus reglas respecto a las de valoración de la prueba” (Pág. 42).

1.3.5.9.4. Función

Según Leo Rosenberg, citado por Velásquez (2016), la función de la prueba “comprende dos aspectos: uno subjetivo, relacionado con los litigantes, donde se debe identificar cuál de ellos tendrá que soportar el riesgo de la afirmación no

demostrada; y, el otro objetivo, dirigido al juez, sobre qué hacer cuando, a pesar de sus esfuerzos, tenga dudas sobre algunos de los hechos controvertidos” (pág. 196).

Efectivamente, la carga de la prueba produce dos efectos, uno con relación al juez y otro a las partes:

- 1) “Con relación al juez sirve para que, en el momento de dictar sentencia y ante una afirmación de hecho no probada, decida cuál de las partes debe sufrir las consecuencias de esa falta de prueba; siempre con relación juez, esta doctrina no sirve para que este diga a las partes cuál de ellos debe probar. A lo largo del proceso el juez no asume la que podríamos llamar una función distribuidora de la carga de la prueba; (...) si un hecho está probado al juez no debe importarle quién realizó la prueba, pues él cuestiona la carga solo cuando falta la prueba de una afirmación de hecho y en el momento de la sentencia.
- 2) Respecto de las partes la doctrina sirve, y en la fase probatoria del proceso, para que aquellas sepan cuál debe probar una afirmación de hecho determinada si no quieren que entre en juego la consecuencia de la falta de prueba de una afirmación” (Montero Aroca, 1998, pág. 58).

En el mismo sentido, aunque utilizando una nomenclatura distinta, Chico Fernández (2007) señala que la *carga de la prueba formal* se refiere a la regla de distribución de la aportación probatoria al procedimiento, que indica cuál de las partes debe traer la prueba de los diferentes hechos a la causa, de manera tal que, de no hacerlo, recaerán sobre ella las consecuencias negativas de la falta de

acreditación fáctica; y, por otra parte, la *carga material de la prueba*, se remite a la fase de valoración probatoria, y tiene como destinatario al juez encargado de la resolución del litigio.

En cuanto al fin subjetivo, como regla de conducta, se señala que “la carga probatoria incita a cumplir cierta conducta, para así aumentar la probabilidad de lograr un beneficio propio, es decir, para elevar las opciones de obtener un pronunciamiento favorable. Pero el ejecutar la carga no asegura que se alcance aquel beneficio” (Velásquez Meléndez, 2016, pág. 268). Asimismo, cabe resaltar que esta regla no solamente condiciona la conducta de las partes dentro del proceso, sino también *ex ante* o extrajudicialmente. Por ejemplo, en el caso de un contrato de mutuo, el mutuante procurará contar con pruebas que acrediten la celebración de dicho contrato, a efectos de demostrar que efectivamente hizo entrega del dinero; mientras que al mutuario le importará contar, sobre todo, con las constancias de pago que pudiese realizar, a fin de probar que ha cumplido total o parcialmente con su contraprestación. Y esto ocurre por una cuestión de precaución e independientemente de que más adelante exista o no un proceso judicial.

En cuanto al fin objetivo, la doctrina señala que la carga probatoria funciona como regla de juicio a fin de que el juez no deje de emitir pronunciamiento sobre el fondo por falta de prueba, es decir, busca evitar lo que se denomina como *non liquet*. Al respecto, se precisa que “el juez debe acudir a las reglas sobre la carga de la prueba solo cuando los medios a su disposición no pueda conocer la realidad de los hechos acerca de los que deba decidir; el mecanismo de la carga de la

prueba es, precisamente, un expediente que se le ofrece para fijar en la sentencia los hechos desconocidos, es decir, no verificables con los medios y con las fuentes de prueba” (Carnelutti, 2018, pág. 246).

Por último, cabe resaltar que la función de las normas sobre las cargas probatorias son tan importante que en los frecuentes casos en donde las pruebas aportadas no son suficientes para causar certeza al juzgador, “son ellas las que permiten al magistrado el pronunciamiento de la sentencia y le prescriben su *contenido* en forma previsible: la resolución se dicta contra la parte que soporta la carga de las afirmaciones y de la prueba” (Rosenberg, 2007, pág. 241). En ese sentido, se indica que “si no existiera esa regla de juicio que faculta al juez para evitar el *non liquet* cuando falte la prueba, sería muy frecuente el fracaso del proceso y la consiguiente pérdida de tiempo, trabajo y dinero para el Estado y las partes, pues podría plantearse de nuevo” (Devis Echandía, 2012, pág. 140).

1.3.5.9.5. Diferencias entre “carga”, “deber” y la “obligación”

De acuerdo a lo señalado por la doctrina, la diferencia entre “deber”, “obligación” y “carga” reside en que el primero es un imperativo jurídico instituido en interés de la comunidad, por ejemplo el deber que tienen las partes de no actuar con mala fe dentro del proceso; la “obligación” es imperativo jurídico instituido a favor de un tercero, que puede ser la contraparte, el juez, peritos, etc., por ejemplo la obligación de cumplir con lo ordenado en la sentencia a favor de la parte vencedora, la obligación de pagar parte de los costos al Colegio de Abogados de la jurisdicción, entre otros; y, finalmente, la “carga” es el imperativo jurídico instituido

en interés propio, por ejemplo cuando una parte impugna una resolución u ofrece una prueba al proceso.

Sobre el tema, Devis Echandía (2012) realiza la diferenciación entre “carga” y “obligación”, en los siguientes términos:

- a) “La obligación y el deber son relaciones jurídicas pasivas, y la carga es una relación activa, como el derecho y el poder;
- b) En la obligación o el deber hay un vínculo jurídico entre el sujeto pasivo y otra persona o el Estado, el cual no existe en la carga;
- c) En la obligación o el deber se limita la libertad del sujeto pasivo, mientras que en la carga conserva completa la libertad de ordenar su conducta;
- d) En la obligación o el deber existe un derecho (privado o público) de otra persona a exigir su cumplimiento, cosa que no sucede con la carga;
- e) El incumplimiento de la obligación o el deber es un ilícito que ocasiona sanción, mientras que la inobservancia de la carga es ilícita y, por tanto, no es sancionable;
- f) El cumplimiento de la obligación o el deber beneficia siempre a otra persona o a la colectividad, al paso que la observancia de la carga solo beneficia al sujeto de ella; por esto puede decirse que aquellos satisfacen un interés ajeno y esta solo un interés propio” (pág. 105).

1.3.5.10. Distribución de la carga

La distribución de la carga puede ser clasificada de distintas maneras, pero, a efectos del presente trabajo, lo clasificaremos por su origen, por lo que consideramos que la carga puede ser distribuida de manera estática o dinámica. Será estática en tanto la distribución de la carga esté debidamente establecida en la ley o mediante convenio. Esto asegura que las partes puedan conocer antes y durante el juicio las posibles consecuencias que originarán las conductas que en su oportunidad adopten. Por otro lado, es dinámica, cuando por vía jurisprudencial se dispone la carga de la prueba por criterios de facilidad o disponibilidad. A continuación, detallaremos cada una de ellas:

1.3.5.10.1. Estática

La distribución de la carga es estática o fija cuando esta se encuentre establecida en la ley o mediante acuerdo entre las partes. En cuanto al primero, debemos señalar que esta se basa principalmente en tres reglas, que consideramos no son excluyentes, sino más bien complementarias entre sí. A continuación, las indicamos en orden histórico:

- a) Regla subjetiva: “*El incumbit probatio qui dicit, non qui negat*”, este es un aforismo jurídico romano de Paulo (Paulus) que data del siglo III, que en español significa que “la prueba incumbe a quien afirma; no a quien niega”.
- b) Regla objetiva: “Los que presentan las demandas están obligados a dar prueba de los hechos que alegan para fundarla, mientras que, si los

demandados alegan hechos de los que se sirven como fundamento para sus defensas, deben probarlos”, esta regla data del siglo XVII y pertenece al jurista francés Jean Domat. Posteriormente, Chiovenda contribuyó a esta regla indicando que corresponde que el demandante pruebe los hechos constitutivos y el demandado los hechos impeditivos y extintivos. Luego, se añadió a estos hechos los modificativos, invalidativos y convalidativos.

- c) Regla basada en el supuesto fáctico de la norma favorable: “cada parte debe afirmar y probar los presupuestos de la norma que le es favorable”, esta es la regla propuesta por Leo Rosenberg.

Sobre la base de estas reglas, diversos autores han emitido los siguientes criterios de distribución de la prueba:

Según Carnelutti, “quien propone una pretensión en juicio, debe probar los hechos que la sustenten; y quien opone por su parte una excepción, debe probar los hechos de que resulta; en otros términos: quien pretende, debe probar el hecho o los hechos constitutivos, y quien excepciona, el hecho o hechos extintivos, así como la condición o condiciones impeditivas (del hecho constitutivo)” (Carnelutti, 2018, pág. 246), sin embargo, reconoce que excepcionalmente la ley puede invertir la carga.

De similar opinión es Couture (1958), para quien el principio general de la carga de la prueba puede recabar en dos preceptos: “a) En materia de obligaciones, el actor prueba los hechos que suponen existencia de la obligación, y el reo los

hechos que suponen la extinción de ella. b) En materia de hechos y actos jurídicos, tanto el actor como el reo prueba sus respectivas proposiciones” (pág. 243).

De igual manera, el destacado jurista alemán Liebman (1980) señala lo siguiente:

“El actor debe probar los hechos constitutivos, que son el fundamento de su demanda; corresponde después al demandado probar los hechos impositivos, extintivos y modificativos que pueden justificar el rechazamiento de la demanda del actor”. Por lo que “la posición del demandado es naturalmente más cómoda, porque no surge a su cargo ninguna carga, mientras el actor no haya probado el hecho constitutivo; solamente si el hecho constitutivo es probado, surgirá para él la necesidad de contraponer una excepción y de probar los hechos impositivos, extintivos o modificativos sobre los cuales se funda. Resulta de este modo confirmado que a cada parte incumbe la carga de probar los hechos que la misma tiene interés en que sean declarados ciertos” (pág. 292).

Por su parte, Devis Echandía, citado por Montero Aroca (1998), señala que “a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquier que sea su posición procesal” (pág. 62).

Según Taruffo (2008), “el criterio general para esta asignación es que cada parte cargará con los efectos negativos que se derivan de no haber probado los

hechos sobre los que fundó sus pretensiones. Esto quiere decir que cada parte tiene la carga de probar esos hechos y demostrar la verdad de los enunciados sobre ellos; y sus pretensiones serán rechazadas si no ofrece al tribunal esa demostración (pág. 147). Por lo que se podría afirmar que, en términos generales, la parte demandante debe probar los hechos que sustenta su pretensión y la demandada debe probar los hechos que sustentan su defensa.

Finalmente, de acuerdo al Art. 196 del Código Procesal Civil peruano, “salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”. En otras palabras, la carga probatoria corresponde a la parte que afirma un hecho, pudiendo admitirse excepciones legales. Cabe resaltar que no regula la distribución convencional o dinámica de la carga probatoria, por lo que consideramos que según nuestro ordenamiento jurídico vigente estas no se encuentran permitidas para su utilización.

Por otro lado, la distribución de la carga probatoria es convencional cuando “sean las partes quienes regulen convencionalmente, de manera indirecta, las normas de la carga de la prueba que rijan su relación contractual y en consecuencia, alteren o inviertan las reglas generales” (Uriarte, 2007, pág. 107). Cabe precisar que para que las partes puedan pactar sobre la carga probatoria, la legislación correspondiente debe proveerles de esta facultad, de lo contrario no será admisible, tal cual ocurre en nuestro ordenamiento jurídico.

Sobre el tema, autores importantes como Chiovenda, Micheli, Montero Aroca y entre otros, se han manifestado en contra de la posibilidad de que las partes puedan pactar sobre la carga de la prueba. Al respecto, el citado jurista español ha indicado lo siguiente:

“Si las reglas legales sobre la carga de la prueba están dirigidas fundamentalmente al juez y si operan en el momento de dictar sentencia, no para determinar la estimación o desestimación de las peticiones de las partes, sino para que pueda resolverse la situación de incertidumbre que ha quedado después de las afirmaciones y de la prueba de las partes, debe concluirse que esas reglas tienen naturaleza procesal. Siendo las cosas como decimos el paso siguiente es considerar a esas reglas de *ius cogens* y, por lo mismo, excluidas de la disposición de las partes, lo que lleva a concluir que no pueden existir reglas convencionales que modifiquen las reglas legales sobre la carga de la prueba” (Montero Aroca, 1998, págs. 66-67).

No obstante, nosotros somos de la postura -al igual que juristas como Lessona, Rosenberg y Calvino- que sí pueden ser admisibles estos pactos convencionales (en tanto esté legalmente permitido y, por su puesto, solamente en determinados supuestos). En ese sentido, el autor argentino indica los siguientes los argumentos a favor de la carga convencional:

“Al pactar sobre derechos transigibles, es habitual y normal que se convengan ciertas pautas de comportamiento con relación a ellos -v.gr., una

cláusula de confidencialidad que se inserta en un contrato de compraventa. Son los sujetos de la relación jurídica sustancial los que mejor conocen el negocio y, por ende, pueden prever cláusulas de distribución del *onus probando* atendiendo a sus características peculiares, siempre con la limitación de que no implique indefensión o violación del derecho a la prueba por ser de producción imposible para quien asume la carga” (...). En síntesis, luego de analizar las distintas posturas autorales y algunos textos legales referidos a los pactos de distribución de la prueba, nos inclinamos por aceptarlos cuando: 1) son preestablecidos antes o al comienzo de la relación jurídica; 2) no generan indefensión o violación al derecho de la prueba; 3) se vinculan con hechos a confirmar en procesos donde se debaten derechos disponibles, y 4) no exista norma que los prohíba o limite para hipótesis concretas”.

Nosotros concordamos con los requisitos brindados por Gustavo Calvino para que se pueda pactar la carga probatoria, sin embargo, agregaríamos uno más: que no proceda en los contratos por adhesión. Esto evidentemente con la finalidad de evitar que la parte, a priori, más poderosa de la relación material pueda quizá imponer sus condiciones sobre algo tan importante como la prueba sin que la contraparte pueda cuestionarlas de manera suficiente.

1.3.5.10.2. Dinámica

Según Jorge Peyrano (1996) en virtud de esta teoría “cuando el juez está en incertidumbre sobre la aceptación o no de determinados hechos debe colocar la

carga en cabeza de la parte que se encontraba en mejores condiciones para producir u ofrecer la prueba y no lo hizo. Esta propuesta supone desplazar la carga de probar que tenía una parte hacia la otra, allí donde el juez advierta que -por aplicación de la regla general- podrían generarse situaciones de injusticia” (Velásquez, 2016, pág. 274).

En ese sentido, las cargas probatorias dinámicas “implican que la carga de probar determinado hecho recae sobre quien está en mejores condiciones fácticas de hacerlo, encontrándose la contraparte en una imposibilidad o extrema dificultad de acompañar dicho material probatorio” (Hurtado Reyes, 2009, pág. 588).

De acuerdo a ello, se indica que la carga estática y dinámica tienen puntos de partidas diversos. “En el primero, el criterio es la naturaleza del hecho a ser probado (constitutivo, modificativo, extintivo o impeditivo), a pesar de quien se encuentre en mejores condiciones de hacerlo; en el segundo, las posibilidades de ofrecer la prueba del hecho, según la posición de los litigantes en el episodio, el acceso a las pruebas relevantes o algún comportamiento que haya impedido la prueba por la parte titular de la carga” (Knijnik, 2015, pág. 338).

Sobre lo dicho hasta ahora, cabe precisar que, conforme a la doctrina publicista, la carga probatoria no puede ser utilizada en cualquier caso, sino solo en aquellos en donde a una parte le resulte absolutamente difícil o incluso imposible proporcionar el material probatorio para acreditar sus afirmaciones. El típico ejemplo que se indica es el de la responsabilidad médica por mala praxis, en tanto

el paciente difícilmente podría acceder a las pruebas que obran en poder del médico, quien tendría mejores posibilidades de ofrecerla.

Ahora bien, en este punto cabe preguntarse ¿qué implica estar en mejores condiciones para producir un medio de prueba? Barbeiro (2004) responde:

“Que el sujeto a quien se atribuye la carga probatoria revista una posición privilegiada o destacada en relación al material probatorio en lugar de su contraparte. Es decir que, en virtud del papel que desempeñó en el hecho generador de la controversia, por estar en posesión de la cosa o instrumento probatorio, o por ser el único que dispone de la prueba, se encuentra en mejor posición para revelar la verdad” (Velásquez, 2016, pág. 275).

De acuerdo a lo indicado y según la doctrina en general, se precisa que la prueba dinámica se sustenta en las reglas de disponibilidad y facilidad probatoria. Se entiende por ambas figuras lo siguiente:

Disponibilidad probatoria: “este criterio implica que es la contraparte la que posee el medio probatorio o, incluso, aun gozando la parte de medios probatorios, los mismos tienen menor entidad para probar que los que únicamente dependen de la voluntad de la otra. Esta disponibilidad puede ser tanto material (tenencia de un documento) como intelectual (forzoso conocimiento de un dato)” (Pazos Méndez, 2007, pág. 85).

Facilidad probatoria: “la facilidad probatoria constituye un criterio más amplio y comprensivo del anterior. Se refiere a supuestos en que, si bien la parte podría aportar la prueba de los hechos que le incumben, la contraparte se encuentra en una posición que le es más fácil, menos gravoso o incluso más rápido llevar la prueba a autos” (Pazos Méndez, 2007, pág. 85).

Como se observa de la definición, la “disponibilidad” se vincula con la fuente de prueba que posee exclusivamente solo una de las partes, por lo que, como consecuencia de ello, no lo posee su contraparte. En cambio, la “facilidad” considera la imposibilidad de que en algunos casos tiene una de las partes para ofrecer la prueba, frente a la sencillez con que puede aportarla su contraparte.

En la misma línea, pero de una manera más específica, Calvinho (2016) señala que los criterios en los cuales se sustenta la prueba dinámica son: a) La facilidad probatoria, porque la carga de la prueba recae sobre la parte que se encuentra en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producirla. b) El aumento del poder de los jueces, mediante la cual deslizan solapadas críticas al sistema dispositivo, que a veces descalifican por obedecer a una ideología liberal en donde el juez sería un “espectador”; c) La imposición de deberes a las partes, como el de colaboración para el esclarecimiento de los hechos y el de actuar con lealtad, probidad y buena fe; d) La búsqueda de la justicia del caso concreto y la igualdad real en el proceso, sobre la base del cual en situaciones excepcionales en donde las reglas generales sobre carga probatoria arrojen, según criterio del juzgado, consecuencias injustas, se acepta desplazar el *onus probandi* haciéndolo recaer sobre la parte que esté en mejores condiciones de producirla.

Como se aprecia de lo expuesto, la prueba dinámica implica un cambio de las reglas generales de las cargas probatorias de manera autoritaria por parte del juez, por lo que una parte importante de la doctrina critica su uso principalmente al infringir el debido proceso. En ese sentido, Didier, Sarno y Oliveira (2010) señalan lo siguiente:

“Reservar la inversión de la carga de la prueba al momento de la sentencia representa una ruptura con el sistema del debido proceso legal, ofendiendo a la garantía del contradictorio. No se puede sancionar a la parte que no probó la veracidad o falsedad de determinada alegación sin que se le haya conferido la oportunidad de hacerlo (recuérdese que la carga de la prueba subjetiva acabada por condicionar la actuación procesal de la parte)” (Velásquez, 2016, pág. 276).

Por su parte, Taruffo realiza de manera magistral la siguiente crítica:

“Suponer que corresponde al juez una especie de poder general de manipular las posiciones probatorias de las partes en favor del litigante que el juez considere que merece ganar el caso por sus cualidades subjetivas, significa atribuir al juez un poder equitativo o judicialista muy amplio, que no se concilia adecuadamente con su imparcialidad (...). También es débil la justificación que se funda en la mayor proximidad de una parte a un medio de prueba y, por lo tanto, en la necesidad de facilitar la aportación de esa prueba al proceso; este argumento podría parecer la adquisición de la

prueba en juicio. Pero este fin se perseguiría de un modo errado y excesivo: porque para alcanzarlo no es necesario manipular las cargas probatorias, sino que es suficiente prever una obligación de *disclosure*. Si se trata de lograr que una parte puede utilizar las pruebas que estén disponibles para la otra parte, tampoco es necesario intervenir en la distribución de las cargas probatorias: sería suficiente -y más correcto- prever una orden de exhibición, efectiva y adecuadamente sancionada, que impusiera a la parte que dispone de la prueba que sería útil a la contraria aportarla al juicio (...). Cuando el juez manipula discrecionalmente las cargas probatorias, procediendo caso a caso, las partes no pueden prever lo que aquel hará y, por tanto, no pueden prepararse adecuadamente frente a los criterios que adoptará como regla de juicio” (Taruffo, 2010, págs. 263-264).

Como se aprecia, el jurista italiano indirectamente utiliza el test de proporcionalidad para dejar de manifiesto que teniendo en cuenta su segundo paso, esto es, la necesidad de la medida, se desploma la prueba dinámica porque existen medidas menos gravosas e igualmente satisfactorias para incorporar la prueba al proceso, como son las exhibiciones, bajo sanción, en caso de incumplimiento, de tener en cuenta al momento de resolver la conducta de la parte que no cumplió con exhibir la prueba requerida. Por ejemplo, en el clásico caso de responsabilidad civil por mala praxis médica, la parte agraviada perfectamente puede solicitar en el proceso que el médico o el centro hospitalario exhiba la historia clínica. En este supuesto, el juez debe requerir al médico u hospital que exhiban este documento, bajo apercibimiento de tener en cuenta su conducta procesal. Como se observa, en

este ejemplo, no existe inversión de la carga probatoria mediante prueba dinámica y se llega al mismo fin, sin tener que infringir la ley y el debido proceso.

En la misma línea, Leo Rosenberg critica a la prueba dinámica de la siguiente manera:

“El derecho no puede dejar al arbitrio del juez la decisión sobre lo que pertenece al fundamento de la demanda y o que pertenece al fundamento de las excepciones, pues la regulación de la carga de la prueba debe hacerse mediante normas jurídicas cuya aplicación debe estar sometida a la revisión por el tribunal correspondiente, y esta regulación debe conducir a un resultado determinado, independientemente de las contingencias del proceso particular, siendo una guía segura para el juez (...). Una distribución libre de la carga de la prueba no es la libertad con la que podría pensar una magistratura bien aconsejada. La distribución proporcionada e invariable de la carga de la prueba es un postulado de la seguridad jurídica” (Knijnik, 2015, pág. 335).

En ese sentido, aunque de una manera aún más crítica, Kielmanovich (2010), citado por Calvino (2018), señala que la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, “implica una eventual inversión de la carga de la prueba, importando una gravísima afectación de la garantía del debido proceso legal en una suerte de inopinada emboscada en la que el juez, en definitiva, vendría a admitir la pretensión o la defensa porque la parte contraria debió probar los hechos cuando la norma dispone que lo debió hacer la otra” (pág. 183-184).

Al respecto, una idea para menguar justamente la sorpresiva inversión de la carga probatoria por parte del juez es que este se encargue de señalar “desde el principio, a la parte que goza de mayor facilidad para demostrar determinado hecho, ello en atención al principio de igualdad procesal. El juez debe requerir a la parte que le quede más fácil probar determinado hecho, para lo cual debe precisarse la oportunidad para hacerlo con el fin de no sorprender a las partes” (Ledesma, 2009, págs. 432-433).

Sin embargo, nosotros si bien consideramos que esta nueva utilización de la prueba dinámica sería menos gravosa para la parte afectada, aun así, no estaríamos de acuerdo con su uso, porque, como hemos visto, la carga probatoria no solo funciona como regla de juicio, sino también regla de conducta en las relaciones materiales entre las partes, es decir, la regla de conducta no solamente se circunscribe al ámbito procesal, sino también *ex ante*.

Finalmente, para concluir este subcapítulo, señalamos la crítica que realiza Calvino (2016) sobre esta teoría. Para este autor, la carga probatoria dinámica, pese a su denominación, realmente no se trataría de una carga procesal ni probatoria, sino de una imposición jurisdiccional de las consecuencias perjudiciales de la falta de demostración de una afirmación procesal a cualquiera de las dos partes. Llega a esta conclusión porque las cargas al contener un sentido liberador de la voluntad de su titular se asumen siempre en beneficio propio. Situación que no ocurre cuando el juzgador distribuye las consecuencias del dato incierto, por lo que no podríamos hablar de una carga.

1.3.5.11. Principios de la prueba

Los principios son imperativos y pilares, sobre los cuales se construye el procedimiento judicial, es decir, “constituyen los resguardos y reaseguros que tiene el justiciable para confiar en el sistema al que recurre cuando solicita protección jurisdiccional” (Gozaíni O. , 2015, pág. 22). Los principales principios referidos a la prueba son los siguientes:

1.3.5.11.1. Principio de oportunidad, preclusión o eventualidad

El principio de oportunidad “establece el momento que tienen las partes para poner de manifiesto el sustento de su demanda y de su contestación. Ello debe ser por igual para todas las partes en el proceso y que estas tengan las mismas oportunidades para su presentación y actuación al interior del proceso judicial” (Rioja Bermúdez, 2016, pág. 189).

En otras palabras, este principio:

“Consiste en pedir a las partes que todos los actos de postulación, ataque y defensa, se articulen oportunamente, de acuerdo con las etapas preclusivas del proceso, de modo tal que cada uno de los planteos deducidos en el curso de un litigio deban presentarse en forma simultánea y no sucesiva, esto es, prohibiendo el ejercicio *ad eventum* que supone dejar abierta la posibilidad o alternativa si la petición principal fracasa” (Gozaíni O. , 2004, pág. 506).

En tal sentido, Devis Echandía (2012) indica que:

“Se trata de una formalidad de tiempo y oportunidad para su recepción y se relaciona con los de contradicción y lealtad; con él se persigue impedir que se sorprenda al adversario con pruebas de último momento, que no alcance a controvertirlas, o que se propongan cuestiones sobre las cuales no pueden ejercer su defensa. Es una de las aplicaciones del principio general de la preclusión en el proceso, también denominado de la eventualidad, indispensable para darle orden y disminuir los inconvenientes del sistema escrito” (pág. 12).

En nuestro ordenamiento jurídico, la regla general es que las pruebas deben ser aportadas en la etapa postulatoria. Sin embargo, esta norma tiene su excepción en los casos que los medios probatorios estén referidos a la alegación de hechos nuevos y relevantes que hayan acaecido después de concluida la etapa postulatoria. Situación en que las partes pueden ofrecer la prueba en una etapa ulterior a esta.

No obstante, esta no es la única excepción en el Código Procesal Civil peruano, sino que también se deja de aplicar este principio, cuando el juez decreta las pruebas de oficio, ya que este lo puede realizar en cualquier etapa procesal, hasta incluso en segunda instancia. Esto es, las preclusiones probatorias que son de estricto cumplimiento para las partes, no lo son para el juez. Sobre este punto ahondaremos en el siguiente capítulo.

1.3.5.11.2. Principio de contradicción

En palabras de Devis Echandía (2012) este principio significa que “la parte contra quien se opone una prueba debe de gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, es decir, que debe llevarse a la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes” (pág. 16). En consecuencia, no resulta admisible la prueba secreta practicada a espaldas de las partes o de una de ellas; así como tampoco el conocimiento privado del juez sobre hechos que no constan en el proceso.

En ese sentido, se indica que el objeto de este principio es que:

“Las partes del proceso tengan la oportunidad de conocer los medios probatorios que se ofrecen, que buscan ser admitidos y por tanto actuados. Esta oportunidad les permitirá a las partes ejercitar la posibilidad de hacer uso de las cuestiones probatorias, es posible por falsedad o nulidad (tacha) o proponer oposición a la actuación de los mismos. En todo caso permitir el uso de la vía recursiva cuando se admite un medio probatorio que atenta contra los principios ya citados, por ser extemporánea, por constituir prueba ilícita, entre otros supuestos” (Hurtado Reyes, 2009, pág. 606).

1.3.5.11.3. Principio de concentración

Según Alvarado Velloso (1982), este principio implica que las etapas probatorias (ofrecimiento, producción y alegación) “deben hallarse aproximadas entre sí, debiendo, en consecuencia, señalarse audiencia -luego de ofrecida, aceptada y consentida la prueba de que habrá de valerse cada parte- a fin de proceder a su producción y alegación (pág. 64). Es decir, se debe procurar practicar la prueba en una sola etapa procesal e incluso, de ser posible, también en una sola audiencia judicial.

De acuerdo a ello, este principio encuentra su justificación en que “se procure la práctica de la prueba en primera instancia, restringiéndola en segunda a cuando no ha sido posible en aquella o se trata de hechos ocurridos con posterioridad o fue denegada por el juez injustificadamente” (Devis Echandía, 2012, pág. 20).

1.3.5.11.4. Principio de comunidad o adquisición de la prueba

“No importa quien aporte una prueba o por iniciativa de quien se practique, la prueba es literalmente ‘expropiada para el proceso’ y se pierde cualquier disponibilidad que sobre ellas se pueda tener. Las partes o los sujetos procesales, en términos generales, tiene la necesidad o tendencia a referirse a las pruebas invocando una supuesta propiedad o disponibilidad; esto no es cierto cuando son aportadas o practicadas en el proceso. ‘Mi prueba’ (término usado por el correspondiente) se transforma, una vez en el proceso, en prueba del proceso y para el proceso” (Parra Quijano, 1997, pág. 53).

El principio de adquisición señala que “una vez aportadas las pruebas al proceso, estas pertenecen al proceso y no a las partes; por ello, las pruebas ofrecidas no necesariamente beneficiarán al actor, porque una vez introducidas al proceso, las pruebas se vuelven materia prima para la solución del conflicto, sin importar que el resultado sea beneficioso o no para el que las ofreció” (Canelo, 2017, pág. 306).

1.3.5.11.5. Principio de licitud

Este es un principio bastante álgido en el derecho procesal, sobre todo en el ámbito penal, porque se discute permanentemente cuáles son los límites en las formas que las partes tienen para incorporar las fuentes de prueba al proceso. En tal sentido, se indica, en términos generales, que “las partes no deben ofrecer ni el juez puede admitir ni valorar aquellos medios probatorios que fueron obtenidos contraviniendo el ordenamiento jurídico, estos medios probatorios son ilícitos respecto a la forma como se obtuvieron” (Hurtado Reyes, 2009, pág. 603).

En opinión de Devis Echandía (2012) “este principio se opone a todo procedimiento ilícito para la obtención de la prueba y lleva a la conclusión de que toda prueba que lo viole debe ser considerada ilícita y, por tanto, sin valor jurídico” (pág. 22). De acuerdo a ello, la prueba “debe ser propuesta, admitida y tramitada, incorporada, actuada y valorada de acuerdo al ritual que regula la norma procesal. En tal sentido, el cumplimiento de dichos requisitos, si son verificados o no, van a afectar la validez y eficacia de la prueba” (Rioja Bermúdez, 2016, pág. 191). Por lo

que podemos señalar que la prueba es lícita cuando cumple con los requisitos legales, siendo obtenida de forma legal y en tanto su actuación no vulnere ningún derecho fundamental.

1.3.5.11.6. Principio de conducencia

Ese principio señala que las partes solo pueden ofrecer los medios probatorios que se encuentren establecidos en la ley. Si bien, en términos generales, se puede presentar cualquier prueba que coadyuve a confirmar los enunciados propuestos, existen determinados procesos que, por su naturaleza o características, la ley impone que solo se puedan presentar dentro de él determinados medios probatorios. Suele ser el caso de los procesos de ejecución.

En efecto, en el proceso único de ejecución peruano solo pueden ser utilizados, esto es, solo son conducentes, la declaración de parte, los documentos y las pericias; ergo, no lo son, las declaraciones testimoniales y las inspecciones judiciales.

1.3.5.11.7. Principio de pertinencia

La pertinencia consiste en que haya alguna relación lógica o jurídica entre el medio probatorio y la afirmación del hecho por probar. A este principio “se le conoce también como de congruencia en materia probatoria, pues se busca que los medios de prueba estén vinculados de manera estrecha con los puntos controvertidos” (Hurtado Reyes, 2009, págs. 600-601).

En ese sentido, manifiesta Crespo (1999) que la pertinencia “debe surgir de la necesaria relación entre el hecho que pretende probarse y el hecho o hechos conformadores del objeto del proceso y aportados por las partes. Deberán inadmitirse por impertinente los medios de prueba que se dirijan a probar hechos no alegados, no controvertidos, no relevantes, notorios, también los excluidos por la ley (Hurtado Reyes, 2009, pág. 601).

1.3.5.11.8. Principio de utilidad

Este principio regula los medios de prueba que, a pesar de ser conducentes y pertinentes, resultaría ocioso e inútil su incorporación al proceso en tanto se pretenda probar afirmaciones que no requieren de prueba. En la doctrina, se indica que los casos de inutilidad de los medios probatorios se producen en los siguientes casos:

“a) cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar una afirmación contraria a una presunción absoluta, *iure et de iure*; b) cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos notorios, públicos o imposibles; c) cuando se pretende demostrar aquello que ha pasado por la autoridad de cosa juzgada; d) cuando el medio probatorio ofrecido no tiene la entidad para acreditar aquello que se afirma; e) cuando resulta superfluo en razón a que lo se pretende probar ya ha sido probado a través de otro medio probatorio” (Bustamante Alarcón, 2013, pág. 246).

En cuanto a lo manifestado por el autor citado, concordamos con los puntos expuestos, con excepción del último, en donde refiere que no son útiles las pruebas que pretenden acreditar lo ya probado, toda vez que solamente sabremos a ciencia cierta que nuestro medio probatorio causó certeza en el juez una vez que este emita sentencia, antes solo tendremos apreciaciones subjetivas que podrían quizá no condecirse con la del juez. En ese sentido, somos de la opinión que sí son útiles las pruebas que acrediten las afirmaciones que se consideren ya han sido confirmadas por otros medios probatorios.

1.3.5.11.9. Principio de inmediación

En virtud del principio de inmediación, según Eisner (1963), “se procura asegurar que el juez se halle en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias, a fin de que pueda conocer en toda su significación el material de la causa -desde su principio-, pues es él quien ha de pronunciar en definitiva la sentencia que la resuelva” (Alvarado Velloso, 1982, pág. 161).

Por su parte, Abel Lluch (2012) indica que este principio tiene un doble alcance: “a) en sentido amplio, se refiere a la presencia judicial en la práctica de las pruebas, como requisito de formalidad o seriedad; y b) en sentido estricto, alude al contacto directo del juez con las fuentes de prueba, de manera que el juez que ha presenciado la prueba sea el mismo que dicte la sentencia” (pág. 209).

Por lo que este principio implica que “debe haber una presencia e identidad física del juzgador, pues (...) debe ser él quien conozca personalmente el material probatorio recolectado y ofrecido. Otro funcionario judicial, no puede llevar a cabo las respectivas diligencias transmitiéndole luego al juez, mediante un acta, lo que ellos han observado. Como el juez es quien toma la decisión, debe formarse su propia visión acerca de los hechos materia del proceso y obtener la convicción necesaria para un pronunciamiento justo” (Ledesma, Comentarios al Código Procesal Civil, 2009, pág. 407). En otras palabras, siempre debe existir una relación directa entre el juez y los medios probatorios a efectos de poder valorarla de la mejor manera posible, salvo excepciones; por ejemplo, cuando por cuestiones de tiempo y distancia un juez tiene que oficiar a otros a efectos de que realice determinada diligencia probatoria.

Por último, al respecto, Hurtado Reyes (2009) precisa que:

“Se encuentra vinculado a todo proceso, en especial a todos aquellos con vocación de oralidad, se trata de que el juez mantenga un contacto directo y permanente con las partes para conocer de cerca cuáles son las motivaciones generadoras del conflicto, cuáles son las expectativas de las partes respecto del proceso, determinar con la inmediación los motivos reales y concretos que los llevó a pedir tutela del Estado. Este principio también ayuda al juez a determinar si el material de prueba aportado por las partes tiene algún atisbo o sospecha de falsedad o falta de veracidad” (pág. 604).

1.3.5.12. Sistemas de valoración de prueba

Habiendo quedado definida la prueba, su carga, objetivo y finalidad, ahora corresponde hacernos la siguiente pregunta ¿qué eficacia tienen los medios probatorios dentro del proceso? A efectos de responder esta interrogante la doctrina y distintas leyes han brindado dos tipos sistemas de valoración de la prueba: la tarifa legal o prueba tasada y la libre valoración. Algunos autores añaden un tercer sistema consistente en la sana crítica, pero otros la comprenden dentro de la valoración de la prueba.

No obstante, antes de analizar los tipos de valoración que existen corresponde precisar en qué consiste y cómo se asemeja y diferencia con la interpretación. Al respecto, la doctrina indica que la valoración es “la operación mental que tiene por fin conocerle mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido” (Devis Echandía, 2012, pág. 93).

En otras palabras, la apreciación de la prueba consiste en “el proceso por el cual el juez califica el mérito de cada medida probatoria explicando en la sentencia el grado de convencimiento que ellas le han reportado para resolver la causa” (Gozaíni, 1997, pág. 189). Por su parte, Taruffo (2008) señala que la valoración de la prueba “tiene por objeto establecer la conexión final entre medios de prueba presentados y la verdad o falsedad de los enunciados sobre los hechos en litigio. La valoración pretende establecer si las pruebas disponibles para el juzgador apoyan alguna conclusión sobre el estatus epistémico final de esos enunciados y, de hacerlo, en qué grado” (pág. 132).

De acuerdo a lo indicado, podemos observar que existe una similitud entre valoración e interpretación, la cual consiste en que ambas son formas de apreciar la prueba mediante operaciones mentales que ha de realizar el juez para que, sobre la base de los medios probatorios aportados, pueda llegar a establecer la certeza respecto de las afirmaciones de los hechos invocados. Sin embargo, en cuanto a la diferencia, se debe señalar que la interpretación es el primer paso de la operación de apreciación probatoria (dentro de él no existen reglas legales determinadas) y la valoración es el segundo (sí existen reglas legales). Para mejor entendimiento a continuación citamos un excelente ejemplo que brinda Piero Calamandrei:

“Cuando un testigo afirma ante el juez que presencié el desarrollo de un hecho y lo explica con sus palabras, el juez puede quedar en duda respecto de dos facetas distintas: 1) Puede dudar, en primer lugar, sobre lo que el testigo ha querido decir, esto es, sobre lo que significan las palabras y expresiones emitidas por aquél, y 2) Puede dudar, después, sobre si lo dicho por el testigo se corresponde objetivamente con la realidad de los hechos tal y como efectivamente ocurrieron. Ante esas dos posibles dudas el juez ha de realizar dos operaciones mentales: 1) La de interpretación de los resultados de la prueba, atinente a establecer de modo cierto el significado de las palabras y expresiones del testigo, y 2) La de valoración, que se dirige a determinar qué credibilidad debe conceder al testigo; con las dos se tiende a establecer la certeza sobre las afirmaciones de hechos realizadas por las partes” (Montero Aroca, 1998, pág. 308).

Habiendo explicado la valoración en sentido general, a continuación señalaremos concretamente cuáles son los sistemas mediante los cuales este se rige:

1.3.5.12.1. Prueba legal o tasada

Las pruebas legales son aquellas en las cuales la ley señala por anticipado al juez el grado de eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio (Couture, 1958, pág. 270). “La concepción de la prueba legal o tasada se basaba en diversas premisas culturales, entre las que estaban el pensamiento filosófico escolástico y, posteriormente, el racionalismo humanista con sus intentos de ofrecer una estructura lógica y matemática formal a la valoración de la prueba” (Taruffo, 2008, pág. 134).

En virtud de lo indicado, manifestamos que el juez al emitir sentencia no realiza una valoración subjetiva de la prueba, sino objetiva en tanto lo que hace es asignarle la eficacia preestablecida por ley; hasta incluso, en sentido estricto, se podría decir que el juez no realiza propiamente una valoración de la prueba, puesto que realmente quien la realiza (*ex ante*) es el legislador.

Muchas veces se indica que el beneficio que otorga este sistema consiste en otorgar doble seguridad jurídica. A modo de ejemplo, Montero Aroca (1998) señala el caso en el que dos personas deciden celebrar mediante escritura pública un contrato, en dicho supuesto estas gozan de certeza probatoria en virtud de lo dispuesto en el Código Civil Español (lo mismo ocurre en nuestro ordenamiento

jurídico, que hasta incluso le otorga a esta clase de documento el valor de título ejecutivo), por lo que está pre configurada su valoración futura en tanto que el juez no podría desconocer su valor, pero además -de manera extensiva- se estaría otorgando mayor seguridad a sus relaciones materiales.

1.3.5.12.2. Libre valoración de la prueba o íntima convicción

El sistema de libre valoración, de acuerdo a Sartori, citado por Canelo (2017):

“Implica la apreciación según el aparecer del intérprete y el otorgamiento de facultades discrecionales al juzgador, quien aprecia la prueba libremente, sin estar atado a criterios legalmente preestablecidos. Es propio de los jurados populares; el juez para obtener su íntima convicción, se vale de los sentimientos, de las intuiciones, de las impresiones, o de otros estados emocionales, de sus conocimientos personales; además de los razonamientos lógicos y de la experiencia” (pág. 268).

En la misma línea, se indica que “mediante la libre apreciación el juez tiene la libertad de selección y valoración de cada medio probatorio; el juez califica el valor de cada prueba producida en el proceso sin tener reglas que le señalen el camino a seguir. La eficacia la consigue de su pleno raciocinio, sin tener el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fuesen esenciales” (Ledesma, Comentarios al Código Procesal Civil, 2009, pág. 473).

Por ello, “el sistema de libre convicción es solo adaptable a ciertas materias muy especiales, o al jurado popular. No parece ser aplicable al proceso. Digamos, sin embargo, que en los Estados Unidos se aplica sin que se perciba reacción importante contra él” (Couture, 1958, págs. 275-276).

1.3.5.12.3. Sana crítica

Según Alvarado Velloso (2010), la sana crítica:

“Debutó como método de apreciación de testimonios en el Art. 137 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855. Se trataba, simplemente de eliminar las operaciones aritméticas que debían hacer los jueces al contar y sumar personas que declaraban en un mismo sentido y reemplazarlas por operaciones de razonamiento mental basado en la lógica y en las observaciones que nacen de la experiencia personal del juez, confirmadas por la realidad” (Pág. 528).

Posteriormente, la doctrina señaló que en este sistema el juez no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente y arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento (Couture, 1958).

Por tal motivo, Gorphe (1927) manifiesta 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 frente a la prueba” (Couture, 1958, pág. 270). Nosotros compartimos esta postura.

Sin embargo, también existe otra corriente que señala que las reglas de la sana crítica, “entendidas como *normas de criterio fundadas en la lógica y en la experiencia*, no constituyen un sistema intermedio entre el de las pruebas legales y el de las libres convicciones, sino un modo particular de designar al sistema de la *libre apreciación de la prueba*” (Palacio, 2011, pág. 353).

Se indica como ventajas de este sistema las siguientes:

- A. “La crítica razonada de las pruebas la debe hacer el juez, lo que significa que no se trata de consagrar la arbitrariedad, sino de obligarlo al empleo de las reglas de la experiencia, de la lógica, de la historia, de la psicología, de la sociedad, de la imaginación (la que también tiene sus reglas, para el caso del juzgador), para que en cada proceso administre justicia con más acierto, y a valorar la prueba de acuerdo con lo dicho y para cada caso concreto.
- B. El juez debe explicar, en la parte motivada, los razonamientos que hace sobre la prueba para cumplir con los principios de contradicción y debida defensa” (Parra Quijano, 1997, pág. 111).

1.3.5.13. Poderes probatorios del juez

Según la ideología privatista o publicista que cada legislación acoja, el juez tendrá menores o mayores poderes probatorios, respectivamente. No obstante ello, en términos generales, Jordi Ferrer (2017) indica seis poderes probatorios que puede gozar un juez:

1) Admitir o no admitir pruebas presentadas por las partes

A efectos de tratar este punto, corresponde previamente distinguir entre la pertinencia y la admisibilidad de la prueba. En ese sentido, Couture (1958) señala lo siguiente:

“Prueba *pertinente* es aquella que versa sobre las proposiciones y hechos que son verdaderamente objeto de prueba. Prueba *impertinente* es, por el contrario, aquella que no versa sobre las proposiciones y hechos que son objeto de demostración. Una prueba sobre un hecho no articulado en la demanda o en la réplica por el actor, o en la contestación y en la dúplica por el demandado, es prueba impertinente. También lo es la que versa sobre hechos que han sido aceptados por el adversario. Se trata, como se ve, de la aplicación apropiada de los principios *del objeto* de la prueba.

En cambio, de prueba admisible o inadmisibile se habla para referirse a la idoneidad o falta de idoneidad de un medio de prueba determinado para acreditar un hecho. No se trata ya del objeto de la prueba, sino de los medios

aptos para producirla. Así, puede sostenerse que es prueba inadmisibile, por ejemplo, la de testigos para acreditar la pericia de un sujeto en un arte u oficio determinado; las cartas misivas dirigidas a terceros, cuando se trata de acreditar obligaciones; la exhibición general de los libros de comercio fuera de los casos previstos en la ley mercantil...” (Pág. 238).

En cuanto al primer punto, este autor señala que “propuesta una prueba aparentemente impertinente, no corresponde debatir *in limine* sobre su incorporación o su alejamiento del proceso. El juez debe postergar siempre esa calificación para la sentencia definitiva” (Couture, 1958, pág. 239). En ese sentido, Alvarado Velloso (1982) comparte este criterio sobre la base de que “el juez puede caer fácilmente en prejujamiento o, lo que es peor, mermar el derecho de defensa de las partes, con todo lo que ello implica de disvalioso” (pág. 156).

En cuanto al segundo punto, ya no se trata de probar un hecho no afirmado o no controvertido, sino “se intenta acreditar un hecho conducente, pero con un medio probatorio que carece de idoneidad al efecto. No se trata ya del *tema* de prueba, sino de los *medios* aptos para producirla” (Alvarado Velloso, 1982, pág. 156). En este caso, a diferencia del primero, consideramos que el juez sí podría declarar improcedente el medio probatorio en la etapa correspondiente, antes de emitir sentencia.

La finalidad de otorgar este poder probatorio al juez se sustenta en los principios de economía y celeridad procesal porque procura “que el debate se

concentre en lo verdaderamente útil y jurídicamente relevante” (Ledesma, 2015, pág. 527).

En nuestro ordenamiento jurídico, el Art. 190 del Código Procesal Civil regula este poder probatorio del juez de la siguiente manera:

“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. Son también improcedentes los medios de prueba que tiendan a establecer: 1. Hechos no controvertidos, imposibles, o que sean notorios o de pública evidencia; 2. Hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en la contestación de la demanda, de la reconvencción o en la audiencia de fijación de puntos controvertidos. Sin embargo, el Juez puede ordenar la actuación de medios probatorios cuando se trate de derechos indisponibles o presuma dolo o fraude procesales; 3. Los hechos que la ley presume sin admitir prueba en contrario; y 4. El derecho nacional, que debe ser aplicado de oficio por los Jueces. En el caso del derecho extranjero, la parte que lo invoque debe realizar actos destinados a acreditar la existencia de la norma extranjera y su sentido. La declaración de improcedencia la hará el Juez en la audiencia de fijación de puntos controvertidos...”.

Como se aprecia del texto legal citado, en nuestro país, el juez tiene el poder probatorio de rechazar las pruebas *improcedentes* e *inadmisibles* en la audiencia de fijación de puntos controvertidos, es decir, *ab initio*, antes de la emisión de la

sentencia. Sin embargo, como hemos visto, esto no resulta ser para nada lo más idóneo. Aunque cabe reconocer que, en la práctica judicial, el juez suele proceder de la manera en que se ha recomendado, esto es, rechaza las pruebas inadmisibles en la audiencia correspondiente, reservado las pruebas *improcedentes* para el momento en que emite sentencia.

2) El poder del juez de intervenir en la práctica de la prueba

Este poder normalmente se encuentra circunscrito a la actuación de pruebas personales (declaración de parte y testimonial) y periciales, de tal manera que puede formular preguntas, “pidiendo aclaraciones, solicitando de los deponentes mayores detalles o precisiones (...). Se trata de concebir la tarea del juez integrada en el desarrollo del principio de contradicción: este, en efecto, 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 pruebas” (Ferrer Beltrán, 2017, pág. 151).

En ese sentido, se señala que “la importancia de esta diligencia es enorme, porque esa confrontación permite apreciar mejor la sinceridad de los testigos y sirve para que estos precisen sus recuerdos e insistan en sus versiones o las corrijan” (Ledesma, 2015, pág. 210).

En nuestro Código Procesal Civil, este poder probatorio se encuentra regulado en el Art. 209, en donde se indica que el juez tiene la facultad de “disponer

la confrontación entre testigos, entre peritos y entre estos, aquellos y las partes y entre estas mismas, para lograr la finalidad de los medios probatorios”.

3) El juez puede indicar las lagunas probatorias y, de acuerdo a ello, determinar qué pruebas corresponderían aportar que no hayan sido aportadas por las partes

Este poder tiene por finalidad “aumentar el peso probatorio, i.e., la cantidad de información relevante disponible en el expediente a los efectos de maximizar las probabilidades de acierto en la decisión probatoria final. Pero es, evidentemente, un poder probatorio menos intenso que el de ordenar directamente las pruebas de oficio” (Ferrer Beltrán, 2017, pág. 153). Motivo por el cual nosotros apostamos por este poder probatorio y, a su vez, rechazamos el uso de la prueba de oficio. Este punto será materia de análisis en el siguiente capítulo.

Pues bien, hemos encontrado que esta posibilidad se prevé en la Ley de Enjuiciamiento Civil española del año 2000 (Art. 429.1), en el *Civil Procedure Rules* inglés del año 1998 y en la Ley Alemana. Al respecto, Taruffo (2008) indica lo siguiente:

“En las *Rules*, en efecto, no hay norma alguna que permita al juez ordenar de oficio la práctica de pruebas. No obstante, de acuerdo con la regla 32.1 el juez puede realizar “control the evidence” indicando a las partes las cuestiones de hecho sobre las que requiere que se propongan pruebas,

especificando el tipo de pruebas que deben proponerse y la manera en que deben practicarse en el juicio” (pág. 170).

“El artículo 429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil le atribuye (al juez) la facultad de indicar a las partes la prueba o pruebas cuya práctica considera conveniente, cuando estime que las pruebas alegadas por las partes puedan resultar insuficientes para la determinación de los hechos. En tal caso, el juez indica a las partes los hechos que considera que podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria, pudiendo señalar también -sobre la base de lo que se desprende del expediente de la causa- qué pruebas deberían ser practicadas” (pág. 170).

“Es lo que puede hacer el juez alemán con respecto a la prueba testifical: no puede disponerla de oficio, pero puede fácilmente inducir a las partes a proponer a los testigos que considere oportuno escuchar” (Taruffo, 2010, pág. 198).

Por último, cabe resaltar que un tema discutible sobre este poder probatorio consiste en cómo enfocarlo o diseñarlo, si como un deber o como una facultad, en tanto la elección de cualquiera de ellos tendrá importantes consecuencias jurídicas. Así, si se opta porque sea un *deber* “podría abrir la puerta a la impugnación de la sentencia si en ella se declarara la insuficiencia probatoria por efecto de lagunas probatorias no señaladas” (Ferrer Beltrán, 2017, pág. 153); en cambio, si se elige porque sea una facultad, se puede poner en riesgo la ejecutabilidad de esta medida y, en consecuencia, la posibilidad de alcanzar una sentencia más justa.

4) La capacidad del juez de disponer la incorporación de pruebas no solicitadas por las partes

Este es el supuesto típico de poder probatorio. Lo que primero, muchas veces, se nos viene a la mente cuando nos referimos a esta clase de poderes. Hasta incluso, en algunos casos, única y exclusivamente se relaciona el poder probatorio del juez con la prueba de oficio.

Por lo pronto, no ahondaremos mucho en este acápite porque en el siguiente capítulo lo haremos a profundidad, sin embargo, a modo de alcance y de manera sucinta, diremos que la prueba de oficio es el poder probatorio mediante el cual el juez se encuentra constreñido o facultado (según lo determine cada legislación) para incorporar medios probatorios al proceso que las partes no hayan presentado oportunamente. El Artículo 194 del Código Procesal Civil lo regula de la siguiente manera:

“Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el Juez de Primera o Segunda Instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso...”.

5) La capacidad del juez de alterar durante el desarrollo del proceso la carga de la prueba

Este poder probatorio ya ha sido analizado precedentemente, pero igualmente indicaremos, a modo de *recordaris*, que la denominada prueba dinámica -según lo manifestado por Peyrano (2008)- “implica un desplazamiento del *onus probandi*, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impositivos, modificativos o extintivos” (Ferrer, 2017, pág. 155). De acuerdo a ello, se indica -como hemos visto en el subcapítulo correspondiente- que la *prueba dinámica* se sustenta en las reglas de facilidad y disponibilidad.

En nuestro país, el Poder Judicial ha emitido algunas sentencias aplicando esta teoría. Veamos:

“El colegiado ha desestimado pues las máximas de experiencias no demuestran el acto simulado, obviando que la doctrina refiere (...) que la simulación absoluta se configura cuando se aparenta celebrar un acto jurídico y no existe realmente voluntad de hacerlo, lo que la de vista no desarrolla ni analiza, dejándolo al mero criterio de la probanza de enlace y máxima; y para el segundo cargo aduce que el Colegiado obvia la jurisprudencia aportada, donde en los casos de simulación debe de aplicarse

la carga probatoria dinámica conforme a la causa 4217-98...”. Casación 1385-2004-Lima.

“Resulta adecuado aplicar al caso de autos la carga de prueba dinámica atendiendo a que era el recurrente quien se encontraba en mejores condiciones lo que alega en su defensa, habiendo omitido la parte demandada acreditar lo que alega en su defensa, resulta adecuado lo resuelto por el Colegiado en aras del principio de facilidad y de acceder a la verdad legal para dilucidar la presente controversia, por lo que carece de asidero legal argumentar la aplicación de los artículos 196 y 200 del Código Procesal Civil en el presente proceso, deviniendo en inviable la causal denunciada por el recurrente” Casación 4445-2011-Arequipa.

Sin embargo, al no ser reconocida la prueba dinámica en el Código Procesal Civil peruano y por lo perjudicial que resulta al debido proceso, conforme lo hemos explicado oportunamente, consideramos que debería ser inaplicable su uso por parte de los tribunales de justicia.

6) Decidir el grado de corroboración que una hipótesis fáctica debe tener para ser considerada probada

Este poder probatorio, a pesar de no ser muy tratado por la doctrina, es bastante relevante, toda vez que consiste en “establecer el nivel de suficiencia probatoria (...). Por ello, si el juez tiene la posibilidad de decidir en cada caso cuán alta debe ser la corroboración de una hipótesis fáctica para considerarla probada,

está decidiendo con ello la suerte probatoria del proceso” (Ferrer Beltrán, 2017, pág. 159).

Al respecto, Taruffo (2008) señala que una opinión extendida sostiene que la valoración del *beweismass* (grado de prueba requerido) se debe hacer en términos de probabilidad preponderante, “considerando que la versión relativamente más probable de los hechos en litigio debe ser adoptada como una base para la decisión”. Agrega que “esta opinión tiene diferentes versiones, algunas de las cuales remiten a los grados numéricos de probabilidad y pretender establecer como nivel mínimo de *beweismass* el 51 por 100 de probabilidad”. Sin embargo, indica que “esta versión ha recibido diversas críticas, porque algunos autores sostienen que este nivel de probabilidad es demasiado bajo y que se debería exigir un grado superior; otros autores sostienen -desde un punto de vista diferente- que la valoración de la prueba es algo que no puede ser cuantificado con exactitud porque es el resultado de una apreciación subjetiva del juzgador”. A modo de conclusión, este autor señala que “el concepto de *beweismass* tiene que ser adaptado a la especificidad de los casos particulares (un *beweismass* flexible), pero puede ser interpretado en términos del peso preponderante de la prueba en favor de la versión de los hechos relativamente más probable” (pág. 139).

En el Código Procesal Civil peruano, no se indica específicamente el grado de corroboración que una hipótesis fáctica debe tener para que el juez la considere probada, sin embargo por nuestra parte consideramos que el grado de prueba requerido se debe realizar de acuerdo a la probabilidad preponderante, pero, por su puesto, teniendo en cuenta siempre el caso en concreto.

1.3.6. La prueba de oficio

1.3.6.1. Origen

Según Masciotra, “si bien la facultad de dictar medidas concernientes a la prueba le fue reconocida a los jueces hace más de setecientos años (1258) en Las Siete Partidas del rey Alfonso X el Sabio -que reflejaba la aspiración de alcanzar la verdad en los procesos-, no cabe duda que constituye una de las premisas liminares de la concepción publicística del proceso y tiene su fundamento en el incremento de los poderes-deberes del juez en materia probatoria al dotar al juez de una función esclarecedora de los hechos controvertidos” (Masciotra, 2015, pág. 109).

No obstante, según Rosenberg (1955), es recién “con la legislación austriaca (1° de agosto de 1885 y que entró en vigor el 1° de enero de 1898) que dio comienzo a la efectiva iniciativa instructora del juez, en los términos que hoy se conoce, así como la innovación de muchísimas instituciones” (Blanco Gómez, 1994, pág. 98).

En efecto, la ordenanza austriaca “se destaca, ante todo, la nueva concepción político social de la justicia y de la función del juez, que concibió al proceso como una *institución de beneficencia* o como un *instrumento en suma para el bienestar social*. Para tal efecto, se le confiaron al juez poderes de dirección formal y material del proceso” (Blanco Gómez, 1994, págs. 98-99).

1.3.6.2. Definición

La prueba de oficio “son facultades otorgadas al juzgador para que, luego de concluida la instrucción y el período de las alegaciones, decrete algunas pruebas, con la exclusiva finalidad de aclarar los extremos dudosos y oscuros del material de la decisión, aportado por las partes” (Blanco Gómez, 1994, pág. 96).

De similar opinión es Alfaro Valverde (2017), para quien este instrumento constituye “aquella facultad procesal en virtud de la cual un ordenamiento jurídico procesal reconoce al juzgador una determinada iniciativa para la actuación de medios probatorios, siempre y cuando las pruebas aportadas por las partes sean insuficientes para formarle convicción sobre la veracidad de los hechos alegados” (pág. 71).

En ese sentido, también se indica que la prueba de oficio es “una herramienta jurídico procesal, que la ley otorga al juez, para que, en forma excepcional y sujeto a las restricciones establecidas, pueda ordenar la actuación de una prueba determinada, cuando las ofrecidas y actuadas por las partes procesales, no le generen convicción, ni le permiten sustentar su decisión o fallo. Esta facultad genérica del juez para ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos, se debe realizar respetando el derecho de defensa de las partes” (Hinostroza Minguez, 2010, pág. 133).

De acuerdo a Velásquez (2016), las pruebas de oficio “son las facultades con la que cuenta el juez para que, verificado el supuesto habilitante contemplado

en la ley, pueda ordenar la actuación de medios probatorios adicionales a los ofrecidos por las partes, ello con la finalidad de acreditar algunas de las afirmaciones fácticas de las partes” (Loli Romero, 2018, págs. 122-123).

Según Arruiz (2016), la prueba de oficio “se trata de medidas probatorias ordenadas por el juez sin que sean requeridas por ninguna de las partes, con el fin de esclarecer los hechos controvertidos en el proceso. También se las denomina como medidas para mejor proveer, mejor resolver o mejor fallar” (pág. 111).

Conforme se desprende de la última parte de la definición otorgada por Arruiz, se observa que la prueba de oficio también es denominada por la doctrina como *medidas para mejor proveer, mejor resolver, mejor fallar o iniciativas probatorias del juez*. Al respecto, algunos juristas aceptan indistintamente el uso de cualquiera de estos términos; no obstante, una parte de la doctrina cuestiona la utilización de la terminología *prueba de oficio*, considerando que esta no es la más apropiada por distintos motivos. Al respecto, Luis Alfaro (2017) señala lo siguiente:

“Si bien la primera expresión “Pruebas”, en sentido procesal (constituye el procedimiento de probar o acreditar los hechos afirmados), sería adecuada, ya que es una figura jurídica, de la cual se desprendería la iniciativa probatoria que el ordenamiento jurídico reconoce al juzgador; sin embargo, la situación se altera cuando se usa la preposición “de”, pues, cuando acudimos al Diccionario de la Real Academia de Lengua Española, se otorgan los siguientes significados: 1. Denota posesión o pertenencia y 2. Denota de dónde es, viene o sale alguien o algo. De la misma forma el

término “oficio”: “Denota la actividad de los órganos de la jurisdicción cuando actúan, opcional u obligatoriamente, en forma espontánea y por impulso propio”.

Por consiguiente, si aceptamos impasiblemente la denominación “Pruebas de Oficio”, en buena cuenta estamos indicando que el enunciado legal (en su contenido) sumillado está referido a pruebas que pertenecen al juzgador, siendo ello inexacto, pues las pruebas a las que se refiere el artículo comentado no pertenecen o corresponden a dicho sujeto procesal imparcial, ni mucho menos vienen o salen de él (...); sino por el contrario, se trata de una iniciativa discrecional del juzgador, actividad probatoria del juez, o si se quiere de una actividad” (pág. 68-69).

Nosotros respetuosamente discrepamos con esta crítica porque, según la misma RAE, la preposición “de” no solamente tiene la connotación que le otorga el autor citado, sino también la siguiente: “Denota la causa u origen de algo”. Entonces, parece claro que si hablamos de la “prueba de oficio”, nos referimos a que el origen de esta prueba no surge a pedido de parte, sino como un requerimiento judicial; por lo que consideramos que resulta legítimo el uso de dicha preposición. Y más aún si se tiene en cuenta que la RAE permite expresamente el uso del término “de oficio” tal como lo venimos utilizando al definirlo de la siguiente manera: “Dicho de una diligencia: Que se practica judicialmente sin instancia de parte”.

Por tanto, estimamos válido el uso de los términos “prueba de oficio” -así como también los de “iniciativa probatoria del juez” o “diligencias para mejor proveer”- a fin de referirnos a los poderes probatorios que goza el juez para ordenar la actuación de un determinado medio probatorio, que no haya sido ofrecido por las partes en litigio.

1.3.6.3. Naturaleza jurídica: ¿facultad o deber?

En cuanto a su naturaleza jurídica, la doctrina mayoritariamente indica que “no existe obligación en el juez de decretar por propia iniciativa; pero puede hacerlo cuando lo estime necesario con la finalidad de formar su propia opinión sobre la *litis*” (Perla, 1987, pág. 278).

En la misma línea Hurtado Reyes (2009), señala que la prueba de oficio “es una facultad del juez que debe ser usada solo cuando existe deficiencia en la carga probatoria de las partes y considerando que sin su uso no será posible resolver con justicia el caso concreto” (pág. 669).

Del mismo criterio es Lama More, para quien también la prueba de oficio es “una facultad del juez y no una obligación. Por ello se sostiene que el órgano jurisdiccional superior no se encuentra facultado para ordenar al inferior que actúe prueba de oficio, a efecto de que este se forme convicción respecto de los hechos controvertidos, puesto que la convicción o certeza constituye un estado psicológico del juzgador que no puede serle impuesto pues atentaría contra el principio de independencia de los órganos jurisdiccionales que constituyen una garantía de la

función jurisdiccional previsto en nuestra Carta Magna” (Hurtado Reyes, 2018, pág. 667).

No obstante, también existe parte de la doctrina como David Ibarra (2014) que indica que la prueba de oficio es obligatoria y no facultativa. En ese sentido, manifiesta que la medida para mejor resolver “contiene un deber jurídico del juez, no una facultad discrecional y que el proceso está orientado a la búsqueda de la verdad (de los hechos), y el juez debe orientarse hacia ella” (Alfaro Valverde, 2017, pág. 196). Asimismo, también Gonzáles Linares (2016) señala que el juez no puede dimitir o renunciar voluntaria ni involuntariamente a la aprehensión de la verdad.

De la misma opinión es Devis Echandía (2012), para quien “los jueces y magistrados pueden y deben suplir la total o parcial inactividad probatoria de las partes, pues su función es buscar en lo posible la verdad respecto a los hechos alegados sobre los cuales deben basar su sentencia o la decisión del incidente” (pág. 30).

Por último, una posición muy interesante es la que nos brinda Montero Aroca (1998), quien precisa que cuando la norma le atribuye determinada facultad a un tribunal o juez se le está atribuyendo también un deber: el de ejercer la facultad en atención a las circunstancias que concurran en el caso concreto. En otras palabras, según este autor, la prueba de oficio “no es una facultad discrecional del juzgador, sino que es una facultad que debe ejercitarse cuando ocurra el supuesto de hecho que el legislador no ha podido precisar de modo concreto para todos los casos” (pág. 297).

De similar opinión es Rosenberg, citado por Chico Fernández (2007), quien señala lo siguiente:

“Siempre que existe una facultad o poder del tribunal de hacer algo, se debe considerar que el órgano jurisdiccional se encuentra obligado a llevar a efecto esa facultad o poder, realizando aquello a lo que se encuentra facultado. Ese planteamiento, le permite a Rosenberg afirmar que siempre que se reconocen ciertas facultades judiciales de oficio, con relación a la prueba, se debe entender que el juez se encuentra obligado a hacerlas efectivas, y, por tanto, al existir ese deber del juez, desaparecería la carga formal de la prueba, en los procedimientos en que se reconoce la iniciativa probatoria de oficio” (pág. 138).

Nosotros consideramos que nuestro ordenamiento jurídico, en el Art. 194 del Código Procesal Civil, se adhiere a las posturas de Montero y Rosenberg, en tanto se considera que la naturaleza de la prueba de oficio es imperativa, pero debiéndose enmarcar dentro de determinados presupuestos, como el de excepcionalidad o cuando los medios probatorios aportados por las partes sean insuficientes para formar convicción.

1.3.6.4. Finalidad

La doctrina no es pacífica en determinar cuál es la finalidad de la prueba de oficio. En términos generales, por un lado, indican que su finalidad consiste en

poder alcanzar la verdad de los hechos o la de los enunciados fácticos; por otro lado, señalan que su finalidad se justifica en el principio de igualdad de las partes, entendiendo esta como el deber del juez de equiparar las disparidades técnicas o económicas que puedan existir entre las partes.

Según algunos autores, estas finalidades son conjuntivas, pero, al criterio de otros, son disyuntivas; es decir, que están de acuerdo con la primera finalidad, pero no así con la segunda.

De acuerdo a lo indicado, buena parte de la doctrina señala que el uso de la prueba de oficio tiene un efecto esencial: “dar acceso a más sustanciosa porción de la verdad” (Montero Aroca, 2012, pág. 223). En la misma línea, se señala que “su propósito es la de ser un instrumento de conocimiento del que se vale el juez, desde esta iniciativa, para lograr precisamente la verdad de los hechos en el proceso y con ello obtener no solo la solución de la controversia en el caso concreto, sino que se realice mediante una decisión lo más justa posible” (Alfaro Valverde, 2017, pág. 170).

En ese sentido, Alfaro (2017) señala que el propósito de la prueba de oficio “no puede ser otro que ser también un instrumento epistemológico o de conocimiento del que se vale el juez, desde esa iniciativa, para lograr precisamente la verdad de los hechos en el proceso y con ello obtener no solo la solución de la controversia en el caso concreto, sino que se realice mediante una decisión lo más justa posible” (pág. 171). En consecuencia, agrega que “se trata de una herramienta que el ordenamiento jurídico reconoce al juez, que permite proveerle la información que

necesita para la confirmación de las narraciones sobre los hechos (fuentes de prueba) para superar una insuficiencia probatoria, con el ulterior propósito de alcanzar la verdad del proceso” (pág. 171).

Por su parte, Lino Palacio (2011) señala que la prueba de oficio permite, en ciertos casos, el esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva, que, pese a las restricciones propias de la prueba civil, constituye la meta a que debe aspirar la recta administración de justicia. En ese sentido, indica que “su objetivo consiste en eliminar las dudas con que puede tropezar la apreciación del juez en los casos en que la prueba producida por las partes no sea lo suficientemente esclarecedora” (pág. 337).

De similar opinión es Blanco Gómez (1994), para quien la prueba de oficio “se encamina en el proceso civil a la verificación de las cuestiones fácticas sometidas por las partes, para facilitar la decisión justa. Al mismo tiempo, convierten a la fase probatoria del proceso en una comunidad de esfuerzos” (pág. 102). En ese sentido, precisa que como ninguna otra medida esta “tiende a que la norma individualizada con que termina el proceso se aproxime a ese valor jurídico supremo de la justicia, que tantas cavilaciones ha suscitado. Igualmente busca asegurar la efectiva igualdad de las partes en el proceso, el descubrimiento de fraudes en detrimento de terceros y el de evitar sentencias inhibitorias y nulidades (pág. 103).

En la misma línea, el colombiano Jairo Parra (2004) indica que la prueba de oficio se sustenta en la ideología que afirma que en el proceso se debe averiguar

la *verdad*. En esa línea, afirma que “en el proceso se debe averiguar la verdad y sobre ella dictar la sentencia para que esta sea justa, pues, como es evidente, solo tal ideología legitima la existencia de un juez interventor en el proceso, un juez con iniciativa y poderes para averiguar la verdad mediante el decreto oficioso de pruebas” (pág. 12). De acuerdo a ello, este autor precisa que existe una necesidad psicológica de la *verdad* y una lógica para dictar las pruebas de oficio.

Respecto de la necesidad psicológica, este autor indica que cuando el juez recibe las pruebas aportadas por las partes, hace valoraciones y seguramente descubrirá vacíos probatorios que no le permiten lograr la verdad de los hechos, por lo que, en ese momento, para abastecer la necesidad de verdad, puede y debe decretar pruebas de oficio. En cuanto a la necesidad lógica, manifiesta -citando a Rescher- que “la búsqueda de orientación cognoscitiva en un mundo difícil nos representa un requisito profundamente práctico; la necesidad básica de información y comprensión nos presiona y debemos hacer lo que sea necesario para su satisfacción (y estamos prácticamente justificados a ello). Para nosotros, lo cognoscitivo constituye un asunto práctico; el conocimiento satisface una necesidad práctica” (pág. 17).

Por su parte, Gaitán Guerrero (2010) manifiesta que “la prueba de oficio busca construir el camino más sólido para llegar a la verdad material. Pretende que el juez tenga a su disposición todos los elementos probatorios, de manera que se prueben los hechos alegados con claridad y, finalmente, la decisión se elabore sobre un acervo probatorio completo y veraz”.

Hasta este punto, hemos visto las opiniones de parte de la doctrina que considera que la finalidad de la prueba de oficio es la de intentar alcanzar la verdad, pero ahora, sobre la base de ello, observemos un interesante cuestionamiento que realiza Montero Aroca (1998) a esta corriente:

“Sería muy fácil decir que la razón de ser de las diligencias para mejor proveer es buscar la verdad de los hechos en el proceso para que la sentencia sea más conforme a la legalidad, es decir, más justa. Sería muy fácil decir esto, y tanto lo es que se suele decir por la doctrina y por la jurisprudencia, a pesar de que con ello se incurre en un claro error. Si la finalidad de las diligencias para mejor proveer fuese complementar en la medida de lo posible el conocimiento que el juez tiene de los hechos en pro de la justicia (...), se tendría que ser consecuente y llegar a la conclusión de que la justicia de la sentencia a dictar justifica casi cualquier acto de averiguación que el juez pudiera realizar para el descubrimiento de la verdad” (pág. 294).

Por otro lado, como indicamos al iniciar el presente sub capítulo, existe parte de la doctrina que también señala otra finalidad a la prueba de oficio además de la epistemológica. En ese sentido, Devis Echandía (2012) indica que la prueba de oficio también tiene como finalidad la de tratar de equiparar a las partes en litigio. En tal sentido, señala que “la facultad inquisitiva probatoria se otorga principalmente como una defensa indispensable a las partes pobres y débiles de proceso, cuyos abogados puedan incurrir en olvidos, inactividades y hasta connivencias dolosas;

pero también, para los casos en que tales situaciones se presenten en los abogados de la parte rica y poderosa” (pág. 30-31).

En la misma línea, Blanco Gómez (1994) manifiesta que la prueba de oficio “busca asegurar la efectiva igualdad de las partes en el proceso, el descubrimiento de fraudes en detrimento de terceros y de evitar sentencias inhibitorias y nulidades” (pág. 103). Justifica este criterio sobre la base de que “no es pocas ocasiones se ahogan justas pretensiones por tecnicismos, por deficiencias en la labor de reconstrucción de las facetas de hecho, por omisiones excusables o imperdonables o por el surgimiento de previstos, especialmente en un régimen de preclusión rígido para la solicitud de pruebas, como el colombiano, situaciones que convierten el proceso en una *aventura incierta*, incompatible con el fin de interés público” (pág. 103).

De similar manera, Taruffo (2010) señala que mediante la prueba de oficio se puede suplir las deficiencias en que hubiese incurrido el abogado de alguna de las partes. En tal sentido, señala que “es perfectamente posible que las defensas de las partes no hayan sido adecuadas, por cualquier razón, para la obtención de ese fin. Además (...), las partes pueden no tener interés en el descubrimiento de la verdad, los abogados recurren a menudo a su habilidad profesional para evitar que ello ocurra y, en general, no se puede asumir que la contienda entre las partes conduzca a la verdad” (pág. 136). De tal manera, se señala que “cuando el juez no está provisto de estos poderes, es usual la utilización del proceso con la finalidad de dañar a quien no puede defenderse, ya que es casi imposible la constatación de esos recónditos y malignos propósitos” (Parra Quijano, 2006, pág. 40).

Por su parte, Alayza y Paz Soldán (1982) justifican la necesidad del ejercicio de la prueba de oficio manifestando que “a menudo acontece en los juicios que las partes no han sabido ofrecer todas las pruebas que le son necesarias para acreditar su derecho o que han dejado pasar los términos para ofrecerlas y por lo tanto, no pueden valerse de ellas; en tales casos, los jueces están facultados para ordenar de oficio, si lo necesitan, para resolver toda clase de pruebas” (Alfaro Valverde, 2017, págs. 45-46).

Respecto a la igualdad de las partes en concreto, añade que mediante la prueba de oficio se busca disminuir la posibilidad de obtener fallos alejados de la justicia producto de los errores o descuidos de los litigantes. Asimismo, manifiesta que este poder probatorio sirve para equiparar la disparidad de los supuestos en donde exista una parte con altos recursos económicos y otra, más bien, con bajos recursos. Al respecto, indica que:

“El proceso no se escapa también de ser escenario de las marcadas desigualdades económicas, porque no es extraño ver enfrentados al rico y al pobre. Mientras el primero puede proporcionarse la asistencia del competente profesional, el segundo tiene que conformarse con apoderados inexpertos, sin la debida preparación, produciéndose un evidente desequilibrio. Esta disparidad se puede hacer menos determinante con la iniciativa probatoria del juez, no para ayudar al débil, como a primera vista puede creerse, sino para que al esclarecer la situación fáctica controvertida, se precipite a la decisión justa, en pro del uno o del otro, que dista

considerablemente de aquella sentencia determinada por la pericia de un litigante y la inexperiencia del otro” (Alfaro Valverde, 2017, pág. 104).

Por tanto, de acuerdo a la doctrina mencionada, se puede señalar que mediante la prueba de oficio principalmente se pretende obtener un grado mayor de verdad dentro del proceso y equiparar las posibles desigualdades de ambas partes, sean por motivos económicos, políticos, entre otros; a fin de que lo resuelto sea más justo. Más adelante veremos si esto es realmente así.

1.3.6.5. La prueba de oficio en el derecho comparado

La prueba de oficio ha sido regulada por diversos ordenamientos jurídicos alrededor del mundo. A continuación presentaremos algunos que consideramos son los más representativos:

El Código del Procedimiento Civil de Francia

“Artículo 10º: El juez tiene la autoridad de ordenar de oficio todos los medios de instrucción legalmente admisibles” (Martell Chang, 2015, pág. 165).

Federal Rules of Evidence de Estados Unidos

“Regla 614. Llamado e interrogación de testigos por la Corte

- (a) Llamada por la Corte. La Corte puede, según su propia consideración o a petición de parte, llamar testigos, y todas las partes pueden interrogar los testigos llamados.
- (b) Interrogación por la Corte. La Corte puede interrogar a los testigos, así sea llamado por la misma corte o por una de las partes.
- (...)
- (c) La Corte puede, según lo disponga por sí misma o por las partes, incorporar una orden para demostrar causa porque los testigos expertos no deben ser designados, y pueden solicitar las partes el envío de nombramientos, La Corte puede designar cualquier testigo experto acordado por las partes, y puede designar los testigos expertos de su propia selección. La Corte no designará a un testigo experto a menos que el testigo consienta su actuar” (Martell Chang, 2015, págs. 165-166).

Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil de España

“Art. 429: proposición y admisión de la prueba. Señalamiento de juicio

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

Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los

elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.

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

(...)"

Artículo 435: diligencias finales. Procedencia

1. Solo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas:
 1. No se practicarán como diligencias finales las pruebas que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse en tiempo y forma por las partes, incluidas las que hubieran podido proponerse tras la manifestación del tribunal a que se refiere el apartado 1 del artículo 429.
 2. Cuando por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas.
 3. También se admitirán y practicarán las pruebas pertinentes y útiles, que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia, previstos en el artículo 286.
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 diligencias de partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.

En este caso, en el auto que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos” (Martell Chang, 2015, págs. 166-167).

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de México

"Artículo 278. Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgado valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral.

Artículo 279. Los tribunales podrán decretar en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos cuestionados. En la práctica de estas diligencias, el Juez obrará como estime procedente para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar el derecho de las partes, oyéndolas y procurando en todo su igualdad” (Martell Chang, 2015, págs. 167-168).

Código Procesal y Civil de la Nación de Argentina

“Artículo 36. Aún sin requerimiento de parte los jueces y tribunales podrán:

(...)

3. Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes.

A este efecto, podrán:

- a. Disponer en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito.
- b. Decidir en cualquier estado de la causa la comparecencia de testigos con arreglo a lo que disponen el artículo 452, peritos y consultores técnicos, para interrogarlos acerca de lo que creyeran necesario.
- c. Mandas, con las formalidades prescriptas en este Código, que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de terceros, en los términos de los artículos 387 a 389 (Martell Chang, 2015, pág. 168)”.

Código de Procedimiento Civil de Italia

“Artículo 117. Interrogatorio no formal de las partes

En cualquier estado y grado del proceso tendrá el juzgado la facultad de ordenar la comparecencia personal de las partes en contradictorio entre sí,

para interrogar 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.

(...)

Artículo 439. Poderes instructorios del juez

El juez puede disponer de oficio todos los medios de prueba que considere oportuno. Puede disponer la prueba testifical aun fuera de los límites establecidos por el Código Civil” (Martell Chang, 2015, págs. 168-169).

El Código Procesal Civil Alemán:

“Artículo 139º: Impulso Procesal Material

1. El Tribunal tiene que esclarecer la relación de hecho y la litis y, en tanto ello sea necesario, con las partes en las cuestiones de hecho y de derecho, aclarándolas y realizando preguntas.

Él tiene que lograr que las partes en forma oportuna y completa declaren sobre los hechos relevantes, en especial aclaraciones insuficientes que hacen a los hechos invocados a los efectos de completarlos para describir los medios de prueba y para interponer las peticiones que se adecuen a la causa.

Artículo 142º: Orden de presentación de documentos

1. El Tribunal puede ordenar que una parte o un tercero presente documentos u otros objetos que se encuentren en su poder, a los cuales una parte hizo remisión. El Tribunal puede imponer un plazo y ordenar que la documentación permanezca por un determinado tiempo en la secretaría del Tribunal.

Artículo 144º: Inspección Ocular; prueba pericial

1. El Tribunal puede ordenar la inspección ocular como así también un dictamen pericial. Para ello puede emplazar a una parte o a un tercero para que ponga a disposición el objeto que se encuentra en su poder. Pueden incluso ordenarse medidas de acuerdo con la primera oración de este párrafo, en tanto y en cuando no afecten una vivienda.

Artículo 273º: Preparación de la audiencia. -

(...)

2. Para la preparación de cada audiencia el Presidente o alguno de los miembros del Tribunal designados por aquel puede:

(...)

3. Solicitar a Organismos o a quien ejerza funciones públicas la entrega de documentos o el otorgamiento de informes oficiales;

(...)

4. Decidir sobre la citación y orden de comparecencia para los testigos, de acuerdo con el artículo 378º, con relación a los cuales las partes han referido, y sobre los peritos para que participen en la audiencia oral” (Obando Blanco, 2010, págs. 260-261).

Código General del Proceso de Uruguay

“Artículo 24º: Facultades del Tribunal

El Tribunal está facultado para:

(...)

4. Para ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes;

5. Para disponer en cualquier momento la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito;

(...)

Artículo 193. Pruebas posteriores a la conclusión de la causa

(...)

193.2. El tribunal podrá disponer, en el mismo acto en que efectúe ese anuncio o durante el plazo para dictar sentencia, diligencias para mejor proveer, debiendo dejar expresa constancia de las razones por las cuales no dispuso su diligenciamiento de oficio, durante el trámite del proceso.

Las partes podrán solicitar a modo de contraprueba, diligencias complementarias de las dispuestas por el tribunal, el cual resolverá sin otro trámite y sin perjuicio del recurso de apelación diferida, si se violan las garantías del contradictorio y del derecho de defensa.

El tribunal de segunda instancia, si considera que mediante dicha prueba se ha alterado gravemente el principio de igualdad de las partes en el proceso, podrá disponer las medidas complementarias que entienda adecuadas para asegurar el respeto de dicha igualdad y del derecho de defensa en juicio” (Martell Chang, 2015, págs. 169-170).

Código de Procedimiento Civil de Colombia

“Artículo 37: Deberes del Juez.

Son deberes del Juez:

(...)

4. Emplear los poderes que este Código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias.

Artículo 179º: Prueba de Oficio y a petición de parte

Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el Magistrado o Juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos, será necesario que estos aparezcan mencionados en otras pruebas, o en cualquier acto procesal de las partes. Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso alguno. Los gastos que implique su práctica serán a cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas” (Obando Blanco, 2010, págs. 263-264).

Código Procesal Civil de Costa Rica

“Artículo 98. Deberes del Juez

Son deberes del juez:

4. En cuanto a las pruebas, deberá ejercer los poderes que se le confieren fin de verificar las afirmaciones hechas por las partes.

(...)

Artículo 331. Prueba para mejor resolver

Listo el proceso para sentencia, y antes de dictarse esta, los tribunales podrán acordar, para mejor proveer, la práctica de cualquier medio probatorio de los previstos en este Código, o la ampliación de los recibidos;

también podrán tener a la vista cualquier actuación, de lo cual se dejará constancia si fuera de influencia en la decisión.

La prueba para mejor proveer podrá comprender probanzas enteramente nuevas o que hayan sido declaradas inevaluables o nulas, o rechazadas por extemporáneas o inadmisibles, o que se refieran a hechos tenidos como ciertos en rebeldía del demandado, siempre que se consideren de influencia decisiva en el resultado del proceso.

En la misma resolución se fijará el plazo dentro del cual deberá ejecutarse lo ordenado, y si no fuere posible determinarlo, el juez o el tribunal procurarán que se ejecute sin demora.

Lo dicho en este artículo será aplicable a todo tipo de procesos.

Es deber de las partes que tengan interés en la recepción de la prueba, suplir las expensas del caso y activar la práctica de esas pruebas. Si no lo hicieran así, el tribunal podrá prescindir, en cualquier momento, de la prueba ordenada, sin necesidad de la resolución que así lo decrete, y procederá a dictar la sentencia.

La prueba para mejor proveer se ordenará en un único auto, salvo que la evacuada en esa forma exigiere una nueva prueba de esa clase; no interrumpirá el plazo para fallar, sino que lo suspenderá, o sea, que continuará corriendo el día siguiente de evacuada la prueba.

Contra la resolución en la se ordene prueba para mejor proveer no se dará recurso alguno, y las partes solo podrán intervenir en su ejecución en la medida en el tribunal expresamente así lo disponga (Martell Chang, 2015, págs. 171-172).

Código Procedimiento de Chile

Art. 159. Los tribunales, sólo dentro del plazo para dictar sentencia, podrán dictar de oficio medidas para mejor resolver. Las que se dicten fuera de este plazo se tendrán por no decretadas.

Sin perjuicio de lo establecido en el inciso primero del artículo 431, podrán dictar alguna o algunas de las siguientes medidas:

1. La agregación de cualquier documento que estimen necesario para esclarecer el derecho de los litigantes;
2. La confesión judicial de cualquiera de las partes sobre hechos que consideren de influencia en la cuestión y que no resulten probados;
3. La inspección personal del objeto de la cuestión;
4. El informe de peritos;
5. La comparecencia de testigos que hayan declarado en el juicio, para que aclaren o expliquen sus dichos oscuros o contradictorios; y
6. La presentación de cualesquiera otros autos que tengan relación con el pleito. Esta medida se cumplirá de conformidad a lo establecido en el inciso 3º del artículo 37.2 (...)

Si en la práctica de alguna de estas medidas aparece de manifiesto la necesidad de esclarecer nuevos hechos indispensables para dictar sentencia, podrá el tribunal abrir un término especial de prueba, no superior a ocho días, que será improrrogable y limitado a los puntos que el mismo tribunal designe. En este evento, se aplicará lo establecido en el inciso segundo del artículo 90.

Vencido el término de prueba, el tribunal dictará sentencia sin más trámite. Las providencias que se decreten en conformidad al presente artículo serán inapelables, salvo las que dicte un tribunal de primera instancia disponiendo informe de peritos o abriendo el término especial de prueba que establece el inciso precedente. En estos casos procederá la apelación en el solo efecto devolutivo.

Art. 266 El juez de oficio ordenará agregar aquellos antecedentes y medios probatorios que estime pertinentes.

Art. 714. La práctica de toda diligencia probatoria deberá solicitarse en la audiencia de contestación so pena de no ser admitida después, sin perjuicio de que el tribunal pueda de oficio, para mejor resolver, en cualquier estado de la causa, decretar todas las diligencias y actuaciones conducentes a la comprobación de los hechos discutidos, debiendo emplear para ello el mayor celo posible. Los instrumentos sólo podrán presentarse conjuntamente con la demanda o en las audiencias de contestación o de prueba y las partes deberán formular las observaciones y las impugnaciones que procedan en la audiencia en que se acompañen o en la inmediatamente siguiente. Los incidentes a que den lugar las observaciones e impugnaciones deberán tramitarse y probarse al mismo tiempo que la cuestión principal. Los que se formulen en la audiencia de prueba se deberán probar en esa misma audiencia, salvo que el tribunal por motivos fundados fije una nueva audiencia para ello” (Loli Romero, 2018, págs. 176-178).

1.3.6.6. La prueba de oficio en el derecho nacional

La prueba de oficio siempre ha estado regulada en los distintos dispositivos procesales, desde el Código de 1852 hasta el vigente Código de 1993. Veamos a continuación cómo ha sido su evolución:

Ley de Enjuiciamiento de 1852

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

“Art. 671.- Es inapelable el auto en el que el juez manda a llevar adelante la prueba decretada de oficio” (resaltado y subrayado nuestro).

Código de procedimientos civiles de 1912

“Art. 340.- Los jueces en cualquier estado de la causa pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias, excepto la de testigos y el juramento decisorio.

Es inapelable el auto en que el juez ordena prueba de oficio” (resaltado y subrayado nuestro).

Código procesal civil de 1993

“**Art. 194.-** Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, **el Juez**, en decisión **motivada** e **inimpugnable**, **puede** ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes.

Excepcionalmente, el Juez puede ordenar la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial” (resaltado y subrayado nuestro).

Código procesal civil de 1993 (modificado por la Ley 30293)

“**Art. 194.-** Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el Juez de Primera o de Segunda Instancia, **ordenará** la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, **siempre que la fuente de prueba haya sido citada** por las partes en el proceso.

Con esta actuación probatoria el Juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria, y deberá asegurarles el derecho de **contradicción de la prueba**.

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

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

El juez puede ordenar de manera excepcional la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial” (resaltado y subrayado nuestro).

De acuerdo a los textos legales citados, a continuación realizamos una gráfica que esperamos permita resaltar de manera didáctica las diferencias entre cada uno de ellos:

PRUEBA DE OFICIO	1852	1912	1993	2014
¿Juez o jueces?	jueces	jueces	juez	jueces
¿Obligación o facultad?	pueden	pueden	puede	ordenará
¿Cuál es la finalidad?	verdad	-	convicción	convicción
¿Suple las omisiones de las partes?	-	-	-	no
¿En qué momento?	antes de la sentencia	en cualquier momento	-	-
¿Se otorga un plazo?	breve y perentorio	-	-	-
¿Restricciones de pruebas?	testigos	testigos y juramento decisorio	-	-

¿Inimpugnable?	sí	sí	sí	sí (habrían excepciones)
¿En segunda instancia?	sí	sí	-	sí

1.3.6.7. Análisis del art. 194° Código Procesal Civil

El Art. 194 vigente del Código Procesal Civil consideramos que ha buscado limitar mediante ciertos parámetros el uso de la prueba de oficio y dejar en claro que puede ser dispuesta también en segunda instancia; prohibiendo, de esta forma, que con una sentencia de vista se anule la recurrida a efectos de que el *A Quo* ordene determinada prueba de oficio. En ese sentido, Hurtado Reyes (2018), señala que en “nuestro CPC (...) se ha morigerado o limitado la actividad probatoria oficiosa del juez, se han incorporado determinados límites y presupuestos que se deben dar antes de ordenar la prueba de oficio, no es ya una actividad *libre* como se había perfilado con el texto originario del artículo 194° del CPC, tiene sus controles ahora” (pág. 423).

Sin embargo, a pesar de reconocer algunas mejoras en la redacción del dispositivo legal, somos de la opinión que resta aún varios puntos por mejorar en el ámbito de las iniciativas probatorias. Por tal motivo, a continuación realizaremos algunas preguntas a efecto de poder comprender de mejor manera el artículo en análisis y sus problemáticas:

1. ¿La prueba de oficio son pruebas privilegiadas?

Según Ledesma (2015), “las pruebas de oficio deben ejecutarse con todas las formalidades, pues no son pruebas privilegiadas. Lo único que las diferencia es su origen, pues provienen de un pedido del juez” (pág. 540). Sin embargo, nosotros tenemos una opinión contraria porque sí consideramos que se tratan de pruebas que gozan de privilegios en comparación con las pruebas aportadas por las partes, por los siguientes motivos: a) pueden ser admitidas en cualquier etapa del proceso, b) el contradictorio se realiza ex post y c) son inimpugnables.

En efecto, mientras las pruebas de parte solamente pueden ser presentadas en la etapa postulatoria, bajo apercibimiento de declarar su improcedencia; las pruebas de oficio pueden ser admitidas en cualquier etapa del proceso, hasta incluso en segunda instancia. Asimismo, una prueba de parte antes de ser admitida se corre traslado a la parte contraria a efectos de que esta pueda ejercer su derecho de defensa mediante tachas, oposiciones, entre otros; en cambio, la prueba de oficio se corre traslado una vez que ya se ha ordenado su admisión, privándole de esta clase de defensa. Finalmente, mientras que la resolución que admite una prueba de parte es impugnabile, no ocurre lo mismo con la prueba de oficio, pues expresamente se indica que no es recurrible.

Por tanto, somos de la opinión que la prueba de oficio goza de privilegios ilegítimos y no menores en comparación de las pruebas aportadas por las partes, como los descritos precedentemente.

2. ¿La prueba de oficio es facultativa u obligatoria?

Con la última modificación legislativa del Art. 194 nuestro Código Procesal Civil se distancia de la doctrina mayoritaria y de sus textos predecesores, y dispone la obligatoriedad de la prueba de oficio. Ahora bien, al respecto, cabe resaltar que el juez no se encuentra constreñido a ordenar la prueba de oficio en cualquier supuesto, sino solamente cuando exista insuficiencia probatoria y las partes hayan señalado la correspondiente fuente de prueba.

No obstante, llama la atención que actualmente sea obligatorio el uso de iniciativas probatorias, pero, a su vez, se impida que en segunda instancia se declare nula la sentencia que no cumplió con ordenar la actuación de determinada prueba de oficio. Como se observa, se trata de un dispositivo legal que instituye como obligatoria una figura procesal, sin embargo el mismo artículo deja sin sanción su incumplimiento. Lo cual, en términos prácticos, hace que la prueba de oficio en el fondo sea facultativa.

Por tanto, consideramos que hubiese sido idóneo y más congruente si el texto legal hubiera señalado que el uso de la prueba de oficio tiene el carácter de facultativa. De esta manera, no habría habido contradicción en prohibir al órgano de revisión declarar la nulidad de la sentencia de primera instancia que por distintos motivos no hubiere ordenado cualquier medida para mejor proveer.

3. ¿El juez de segunda instancia también puede ordenar pruebas de oficio?

De acuerdo al vigente texto legal, no existen dudas de que tanto el juez de primera y segunda instancia pueden ordenar pruebas de oficio a efectos de mejor resolver. Asimismo, cabe agregar que dicha ley solamente otorga poderes de iniciativa probatoria a ambos jueces, por lo que, en consecuencia, consideramos que tácitamente se habría restringido esta facultad/deber a los jueces de la Corte Suprema que pudiesen conocer la causa en vía de casación.

4. ¿El juez de segunda instancia puede declarar nula la sentencia que no ha ordenado determinada prueba de oficio?

La ley actualmente es expresa en señalar que el juez de segunda instancia no puede declarar la nulidad de la sentencia que, según su criterio, no ha cumplido con ordenar la actuación de determinada prueba de oficio. “De esta manera, queda prohibida una práctica jurisdiccional totalmente perniciosa, por la que algunos jueces de segunda instancia declaraban la nulidad de sentencia y *ordenaban* que el juez *a quo* lo actuara, vulnerando abiertamente el principio de independencia judicial” (Alfaro Valverde, 2017, pág. 197).

En efecto, como indica Hurtado Reyes (2018), “esta regla tiene su fundamento en una simple razón, las salas civiles o jueces especializados en apelación utilizaban de mala manera la nulidad procesal para anular las sentencias apeladas y ordenaban -compulsivamente- que el juez de primer grado realice

actividad oficiosa en determinado sentido. Con el poder probatorio oficioso que tienen expreso ahora los jueces de segundo grado, ya no sería viable anular una sentencia para disponer que el juez de fallo se encargue del *trabajo sucio* (por así decirlo, por lo complicada que resulta esta labor o simplemente por desidia) (Hurtado Reyes, 2018, pág. 434).

En esa línea, consideramos que se configura como un buen aporte esta modificatoria, ya que, como se ha dicho, antiguamente era común que cuando el juez de segundo instancia advertía la ausencia de medios probatorios que consideraba necesarios para resolver el conflicto, decretaba la nulidad de la sentencia recurrida y ordenaba que el juez de primer grado incorpore determinada prueba de oficio, renunciando así a cualquier posibilidad de hacer actividad probatoria oficiosa. Lo cual, no hacía más que dilatar innecesariamente el trámite del proceso.

5. ¿A qué se refiere el carácter excepcional de la prueba de oficio?

Según la RAE, que algo sea excepcional significa que: a) constituye excepción de la regla común, b) se aparta de lo ordinario o que ocurre rara vez. De acuerdo a ello y en cuanto al tema materia de estudio, Alfaro (2017) manifiesta que la excepcionalidad implica “que el juez no siempre la utilizará sino de manera extraordinaria o complementaria, dependiendo de las circunstancias de cada caso concreto, específicamente si del estudio de los hechos afirmados por las partes advierte uno o varios aspectos que adolecen de insuficiencia probatoria, lo que desde luego no necesariamente acontecerá en todos los casos” (pág. 194-195).

En la misma línea, Martell Chang (2015) señala que gracias al carácter excepcional de la prueba de oficio “se reafirma la regla general de que la controversia de los procesos debe resolverse con el material probatorio ofrecido y aportado por las partes en su debida oportunidad, y solo por excepción, considerando la actuación oficiosa ordenada por el juez” (pág. 204). Asimismo, Hurtado Reyes (2018) precisa que “esta situación de excepcionalidad se relaciona directamente con la insuficiencia de la prueba, vinculada a una situación de incertidumbre por ausencia de pruebas” (pág. 411).

Como se observa, según la doctrina citada, siendo que la regla general es que la carga de la prueba recaiga sobre las partes, resulta excepcional, complementario o poco recurrente que las pruebas tengan que ser incorporadas al proceso mediante iniciativas probatorias del juez. De tal manera, que solo pueda hacer uso de ese poder cuando exista insuficiencia probatoria.

6. ¿De qué manera el juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria al momento de ordenar pruebas de oficio?

La doctrina que defiende el uso de las medidas para mejor resolver afirma que el juzgado al momento de ordenar las pruebas de oficio no debe reemplazar a las partes en su carga probatoria. Sin embargo, ninguno de los autores revisados indica el “cómo”, es decir ¿de qué forma el juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria al momento de ordenar las pruebas de oficio?

Nosotros consideramos que hay un silencio cómplice por parte de dicha corriente doctrinaria, toda vez que, de acuerdo a nuestro entender, no existe posibilidad alguna de que se decreten pruebas de oficio sin que se reemplace a las partes en su carga probatoria.

En efecto, siempre que el juez decida ordenar una prueba de oficio será porque una de las partes no cumplió con su carga probatoria en tanto que, si lo hubiera hecho, no sería necesario actuar ninguna prueba de oficio. De este modo, el juez al ordenar una medida para mejor resolver reemplaza a la parte procesal sobre quien recaía la carga de probar determinado hecho y no lo hizo.

En la misma línea, Renzo Cavani (2018), en una ponencia suya, manifiesta que “no existe forma de usar la prueba de oficio sin reemplazar a las partes su carga probatoria, porque siempre hay algo que la parte pudo hacer”.

Por tanto, consideramos que el extremo del Art. 194 del Código Procesal Civil que señala que el juez al actuar la prueba de oficio cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria, resulta, por su propia naturaleza, un imperativo imposible de cumplir o de llevar a cabo en la teoría y en la práctica.

7. ¿La resolución que ordena la prueba de oficio es realmente inimpugnable?

Más allá de lo dispuesto en el Art. 194 del CPC, consideramos que se podrían dar hasta tres respuestas con razonable sustento jurídico a la pregunta

hecha: 1) La resolución es impugnabile. 2) La resolución es inimpugnabile solo en tanto se cumplan con los presupuestos correspondientes. 3) La resolución es inimpugnabile.

En cuanto a la primera respuesta, nosotros consideramos que la resolución que ordena la prueba de oficio -más allá de la limitante del propio dispositivo legal- es impugnabile (o, por lo menos, debería serlo) por tratarse de un auto y que, como consecuencia de ello, tiene que ser motivada por lo relevante de su contenido y que, en dicha virtud, podría afectar directamente el derecho de defensa de una de las partes o hasta incluso a ambas.

Asimismo -y sin perjuicio de lo indicado- es de nuestro parecer que aboga a este criterio lo dispuesto en el Art. 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde se tipifica lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”

Por su parte, Alfaro (2017) también se muestra de acuerdo con esta postura y la sustenta en que la resolución que ordena la prueba de oficio “al ser una decisión unilateral (sin que escuche a las partes) de inferencia del juzgador, respecto de

aportación probatoria, que en principio y por regla les corresponde a las partes, con mucha mayor razón se les debe dejar abierta (normativamente) la posibilidad de apelar la resolución que ordena la incorporación oficiosa de medios de prueba” (pág. 76).

Al respecto, agrega que es paradójico que el artículo 194° exija la motivación de la resolución que ordena la prueba de oficio y que a la vez sea inimpugnable, pues “el derecho a la motivación no solo garantiza que las resoluciones no se encuentran justificadas en datos objetivos expresando las razones que los llevan a tomar una determinada decisión, sino que permite que los justiciables puedan realizar su control intersubjetivo, siendo precisamente los medios impugnatorios los instrumentos procesales que permiten lograr dicha función, entonces ¿cuál es el sentido de que un ordenamiento exija la motivación de la decisión judicial si no permite su control?” (pág. 90-91)

En cuanto a la segunda respuesta, que vendría a ser un punto medio entre las voces que opinan por la impugnabilidad e inimpugnabilidad de la prueba de oficio, tenemos que se encuentra la doctrina mayoritaria. Para ellos la resolución que ordena la medida para mejor resolver en sí misma es inimpugnable, salvo excepción de no cumplir con respetar los presupuestos legales predefinidos: excepcionalidad y motivación, por ejemplo.

En tal sentido, Martell Chang (2015) señala que “si el juez decide ordenar pruebas de oficio, eso no se impugna, pero su resultado o producto, esto es, la resolución, sí puede ser objeto de impugnación en la medida que no respete, por

ejemplo, el principio de motivación de las resoluciones judiciales que contempla la Constitución” (pág. 112). Al respecto, precisa que dicha motivación “debe observar y guardar conformidad con los principios que informan la actividad probatoria, tales como los de pertinencia, conducencia, utilidad, licitud, etc., pues las pruebas de oficio también se guían por esos principios” (pág. 112).

Por su parte, Hurtado Reyes (2018) indica que “la resolución que ordena la prueba de oficio es inimpugnable solo si se encuentra en una situación excepcional, si la resolución está motivada, que se presente insuficiencia probatoria, además que las partes mencionaron directa o indirectamente la fuente de prueba, si se respetó el derecho de contradicción y que el juez no haya reemplazado a las partes en la carga de probar” (Pág. 431). Es decir, se podrá impugnar en tanto se cumplan con los presupuestos legales y no estén fuera de los límites del Art. 194 del CPC.

No obstante, este autor reconoce en ello un problema, “ya que corresponderá al juez de mérito considerar la procedencia de la apelación, dependerá únicamente del juez que dictó la prueba de oficio conceder o no la apelación. Si no se repara en la existencia de una impugnación condicionada posiblemente el juez declare improcedente la apelación, con lo cual, se abre nuevamente la posibilidad que sea el órgano jurisdiccional que conozca la queja de derecho fije posición sobre la procedencia o no de la apelación” (Hurtado Reyes, 2018, pág. 431).

Por último, existe una corriente que señala que la resolución que ordena la prueba de oficio es inimpugnable en cualquier escenario, es decir, aun en el

supuesto que la resolución emitida no cumpla con los presupuestos exigidos por el Art. 194 del C.P.C. esta resolución no puede ser susceptible de impugnación. El argumento de esta posición suele ser una interpretación literal y sesgada del mencionado dispositivo legal.

En esa línea, citamos a continuación una resolución emitida por el Juzgado Civil Transitorio de Iquitos en el Exp. 898-2017, donde declara improcedente una apelación en contra de la resolución que ordenó una prueba de oficio, a pesar de que ni siquiera se habían cumplido con los presupuestos de ley:

“CUARTO: Al respecto, debe advertirse que el codemandado PACIFICO COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA, mediante el escrito que se da cuenta, formula apelación contra la RESOLUCION NUMERO DOCE; en tal sentido, debe tenerse presente lo dispuesto por el artículo N° 194 que establece literalmente en su cuarto párrafo lo siguiente: “La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución inimpugnable, siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo (...)”. QUINTO: Estando a lo mencionado por esta Judicatura, el recurso impugnatorio presentado por el demandado deviene en improcedente. Por lo que SE RESUELVE: DECLARAR IMPROCEDENTE la apelación contra la RESOLUCIÓN NUMERO DOCE interpuesta por el codemandado PACIFICO COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA, debiendo continuarse el proceso conforme a su estado”.

En conclusión, consideramos que constituye un error legislativo que se le otorgue el carácter de inimpugnable a una resolución que puede infringir el derecho de defensa de las partes, como es el auto que ordena la prueba de oficio. Más aún si se tiene en cuenta que el contradictorio se realiza luego -y no antes- de ordenada la medida para mejor proveer. Por tanto, de acuerdo a un sistema garantista, lo idóneo y necesario a fin de respetar el derecho de defensa de las partes es que dicha resolución sea impugnabile como cualquier otro auto.

1.3.7. La preclusión

1.3.7.1. Origen de la preclusión

La preclusión, según Eugenia Ariano (2011), “deriva del verbo latino *praeccludere*, resultado de la unión entre el verbo *claudere* (cerrar) y el prefijo *prae* (delante). A estar a su étimo, el vocablo evoca, pues, el efecto de la acción de cerrar, de obstruir, de bloquear el paso” (pág. 1).

Al respecto, agrega que “la lengua italiana registra (y desde antiguo) un uso común tanto del verbo *precludere* (que significa impedir, excluir a través de obstáculos) como del sustantivo *preclusione*” (pág.1). En cambio, “en el castellano de uso común la palabra *preclusión* no tiene ningún significado. La Real Academia de la Lengua Española ha recogido el sustantivo (no el verbo) recién desde la 21° edición de su Diccionario, adscribiéndole el significado estrictamente técnico jurídico” (pág. 2).

1.3.7.2. Definición de la preclusión

La definición del concepto de preclusión definitivamente no es pacífica en la doctrina, sino más bien todo lo contrario, toda vez que según veremos a continuación diversos juristas brindan distintas definiciones que no necesariamente comulgan entre sí.

Según Chiovenda (1933), la preclusión es:

“La pérdida, o extinción o consumación de una facultad procesal que se produce por el hecho:

- a) o de no haber observado el orden asignado por la ley para su ejercicio, como los plazos perentorios o la sucesión legal de las actividades y de las excepciones.
- b) o de haber realizado una actividad incompatible con el ejercicio de la facultad, como proposición de una excepción incompatible con otra, o de la realización de un acto incompatible con la intención de impugnar una sentencia.
- c) O de haber ya una vez ejercitado válidamente la facultad (consumación propiamente dicha)” (Ariano Deho, 2011, pág. 11).

No obstante, posteriormente a ello, el mismo Chiovenda (1954) reformuló su concepto y señaló que la preclusión “es una institución general que tiene frecuentes aplicaciones en el proceso, y que consiste en la pérdida de una facultad procesal por haberse llegado a los límites fijados por la ley para el ejercicio de esta facultad

en el juicio o en una fase del juicio” (pág. 436). Al respecto, agregó que esta figura procesal opera en dos momentos:

“Con anterioridad a la sentencia del juez, opera mediante la fijación de un punto hasta el que es posible, y más allá del cual no lo es, introducir nuevos elementos de conocimiento, proponer nuevas peticiones y excepciones. Este es el punto en que el juez declara cerrada la discusión del juicio con la fórmula *concluso para sentencia* (...). Después de la sentencia la preclusión obra mediante la fijación de un término para las impugnaciones admitidas contra la sentencia. Y de igual manera, sucesivamente, en el juicio posterior de impugnación y después de pronunciada la sentencia de este” (Chioyenda, 1954, pág. 436).

Por su parte, D’Onofrio (1927) señala que la preclusión “presenta la condición de una determinada actividad, que no puede desarrollarse por un obstáculo jurídico que se opone a su libre actuación (...), es pues un concepto puramente negativo: ella no crea nada; impide solamente que a una determinada situación jurídica *se intente*; no obstante, sustituirle otra” (Ariano Deho, 2011, pág. 10).

Al respecto, Attardi (1959) señala que “no se puede asignar a la expresión *preclusión* un específico significado jurídico; y se la deberá usar solo en su significado propio, que es aquel de obstáculo o impedimento y hablar por tanto, en general, de preclusión u obstáculo o impedimento de una actividad jurídica cualquiera” (Ariano Deho, 2011, pág. 17).

Asimismo, también se ha definido a la preclusión como la división del proceso en fases, que permite que el proceso avance. En tal sentido, se precisa que a “la división del proceso en fases o etapas cerradas y sucesivas se denomina preclusión” (Alzamora Valdez, 1981, pág. 286).

Por otro lado, Enrique Vallines (2016) define la preclusión como “la extinción en el seno de un concreto proceso de los poderes jurídico procesales no ejercitados por los sujetos que intervienen o pueden intervenir en ese proceso” (pág. 3172).

Como se puede observar de dicha interesante definición, destacan cuatro ideas fundamentales. Veamos: en primer lugar, que la preclusión implica una “extinción” o “pérdida”. En segundo lugar, que la preclusión constituye una extinción que se enmarca dentro de un proceso judicial en concreto. En tercer lugar, la extinción que la preclusión supone afecta solamente a los “poderes procesales no ejercitados”, por ejemplo derechos probatorios o impugnatorios. Y, en cuarto lugar, que es intrínseco a la preclusión la figura del “no ejercicio”, en ese sentido se indica que la preclusión se produce cuando existiendo la posibilidad de ejercitar un poder procesal no se hace.

Por último, a modo de resumen, consideramos apropiada la definición pragmática que nos brinda Eugenia Ariano (2011) sobre la preclusión: “denota la pérdida para las partes de la posibilidad de poder realizar sus actuaciones procesales por no haberlas realizado (o haberlas realizado parcialmente) en la oportunidad establecida por la ley” (pág. 30).

1.3.7.3. Presupuestos de la preclusión

Según Enrique Vallines (2016), para que se produzca la preclusión es necesario que se presenten los siguientes supuestos: “a) se den los cuatro presupuestos de la preclusión; y b) se dé una de las causas de preclusión previstas en la ley (pág. 3173).

Al respecto, el autor citado manifiesta que los cuatro presupuestos son los siguientes: “1) la existencia de un poder jurídico (debe existir un sujeto a quien el Derecho objetivo atribuya una potencia de obrar); 2) la determinación temporal de ese poder (es decir, la necesidad de que, tras su nacimiento, el poder jurídico disfrute de un período de vida anterior a su extinción); 3) la falta de ejercicio del poder; y 4) la pendencia de un concreto proceso cuyo objeto guarda una estrecha relación con el poder” (pág. 3173).

En cuanto a las causas de preclusión previstas en la ley, el autor citado indica que “el legislador es libre para crear las causas de preclusión que desee y, de ese modo, configurar el concreto régimen jurídico de la preclusión” (pág. 3173). Al respecto, precisa que en la legislación española el legislador ha establecido dos causas: “1) el transcurso del momento procesal oportuno para el ejercicio de cada poder jurídico-procesal (causa que tiene su anclaje legal en el art. 136 LEC); y 2) el ejercicio de acciones (art. 400.1 LEC)” (pág. 3173).

Sobre lo expuesto, nosotros estamos de acuerdo con los cuatro presupuestos de la preclusión mencionados e incluso resaltamos el valioso aporte del autor; sin embargo, discrepamos en el hecho de que se regule de manera diferenciada a la ley como un supuesto o presupuesto distinto de la preclusión.

En efecto, consideramos que el presupuesto consistente en la “determinación temporal del poder procesal” se encuentra intrínsecamente ligado al presupuesto legal, porque es justamente la ley la que determina el tiempo en que se puede ejercitar determinado poder.

Esta similitud queda evidenciada cuando Vallines indica la primera causa legal española: “el transcurso del momento procesal oportuno para el ejercicio de cada poder jurídico-procesal”. Como se observa, dicha causa es justamente el tiempo fijado por la ley.

En cuanto a la segunda causa, si bien esta no se encuentra referida al tiempo, pues, constituye el “ejercicio de las acciones”, consideramos que propiamente no es un presupuesto de preclusión, sino que se trata de un tipo de preclusión denominada “preclusión por consumición”.

Por tanto, somos de la opinión que los presupuestos procesales son únicamente cuatro:

- 1) La existencia de un poder.
- 2) La determinación temporal de ese poder fijada por la ley.

- 3) La falta de ejercicio del poder.
- 4) La pendencia de un concreto proceso cuyo objeto guarda una estrecha relación con el poder.

1.3.7.4. Efectos de la preclusión

Como se ha observado precedentemente al momento de definir la preclusión, su efecto natural consiste en extinguir el determinado poder o derecho procesal. No obstante, “a este efecto le acompañará, como regla general, una suerte de efecto *expansivo* que supone que el titular de un poder precluido podrá adquirir posteriormente otros poderes jurídicos que sirvan a la misma finalidad del que precluyó” (Vallines García, 2016, pág. 3174).

Al respecto, Vallines (2016) señala que los efectos de la preclusión operan dentro y fuera del proceso de la siguiente manera:

“Los efectos de la preclusión (tanto el extintivo como el *expansivo*) operan *ad intra*, es decir, dentro del mismo proceso en el que la preclusión se produce, lo que incluye todas las instancias o fases de recurso de ese proceso (y, por esta razón, la jurisprudencia alude con frecuencia a la prohibición de introducir *cuestiones nuevas* en fase de recurso).

Pero también operan *ad extra*, es decir, en procesos distintos, de manera que si un poder precluido pretende ejercitarse en un proceso diferente de aquel donde precluyó, el tribunal podrá constatar la preclusión y privar de

eficacia al pretendido ejercicio, lo que se articula procesalmente a base de la ficción jurídica de dar por *juzgado* o por *pendiente* lo que, en realidad, ha sido objeto de preclusión (cfr. art. 400.2 LEC)” (pág. 3174).

1.3.7.5. Función de la preclusión

Según Chiovenda (1954), durante el proceso, la preclusión “tiene por finalidad el hacer posible un desarrollo ordenado del juicio con la progresiva y definitiva eliminación de obstáculos” (pág. 444); con el proceso acabado, la preclusión “tiene la función de garantizar la intangibilidad del resultado del proceso, es decir, el reconocimiento o desconocimiento de un bien, a fin de que la vida social se desenvuelva, en cuanto sea posible, segura y pacífica” (pág. 444).

Por otro lado, Liebman (1980), de manera general, indica que la preclusión busca “asegurar al proceso un desarrollo expedito y libre de contradicciones y de retrocesos y garantizar la certeza de las situaciones procesales” (pág. 176).

1.3.7.6. Preclusión y Cosa Juzgada

De acuerdo a lo señalado, se observa que existe una o, mejor dicho, varias similitudes entre las figuras de preclusión y cosa juzgada. Al respecto, se señala lo siguiente:

“La cosa juzgada contiene, pues, es sí la preclusión de toda decisión futura: la institución de la preclusión es la base práctica de la eficacia de la cosa

juzgada; lo que quiere decir que la cosa juzgada material (obligatoriedad en los juicios futuros) tiene por presupuesto la cosa juzgada formal (preclusión de las impugnaciones). La relación, pues, entre cosa juzgada y preclusión de cuestiones puede formularse así: la cosa juzgada es un bien de la vida reconocido o negado por el juez; la preclusión de cuestiones es el medio de que sirve el Derecho para garantizar al vencedor el goce del resultado del proceso” (Chiovenda, 1954, pág. 438).

Sobre la base de dicho precepto, se indica que “ambas figuras jurídicas tienen un fundamento común, a saber: el principio de seguridad jurídica (...). Y, en virtud de ese fundamento común, tanto la preclusión como la cosa juzgada determinan que haya cuestiones (las afectadas por la preclusión y las afectadas por la cosa juzgada) que ya no puedan hacerse valer ante los tribunales” (Vallines García, 2016, pág. 3176).

Sin embargo, hay además otros tres importantes puntos de contacto entre preclusión y cosa juzgada material, según refiere Vallines (2016):

“1) los poderes jurídico-procesales que todavía existen precluyen en el momento del advenimiento de la cosa juzgada material (de manera que se produce una suerte de *suma preclusión* o *preclusión final*); 2) todas las preclusiones son objeto de *confirmación* por ese efecto de cosa juzgada material, lo que debe entenderse en el sentido de que los efectos ad extra de las preclusiones se consagran de manera definitiva y permanente; y 3) la alegación de cosa juzgada material sirve para hacer valer, en procesos

distintos y posteriores al ya finalizado, aquellos efectos ad extra de las preclusiones *confirmadas*” (pág. 3176).

En resumen, se puede afirmar que las dos figuras procesales tienen en común que “en todos estos casos hay cuestiones que no se puede volver a hacer valer, en cuanto que, como se ha visto, también la cosa juzgada se basa sobre la preclusión de cuestiones” (Chiovenda, 1954, pág. 444).

Sin embargo, así como existen similitudes también hay diferencias bastante marcadas entre ambas figuras. Efectivamente, la preclusión y la cosa juzgada se diferencian por el ámbito de sus efectos, por la resistencia a una ley interpretativa y por cuestiones de alegación.

En cuanto a la primera diferencia: la cosa juzgada surte sus efectos no solo en el proceso, sino también fuera de este, tanto es así que puede ser deducido como excepción. En cambio; la preclusión tiene eficacia “únicamente para el proceso en que se da. En otro proceso la cuestión puede plantearse libremente” (Chiovenda, 1954, pág. 445).

En cuanto a la segunda, “la cosa juzgada resiste, aunque esté fundada en una interpretación de la ley distinta de la impuesta por la ley interpretativa, porque una vez reconocido o desconocido por el juez el bien de la vida, este resultado debe permanecer intacto para siempre, independientemente de las razones de hecho o de derecho que han guiado al juez en la operación de la actuación de la ley (...). Si, por el contrario, durante el proceso se resuelve una cuestión particular de

derecho y sobreviene una nueva ley que impone una distinta interpretación de la norma, la ley interpretativa prevalece sobre la simple preclusión, por la razón de que, cuando el proceso está aún pendiente y la operación de la aplicación de la ley aún sin acabar; cuando, en suma, la preclusión no ha consumado su efecto y no ha sido llevada a sus últimas consecuencias (...)no es admisible que el juez adopte y aplique una interpretación de la ley distinta de la impuesta por la ley vigente” (Chiovenda, 1954, págs. 445-446).

En cuanto a la última, la cosa juzgada “se funda en la preclusión de *todas* las cuestiones aptas para comprobar el bien alegado en juicio, y, por lo tanto no solo de las cuestiones alegadas y decididas, sino también aquellas que hubieran podido ser alegadas y no lo fueron (lo que impropiaemente se llama *cosa juzgada implícita*). Por el contrario, la preclusión durante el juicio no excluye sino la determinada cuestión resuelta, así como todas las subcuestiones en que esta puede dividirse (por ejemplo: rechazada en una interlocutoria la excepción de prescripción, precluyen todas la cuestiones concernientes a la existencia de la prescripción)” (Chiovenda, 1954, pág. 446).

Por otro lado, desde un punto de vista semántico, la diferencia entre cosa juzgada y preclusión reside en que para esta última existe un “no ejercicio” de un poder; en cambio, para la cosa juzgada, como su propio nombre lo indica, hay algo “juzgado”. En ese sentido, Vallines (2016) señala que “la preclusión alude a lo que no se ha hecho en el seno de un proceso, es decir, a las cuestiones que no se plantearon dentro de un proceso porque los poderes jurídicos para suscitadas no llegaron a ejercitarse antes de su extinción. En cambio, la cosa juzgada se referiría

a lo que sí se ha hecho dentro del proceso, esto es, a aquellas cuestiones efectivamente planteadas en el proceso y que, según la ley, han quedado resueltas judicialmente de forma definitiva y con vocación de inmutabilidad” (pág. 3176).

1.3.7.7. Preclusión flexible y rígida

Nosotros consideramos que las preclusiones son necesarias para otorgar un correcto orden procedimental a cualquier juicio, pero ahora -dentro de ese escenario- corresponde analizar qué resulta más idóneo en un proceso: ¿contar con preclusiones rígidas (o relativas) o, más bien, flexibles (o absolutas)?

Antes de responder esta interrogante veamos en qué consisten y qué particularidades tiene cada una de ellas:

La preclusión rígida “se refiere a que la facultad procesal se extingue completamente para todo caso. En estas situaciones, todo el haz de medios o actos (alegaciones, recursos, medios de prueba, incidentes) se extingue completamente. Por ejemplo: a) cuando se ha llegado a la sentencia de término y no queda ningún otro medio que hacer valer, por parte del perdedor; b) en los juicios de única instancia civiles, cuando transcurre el término probatorio se extingue por completo la conjunción de ofrecer y presentar a la vez la prueba; c) transcurrida la oportunidad para contestar, se pierde absolutamente tal facultad” (Gandulfo, 2009, pág. 139).

Por otro lado, existe una preclusión relativa cuando la ley no extingue completamente determinado poder procesal, sino que deja abierta una posibilidad. Según Eduardo Gandulfo (2009), esta figura se puede expresar de tres maneras:

- a) “En particular, puede tratarse que se deje abierto un medio extraordinario, dentro de la misma instancia; son casos de flexibilidad preclusiva. Se puede dejar subsistente un recurso procesal que no se agota o se permite que el tribunal admita el resurgimiento de un medio por circunstancias extraordinarias, todo dentro de la misma instancia” (pág. 140). Por ejemplo, la ley permite ofrecer medios probatorios después de la etapa postulatorio en caso versen sobre hechos nuevos.
- b) “Cuando se extingue un tipo de facultad procesal relativamente a una cierta instancia procesal, pero no a otra instancia. Para los efectos preclusivos y su relación con el avance del juicio, la facultad procesal de hacer un medio se pierde dentro de una cierta etapa” (pág. 141). Como ejemplo de esto, podemos indicar la apelación por adhesión en donde la ley flexibiliza el plazo impugnatorio, porque cierra la etapa impugnatoria en primera instancia, pero permite ejercer ese derecho en segunda instancia, al momento que se corre traslado de la apelación.
- c) “La tercera circunstancia es más bien de carácter técnico-teórico. Se trata de la posibilidad de que el Derecho Procesal tenga una apertura retardada o diferida de la preclusión, basado en ciertas razones técnico-jurídicas, para abrir la oportunidad en otro momento procesal. Lo que ocurre aquí es que la oportunidad, y la consiguiente preclusión, son diferidas” (pág. 142). El autor chileno brinda el siguiente ejemplo (el cual

no aplica según nuestro ordenamiento jurídico): “se puede dar el caso de la no apelación de las resoluciones que conceden ciertas medidas probatorias, pero que puedan haber sido dictadas con franca violación del procedimiento, pedidas y concedidas ya fuera del término fatal en que debían presentarse, como la lista de testigos o consumida la potestad, como en la solicitud de peritación. En dicho evento, puede permitirse reclamar vía apelación de sentencia definitiva (es decir, de manera indirecta) el vicio antes mencionado” (pág. 142).

De esta manera, un proceso tendrá preclusiones rígidas “si es que establece que *sí o sí* todas las actuaciones de las partes deben de realizarse hasta (o en) un determinado momento-límite, caso contrario ya no se podrán realizar nunca más, haciéndole asumir a las partes las consecuencias (más o menos negativas) de su inactividad, o, más bien, puede, efectivamente, establecer momentos *normales* para la realización de las actividades procesales de las partes, sin que ello implique que ellas queden absolutamente precluidas (o sea impedidas) de realizar ulteriormente algunas (o todas) las actividades dejadas de hacer en el momento - llamémoslo-ordinario” (Acosta Estevez, 1995, págs. 296-297).

En consecuencia, según refiere Eduardo Gandulfo (2009):

“El mecanismo de la preclusión debe ser tratado con cuidado. En efecto, este tiende a producir una mayor formalización y rigidez sobre el proceso, quitándole así flexibilidad al mismo. Dado que la preclusión extingue o hace perder una potestad o facultad procesal por ciertas conductas procesales de

los sujetos partícipes del proceso, constituye una clara limitación a la variedad de conductas que éstos pueden adoptar.

La idea es que por la acción u omisión de un acto procesal se pierda, precisamente, la facultad de tomar ciertas vías de defensa. Por ende, ella implica también, una limitación a la defensa de los intereses públicos o privados que se puedan ventilar en juicio.

(...)

Pero ello no queda sólo en un mero ejercicio artificial, sino que redundaría en la limitación de poder llegar a la verdad, dentro de los marcos del proceso, de parte de los intervinientes. Y si bien es cierto que el rasgo cercenador de la preclusión es importante, lo es también que el sistema de administración de justicia no se puede basar en la adjudicación de una gran cantidad de injusticias sustantivas, basadas en la falsedad de las afirmaciones judiciales, debido casi exclusivamente a las preclusiones, pues terminaría causando graves perjuicios a los ciudadanos y deslegitimándose en el ahora juicio de éstos sobre la judicatura” (pág. 144-145).

Por tanto, “para no generar una sobreabundancia de preclusiones, que terminen hiper-formalizando el proceso en cualquier etapa, éstas deben ser restringidas estrictamente a sus fines, del correcto orden jurídico procesal, así como del acceso a la tutela jurisdiccional, la prontitud del juzgamiento y la defensa procesal” (Gandulfo, 2009, pág. 139).

Al respecto, nosotros consideramos que dependiendo del caso es admisible cualquier fórmula que se decida utilizar, pero específicamente sobre los actos de

alegación y ofrecimiento de pruebas consideramos que “la disciplina debería ser lo más elástica posible pues, en este sector una excesiva rigidez en la determinación del *thema disputandum* y del *thema probandum* así como de los cuáles medios de prueba se van a admitir y (de ser el caso) actuar, puede sí comprometer la corrección de la decisión final” (Ariano Deho, 2011).

CAPÍTULO II

METODOLOGÍA

2.1. Descripción de la situación problemática

Han transcurrido muchos años desde que entró en vigencia el actual Código Procesal Civil y a pesar de que sobre él han recaído no pocas críticas, casi ninguna de estas ataca realmente el que consideramos es el problema medular: su orientación ideológica.

Esta orientación ideológica a la que responde nuestro Código preponderantemente es la de la concepción publicística, que como sabemos es considerada por una parte de la doctrina como “un método de enjuiciamiento unilateral mediante el que la propia autoridad -actuando como pretendiente- se pone en el papel de investigador, de acusador y de juzgador” (Alvarado Velloso, 2004, pág. 38).

Sin embargo, como este sistema procesal por su propia definición no es debido y presenta inconsistencias, ha sido menester para la doctrina publicista disfrazar esta realidad con frases -algunas rimbombantes y populistas-, cuyas intenciones a primera vista parezcan encomiables, como por ejemplo la siguiente: “el juez debe buscar la verdad dentro del proceso para lograr hacer justicia”.

Y justamente se dice que en aras de “buscar la verdad” es que nuestro ordenamiento jurídico y buena parte de la doctrina (incluso se podría decir que se

trata de la mayoría) legitiman la facultad o el deber a que el juez ofrezca y actúe las pruebas que considere pertinentes para poder resolver sobre el fondo del litigio.

A esta figura se le asigna comúnmente los nombres de “prueba de oficio”, “acto para mejor resolver”, “iniciativa probatoria del juez”, entre otros. Pero, independientemente de cómo se le denomine, nosotros consideramos que su utilización es incompatible con un sistema adversarial porque infringe el principio de imparcialidad del juez.

En efecto, la prueba de oficio atenta intensamente contra este ineludible principio procesal porque beneficia a una de las partes en contra de la otra (deja de ser imparcial) y porque se asigna a sí mismo tareas propias de los litigantes (deja de ser imparcial) (Arruiz, 2016).

En cuanto al primer punto, el juez pierde imparcialidad porque al hacer uso de las pruebas de oficio distorsiona las cargas probatorias previamente estipuladas en el ordenamiento jurídico a favor de quien teniendo la carga de probar los hechos en los que funda su demanda o contestación, no cumplió con hacerlo.

Por tal motivo, es que el juez debe resolver solo en función de las actividades probatorias realizadas por las partes en el proceso. Si alguna de ellas no logró persuadirlo de la veracidad de los hechos que alegó, entonces debería desestimar su pretensión o resistencia. Pero, si en lugar de fallar de ese modo, el juez ordena una prueba de oficio, beneficiaría la situación de quien no ejercitó la carga de la prueba y, correlativamente, perjudicaría a la otra parte.

En segundo lugar, el juez deja de ser imparcial porque al momento de incorporar una prueba de oficio, pierde su condición de tercero al inmiscuirse en una labor que debe ser de uso exclusivo de las partes procesales, toda vez que ellas son las encargadas de introducir al proceso las pruebas que consideren pertinentes para obtener el resultado que les sea más conveniente a sus intereses; siendo, por su parte, la labor del juez calificar y evaluar los medios probatorios de manera correcta a fin de resolver el conflicto de intereses.

Por otro lado, un problema de relevancia que existe en nuestra legislación y que guarda relación con lo antedicho es que las reglas de preclusión probatorias son muy rígidas y precoces para las partes, pero, a su vez, muy flexible para el juzgador (puede hacer uso de la prueba de oficio en cualquier etapa del proceso, incluso hasta en segunda instancia).

Los motivos que indica la doctrina publicista para justificar las preclusiones rígidas es que, de esta forma, se permite que el proceso avance de manera rápida y, asimismo, evita que las partes presenten pruebas a último momento que pretendan o puedan *sorprender* al contrario.

Sin embargo, no consideramos que sean razones suficientes -más aún si se tiene en cuenta que una preclusión rígida afecta directamente el derecho probatorio- porque obliga a que las partes tengan que ofrecer todas sus pruebas en la etapa postuladora, bajo sanción de no ser admitidas posteriormente dentro del proceso y, asimismo, en un contexto de oscuridad en donde no se ha definido aún

el asunto que se litiga, lo cual recién ocurrirá con mayor claridad una vez que se fijen los puntos controvertidos.

En tal escenario, el juez se encuentra impedido de tener en cuenta una prueba extemporánea al momento de resolver -bajo sanción de nulidad- así esta sea tan determinante al grado de que su utilización haría variar el sentido del fallo. De esta forma, en muchas ocasiones, el juez se ve obligado a emitir sentencias que son manifiestamente injustas, incluso a pesar de tener pleno conocimiento de ello.

Ante este problema, el legislador consideró como solución otorgar iniciativas probatorias al juez que no se encuentren sujetas a preclusiones ni impugnaciones. Pero nosotros no estamos de acuerdo con esta medida legal adoptada por los argumentos señalados en el desarrollo del texto, por lo que proponemos su eliminación y, en su lugar, se sugiere que la preclusión probatoria sea flexible -en las condiciones que serán posteriormente expuestas- a fin de cumplir con el debido proceso y poder alcanzar una sentencia más justa.

2.2. Formulación del problema

Problema General:

- ¿Por qué debería eliminarse la prueba de oficio por una flexible preclusión en el proceso civil?

Problema Específico:

- ¿Cómo la prueba de oficio constituye una afectación al principio de imparcialidad del juez?

- ¿Cómo la prueba de oficio no supera el test de proporcionalidad?
- ¿Cómo la prueba de oficio permite la posibilidad de que se produzcan actos de dilación y corrupción en el proceso?
- ¿Cómo la preclusión probatoria rígida pone en riesgo la obtención de una sentencia justa?

2.3. Objetivos de la investigación

- Alcanzar una sentencia más justa flexibilizando la preclusión probatoria debido a que la prueba de oficio infringe el principio de imparcialidad.
- Determinar cómo la prueba de oficio produce una afectación al principio de imparcialidad del juez.
- Determinar cómo la prueba de oficio no supera el test de proporcionalidad.
- Determinar cómo la prueba de oficio permite la posibilidad de que se produzcan actos de dilación y corrupción en el proceso.
- Determinar cómo la preclusión probatoria rígida pone en riesgo la obtención de una sentencia justa.

2.4. Formulación de hipótesis

Hipótesis general:

- Se debe eliminar la prueba de oficio por una preclusión flexible a fin de tratar de alcanzar una sentencia más justa.

Hipótesis específicas:

- La prueba de oficio produce una afectación al principio de imparcialidad del juez.
- La prueba de oficio no supera el test de proporcionalidad.
- La prueba de oficio posibilita la producción de actos de dilación y corrupción en el proceso.
- La preclusión probatoria rígida pone en riesgo la obtención de una sentencia justa.

2.5. Justificación de la investigación

2.5.1. Importancia de la investigación

La investigación será de suma importancia pues contribuirá a profundizar el análisis sobre dos temas controvertidos: la imparcialidad del juez al momento de actuar pruebas de oficios y los efectos de una preclusión rígida.

Adicionalmente, la relevancia de sus resultados podrá servir de aporte a posibles reformas de los artículos relativos a la prueba de oficio y preclusión probatoria del Código Procesal Civil, a efectos de que se regule de la forma más correcta la incorporación de las pruebas al proceso, buscando promover un debido proceso en favor de las partes, que serían las principales beneficiadas.

2.5.2. Viabilidad de la investigación

Se cuenta con la experiencia -tanto académica, como profesional- y el tiempo adecuado para realizar el trabajo de investigación. En cuanto al factor económico,

al ser una tesis dogmática, su realización no resulta muy onerosa porque principalmente se realizará con fuentes bibliográficas nacionales y extranjeras, que son de posible acceso, mediante librerías y bibliotecas.

2.6. Limitaciones del estudio

Se presenta como limitación el factor interno temporal debido a que la presente tesis se realizará conjuntamente con el ejercicio profesional de la carrera de derecho.

2.7. Diseño metodológico

La presente investigación es una tesis dogmática, ya que el investigador de manera deductiva describirá la problemática de las pruebas de oficio y la preclusión rígida.

2.8. Aspectos éticos

Se declara bajo juramento que el investigador ha citado las fuentes de información que utiliza y que la investigación que presenta es de su autoría.

CAPÍTULO III

BASES PARA ELIMINAR LA PRUEBA DE OFICIO POR UNA PRECLUSIÓN FLEXIBLE

Consideramos que existen principalmente tres argumentos sólidos por los cuales resulta necesaria la eliminación de la prueba de oficio dentro del proceso: dos son teóricos y el otro práctico. En cuanto al primero, encontramos que esta infringe el principio de imparcialidad (e imparcialidad) del juzgador; en cuanto al segundo, que no supera el test de proporcionalidad; y, por último, que constituye una *puerta abierta* a la posibilidad de dilación y corrupción judicial. A continuación, ahondaremos sobre estos puntos:

3.1. La prueba de oficio y su incompatibilidad con el principio de imparcialidad

Conforme a lo indicado en el “Capítulo I”, la prueba de oficio es un poder probatorio del juez que consiste en ordenar la admisión y actuación de pruebas que no hayan sido requeridas por ninguna de las partes con el fin de esclarecer los hechos controvertidos en el proceso, de tal forma que se procure resolver el juicio de la manera más justa posible.

Como se observa, desde un plano teleológico, esta figura procesal pareciese ser encomiable y, en realidad, no dudamos que así sea -al menos en lo teórico de dicho ámbito-; no obstante, consideramos que, a pesar de ello, su utilización no se

justifica de ninguna manera porque implica una grave afectación a la imparcialidad judicial.

Antes de ahondar en los motivos que nos lleva a sostener esta imputación hecha, corresponde tener en claro en qué consiste el principio señalado. En tal sentido, debemos señalar que el principio de imparcialidad constituye uno de los pilares del debido proceso, tanto es así que ni si quiera se podría hablar válidamente de la existencia de un proceso judicial si es que el tercero encargado de resolver el conflicto de intereses careciese de esta cualidad; por lo que con razón se suele decir que el proceso consiste en ser un sistema de solución de controversias basado en la existencia justamente de dos partes parciales y un tercero imparcial.

Es tanta su importancia que dicho principio se encuentra regulado expresamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de manera tácita en nuestra Constitución y Código Procesal Civil.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

“Artículo 8.- Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, **por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial**, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

Constitución Política del Perú

“Art. 139.- Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional.

(...)

3. La observancia del **debido proceso** y la tutela jurisdiccional.”

Código Procesal Civil

“Artículo I.- Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva

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**.”

En cuanto a su concepto, según la RAE, la imparcialidad significa la “falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite proceder con rectitud”. En otras palabras, una persona es imparcial cuando procede libre de consideraciones subjetivas que podrían beneficiar o, al contrario, ir en desmedro de alguien.

En el ámbito jurídico, la imparcialidad es un sub principio del debido proceso que exige “que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar situado en la posición de parte (imparcialidad), ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica ante las dos partes (independencia)” (Alvarado Velloso, 2003, pág. 146).

Como se observa, la imparcialidad constituye el ámbito subjetivo o psicológico del juzgador mediante el cual se encuentra constreñido a realizar toda actividad judicial dejando de lado los prejuicios, deseos, sesgos o, en general, cualquier trato diferenciado por motivos injustificados que pudiera otorgar a favor o en perjuicio de una de las partes en litigio.

En cambio, la imparcialidad se refiere al ámbito objetivo en virtud del cual se prohíbe que el juez pueda dirigir el proceso y ser parte a la vez, pues de lo contrario sería imposible garantizar el cumplimiento del debido proceso. Y ¿qué implica que el juzgador no sea parte en el proceso? No solamente que en sentido literal no sean la misma persona, sino que el primero no realice ni reemplace la actividad que durante el proceso les corresponden a estos últimos.

Por su parte, desde plano jurisprudencial, la Corte Interamericana ha seguido la misma línea de lo indicado y hace la siguiente distinción entre imparcialidad objetiva (imparcialidad) e imparcialidad subjetiva (imparcialidad en sentido estricto), en los siguientes términos:

“La Corte Interamericana ha establecido que la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad. La imparcialidad personal o subjetiva se presume

a menos que exista prueba en contrario. Por su parte, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona” (Caso Barreto Leiva vs Venezuela).

En nuestro país, el Tribunal Constitucional tampoco ha sido ajeno a esta corriente doctrinaria que diferencia la imparcialidad de la imparcialidad propiamente dicho. En ese sentido, el máximo intérprete de la Constitución ha señalado lo siguiente:

“En lo que respecta a la imparcialidad subjetiva, ésta se refiere a cualquier compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o con el resultado del proceso. Desde esta perspectiva, el derecho a un juez imparcial garantiza que una persona no sea sometida a un proceso o procedimiento en el que el juez, o quien está llamado a decidir sobre la cuestión litigiosa, tenga algún tipo de compromiso con alguna de las partes o con el resultado del mismo. Al lado de la dimensión subjetiva, el Tribunal también ha destacado en el principio de imparcialidad una dimensión objetiva, referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable [Cfr. STC N.º 06149-2006-PA/TC, FFJJ 54 a 57]. Así, cuando el Estado ha otorgado a determinadas personas la facultad de ejercer los elementos de la jurisdicción, lo ha hecho justamente para asegurar que sea un tercero el que resuelva los conflictos jurídicos que puedan surgir entre privados, o, entre el

Estado y los ciudadanos. Y es que sólo un tercero puede asegurar que el conflicto puesto a su conocimiento sea resuelto con objetividad. Esta posición de neutralidad implica un compromiso de respeto hacia las partes, por lo que crear desajustes durante el proceso que inclinen la balanza a favor o en contra del imputado resultaría una grave violación a esta responsabilidad y desnaturalizaría la esencia del rol del Juez [Cfr. STC N° 02568-2011-PHC/TC, FJ 14]” (Exp. N° 00512-2013-PHC/TC).

Por tanto, el principio de imparcialidad impone como obligación al juez actuar sin interés propio ni de terceras personas a efectos de garantizar un proceso que respete la igualdad de las partes ante ley. A raíz de esta definición general, podemos decir que este principio abarca tres presupuestos: 1) Imparcialidad, que implica que quien es juzgador no puede ser, a la vez, parte, 2) Imparcialidad en sentido estricto, que se refiere a la prohibición que tiene el juez de favorecer o perjudicar a una de las partes por cuestiones subjetivas y 3) Independencia, toda vez que el tercero encargado de resolver el conflicto no puede estar en una posición de subordinación u obediencia de terceros o de una de las partes.

Dicho esto, en el siguiente acápite nos enfocaremos en demostrar por qué la utilización de la prueba de oficio infringe -más allá de las buenas intenciones que reconocemos hay veces puedan existir- los primeros dos presupuestos mencionados, es decir, la imparcialidad e imparcialidad.

3.1.1. La prueba de oficio y el principio de imparcialidad

Como hemos adelantado, el principio de imparcialidad exige que el juez debe ser alguien distinto a las partes. Si bien es cierto esta definición es correcta y sencilla para entender *a priori* el concepto mencionado, también lo es que podría pecar de tautológica, por lo que para una mayor comprensión resulta necesario, en primer lugar, ahondar en el concepto de “juez” y de “parte”.

Al respecto, según Chiovenda (1922), “es parte el que demanda en nombre propio (o en cuyo nombre es demandada) una actuación de ley, y aquel frente al cual esta es demandada” (pág. 6). Asimismo, tal cual hemos visto, Alvarado Velloso resalta como cualidades esenciales de la parte procesal la igualdad y el antagonismo que debe existir entre ellas. Es decir, por un lado, uno de los litigantes no puede ni debe tener una prerrogativa o desventaja legal en relación a su contendiente y, por otro, el actor y el demandado deben ir encaminados en direcciones opuestas.

En cuanto al juzgador, se indica que este es el tercero imparcial encargado de resolver el conflicto de intereses que ha sido sometido a su competencia. Y justamente para poder ser catalogado como tercero el juez no puede asumir el papel de las partes y, como consecuencia de ello, es lógico que tampoco “puede ni debe hacer las cosas propias de las partes procesales y que hacen a la esencia de sus cualidades. Y así, no ha de afirmar pretensiones, ni introducir hechos, ni probar los hechos que han afirmado otros” (Farías Soto, 2009, pág. 18).

En efecto, el juez para que pueda ser catalogado como tercero no solamente no debe ser una de las partes del litigio, sino que tampoco debe realizar actos que les compete exclusivamente a ellas, por ejemplo: iniciar el proceso, incrementar las pretensiones propuestas, alegar nuevos hechos adicionales a los narrados por las partes, probar estos hechos o los afirmados por ellas, dictar medidas urgentes (cautelares o anticipatorias) o medidas preventivas de oficio, entre otros.

No obstante, cabe decir que la doctrina no es pacífica sobre dicho punto porque parte de ella si bien reconoce que el juez no podría realizar algunos actos propios de las partes como la iniciación del proceso, sí podría realizar otros (justamente) como la aportación de pruebas, sin que, para esta corriente, esto implique la desnaturalización de su condición de tercero.

Ante esta controversia, resulta de suma importancia establecer si el juez podría en determinadas circunstancias y válidamente realizar actos que son de competencia de las partes (como la aportación de pruebas, verbigracia); o si, por el contrario, estas atribuciones son de uso exclusivo e irrestricto de ellas. La relevancia reside en que si se llegase a determinar que el juez podría realizar actos que son naturalmente propias de las partes, realmente lo que este estaría haciendo no es otra cosa sino utilizar medios que también le son permitidos, por lo que, en consecuencia, no perdería su condición de tercero imparcial; pero si, en cambio, se comprobase que el juez no puede hacer uso de dichos actos por ser de exclusividad de las partes, se desprende que, en caso los realizase, dejaría de ser un tercero imparcial.

A efecto de dar respuesta a esta controversia, hemos considerado necesario recurrir a la teoría de las “cargas procesales”, y, justamente para poder entender de la mejor manera esta figura, resulta importante detenernos un momento a analizar previamente la “teoría de la situación jurídica” elaborada por el maestro James Goldschmidt.

3.1.1.1. El proceso como situación jurídica

En sus orígenes, al derecho procesal no se le atribuía autonomía pues se le vinculaba estrechamente al derecho material. Por tal motivo, que muchas veces se indicó que el proceso era un contrato o cuasi contrato entre las partes derivado de la relación civil de las partes.

Sin embargo, en el año 1868, el jurista alemán Oskar Von Bülow publica su célebre y trascendental obra “La teoría de los presupuestos procesales y de las excepciones procesales”, en donde cambiaría esta forma de pensar atribuyéndole autonomía al derecho procesal, argumentando que su naturaleza no es privada, sino más bien de derecho público.

A raíz de ello, estableció la teoría de que el proceso realmente es una relación jurídica que vincula a las partes entre sí y estas con el juez mediante derechos y obligaciones. Las cuales, cabe resaltar, son distintas de las relaciones de derecho privado discutidas en el litigio. Asimismo, sobre la base de esta idea llegó al concepto de los presupuestos procesales.

Tomando como punto de partida la tesis de la relación jurídica, surgirían diversas teorías intentando explicar la forma en que se dan dichas relaciones jurídicas. Por un lado, juristas como Wach, consideraron que el proceso es una relación triangular entre el juez y las partes (esta teoría fue la más popular); por otro lado, autores como Konrad Hellwig negaron tal triángulo y estimaron que la relación es entre el juez y las partes, pero no entre ellas; y, finalmente, otros juristas como Josef Kohler, aunque con menos aceptación, negaron también el triángulo porque consideraron que la relación solo existe entre las partes.

La tesis de la “relación jurídica” gozó de una aceptación prácticamente unánime por parte de la doctrina de su época. Sin embargo, como indicamos en el capítulo anterior, esto cambiaría en el año 1925 con la publicación del libro “El proceso como situación jurídica: crítica al pensamiento procesal” que fue escrito por uno de los más importantes juristas de todos los tiempos, James Goldschmidt².

Dicho jurista si bien reconoce la importancia de la obra de Von Bülow³, discrepa abiertamente de su tesis, pues para este el proceso no es una “relación”, sino una “situación jurídica”. En ese sentido, hace notar que las categorías de “derechos” y “obligaciones”, que son propias de cualquier “relación jurídica” no pueden ser parte de la naturaleza del “proceso”, porque no existen vínculos estáticos dentro de él⁴, sino más bien situaciones dinámicas que se expresan en “expectativas”, “perspectivas” y “cargas”.

² Aunque cabe reconocer que este cambio no ha sido de manera definitiva pues en la actualidad la teoría de la “relación jurídica” aún goza de muchos adeptos.

³ Tanto es así que señala que, a partir de su obra, y no antes, comienza a formarse una ciencia propia del derecho procesal.

⁴ Para este autor los vínculos estáticos se producen como consecuencia de las relaciones de las personas reguladas por normas materiales (derecho justicial material). En ese sentido, señala lo siguiente: “Las normas

Al respecto, el autor alemán (1936) a fin de cuestionar la “relación jurídica” del proceso explica los motivos por los cuales el juez no tiene, ni puede tener obligaciones de carácter procesal:

“...Claro está que incumbe al juez la obligación de conocer la demanda: pero para fundar esta obligación no se precisa una relación procesal. Tal obligación se basa en el derecho público, que impone al Estado el deber de administrar justicia mediante el juez, cuyo cargo, a su vez, le impone, al mismo tiempo, obligaciones frente al Estado y al ciudadano (...). Pero la infracción de estas obligaciones, la lesión de estos derechos, particularmente la denegación de justicia, es de mera índole pública criminal o civil, pero no procesal. A su vez, los medios para hacerla valer caen fuera del trámite regular de los recursos. Así, la responsabilidad criminal y civil de los jueces y magistrados se exige en un juicio determinado, orientado especialmente a este fin” (pág. 19).

Según lo observado, la obligación que tiene el juez de impartir justicia no deriva de ninguna relación jurídico procesal, sino que es una consecuencia de la obligación inherente y constitucional del Estado de administrarla; tanto es así que incluso hasta en los sistemas minarquistas se le exige dicha obligación. Por ello, si

jurídicas tienen una doble naturaleza. Por un lado, representan imperativos a los ciudadanos, por otro son medidas para el juicio del juez. La primera cualidad conviene a las normas jurídicas, en cuanto se refiere a su función extrajudicial. Por eso llega a ser la base de la consideración estática o material del derecho. De la segunda ha de partir la consideración dinámica o procesal siendo necesario establecer las categorías adecuadas para comprender los nexos procesales”.

bien se reconocen “obligaciones” al juez, estas no son de carácter procesal, sino de índole material, funcional o profesional.

Por otro lado, en cuanto a las obligaciones de las partes, Goldschmidt (1936) manifiesta lo siguiente:

“En el proceso moderno no existe ya una obligación del demandado de someterse a la jurisdicción estatal⁵, sino un estado de sujeción a la misma. Por eso la no comparecencia no implica otra sanción que la continuación del pleito sin su presencia, es decir, el juicio en rebeldía. La “obligación” del demandado de cooperar a la *litis contestatio* ha sido sustituida por la “carga” de comparecer y contestar la demanda, la cual se impone al demandado en su propio interés. Mucho menos incumben obligaciones al demandante, sino solamente cargas, especialmente la de afirmar hechos y aportar pruebas. Por último, las partes no tienen, tampoco, deberes de omisión. El deber de no proferir a sabiendas afirmaciones falsas es moral, pero no jurídico (pág. 21-22).

De lo citado se desprende que el demandado no tiene ninguna obligación de contestar la demanda, presentar pruebas, impugnar resoluciones, interponer cuestiones probatorias, etc., y solamente lo hará si es que lo considerase pertinente para liberarse de dichas cargas a fin de evitar sufrir una eventual sentencia que le podría ser desfavorable a sus intereses. Lo mismo le ocurre al actor porque este

⁵ Esto ocurría en el derecho romano, y hasta finales de la Edad media, cuando el demandado tenía la obligación de cooperar en el juicio. Aunque, a decir de Goldschmidt, esta obligación tampoco nace de una relación procesal, sino de la relación general que ligaba al ciudadano con el Estado.

tampoco tiene la obligación de realizar los actos procesales descritos, así como también carece de la obligación de interponer la demanda.

Por lo expuesto, podemos afirmar que no existen obligaciones de índole procesal en cabeza del juez ni de las partes⁶. Dicho esto, cabe preguntarse ¿si no existe esta clase de obligaciones, acaso sí gozan estas personas de “derechos procesales”? La respuesta vuelve a ser, de manera lógica, negativa porque los conceptos de “obligaciones” y “derechos” son correlativos entre sí, esto es, la persona que goza de un derecho tiene la facultad de exigirlo al que tiene la obligación de prestarlo. En virtud de ello, es que se suele señalar, en términos coloquiales, y de manera correcta, que los derechos y las obligaciones son dos caras de una misma moneda.

Entonces, tenemos que las categorías estáticas y pre-establecidas de “derechos” y “obligaciones” que le son inherentes a toda relación jurídica no pueden ser incorporados al fenómeno procesal, porque, en este, como se ha visto, no existen vínculos jurídicos, sino posibilidades de ataque y defensa, las cuales en tanto y en cuanto sean utilizadas, con mayor o menor virtud, determinarán la “situación jurídica” (de ventaja o desventaja) que a cada parte le corresponderá en determinado momento del proceso hasta que se emita la sentencia. Es decir, una parte que inicialmente podría haber tenido ventaja al momento de iniciarse el proceso, al final podría verse en desventaja por la forma en que este se desarrolló. Dicho dinamismo está dado justamente por la “situación jurídica”.

⁶ Las únicas obligaciones a las que se encuentran eventualmente constreñidas las partes son al pago de costos y costas. Estas son las excepciones de la regla.

El uso de las posibilidades u oportunidades de ataque y defensa (actos procesales) que hemos mencionado es facultativo para las partes, porque en caso no las ejerzan solo podrían generarle perjuicio a quien omitió o creyó conveniente no ejercitarlos. Pero este perjuicio en ningún caso acarrea una responsabilidad. Por lo que, como se observa, dichas posibilidades constituyen una categoría diferente y particular dentro del derecho. A las cuales se denominó “cargas procesales”⁷.

3.1.1.2. Las cargas procesales

La carga procesal es “la necesidad de prevenir un perjuicio procesal, y, en último término, una sentencia desfavorable, mediante la realización de un acto procesal. Estas cargas son imperativas del propio interés” (Goldschmidt, pág. 82). Es decir, si una parte no hace ejercicio de la carga que tiene al frente producirá el empeoramiento de su situación dentro del proceso y, consecuentemente, aumentará la perspectiva de una sentencia desfavorable a sus intereses.

Entonces, siendo que la carga procesal, como hemos dicho, es un *imperativo* del interés propio, no existe frente a ella un derecho de la parte contraria o del juez. Más bien, al contrario, el adversario preferiría que la parte contraria no levante la carga que tuviese en tal o cual momento dentro del proceso (por ejemplo, de

⁷ Si bien es cierto Goldschmidt en un extremo de su obra “Teoría general del proceso” realiza una diferenciación entre “posibilidad” y “carga” (pág. 51-52); más adelante en su obra las equipara al señalar que “cada posibilidad impone a la parte la carga de aprovechar la posibilidad al objeto de prevenir su pérdida” (pág. 84). Asimismo, la doctrina que posteriormente escribiría al respecto como Leo Rosenberg, Michelli, entre otros, también equipararían ambos términos.

comparecer, probar o impugnar) porque esto le pondría, en principio, en una mejor situación jurídica.

Al respecto, sin embargo, cabe precisar que el solo hecho de ejercer una carga procesal no pone automáticamente en una real situación de ventaja a la parte que lo realiza, sino que esta deberá ser admitida y fundada. Solo así se podría presuponer una probabilidad prevalente⁸. Por ejemplo, si el demandado interpone una cuestión probatoria (ejercicio efectivo de la carga procesal) en contra de alguna prueba ofrecida por el demandante, en términos palpables recién aquél tendría una situación procesal de ventaja una vez que su tacha u oposición sea declarada fundada (y si vamos un poco más allá, hasta que esta sea declarada firme).

Por otro lado, el hecho de no levantar una carga procesal se denomina *rebeldía*, sin embargo, este término si bien es sugerido por parte de la doctrina, no se encuentra plasmado en nuestra legislación en donde la *rebeldía* se encuentra referida exclusivamente al hecho de que el demandado no haya absuelto el traslado de la demanda dentro del plazo otorgado. Es decir, solo se encuentra regulado con dicha denominación a la *rebeldía* total. Pues bien, esta rebeldía no es otra cosa que la *culpabilidad* procesal y entendida esta contra sí mismo.

De lo expuesto, se puede afirmar que la carga “tiene su punto de partida en el ámbito de libertad de la persona que decide si la asume o no. Su carácter lícito la sitúa fuera del círculo de la coacción, con prescindencia de la conducta que

⁸ Definido esto por Goldschmidt como “aquella situación del proceso que el acto puede producir según su destino final y según el estado del proceso, como el próximo escalón hace un éxito favorable del mismo” (pág. 107).

pueda desplegar el sujeto” (Calvinho, 2016, pág. 21). Es decir, dependerá de la voluntad de la parte levantar o no la carga que pesa sobre él, pero en caso no lo haga normalmente traerá aparejada una consecuencia determinada para este, la cual en muchos casos será gravosa, aunque no necesariamente (por ejemplo, la parte que no impugna una resolución por considerarla favorable a sus intereses).

Por tanto, teniendo en cuenta qué consecuencias podrían ser las más perjudiciales en caso de *incumplimiento*, se puede señalar que “las cargas procesales más importantes son las de fundamentar la demanda, presentar documentos, comparecer, contestar la demanda, replicar, duplicar, probar, declarar bajo juramento y concluir” (Goldschmidt, 1936, pág. 88).

3.1.1.3. Los actos procesales del juez y de las partes

Se desprende de todo lo señalado hasta este punto, que las situaciones jurídicas que se producen dentro del proceso se forman por los actos procesales. Los cuales son producidos tanto por las partes como por el juez. Según Goldschmidt (1936), estos actos pueden definirse “como aquellos actos de las partes y del juez que forman la situación procesal, es decir, que constituyen, modifican o extinguen expectativas, posibilidades o cargas procesales o dispensas de cargas” (pág. 102).

Dicho esto, cabe distinguir cuáles son los actos que les corresponden a cada uno de los sujetos procesales indicados dentro de un litigio y cuáles por naturaleza no, y así determinar cuáles son las funciones de cada uno.

Los actos de las partes se dividen en dos clases: actos de obtención⁹ y actos de causación¹⁰. Los primeros “constituyen el centro del proceso. Son los actos procesales de las partes en sentido estricto, puesto que representan aquellos actos que tienen el fin inmediato de llevar un hecho a la evidencia. Forman parte de este grupo solo las peticiones, las afirmaciones y las aportaciones de prueba” (Goldschmidt, 1936, pág. 102), los cuales sirven para intentar obtener una determinada resolución que sea favorable al requirente.

En cambio, los segundos se encuentran conformados por todos aquellos actos que no son justamente actos de obtención. Por ejemplo, los convenios procesales (llámese transacción), las declaraciones unilaterales de voluntad (llámese desistimiento de la pretensión, actos reales (presentación de demanda), entre otros.

En el presente trabajo, no nos detendremos a analizar los actos de causación, petición o alegación, sino solamente los actos referidos al tema probatorio, vale decir, a la aportación de prueba. Según Goldschmidt (1936), este tipo de carga procesal son “actos de las partes, que tienen por fin convencer al juez de la verdad de la afirmación de un hecho” (pág. 130), los cuales se divide en proposición y producción de las pruebas. El primero es el ofrecimiento formulado

⁹ En el libro “Derecho Procesal Civil” de Goldschmidt este lo definiría como “actos de postulación” y no como “actos de obtención”; sin embargo, hemos preferido dejar este último concepto siendo que así fue como lo llamó literalmente en su libro “Teoría General del Proceso”, cuyo texto original fue escrito en español y no traducido, como el primero.

¹⁰ En el libro “Derecho Procesal Civil” de Goldschmidt este lo definiría como “actos de constitución”, pero por el mismo motivo alegado anteriormente preferimos indicar el concepto tal cual fue escrito en su idioma original.

por una parte de probar un hecho determinado a través del medio de prueba correspondiente; y, el segundo, consiste en hacer eficaz un medio probatorio. Por último, este autor acota que “con respecto a la prueba, el juez no tiene otra función que la de recibir la prueba, como expresa exactamente la Ley de Enjuiciamiento civil (arts. 550 y ss.); es decir, aquel lleva a cabo con todo rigor una función receptiva” (pág. 131).

En el mismo sentido, Leo Rosenberg (2007) indica que “la presentación de prueba son aquellos actos de las partes que deben convencer al juez de la verdad o falsedad de una afirmación sobre los hechos. La presentación de la prueba tiene lugar mediante ofrecimiento de prueba; mientras su recepción es una actividad judicial” (pág. 406).

Asimismo, el maestro Eduardo Couture (1958) también comparte las definiciones señaladas¹¹. En ese sentido, indica que dentro de los actos de las partes se encuentra los actos de obtención y, a su vez, dentro de este los actos de prueba, el cual “se trata de la incorporación al proceso de objetos (documentos) o relatos (declaraciones reconstruidas en el proceso escrito mediante actas) idóneos para crear en el tribunal la persuasión de la exactitud de las afirmaciones” (pág. 206).

Por su parte, Chiovenda (1954) señala que son actos procesales, entre otros, las deducciones relativas a la cuestión principal o de fondo, dentro del cual

¹¹ Aunque cabe precisar que la diferenciación que realiza es entre actos de obtención y actos de disposición. Y dentro de estos últimos ubica por ejemplo al allanamiento, desistimiento de la pretensión y proceso, entre otros.

considera a la producción de prueba. Al respecto, precisa que “si la parte tiene, además, la carga de la prueba, su afirmación debe ir acompañada de la producción de esta” (pág. 143).

Al respecto, podríamos citar muchos autores adicionalmente que también consideran que dentro de los actos de las partes se encuentra la de aportación de pruebas, pero consideramos que con lo indicado ya es suficiente para tener claro que los actos probatorios no es que solamente sean de pertenencia de las partes, sino que, además, con diferencia, es uno de los más importantes de los cuales goza.

Entonces, de acuerdo a lo expuesto y recapitulando un poco tenemos que la aportación probatoria son actos de las partes que constituyen cargas procesales, los cuales por definición son *imperativos* establecidos en favor del interés del propio sujeto, cuya omisión traerá aparejada normalmente una consecuencia gravosa para este. Por lo que se dice que la carga es una suerte de conminación o compulsión a ejercer la posibilidad que se ofrece. En ese sentido, por ejemplo, si el litigante tiene la facultad (carga) de probar, también tiene el riesgo de no hacerlo, el cual consiste en que, si no lo realiza o ejercita oportunamente, la prueba no ingresará al proceso y, en consecuencia, el juez resolverá sin ella.

Hasta este punto, consideramos que queda claro que la aportación de prueba es un acto de las partes, por lo que ahora cabe preguntarse si también es un acto del juez, es decir, si de manera válida este también podría incorporar medios probatorios al proceso que no hayan sido solicitadas por las partes.

Pero, antes de ello, debemos precisar cuáles son los actos que goza el juez dentro del proceso. En ese sentido, debemos señalar que estos son diversos, pero el principal consiste en decidir o resolver el conflicto de intereses que le ha sido sometido; para lo cual, de manera previa, tiene que emitir decretos, autos y finalmente la sentencia. Como se sabe, estas providencias son denominadas resoluciones y constituyen el centro de los actos judiciales.

Asimismo, existen también los denominados actos de comunicación (aquellos dirigidos a notificar a las partes) y los actos de documentación (aquellos dirigidos a plasmar mediante documentos escritos, los actos procesales de las partes, del tribunal o de los terceros). En cuanto a estos dos actos judiciales tampoco existe discusión en la doctrina para reconocerlos como válidos.

Sin embargo, la situación varía drásticamente cuando se tratan de los actos que suplen o reemplazan los actos de obtención de las partes, en específico, la aportación de prueba. Al respecto, una corriente doctrinaria reconoce su utilización como un acto válido del juez y otra, por el contrario, o la rechaza directamente o simplemente no la menciona.

Nosotros reconocemos que si bien es cierto una parte relevante de la doctrina reconoce como válida dicha facultad al juez, consideramos respetuosamente, pero también de manera segura, que esto no es correcto en absoluto. Por lo que los actos del juez se deberían restringir a la realización de actos de decisión, comunicación y documentación. Pues bien, en este punto, la

pregunta cae de maduro: ¿por qué no resulta válido que el juez pueda aportar pruebas al proceso? La respuesta es simple y seguramente se intuye: porque el juez se situaría en la posición que le compete exclusivamente a una de las partes, o incluso a ambas partes.

Se llega a esta respuesta teniendo en cuenta lo expuesto a lo largo de este sub capítulo. Repasemos. El proceso es una situación jurídica o, mejor dicho, un escenario donde se producen muchas situaciones jurídicas, como resultado de las actividades de las partes. De esta forma, el proceso constituye “un fenómeno dinámico cuya suerte dependerá fundamentalmente de las actividades de liberación de cargas procesales y aprovechamiento de las no liberadas por el adversario” (Cavero, 2009, pág. 81).

En efecto, el proceso no es un fenómeno estático que transcurre entre derechos y obligaciones pre-establecidos, sino, por el contrario, un ente dinámico por naturaleza, cuya resolución se configurará en función de qué tan bien o mal hayan ejercido las partes las cargas procesales que a cada una de ellas correspondía. De allí que las cargas sean el *corazón* de cada situación jurídica.

Como se observa, las cargas procesales son una función propia y exclusiva de las partes. En ese sentido, Devis Echandía (2018) señala que “las cargas procesales solo surgen para las partes y para algunos terceros, nunca para el juez” (pág. 9). Ergo, si la aportación de prueba es una carga procesal -como sin duda ni discrepancia lo es- este solo podría ser utilizado por las partes y no así por el juez, pues de lo contrario este estaría asumiendo facultades que no le son competentes

por naturaleza, lo que desdibujaría la organización del proceso, destruyendo el principio de imparcialidad.

Es más, como bien acota Goldschmidt, respecto de la prueba, el juez no tiene otra función que la de recibirla, es decir, llevar rigurosamente una simple, pero, a la vez, importantísima función receptiva; mientras que las partes tienen la carga procesal de suministrarla, bajo propio riesgo de no hacerlo. Nosotros consideramos que solo de esta manera, el juez puede mantenerse sin interés propio en el proceso y actuar como un verdadero tercero situado en un plano superior de garante con relación a las partes.

Por ello, se señala que “no hay duda que encomendar también a él (juez) el impulso probatorio lo pone en el mismo plano de la parte, vulnerando el principio del contradictorio y el derecho de defensa. La parte, en efecto, actúa y se defiende en juicio frente al adversario, no del juez, por lo que cuando entra en el ruedo, introduciendo a su discreción pruebas sobre los hechos deducidos en litis, altera profundamente el contradictorio y pierde su calidad más esencial y genética del tercero imparcial. De tal modo, no solo se corrompen irremediablemente la jurisdicción y el proceso, sino que se abre el camino a la arbitrariedad y a la injusticia” (Monteleone, 2005, págs. 203-204).

Así que, en realidad, “cuando se trata de atribuir poderes probatorios al juez, lo que debe cuestionarse no es propiamente la imparcialidad judicial, sino si ello es posible atendida la necesidad de que el juez siga siendo tercero, con la exigencia de incompatibilidad de funciones entre parte y juez en el proceso” (Montero Aroca,

2012, pág. 169). Por ello, la prueba de oficio es incompatible en un sistema procesal donde se respete el debido proceso porque el juez asume una función propia de las partes, afectando su condición de tercero.

A modo de conclusión, debemos señalar que el juez no puede realizar ninguna carga procesal porque de hacerlo estaría claramente poniéndose el traje de parte y actuando como tal, sin perjuicio de que también perdería imparcialidad (pero, sobre eso, nos detendremos más adelante). Esto es tan evidente u obvio que normalmente no existe discusión en restringir al juez la realización de cualquier carga procesal, con excepción de la probatoria. Por ejemplo, nadie cuestiona que el juez no debe iniciar un juicio, o impugnar, o interponer cautelares o medidas anticipativas, o realizar actos de ejecución de sentencia, etc.; todo esto sobre la base de que claramente se tratan de actos que competen exclusivamente a las partes. Sin embargo, sorprendentemente muchas veces el criterio es opuesto al tratarse de la carga probatoria.

Por tanto, la carga de aportación de prueba debe ser de uso exclusivo de las partes a fin de respetar el principio de imparcialidad; mientras que el juez, al respecto, debe limitar su poder a admitirlas, actuarlas y valorarlas. Solo así es posible que se lleve a cabo un debido proceso; es decir, como hemos dicho, aquel proceso donde dos sujetos discuten como antagonistas en pie de perfecta igualdad ante una autoridad que es tercero en la situación jurídica procesal.

3.1.2. La prueba de oficio y el principio de imparcialidad

Como hemos visto en el presente trabajo, la imparcialidad posee una estrecha relación con el debido proceso, pues no se podría hablar en ningún caso de un proceso correctamente constituido cuando existan si quiera dudas (razonables) de que el juez pueda, mediante el desarrollo de su función, favorecer o perjudicar a una de las partes.

De esta manera, se señala comúnmente que la imparcialidad es la ausencia de perjuicio o de algún interés subjetivo del juez para que el conflicto de intereses se solucione de determinada manera; de tal forma que el juez deba aplicar la ley que corresponda al caso concreto de manera objetiva, es decir, sin ayudar o intentar favorecer por cuestiones subjetivas a una de las partes.

Dicho esto, cabe reconocer que es prácticamente imposible que un juez sea totalmente imparcial en el juicio, toda vez que este, como cualquier ser humano, tiene sobre sí una carga subjetiva determinada. Por ejemplo, un juez que ha sufrido violencia familiar en un proceso de familia podría tender a empatizar especialmente con la supuesta víctima. O un juez con ideas conservadoras podría tener cierto prejuicio al momento de resolver un reconocimiento de matrimonio homosexual celebrado en el extranjero. O un juez con ideología progresista podría quizá simpatizar en un proceso de amparo a favor de la parte que defiende el enfoque de género. Entre otros miles de supuestos.

En ese sentido, Tanía Martínez (2010) señala que el sentenciador como ser humano, es una persona racional, con una formación jurídica, con sentimientos,

paradigmas, con un sentido de lo ético, de lo social y ante todo con una biografía de vida; si bien es cierto el juez debe desprenderse de lo subjetivo para poder atarse a lo objetivo en el proceso (es lo que anhelamos en aras de un proceso lleno de garantías), también lo es que jamás podemos esperar del ser humano que pierda su naturaleza y es de ella ser propenso a la preferencia por sentimientos de identidad con muchas o pocas cosas el mundo que lo rodea, más aun si se trata del mundo de los hechos que conforman el litigio.

Por ello, creemos que resulta materialmente imposible eliminar de forma absoluta estas cuestiones subjetivas, sin embargo, lo que sí se pretende, en virtud del principio de imparcialidad, es minimizar lo más posible la injerencia de esa parte subjetiva que tenemos cada uno de nosotros en el juez. Para ello, dicho principio, exige, por un lado, que no debe ser juez quien pueda tener la tentación de ser parcial dentro del proceso (por lo que existen las causales de impedimento y recusación dispuestos en los Arts. 305° y 307° del CPC., respectivamente); y, por otro lado, que el juzgador no cometa un acto de parcialidad determinada.

En el presente trabajo, nos centraremos en el segundo punto. Específicamente en cómo el uso de la prueba de oficio infringe el principio de imparcialidad porque con su actuación se busca, quiérase o no, en el fondo, favorecer o perjudicar a una de las partes en litigio. Pues bien, a fin de dar respuesta a esta interrogante debemos recurrir nuevamente al concepto de “cargas procesales”, específicamente al de “cargas probatorias”.

Como hemos visto en nuestro “Capítulo I”, la carga probatoria es una especie de las cargas procesales, por lo que también es una situación jurídica en que la ley sitúa a cada una de las partes, pero con la particularidad de que se refiere al ámbito probatorio, es decir, se trata de un *imperativo* de probar las afirmaciones de los hechos en su propio interés.

Asimismo, es ampliamente reconocido que la carga de la prueba cumple una doble función, a saber:

- Como regla de conducta de las partes: esta regla se realiza en un primer momento de manera extrajudicial e indistintamente de que exista o no posteriormente un juicio, por lo que las partes de la relación material deben procurar guardar las pruebas que *deberán* presentar en un eventual juicio (por ejemplo, una regla de conducta para un padre sería guardar los pagos realizados por alimentos para que, en caso se presente un juicio alimenticio, pueda ofrecerlos); y, posteriormente, dentro del juicio sirve para que las partes procesales sepan cuáles son los hechos afirmados que requieren ser probados por cada uno y, además, qué ocurrirá en caso no se realice (siguiendo el mismo ejemplo, en un juicio de alimentos sobre la madre recae probar principalmente el vínculo filial, mientras que sobre el padre recae acreditar sobre todo el cumplimiento de los alimentos).
- Como regla de juicio: esta regla va dirigida al juez porque le indica la manera en que debe sentenciar cuando un hecho no haya sido

debidamente probado, haciendo sufrir las consecuencias que correspondan por no haber levantado las cargas probatorias a quien tenía la *obligación* de hacerlo. De esta manera, se evita la emisión de sentencias inhibitorias en los casos donde la probanza no haya causado certeza en el juzgador. En ese sentido, se indica que “si no existiera esa regla de juicio que faculta al juez para evitar el *non liquet* cuando falte la prueba, sería muy frecuente el fracaso del proceso y la consiguiente pérdida de tiempo, trabajo y dinero para el Estado y las partes, pues podría plantearse de nuevo” (Devis Echandía, 2012, pág. 140).

Como se aprecia de lo expuesto, la carga probatoria cumple una función de vital importancia en el proceso porque determina cómo se deberá resolver el juicio en los casos donde se presente insuficiencia probatoria. De tal manera que le indica al juez cómo fallar cuando no esté suficientemente convencido sobre los hechos afirmados por las partes; pero no solo eso, sino que también indica a las partes quien corre el riesgo de perder el juicio si no lograr convencer al juez con sus medios probatorios de los hechos invocados a su favor.

Entonces, habiendo recordado la figura de la carga probatoria conviene a continuación explicar cuál es su relación con la prueba de oficio y el principio de imparcialidad.

Como es sabido, según nuestro ordenamiento jurídico, el juez debe utilizar la prueba de oficio en los casos de insuficiencia de prueba, es decir, cuando las pruebas aportadas por las partes no le hayan causado certeza sobre los hechos

invocados; pero de hacerlo estaría dejando de aplicar la regla de juicio que le exige la carga probatoria. En consecuencia, terminaría favoreciendo directa o indirectamente a la parte sobre quien pesaba la carga en mención.

Veamos, la regla general de la carga probatoria dispone que corresponde la carga de la prueba a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos. Por lo que, en caso ello no ocurra u ocurra deficientemente, el juez debe tener por no acreditados los respectivos hechos y decidir en contra de quien no probó cuando tenía la carga de hacerlo. El juez no puede eximir de esa consecuencia a ninguna de las partes.

En efecto, si el juez al momento de sentenciar observa que una de las partes no logró persuadirlo con sus afirmaciones de los hechos porque no probó cuando pesaba sobre él la carga de hacerlo, estaría dejando de aplicar dispositivos legales que lo constriñen a resolver de determinada forma. Por ejemplo, se dejaría de aplicar la consecuencia del Art. 200 del Código Procesal Civil que dispone que “si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada”. Es decir, si el demandante no cumple con probar debidamente los hechos alegados en su demanda, esta debería ser declarada infundada.

Pero ¿qué sucede si, en vez de resolver según lo dispuesto por las consecuencias de las cargas probatorias, el juez decidiese ordenar una prueba de oficio? Pues no solamente se apartaría de lo dispuesto en el precepto legal, sino que, además, sin duda alguna, beneficiaría la situación jurídica de la parte que

teniendo la carga de probar no lo hizo y, de esta forma, a su vez, perjudicaría a la parte contraria.

Al respecto, pongamos a modo de ejemplo un caso clásico de compraventa en donde el vendedor solicita en juicio al comprador que cumpla con pagarle la contraprestación pactada. Dentro del proceso, el vendedor tendrá la carga de probar la existencia de la obligación de pago, mientras que el comprador, de ser el caso, tendrá la carga de probar la extinción de dicha obligación. En este supuesto, si el vendedor no lograra acreditar la existencia de la obligación puesta a cobro, como consecuencia de la aplicación de las cargas probatorias, la demanda debería ser declarada infundada¹². Pero ¿qué sucedería si el juez ordenara una prueba de oficio, la que sea, tendiente a lograr acreditar la existencia de dicha obligación? ¿A quién favorecería o podría favorecer? La respuesta cae de manera lógica: al demandante.

Si bien es cierto del caso mencionado se podría desprender quizá que la utilización de la prueba de oficio favorece a la parte demandante, esto no necesariamente es así, porque, como hemos dicho, esta realmente a quien favorece es a la parte sobre la que pesa principalmente la carga de la prueba.

Sigamos con el mismo ejemplo: el vendedor acreditó la obligación del pago, por lo que correspondería, en esa situación, al comprador acreditar la extinción de dicha obligación, de lo contrario la demanda sería declarada fundada. Digamos que

¹² Recordemos que “el actor tiene la carga de los hechos constitutivos de la obligación, y si no la produce, pierde el pleito, aunque el demandado no pruebe nada” (Couture, 1958, pág 243). Como se ve, en términos generales, la posición del demandado suele ser más cómoda que la de su contrario.

el comprador presentó una constancia de pago, pero que, por sus particularidades, no logra convencer al juez de su autenticidad. Entonces, nos volvemos a hacer la misma pregunta ¿qué sucedería si el juez ordenase una prueba de oficio que pretenda demostrar la autenticidad de dicho documento? ¿A quién favorecería o podría favorecer? Esta vez la respuesta es que, a nadie más que, al demandado.

Lo mismo ocurriría en los supuestos en donde exista, según la ley, la inversión de la carga probatoria, por ejemplo, en los casos de responsabilidad extracontractual en donde el agraviado/demandante tiene la carga de probar el daño y la relación de causalidad, mientras que pesa sobre el infractor/demandado la carga de probar la ausencia del factor de atribución (dolo o culpa en su actuar). En estos casos, si el juez pretendiera demostrar mediante la prueba de oficio el daño que no ha sido debidamente acreditado por el demandante, este indudablemente se verá favorecido con dicha medida; del mismo modo que se vería favorecido el demandado en caso la prueba de oficio esté orientada en probar el levantamiento del dolo o culpa.

Siendo que el presente trabajo se encuentra enmarcado dentro del ámbito civil, hemos mencionado supuestos de dicho tipo, sin embargo, cabe apuntar que la misma lógica se produce también en las demás clases de procesos, sean administrativos, laborales, penales, etc. Y, en cuanto a estos últimos, creemos que la detección de la imparcialidad es incluso mucho más notoria. Veamos. En el proceso penal rige el principio de inocencia (*in dubio pro reo*) como garantía constitucional, es decir, que, en caso de duda de la supuesta comisión del delito, se deberá absolver al imputado. Por tal motivo, si el juez tuviese dudas sobre los

hechos porque estos no han sido acreditados mediante prueba idónea por el Ministerio Público y dispone una prueba de oficio, siempre -sin ninguna excepción- estará perjudicando al denunciado porque con ello únicamente ocasionará que aumenten sus probabilidades de ser condenado. Prueba de ello es que si el resultado de la actuación de la prueba de oficio fuera beneficioso al imputado, él no gana nada porque igual, en cualquier caso, por las dudas (falta de certeza), debía haber sido absuelto¹³; y si el resultado de dicha prueba fuera desfavorable al imputado, pues claramente esto le perjudicaría porque su situación jurídica empeoraría al elevarse las probabilidades de ser condenado.

De acuerdo a lo expuesto, se podría señalar que la carga probatoria es una suerte de regla de juego dentro del proceso. Y “las reglas del juego, de cualquier juego, incluso el del proceso, deben ser observadas por los jugadores, naturalmente, pero a estos no se les puede pedir que todos ellos, los de un equipo y los de otro, colaboren en la búsqueda de cuál es el mejor de ellos, ayudando al árbitro a descubrir a quién debe declarar ganador, pues si las cosas fueran así no tendría sentido jugar el partido. El *juego* se basa en que cada equipo luche por alcanzar la victoria utilizando todas las armas a su alcance, naturalmente respetando las reglas, y con un árbitro imparcial” (Montero Aroca, 2012, pág. 357).

Sin embargo, como señala Couture (1958), el asunto de las cargas probatorias (reglas de juego) se trastoca en los sistemas inquisitivos, porque “en este, frente a pruebas ordenadas de oficio por el tribunal, no puede propiamente

¹³ Valgan verdades, cabe decir, que no solo no gana nada, sino que además pierde tiempo (y posiblemente también dinero) porque el proceso se prolonga por el tiempo que vaya durar la actuación de la prueba de oficio.

hablarse de carga de la prueba. Esto es un riesgo o quebranto para la parte, derivado de la falta de prueba; y en los casos de iniciativa judicial, no se concibe crear ese riesgo, ya que, en definitiva, gravitaría sobre la justicia misma” (pág. 241). De allí que se señale que “la teoría de la carga de la prueba guarda íntima relación con la conservación del principio dispositivo en el proceso” (Chiovenda, 1922, pág. 261).

Entonces, tenemos que el proceso judicial se debería presentar como la herramienta destinada a dar respuesta mediante un debate reglado, con respeto a las cargas probatorias, y ante un tercero imparcial que deberá resolver con la mayor justicia que le sea posible (claro está, sin favorecer a ninguna de las partes, ergo, sin utilizar pruebas de oficio).

No obstante lo expuesto hasta este punto, existe una amplia porción de la doctrina que defiende la prueba de oficio manifestando que el principio de imparcialidad no se ve afectado con su uso: a) Cuando el juez cuida de no reemplazar a las partes en su carga probatoria¹⁴ y b) Porque al momento en que esta es dispuesta el juez no tiene conocimiento de antemano cuál será el resultado de su actuación, es decir, no sabe a cuál de las partes beneficiaría o perjudicaría.

¹⁴ Martell Chang (2015): “la prueba de oficio solo cabe si la parte siendo diligente en su carga de probar, no logra convencerlo” (pág. 128). Luis Alfaro (2017) “...de ninguna manera debería ser utilizada (la prueba de oficio) como subterfugio o excusa para abrigar las omisiones en la que puedan incurrir las partes, respecto a la carga de probar los hechos que afirman” (pág. 44). Blanco Gómez (1994) “la prueba de oficio es complementaria a la actividad de las partes, pues si estas no aportaron pruebas, le estaba vedado al juez acordar diligencias por su propia iniciativa y, consecuentemente con lo anterior, no podía encaminarse a salvar negligencias o errores de las partes”. Pino Carpio (1964): “con la prueba de oficio no (se) puede llegar hasta el extremo de que el juez tenga que salvar la omisión de las partes o la deficiencia de estas en la actuación de sus pruebas”. (Alfaro Valverde, 2017, pág. 47). Lino Palacio (2011): “las facultades instructores de los jueces no pueden ejercerse, según la jurisprudencia, para suplir la omisión o la negligencia de las partes, pues ello implicaría una manifiesta alteración de igualdad procesal” (pág. 337).

Al respecto, siendo que ya se han indicado los motivos por los cuáles el primer argumento es incorrecto, nos enfocaremos solamente en el segundo. Sobre este, antes de ahondar en el tema, debemos señalar que, aunque muchos digan lo contrario, habitualmente el juez sí tiene perfecto conocimiento de que la prueba de oficio va a favorecer concretamente a una de las partes, por ejemplo cuando mediante dicha figura se ordena la admisión de una prueba (digamos, documento) que hubiera sido presentada fuera del plazo oportuno. En este supuesto, qué duda cabe, el juez favorecería a la parte que presentó la prueba extemporáneamente.

Sin embargo, también es verdad que en otros casos el juez puede, quizá, no saber cuál sería el resultado de la actuación de la prueba de oficio, lo que podría ocurrir posiblemente en peritajes, testimoniales e inspecciones judiciales. Pero, en esos casos, el juez tiene una hipótesis que se relaciona con la inclinación hacia la versión de una de las partes, con el objetivo de obtener elementos de convicción para intentar justificar su decisión en ese sentido. Lo que lo convertiría en un juez investigador y, en consecuencia, en un juez parcial.

Ahora bien, sin perjuicio de lo indicado y aun en el supuesto de que se considere que el juez realmente no sabe cuál sería el resultado de la prueba de oficio o que tampoco tiene una hipótesis que intente acreditar; lo cierto es que terminaría -más allá de que sepa o no, lo quiera o no- coadyuvando a una de las partes en litigio, porque siempre incrementaría las expectativas de éxito en favor del litigante que hasta ese momento no había podido persuadirlo, a pesar de que tenía la carga de hacerlo.

Por tanto, en todos los casos, así exista insuficiencia probatoria o no, el juez debe hacer cumplir los efectos legales de la carga probatoria que recae sobre las partes, bajo pena de dejar de ser imparcial. Consecuentemente, aquél litigante que no aportó pruebas o, de haberlo hecho, lo hizo deficientemente, deberá sufrir la perspectiva negativa que correspondiese a su situación jurídico procesal; pudiendo incluso, en última instancia, perder el juicio.¹⁵ Sin embargo, si el juez, en lugar de proceder de tal manera, decide ordenar una prueba de oficio, estaría beneficiando ilegítimamente a la parte que no ejercitó debidamente su carga probatoria. De allí que se concluye, que siempre la utilización de la prueba de oficio es incompatible con el principio de imparcialidad judicial.

Sin perjuicio de lo indicado, a continuación analizaremos si los presupuestos y limitaciones que se han establecido en nuestro Código Procesal Civil sirven, si quiera en algo, a fin de salvaguardar el principio de imparcialidad.

3.1.3. Los presupuestos y las limitaciones establecidas en la ley no son útiles para salvaguardar el principio de imparcialidad

En el año 2014, se modificó la regulación de la prueba de oficio en nuestro ordenamiento jurídico y, a diferencia de como estaba antes, se agregaron

¹⁵En este punto, nos parece pertinente citar a Hugo Caveró (2009), quien, también siguiendo la línea de James Goldschmidt, acota lo siguiente: “El proceso es un fenómeno dinámico cuya suerte dependerá fundamentalmente de las actividades de liberación de cargas y aprovechamiento de las no liberadas por el adversario. ¿Nos encontramos entonces frente a una visión liberal del fenómeno procesal? No hay duda. ¿Es eso abominable? Al contrario: es más bien una conquista del pensamiento humanista” (pág. 81).

presupuestos y límites al uso de la prueba de oficio¹⁶, con la principal finalidad - según se dijo- de asegurar la imparcialidad judicial. Veamos seguidamente si estos presupuestos y límites realmente sirven para procurar la protección del principio mencionado.

3.1.3.1. Presupuestos de la prueba de oficio

De acuerdo a nuestro Código Procesal Civil, son dos los presupuestos que se exigen para que el juzgador pueda o deba ordenar de oficio una determinada prueba:

1) La motivación

A efectos de cumplir con un debido proceso, todas las resoluciones -bajo sanción de nulidad- deben ser motivadas, con excepción de los decretos, conforme al Art. 50 del CPC¹⁷. Entonces, siendo que la prueba de oficio se ordena mediante un auto, llegamos a la consecuencia lógica que toda resolución que ordene la prueba de oficio tiene que ser motivada por el juez, así no se hubiera dispuesto este requerimiento de manera específica en el Art. 194 del CPC¹⁸.

¹⁶En la regulación originaria del Art. 194 del C.P.C. solamente se exigía como presupuesto de la prueba de oficio que esta sea debidamente motivada. Nada más.

¹⁷Artículo 50. Deberes. - Son deberes de los Jueces en el proceso:

(...)

6. Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia.

¹⁸Art. 194.- Pruebas de oficio. - (...) La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad...”.

Cabe señalar que este presupuesto no solamente rige en nuestro ordenamiento jurídico, sino también en la legislación y doctrina comparada. Por ejemplo, el jurista español Montero Aroca (1998) señala que cuando se dispone una prueba de oficio “la resolución a dictar es un auto, como consecuencia, en él debe justificarse la necesidad de acordar que se practique prueba de oficio, especificando todo lo preciso para la práctica de cada uno de los medios de prueba, atendiendo sus requisitos propios y específicos” (pág. 301).

Es decir, “si el juez incorpora material probatorio al proceso, debe hacerlo con resolución debidamente motivada, señalando la razón fundamental por la cual se hace uso de esta facultad, su incorporación no puede ser arbitraria, antojadiza e inútil, debe perseguir una finalidad útil para el proceso y su resultado” (Hurtado Reyes, 2018, pág. 428). Nosotros consideramos que al exigirse que se ordene la prueba de oficio mediante esta clase de resolución, resulta ser, en estricto, un presupuesto más propio de un auto que de la misma prueba de oficio, porque, como se sabe, todo auto, por definición, tiene que ser motivado.

Ahora bien, a pesar de este presupuesto, cabe resaltar que, en la práctica, esta exigencia no se cumple casi nunca. Los jueces, al momento de ordenar la prueba de oficio, se limitan a señalar de manera escueta (y, esto es, en el mejor de los casos) que, al no existir prueba suficiente para emitir pronunciamiento sobre el fondo, requieren de la actuación oficiosa de determinada prueba para mejor resolver.

En cualquier caso, y aun en el supuesto de que los jueces motivaran debidamente la resolución mediante la cual ordenasen la prueba de oficio, este acto procesal no resguarda en absoluto el principio de imparcialidad, porque el juzgador podría justificar formalmente de manera excelente la disposición oficiosa, pero, a pesar de ello, en todos los casos, conforme a los argumentos vertidos anteriormente, el juez terminaría favoreciendo a una de las partes. Por tanto, en la prueba de oficio el problema no está en la forma, sino en el fondo.

2) Excepcionalidad e insuficiencia probatoria

La excepcionalidad de la prueba de oficio quiere decir, según Alfaro (2017), que el juez “no siempre la utilizará sino de manera extraordinaria o complementaria, dependiendo de las circunstancias de cada caso concreto, específicamente si del estudio de los hechos afirmados por las partes advierte uno o varios aspectos que adolecen de insuficiencia probatoria, lo que desde luego no necesariamente acontecerá en todos los casos” (pág. 194-195).

En ese sentido, Taruffo (2006) señala que “esta calificación, en cierta medida, tiende a debilitar la idea de que un proceso en el que el juez tiene dicho poder sería un rasgo de autoritarismo procesal, pues es perfectamente posible configurar esta potestad como puramente supletoria y complementaria respecto a la de las partes, en la que el juez desempeña una función secundaria o marginal en el acopio de los medios de prueba” (Alfaro Valverde, 2017, pág. 195).

En la misma línea, Hurtado Reyes (2018) manifiesta que “esta situación de excepcionalidad se relaciona directamente con la insuficiencia de la prueba, vinculada a una situación de incertidumbre por ausencia de pruebas” (pág. 411). Es decir, si no se presentan situaciones en el proceso que acrediten una deficiencia probatoria por las partes, el juez se encontraría impedido para ordenar determinada prueba de oficio.

Ergo, si las partes litigantes han aportado el suficiente acerbo probatorio para conducir al juez a emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la *litis* no debería ordenar la actuación de medio probatorio alguno.

No obstante, nosotros somos de la opinión que existiría al respecto una aparente contradicción en el argumento porque, de acuerdo a lo indicado, si no existe deficiencia probatoria el juez no debería actuar pruebas de oficio; pero si sí existe y mientras más grande sea esta deficiencia, resultaría necesario que se ordenen pruebas a pedido del juez. En este contexto, la consecuencia lógica es que, cada vez que la ausencia probatoria sea más evidente o grave, el juzgador tendría el deber de ordenar pruebas de oficio y al hacerlo estaría coadyuvando en mayor grado a la parte que no cumplió o cumplió de manera deficiente con su carga probatoria.

Por tanto, se puede llegar a la conclusión de que este presupuesto si bien, por un lado, limita el uso de la prueba porque solo se podría utilizar cuando exista insuficiencia probatoria; por otro lado, empeora la situación debido a que la prueba de oficio se utilizaría en los casos en donde más negligente fue la parte que pesaba

sobre ella la carga probatoria. Y ¿por qué? En virtud de una ecuación simple: a mayor negligencia a la hora de probar, más insuficiencia probatoria. Lo que se traduce en que mientras más grande sea el *incumplimiento* de la carga probatoria, la ayuda del juez mediante la prueba de oficio le será más importante. Por lo que, si cabe el término, la imparcialidad judicial se verá exponencialmente magnificada, cuando exista mayor insuficiencia probatoria.

3.1.3.2. Límites a la prueba de oficio

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

El Art. 194 del Código Procesal Civil señala que el juez al momento de actuar una prueba de oficio cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria. Sobre ello, Martell Chang (2015) manifiesta que la prueba de oficio “solo cabe si la parte siendo diligente en su carga de probar, no logra convencerlo. Esto significa, por ejemplo, que medios probatorios ofrecidos extemporáneamente por demandados rebeldes, o por litigantes o apelantes negligentes, no debieran ser adquiridos o admitidos prima facie por los jueces” (pág. 128).

En la misma línea, Luis Alfaro (2017) señala que la actividad probatoria del juez es “complementaria a la de las partes, es decir, solo procede en casos de insuficiencia probatoria, mas no en supuestos de ausencia probatoria” (pág. 75). Por ello, para este autor, el uso de la prueba de oficio de ninguna manera debería

ser utilizada como subterfugio o excusa para abrigar las omisiones en la que puedan incurrir las partes, respecto a la carga de probar los hechos que afirman.

Al respecto, Hurtado Reyes (2018) precisa que “el juez al ejercer actividad probatoria oficiosa debe cuidar siempre de no convertirse en abogado de las partes y quebrantar de esta forma su imparcialidad en el proceso” (pág. 427). Por lo que para esta corriente doctrinaria la prueba de oficio no puede entenderse en el sentido de que por medio de estas se supla la inactividad o negligencia de una de las partes, que no ha hecho todo lo que el sistema procesal le permite para llegar a probar sus enunciados fácticos.

No obstante, otra buena parte de la doctrina tiene un opinión distinta en tanto no ve con malos ojos que el juez pueda suplir a las partes en su labor probatoria; por ejemplo, Arazi (1998), quien manifiesta que “aun mediando negligencia de las partes, tiene el magistrado el deber de suplir esa omisión y antes de fallar tiene que esclarecer los hechos ordenando la producción de prueba que considere decisiva” (Loutayf & Solá, s.f., pág. 20), incluso va más allá, en tanto señala que “en el estado actual de la doctrina y jurisprudencia ya no resulta trascendente continuar trabajando sobre la problemática de la carga de la prueba, ya que los jueces tienen el deber de esclarecer los hechos controvertidos” (Loutayf & Solá, s.f., pág. 20). En ese mismo sentido, el colombiano Devis Echandía (2012) señala que “nada impide que se decreten oficiosamente pruebas pedidas extemporáneamente por las partes, o la repetición de pruebas practicadas ilegalmente” (pág. 30).

Teniendo en cuenta lo expuesto, corresponde ahora ahondar en el hecho de que si al ordenarse las pruebas de oficio se infringen las cargas probatorias establecidas en los dispositivos legales u ordenamientos jurídicos.

Al respecto, una respuesta negativa a la interrogante es la posición de Marianella Ledesma (2015), quien señala que con el uso de la prueba de oficio “no significa que las partes queden liberadas de la carga de la prueba, puesto que ellas están en inmejorable posición de suministrar los medios idóneos para acreditar lo fáctico de sus pretensiones, ya que quién mejor que ellas para conocer de las particularidades de la relación que ha originado el conflicto” (pág. 539).

En la misma línea, Hugo Esclapez, citado por Hurtado Reyes (2009), expresa que “las partes siguen siendo dueñas de los hechos, con la carga de su respectiva prueba, pero el juez se reserva el derecho de comprobar esos hechos a fin de que la verdad legal, que surge del expediente, y la verdad real, que surge de los hechos, sea una sola” (pág. 665).

De similar opinión es Luis Alfaro (2017), para quien esta potestad no puede ser un subterfugio o recurso para suplir la carga de la prueba que original y ordinariamente tienen las partes respecto de sus versiones o afirmaciones relacionados con los hechos introducidos al proceso. No obstante, reconoce ser consciente de que la línea que separa o diferencia las diversas situaciones particulares (depende de cada caso) de suplencia con la de complementariedad es casi invisible, por lo que, en concordancia con el principio de carga de la prueba,

los juzgadores debieron, deben y deberán ser extremadamente cuidadosos de no sobrepasar tal límite o parámetro.

Sin embargo, nosotros consideramos que dicha línea delgada o casi invisible que menciona Luis Alfaro y otros autores más, simple y llanamente no existe, en tanto que siempre que se utilice la prueba de oficio se reemplazará a una de las partes en su carga probatoria y, de esa manera, resquebrará el principio de imparcialidad. No es posible actuar una prueba de oficio sin que esto no implique salvar la omisión probatoria por negligencia de una de las partes y, en consecuencia, ayudarla, lo cual rompe el principio de imparcialidad.

Y esta premisa no tiene ninguna excepción. Veamos el caso de un litigante diligente: una de las partes presenta todas las pruebas que existen para lograr vencer, pero, a pesar de ello, no logra causar certeza al juez de sus enunciados fácticos. Por ello, y a fin de resolver sobre el fondo, el juez ordena como prueba de oficio algún medio probatorio determinado, digamos que oficia a una clínica para que remita algún informe o pide la testimonial de alguna persona. Entonces, se actúan dichas pruebas, pero los resultados de estas no conducen a nada nuevo, no aportan nuevos elementos de convicción. Y ¿por qué? Porque si estas pruebas hubiesen sido realmente relevantes para resolver el juicio sobre el fondo, el litigante diligente, sin duda, los hubiera presentado como medios probatorios en sus escritos correspondientes. ¿Y si, al contrario, las pruebas hubiesen sido relevantes y, a pesar de eso, no los hubiese presentado? Entonces quedaría expuesto que este no habría sido un litigante diligente, sino negligente.

Por tanto, que nuestro ordenamiento jurídico disponga que las pruebas de oficio solamente pueden ser utilizadas en tanto no se reemplace a las partes en su carga probatoria resulta ser un imposible o, dicho de otra manera, resulta ser una especie de *puerta sin llave*, porque otorga la posibilidad de su uso, pero, acto seguido, impide su utilización.

2) Las pruebas de oficio deben derivar de la fuente de prueba citada por las partes

De acuerdo al Art. 194 del Código Procesal Civil, se faculta la utilización de la prueba de oficio en tanto que “la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso”. Es decir, son las partes -independientemente cualquiera de las dos- quienes tienen que manifestar la fuente de prueba dentro del proceso para que, solo en ese escenario, el juez pueda hacer uso de la prueba de oficio, en caso las circunstancias así lo exijan.

En ese sentido, Picó I Junoy (1998) señala que “para que pueda atribuirse al órgano jurisdiccional la posibilidad de practicar los diversos medios probatorios, es menester que conste en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tendrá lugar la posterior actividad probatoria (así por ejemplo, la identidad del testigo que deberá declarar). A nuestro entender, solo de esa forma se evita que el juez actúe inquisitivamente o utilice su *conocimiento privado* al margen de los resultados que figuran en autos” (Núñez, 2007, pág. 27).

Al respecto, Sentís Melendo indica de forma enfática lo siguiente:

“La parte dispone de las fuentes; el juez acuerda los medios. Quiere decir que el juez no puede descubrir ni inventar fuentes; que no puede disponer medios para traer al proceso fuentes de las que no hayan dispuesto las partes. Y vamos a ver que esto se refleja con más o menos exactitud en todos los códigos procesales; ahora y siempre; y que cuando se falta a este principio y se dictan normas que parecen desconocerlo es porque no se sabe distinguir entre fuentes y medios, porque se ha sufrido alguna distracción” (Sentís Melendo, 1979, pág. 349).

Como se observa, esta limitación hace que el juez solo pueda ordenar pruebas de oficio sobre la base de la información proporcionada por las partes y que obviamente no se introdujo con ningún medio de prueba. Por lo que, recién de producirse esta circunstancia, el juez quedaría habilitado para decretar pruebas de oficio, siempre que, por lo menos una de las partes, haya mencionado la fuente de prueba.

De esta forma, se pretende evitar que los jueces puedan utilizar su conocimiento privado al margen de los resultados que aparecen o se advierten de los fundamentos de hechos. En ese sentido, se señala que el propósito de este criterio es proteger la imparcialidad del juzgador, ya que su marco de actuación se limitaría a las fuentes probatorias que son afirmados por las partes en el expediente. En ningún caso investigar nuevas fuentes.

Llegado a este punto, cabe preguntarse si esta limitación realmente resguarda el principio de imparcialidad judicial por actuar una prueba de oficio. Y la respuesta vuelve a ser una vez más negativa. Sin embargo, reconocemos que esta limitación, a diferencia de las demás, sí resulta importante y protege, al menos en cierta forma, a las partes de posibles actos autoritarios del juez, pero, a pesar de ello, tampoco resulta suficiente para salvaguardar el principio en mención.

En tal sentido, señalamos el siguiente ejemplo para que se pueda entender mejor nuestro argumento: en un proceso de indemnización la parte demandante solicita el pago de S/ 100,000.00 por daño emergente y S/ 10,000.00 por lucro cesante, sin embargo no acompaña a su demanda ninguna prueba que acredite el primer concepto, pero sí señala que, como consecuencia del evento dañoso, tuvo que pagar dicha suma de dinero por la reparación de su auto en un taller determinado. Por lo que el juez ordena que, ante la insuficiencia de pruebas y habiéndose señalado la fuente de prueba (así sea en forma implícita), se admita como prueba de oficio la exhibición del comprobante de pago efectuado al taller.

En cuanto al caso, nos hacemos las siguientes preguntas: ¿Se señaló la fuente de prueba en el proceso? Sí. ¿Eso hizo que el juez mantenga su imparcialidad al momento de ordenar la prueba de oficio? No, porque la prueba que se ordena beneficiaría exclusivamente -como es claro- al demandante, ya que de haber ejecutado las reglas de las cargas probatorias -y no la prueba de oficio- esa pretensión debería de haber sido declarada infundada.

Por tanto, aunque proteja, en cierto modo, esta limitante a las partes de la prueba de oficio, no es suficiente en absoluto para garantizarles el principio de imparcialidad judicial, porque, como hemos visto, igualmente tiende a favorecer o perjudicar a una de ellas.

3) Las pruebas deben de relacionarse con el objeto de prueba

Según el Art. 194 del CPC, se ordenarán las pruebas de oficio en tanto estas sean pertinentes y necesarias para formar convicción en el juez y poder resolver la controversia; en otras palabras, el objeto de esta atribución judicial será la de resolver los puntos controvertidos, los mismos que se determinan a partir de la afirmación y negación que sobre los hechos han formulado el demandante y el demandado, respectivamente. Sin embargo, también se podría considerar objeto de prueba, los hechos que afirma el demandante y que no han merecido negación expresa del demandado, por encontrarse, por ejemplo, en situación de rebeldía.

En ese sentido, Picó I Junoy (1998), citado por Núñez (2007) señala que “la prueba practicada por el Juez debe necesariamente limitarse a los hechos controvertidos o discutidos por las partes en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte. En consecuencia, son los litigantes quienes deben traer al proceso el material fáctico que identifica, configura y fundamenta sus respectivas pretensiones, no pudiendo el órgano jurisdiccional llevar a cabo ninguna actividad tendiente a investigar o a aportar hechos no alegados por las partes, ni fallar alterándolos, so pena de incurrir la sentencia en un vicio de incongruencia” (pág. 27).

Esta exigencia tiene total sentido, toda vez que, si la regla general consiste en que solo deben probarse los hechos que conforman el objeto de la prueba, y que el juez debe admitir aquellos medios probatorios pertinentes para tal efecto, la consecuencia lógica es que la actuación de las pruebas de oficio también deba respetar dicha regla. Por ello, consideramos que realmente no era necesario que esta limitación sea indicada de manera específica en el Art. 194° del Código Procesal Civil, pues en cualquier caso siempre le hubiera sido de aplicación dicha regla general a la prueba de oficio.

Por tanto, como se observa, esta limitación a la iniciativa probatoria judicial no guarda ninguna relación con el principio de imparcialidad, sino con que dicha medida sea congruente con el *thema probandum*. En ese sentido, no procura el cuidado de las partes ante los posibles actos autoritarios del juez, sino que se enfoca en asegurar que no se ordenen pruebas de oficio que resulten innecesarias para resolver el fondo.

4) Se debe respetar el contradictorio

El contradictorio en el ámbito probatorio permite al sujeto procesal contra quien se opone un determinado medio de prueba, gozar de la oportunidad procesal para conocerla y cuestionarla mediante su absolucón o cuestiones probatorias, en caso así lo considere.

En ese sentido, Montero Aroca (1998) indica que ello “supone, pues, que cada uno de los medios de prueba que se acuerden para mejor proveer tienen que

practicarse con contradicción plena y asumiendo las partes todas las facultades inherentes al derecho de defensa” (pág. 301). De esta manera, se busca respetar escrupulosamente el principio de contradicción y el derecho de defensa que todo litigante posee al momento de la admisión y actuación de la prueba.

Ahora bien, llevando el concepto del contradictorio de la prueba a las medidas para mejor resolver, Arazi (2001), citado por Hurtado Reyes (2018), precisa lo siguiente:

“Que el derecho de defensa tiene dos ángulos diferentes: a) la prueba que el juez ordena oficiosamente tiene que ser producida con todas las formalidades legales y con el contralor de las partes, quienes podrán ejercer las facultades inherentes a cada medio en particular; b) el juez no puede introducir una prueba en forma sorpresiva, cuando la ausencia de ella permite suponer, con fundamento, que los litigantes restringieron sus medios de ataque o de defensa sobre la base de la omisión probatoria de su contrario, y descuidaron algunas cuestiones que hubiesen sido importantes en el caso de estar debidamente probado el hecho controvertido, o no produjeron prueba que se oponga a la que, después, ordenó el juez” (pág. 429).

Por lo indicado, se aprecia que el contradictorio de la iniciativa probatoria pretende (al menos, en cierta forma) evitar su ejercicio de manera abusiva y autoritaria; otorgando la posibilidad a las partes de poder defenderse. Sin embargo, cabe decir que esta defensa en nuestro ordenamiento jurídico es limitada debido a

que si bien las partes tienen derecho a que se les corra traslado de la prueba de oficio, no tienen derecho a impugnar la resolución que ordena dicha prueba. Como se podrá ver, no sirve de mucho tener conocimiento de algo si, de estar en contra, no se tiene el derecho de impugnarla.

Ahora bien, habiendo mencionado en qué consiste el contradictorio de la prueba de oficio, vale detenernos un momento en evaluar si este derecho tiene que realizarse *ex ante* o *ex post*, es decir, si la decisión de ordenar pruebas de oficio tiene que ser comunicada a las partes antes o después de materializarse.

La doctrina que se ha pronunciado sobre esta discusión no es unánime. Solo para poner de ejemplo: Monroy Gálvez (2018) opina que el contradictorio se tiene que realizar después de haberse ordenado la prueba de oficio; pero, por otro lado, Luis Alfaro (2017) señala que el contradictorio se debe realizar antes de ordenar la prueba de oficio.

El argumento que normalmente utiliza la doctrina que defiende el contradictorio *ex post* se basa en el principio de economía y celeridad procesal en tanto señalan que someter la prueba de oficio a contradictorio antes, si quiera, de haberse ordenado su actuación no haría más que dilatar el proceso. Por otra parte, la corriente que defiende el contradictorio *ex ante* argumenta su posición señalando que no serviría de mucho para un debido proceso que se tenga por satisfecho el contradictorio solamente con el acto de notificación de la resolución que ordena la prueba de oficio, sino solamente cuando el contradictorio se realice *ex ante*, porque de esta manera podrían oponerse a ella en tanto consideren que la prueba es inútil

o improcedente, y así evitar su innecesaria actuación. En esa línea, Christian Delgado (2018) manifestó oralmente en la vista de la causa del X Pleno Casatorio Civil que el contradictorio previo permite: 1) descartar medio probatorios inútiles, mediante el dialogo y el debate. 2) esclarecer los hechos alegados por las partes.

En nuestro ordenamiento jurídico, no se ha precisado de qué modo se realizará el contradictorio, sino solamente que este debe existir. Por lo que consideramos que discrecionalmente los jueces, sobre un plano netamente legalista, podrían optar por una u otra alternativa. No obstante, en la práctica judicial no hemos visto ni si quiera que en alguna oportunidad se realice el contradictorio de la prueba de oficio ex ante, sino después de ya haberse ordenado. Lo cual, somos de la opinión, no hace más que restar aún más las garantías del derecho de defensa que tienen las partes dentro del juicio.

En resumen, tenemos que el juzgador al momento de ordenar una prueba de oficio debe correr obligatoriamente traslado de ello, sea ex ante o ex post (aunque consideramos debería ser la primera opción), a las partes para que puedan ejercer las defensas que consideren pertinentes realizar.

Pues bien, teniendo en claro el concepto del contradictorio de la prueba de oficio, corresponde ahora hacernos la siguiente pregunta: ¿esta medida coadyuva en algo a proteger la imparcialidad del juez? En definitiva, no. Esto solo asegura que las partes puedan hacer valer su derecho de defensa. Y vale resaltar que, mediante este contradictorio, como hemos visto, se ejercita una defensa de manera

menguada porque de poco o nada sirve absolver una resolución, que goza de la calidad de inimpugnable.

Prueba de lo dicho, es que también se corre traslado de las pruebas de parte (pero estas, a diferencia de las de oficio, sí son impugnables) y nadie podría pensar que, en virtud de ello, las partes (parciales por naturaleza) se vuelven un poco imparciales. Como se aprecia una cosa no guarda relación con la otra. Por tanto, el contradictorio solo sirve, aunque de manera deficiente en nuestra regulación, para proteger el derecho de defensa de las partes y no para salvaguardar la necesaria imparcialidad judicial.

3.2. La prueba de oficio y el test de ponderación

Anteriormente se ha indicado y demostrado que la prueba de oficio es inconstitucional porque infringe el derecho fundamental del debido proceso toda vez que al hacer uso de aquella medida el juez pierde su imparcialidad dentro del proceso.

Sin embargo, a pesar de ello, podría ser que esta figura procesal no debiera ser retirada del ordenamiento jurídico en tanto su utilización puede cumplir fines que justifiquen plenamente la mencionada infracción constitucional. Es decir, si bien el uso de la prueba de oficio infringe el principio de imparcialidad del juez, podría ser que su uso se vea legitimado porque mediante este se pretende alcanzar o proteger otros principios jurídicos como el de la “verdad” o “justicia”.

Esta nueva discusión realmente nos parece muy interesante por considerarla que se enmarca en un plano más sincero -y ciertamente más discutible también- que la anterior. En efecto, es meridianamente claro que la prueba de oficio afecta la imparcialidad del juez, pero reconocemos que el asunto es más *pantanos* cuando entramos al terreno de la ponderación de principios. En ese ámbito, se podría alegar -no sin argumentos (más allá de ser válidos o no)- que en determinados casos se prefiera omitir o relativizar el principio de imparcialidad a fin de hacer prevalecer otros principios jurídicos.

Al respecto, a modo de ejemplo los casos más comunes que se podrían indicar son: a) En el ámbito patrimonial, cuando se admite una prueba presentada extemporáneamente por su relevancia en el fondo del litigio a fin de emitir una sentencia que sea considerada más justa; y b) En el ámbito extra patrimonial, cuando se opta por actuar una prueba de oficio determinada con la total intención de favorecer a una de las partes, pero con la finalidad de proteger el principio de interés superior del niño.

Consideramos que, en ambos casos, nadie podría decir razonablemente que no existe una violación al principio de imparcialidad, sino que, no obstante, se prefiere incurrir en esa infracción constitucional con el objeto de pretender alcanzar una sentencia que se considere más justa.

Por esta razón, hemos creído pertinente utilizar el test de ponderación (o también llamado test de proporcionalidad) para analizar si es justificable, en primer lugar, la idoneidad; en segundo lugar, la necesidad (en caso sea idóneo) y, por

último, la proporcionalidad en sentido estricto de la prueba de oficio (en caso se haya comprobado que la medida sea idónea y necesaria). Respecto a ello, antes que nada, cabe recordar que dicho test constituye una técnica de argumentación judicial concebida por el jurista Robert Alexy para dirimir conflictos entre principios constitucionales. En ese sentido, Ricardo Guastini señala que “la ponderación consiste en establecer entre los dos principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil”; es decir, solucionar el conflicto mediante el establecimiento de una relación de valor entre los principios, donde uno de ellos debe tener mayor peso o importancia para que se justifique o no su uso.

Dicho esto, en las siguientes líneas buscaremos establecer si el espectro teleológico de la prueba de oficio respeta el test de proporcionalidad con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Esto con la finalidad de determinar si esta medida merece seguir siendo parte de nuestro ordenamiento jurídico.

3.2.1. Test de idoneidad

La idoneidad se define como la relación de causalidad que debe existir entre el medio adoptado (que, en nuestro caso, viene a ser la prueba de oficio) y la finalidad que con este se pretende alcanzar. En otras palabras, que la medida examinada en el test de ponderación contribuya directamente a proteger un derecho o un principio determinado.

Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional ha precisado que, de un lado, la finalidad que persigue la medida examinada debe ser legítima y, de otro lado, que la idoneidad de esta medida debe guardar estrecha relación con dicha finalidad, es decir que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o bien jurídico relevante¹⁹.

Por lo que se puede señalar que el juicio de idoneidad es la evaluación que busca determinar si la medida que infringe un precepto constitucional resulta pertinente o adecuado con la finalidad que pretende tutelar.

En cuanto al tema que nos convoca, la medida que infringe la constitución es la prueba de oficio, por lo que a continuación veremos si es legítima la finalidad que esta medida pretende tutelar y, en caso lo sea, si es adecuada la utilización de la prueba de oficio para alcanzar dicha finalidad (relación de causalidad). Para ello, previamente debemos recordar cuál es la finalidad de la prueba de oficio. En ese sentido, de acuerdo a lo que hemos indicado en nuestro “Capítulo I”, tenemos que las finalidades de dicha iniciativa probatoria son dos: 1) La búsqueda de la *verdad* de los hechos y 2) La igualdad.

3.2.1.1. ¿La prueba de oficio es idónea para alcanzar la verdad de los hechos?

Esta es la principal finalidad de la prueba de oficio y la única que es reconocida, aunque sea de manera tácita, por nuestro Código Procesal Civil. Y vale decir que es la más importante no solamente porque es la más recurrente y

¹⁹STC 003-2005-AI/TC.

mencionada por la doctrina, sino también por el vínculo que tiene el logro de la *verdad* con la posibilidad de poder alcanzar una sentencia más justa.

En ese sentido, autores como Luis Alfaro (2017) señalan que con la prueba de oficio se pretende “lograr precisamente la verdad de los hechos en el proceso y con ello obtener no solo la solución de la controversia en el caso concreto, sino que se realice mediante una decisión lo más justa posible” (pág. 170). En consecuencia, agrega que “se trata de una herramienta que el ordenamiento jurídico reconoce al juez, que permite proveerle la información que necesita para la confirmación de las narraciones sobre los hechos (fuentes de prueba) para superar una insuficiencia probatoria, con el ulterior propósito de alcanzar la verdad del proceso” (pág. 171).

Por su parte, Lino Palacio (2011) indica que el objetivo de la prueba de oficio “consiste en eliminar las dudas con que puede tropezar la apreciación del juez en los casos en que la prueba producida por las partes no sea lo suficientemente esclarecedora” (pág. 337). De similar opinión es Blanco Gómez (1994), para quien la medida para mejor resolver “se encamina en el proceso civil a la verificación de las cuestiones fácticas sometidas por las partes, para facilitar la decisión justa. Al mismo tiempo, convierten a la fase probatoria del proceso en una comunidad de esfuerzos” (pág. 102).

En la misma línea, el colombiano Jairo Parra (2004) indica que la iniciativa probatoria en el proceso “debe averiguar la verdad y sobre ella dictar la sentencia para que esta sea justa, pues, como es evidente, solo tal ideología legitima la

existencia de un juez interventor en el proceso, un juez con iniciativa y poderes para averiguar la verdad mediante el decreto oficioso de pruebas” (pág. 12).

Y, por último, citamos a Gaitán Guerrero (2010), quien manifiesta que “la prueba de oficio busca construir el camino más sólido para llegar a la verdad material. Pretende que el juez tenga a su disposición todos los elementos probatorios, de manera que se prueben los hechos alegados con claridad y, finalmente, la decisión se elabore sobre un acervo probatorio completo y veraz”.

Por lo expuesto, queda claro que la prueba de oficio tiene una función epistemológica en tanto pretende lograr el conocimiento de la verdad para poder obtener una sentencia más justa. La pregunta ahora es ¿realmente lo logra? ¿La prueba de oficio resulta idónea para alcanzar el fin que busca?

Nosotros consideramos que algunas veces sí lo logra, pero otras definitivamente no. Nos enfocaremos primero en la respuesta negativa. Así, el hecho de que el juez ordene una prueba de oficio no significaría necesariamente que se vaya a alcanzar una resolución más cercana a la *verdad* y la justicia. Creer que sí implicaría adoptar una tesis de que, con la iniciativa probatoria, al resolver con más pruebas, se resolvería con más probabilidades de alcanzar el conocimiento de la *verdad*. Es decir, a más pruebas más *verdad*.

Sin embargo, ello solo sería cierto en el supuesto de que las pruebas de oficio fuesen ordenadas por jueces inmaculados, irreprochables y perfectos, incapaces de cometer error alguno. Pero no solo ellos deberían tener esas

cualidades utópicas, sino también quienes pudieran intervenir en la actuación de la prueba decretada por el juez, como los peritos, testigos, terceros, entre otros.

No obstante, como es obvio, estas personas, al igual que cualquier ser humano, son susceptibles de poder equivocarse. En consecuencia, tenemos que muchas veces el resultado de la prueba de oficio no conducirá a tener un mayor conocimiento de la verdad. Pero no solo ello, sino también habrá otras veces en donde la prueba de oficio no solo no ayudaría a alcanzar la verdad, sino que, además, perjudicaría o trastocaría su obtención.

En efecto, podría suceder que, precisamente, por ordenarse oficiosamente una prueba nos alejemos de la *verdad* y, en consecuencia, se resuelva injustamente. Por ejemplo, no es poco común que en la práctica el juez ante un peritaje determinado que no le termine de causar convicción por el motivo que fuese, solicite de oficio que se nombre un perito judicial a fin de que emita otro peritaje. En este caso, es bastante habitual que el juez resuelva de conformidad a lo indicado por el perito judicial y no por el peritaje de parte; a pesar de que sean discordantes entre sí. Pero, como es posible, quizá el peritaje correcto sea el de parte y no el judicial. Por lo que, en dicha situación, por haber utilizado la prueba de oficio, se resolvería injustamente.

Y así como este se puede producir millones de casos en donde la prueba de oficio nos aleja, más bien, de la *verdad*. Por ello, consideramos que no existe una relación necesaria relación de causalidad (ni mucho menos) entre la activa

participación del juez en la aportación de pruebas y el grado de justicia en una sentencia.

Sin embargo, como hechos dicho líneas arriba, creemos que hay casos en donde la prueba de oficio puede ayudar a alcanzar la *verdad*, porque, así como las partes y los jueces se equivocan, igualmente es cierto que también pueden acertar en sus actividades procesales.

Efectivamente, debemos reconocer que en varios procesos se han podido alcanzar sentencias que reflejan de mejor manera la realidad de los hechos gracias a la utilización de la prueba de oficio. A modo de ejemplos: cuando una prueba que acredita la extinción de la obligación es admitida a trámite de oficio; cuando el juez solicita la exhibición de un informe a la PNP, el cual constituye prueba vital para acreditar la relación de causalidad en un proceso de indemnización extracontractual; cuando el juez ordena la testimonial de los colindantes de un bien en un proceso de prescripción adquisitiva de dominio. Entre otros.

Por tanto, consideramos que si bien es cierto que en muchos casos la prueba de oficio no resulta idónea para alcanzar la *verdad* en el proceso y que incluso podría ir en contra de ello; existen también otros casos en donde su utilización sí permite alcanzar dicha finalidad. En consecuencia, podríamos decir que, al menos, de manera relativa y en algunos casos, la prueba de oficio es idónea para lograr alcanzar la *verdad*.

3.2.1.2. ¿La prueba de oficio es idónea para alcanzar la igualdad de las partes?

Como hemos dicho anteriormente, esta finalidad no se encuentra (felizmente) proscrita en nuestro ordenamiento jurídico, pero igualmente hemos querido analizarla debido a que una parte importante de la doctrina hace mención de ella.

En ese sentido, incluso autores de la talla de Devis Echandía (2012) han señalado que “la facultad inquisitiva probatoria se otorga principalmente como una defensa indispensable a las partes pobres y débiles del proceso, cuyos abogados puedan incurrir en olvidos, inactividades y hasta connivencias dolosas; pero también, para los casos en que tales situaciones se presenten en los abogados de la parte rica y poderosa” (pág. 30-31). En la misma línea, Blanco Gómez (1994) manifiesta que la prueba de oficio “busca asegurar la efectiva igualdad de las partes en el proceso” (pág. 103), justificando este criterio en que “no en pocas ocasiones se ahogan justas pretensiones por tecnicismos, por deficiencias en la labor de reconstrucción de las facetas de hecho, por omisiones excusables o imperdonables o por el surgimiento de previstos (...), situaciones que convierten el proceso en una *aventura incierta*, incompatible con el fin de interés público” (pág. 103).

Asimismo, Luis Alfaro (2017) señala que “el proceso no se escapa también de ser escenario de las marcadas desigualdades económicas, porque no es extraño ver enfrentados al rico y al pobre. Mientras el primero puede proporcionarse la asistencia del competente profesional, el segundo tiene que conformarse con apoderados inexpertos, sin la debida preparación, produciéndose un evidente

desequilibrio. Esta disparidad se puede hacer menos determinante con la iniciativa probatoria del juez” (pág. 104).

Por último, Loli Romero (2018) manifiesta que “un juez consciente de las desigualdades de las partes en el acceso a las fuentes de prueba adopta medidas concretas con la finalidad de ponerlas en igualdad de condiciones (...). Por consiguiente, cuando ordena una prueba de oficio en tales circunstancias, no está vulnerando el debido proceso, sino incorporando a este una visión del principio de igualdad acorde al Estado Social de Derecho” (pág. 233).

En resumen, se podría decir que, para parte de la doctrina la prueba de oficio tiene también como finalidad equiparar la desigualdad de condiciones que pudieran tener las partes (sobre todo las técnicas y económicas), ayudando a la parte considerada “débil”, a fin de que puedan competir, digamos, en igualdad de condiciones, dentro del juicio.

Antes que nada, debemos sentar nuestra posición al respecto y señalar que esta finalidad nos parece un despropósito y además sumamente peligrosa porque, sobre la base de ello, queda más que evidente que el juez pierde imparcialidad al favorecer directamente a una de las partes. Imaginémonos por ejemplo un encuentro deportivo (adversarial) en donde el árbitro (tercero imparcial) considere favorecer a una de las partes por tener menos recursos que su contraria a fin equiparar sus condiciones. Esto, sin duda, sería una causal de severa sanción para el árbitro en mención, y debería ocurrir de igual manera lo mismo con un juez dentro un juicio.

Consideramos que lamentablemente muchas veces, sobre la base de una ideología socialista, se ha tergiversado el verdadero significado jurídico de igualdad, que no es otra cosa que “igualdad ante la ley”, por una tiránica “igualdad de condiciones”²⁰. Al respecto, uno de los principales liberales de la escuela austriaca acota que la igualdad “se limita a exigir que el procedimiento, o sea las reglas del juego por las que se fijan las posiciones relativas de los distintos individuos, sea equitativo (o por lo menos no inicuo), pero en modo alguno pretende que también sean equitativos los resultados de los particulares que se derivarán de este proceso para los distintos individuos” (Hayek, 2015, pág. 179).

En ese sentido, pretender igualar las condiciones de las partes mediante el uso de la prueba de oficio no solo infringiría la imparcialidad e imparcialidad que debe mantener siempre el juez; sino que, además, como consecuencia de lo mencionado, se produce la desigualdad entre las partes porque se favorece de manera totalmente intencional a una de ellas.

En todo caso, si, sobre la base de una política asistencialista, se pretendiese coadyuvar a la parte que, por razones económicas, religiosas, raciales, etc. pudiera verse en condiciones de muy difícil acceso a la tutela jurisdiccional, la solución no consistiría en igualar las condiciones de las dos partes²¹, sino en mejorar la de quien

²⁰ Sobre el tema, Nietzsche, como Zaratustra, señala lo siguiente: “predicadores de la igualdad: el delirio tiránico de vuestra impotencia pide a grandes voces “igualdad”; así se disfraza de virtud vuestra concupiscencia tiránica” (Nietzsche, 2018, pág. 128).

²¹ Porque la ley no debe procurar la igualdad de condiciones, “el único papel de la ley debe ser garantizar la justicia, es decir, la defensa de los derechos individuales. Y es que cuando la ley intenta imponer la fraternidad a partir de distribuciones, se convierte en algo arbitrario e injusto que conduce a la expropiación legal” (Salin, 2008, pág. 59)

se encuentra en un estado de vulnerabilidad. Y el encargado de mejorar esas condiciones, pues, claramente no puede ser el tercero imparcial encargado de resolver el conflicto, sino se deberían establecer mecanismos estatales (o privados) que permitan alcanzar dicha finalidad. Por ejemplo: la gratuidad de aranceles judiciales, el asesoramiento legal gratuito o a bajo costo, la subvención para poder actuarse determinadas pruebas complejas, entre otros.

Por lo expuesto, consideramos que el uso de la prueba de oficio no solo no sirve para procurar una igualdad de las partes ante la ley, sino, más bien, al favorecer a una de ellas directamente en perjuicio de la otra, lo que se logra es justamente lo contrario. En consecuencia, sobre este extremo, consideramos que la prueba de oficio no aprueba el test de idoneidad.

3.2.2. Test de necesidad

Siendo que después de haber sometido al test de idoneidad los principios de verdad e igualdad que pretenden ser tutelados por la prueba de oficio, y dado que solamente lo ha aprobado el primero, será únicamente aquél el que se examinará ahora en el test de necesidad.

A través de este test se busca la existencia de medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor grado respecto del medio utilizado. En otras palabras, “se trata del análisis de una relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador

y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin” (Exp. 579-2008-PA/TC).

Para ello, el test de necesidad requiere analizar dos aspectos: 1) Si existen medios alternativos cuya idoneidad sean igual o mayor al de la medida examinada y 2) Si aquellos medios alternativos son más benignos o menos gravosos que la medida en mención en relación al derecho fundamental afectado. De acuerdo a ello, si existiese medio alternativo igual o más idóneo y, a la vez, menos gravoso, la medida puesta en observación no aprobaría el test de proporcionalidad.

Entonces, analizaremos a continuación si la prueba de oficio es la medida legal necesaria para procurar lograr la *verdad* de los hechos controvertidos, en tanto no exista otro método alternativo igual o mejor y, además, menos gravoso que aquel.

Para ello, en primer lugar, debemos preguntarnos, en términos generales, ¿cuál es el método más idóneo para que se pueda alcanzar la *verdad* de los hechos controvertidos en el proceso? Sin duda, no son las pruebas de oficio, sino las pruebas aportadas por las partes, porque son ellos quienes pueden aportar los medios probatorios más idóneos a fin de alcanzar la *verdad*, en tanto tienen obviamente mayor conocimiento y cercanía a estos. No olvidemos que en la mayoría de los casos los sujetos procesales se encuentran constituidos por quienes fueron parte de la relación material o sustantiva.

En ese sentido, las partes procesales son comúnmente las protagonistas principales de los hechos y, en consecuencia, tienen conocimiento privilegiado de cómo acontecieron y cuáles son las pruebas que existen a fin de poder acreditar su ocurrencia. En dicha virtud, son ellos quienes se encuentran más aptos y, además, tienen mayor facilidad que nadie para poder confirmar sus hechos. De allí que Giuseppe Chiovenda (1925) haya señalado que “las partes son los mejores jueces de su propia defensa”.

Siendo así, entonces ¿en qué punto podría resultar más idóneo el uso de la prueba de oficio con relación a la prueba de parte? Consideramos que la respuesta reside principalmente en su flexibilidad preclutória. Mientras las pruebas aportadas por las partes tienen que ser presentadas solamente en la etapa postulatória, las pruebas de oficio pueden ser presentadas en cualquier etapa del proceso, incluso hasta en segunda instancia.

Entonces, sobre la base de ello, se puede llegar a la conclusión lógica que, mientras más flexible sea el plazo de preclusión probatoria, se podrían presentar más pruebas y, como consecuencia de ello, aumentar las probabilidades de alcanzar un mayor grado de *verdad* respecto de los hechos alegados por las partes. Consecuentemente, el juez, al no tener los plazos rígidos de aportación de prueba que sí pesan sobre las partes, tiene una mayor probabilidad de probar y, en ese sentido, de alcanzar la *verdad*.

Dicho todo esto, tenemos que las pruebas presentadas por las partes son las más idóneas para poder alcanzar la *verdad*, sin embargo estas no gozan, en

cuanto a la aportación, de un plazo de preclusión flexible que sí tienen las pruebas de oficio, lo que sin duda podría ayudar a maximizar el carácter epistemológico de la prueba. Siendo así, ¿cuál sería el medio alternativo a la prueba de oficio cuya idoneidad sea igual o mayor para poder alcanzar la verdad? Pues, conforme a lo indicado anteriormente, la prueba de parte cuyo plazo preclutorio sea flexible.

En ese sentido, nosotros consideramos -al igual que autores como Eguenia Ariano, Montero Aroca y otros juristas de ideología privatista- que resulta anti técnico que solamente las partes tengan que ofrecer sus medios probatorios al momento de demandar y contestar la demanda, cuando aún no se sabe cuál va a ser el comportamiento procesal de su adversario. Lo correcto sería que las pruebas puedan presentarse hasta después de haberse fijado el *thema probandum* (o, como se ha denominado en nuestro CPC, fijado los puntos controvertidos) a fin de que estos puedan tener conocimiento claro de cuáles son los puntos específicamente sobre los que corresponde aportar pruebas para procurar confirmar sus afirmaciones.

Por tanto, tal cual hemos manifestado, el medio más idóneo para poder alcanzar la *verdad* de los hechos afirmados por las partes son las pruebas que ellas mismas tengan a bien presentar. Pero, para poder optimizar su finalidad, se requiere que el plazo para su aportación sea flexibilizado.

Asimismo, otra alternativa que también se constituye como una más idónea que la prueba de oficio -y que ciertamente guarda relación con la preclusión flexible y prueba de parte- es la medida que consiste en otorgar el poder probatorio al juez

de indicar a las partes cuáles son los hechos que no se han acreditado suficientemente, para así reabrir un nuevo estadio, en donde estas tengan la oportunidad de probar los puntos que no hayan sido debidamente probados.

Esta medida se aplica, por ejemplo, en ordenamientos jurídicos como el español, en donde en el Art. 429° de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala lo siguiente:

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

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

Como se observa, con la participación del juez y las partes, se puede dilucidar cuáles son los hechos que necesitan probarse a fin de que estos últimos puedan aumentar, solo en esos extremos, el acervo probatorio a efectos de alcanzar mayores probabilidades de *verdad* sobre los hechos que son materia de controversia. De esta forma, se puede lograr de mejor manera la finalidad de la

prueba y sin que el juez tenga que comprometer su carácter necesario de tercero imparcial.

En efecto, de acuerdo a lo expuesto, se aprecia que ambos medios resultan ser superiores en idoneidad que la prueba de oficio para alcanzar la *verdad* y, en ese sentido, una sentencia más justa; pero no solo ello, sino que, además, estas alternativas son, por donde se le mire, menos gravosas que la prueba de oficio porque el juez en ningún caso ejerce actividades de exclusiva competencia de las partes, como la aportación de prueba (deja de ser imparcial) y tampoco favorece directamente a una de ellas (deja de ser imparcial).

Por tanto, tenemos que la prueba de oficio no supera el test de necesidad, siendo que existen medidas alternativas más idóneas que esta y que, por si fuera poco, son menos gravosas porque no se infringen con ello el principio de imparcialidad judicial y se respeta el debido proceso. Siendo así, al haberse quedado en el segundo paso del test de proporcionalidad, por un lado, resulta innecesario pronunciarnos sobre la “proporcionalidad en sentido estricto” y, por otro lado, se llega a la conclusión de que la prueba de oficio no es una medida constitucional, por lo que, en consecuencia, tendría que eliminarse su uso del Código Procesal Civil peruano.

3.3. Dilaciones y corrupción

Como es sabido por las personas que litigamos, no pocas veces sucede que las pruebas de oficio son utilizadas por los magistrados con el único objetivo de

dilatar la emisión de la sentencia, incluso a sabiendas de que su actuación no será relevante para la decisión final.

De acuerdo a nuestro Código Procesal Civil, la sentencia debe emitirse una vez que haya culminado la etapa probatoria o los alegatos, según el tipo de proceso. Sin embargo, no es novedad para nadie que, producto de diversos factores, los jueces no cumplan (o no puedan cumplir) con emitir sentencia dentro del plazo de treinta días de haber quedado expedita la causa, tal cual lo dispone el Art. 154 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. De hecho, en la realidad ocurre que el tiempo que se demoran en emitir sentencia es excesivamente mayor a este. Normalmente es entre 6 a 18 meses.

Si bien es verdad que la inobservancia de los plazos legales no impide dictar la sentencia posteriormente, sí puede llegar a implicar algún llamado de atención o una sanción más grave para el juez que no cumpla con dichos plazos²². Por tal motivo, a efectos de evitar este tipo de sanciones, varios jueces utilizan de manera recurrente la figura de la prueba de oficio con la exclusiva finalidad de dilatar el proceso porque el plazo para dictar sentencia no corre, sino hasta que su actuación se haya cumplido. Es decir, se utilizan las pruebas de oficio como una suerte de *salvavidas* que les permite a los jueces de manera ilegítima estar siempre dentro del plazo permitido para poder emitir sentencia y, de esta forma, evitan cualquier tipo de sanción en su contra. Por ello, como dice Franco Cipriani (2007), estas diligencias “no sirven tanto para llegar a la verdad, sino para tomarse un tiempo y,

²² En nuestro ordenamiento jurídico, la ODECMA -en su calidad de órgano desconcentrado de la OCMA- es quien se encarga de investigar y sancionar la conducta de los magistrados y auxiliares jurisdiccionales que según la Ley configuren supuestos de responsabilidad funcional. Dentro de esta clase de responsabilidad encontramos la de emitir pronunciamiento en plazos razonables.

como consecuencia, para desplazar aún más el baricentro del proceso de las partes (y de sus defensores) al juez” (pág. 4).

Los ejemplos de este indebido uso de la prueba de oficio son múltiples, pero lo que hemos podido observar, sobre la base de nuestra experiencia, es que la mayoría de esta actuación consiste en pruebas documentales que son requeridas mediante oficios a diversas entidades públicas (Policía Nacional del Perú, Ministerio Público y Poder Judicial, principalmente) o privadas.

Asimismo, y sin perjuicio de lo indicado, cabe mencionar que las dilaciones judiciales producto del uso de la prueba de oficio no siempre ocurren en la etapa final del proceso y tampoco realmente con la intención del juez de dilatar el proceso para evitar sanciones por responsabilidad funcional, sino también por error o ignorancia de aquél. En efecto, hay veces el juez puede tener seguramente la buena intención de actuar una prueba de oficio para alcanzar una mayor probabilidad de *verdad*, pero, a pesar de ello, terminar dilatando el proceso de manera innecesaria e incluso perjudicando a las dos partes en litigio.

Un caso de ese tipo es el registrado en el Exp. 30978-2014, sobre amparo, seguido ante el 1° Juzgado Constitucional de Lima, en donde la parte demandante solicita que se deje sin efecto algunos extremos del Acta de Sesión Extraordinaria de la Junta de Propietarios de su edificio, particularmente el que ratificaba la adquisición de la compra e instalación de dos ascensores valuados en S/ 1'400,000.00; para lo cual refieren que están siendo afectados por un Abuso de Derecho porque las demandadas se han valido de su amplia mayoría para adoptar

dicho acuerdo, a pesar de su oposición por considerarla suntuosa e innecesaria, lo que sustentan con un informe de parte. Al absolver la demanda, los demandados manifestaron que la decisión de haber adquirido nuevos ascensores era, más bien, necesaria por cuestiones de seguridad, posición que acreditan con un informe técnico de parte. Ante ello, el juzgado consideró que al existir informes discordantes correspondía a través de una medida para mejor proveer oficiar a la REPEJ a fin de que designe a un perito técnico en la materia para que, previo pago de sus honorarios, emita un informe donde determine si era necesario haber cambiado los ascensores.

Sin embargo, los ascensores a la fecha de la interposición de la demanda ya habían sido reemplazados por los nuevos, es decir, valga la obviedad, los antiguos ya no se encontraban en el edificio pues habían sido desechados. Por tal motivo, el perito al no poder tener contacto directo con el objeto materia del peritaje no podría emitir en ningún caso un informe cuyos resultados puedan resultar confiables. Sería como si un doctor pretendiese diagnosticar a su paciente sin haberlo evaluado directamente.

Ante ello, siendo que la realización del peritaje sería una pérdida de tiempo y dinero, tanto la parte demandante como la demandada interpusieron un recurso de apelación en contra de dicho auto.

Como se observa, en este caso y en muchos otros, el juez pudiendo tener seguramente la buena voluntad de alcanzar un grado mayor de *verdad* dentro del

proceso mediante el uso de la prueba de oficio, termina perjudicando en tiempo y dinero no solo a una parte, sino que incluso a las dos.

Por otro lado, tenemos el asunto de la corrupción, “un fenómeno que descompone la debida conducta individual y social transgrediendo valores éticos, morales y en muchos casos normas legales que ordenan el funcionamiento del Estado y la convivencia en sociedad” (Mejía Mori, 2001, pág. 209). Esta situación no es ajena en nuestro país y afecta diversas instituciones, entre ellas, al Poder Judicial. Tanto es así que en el año 2018 se registraron más de 27,000 denuncias por corrupción de magistrados en todo el Perú.²³

Según Beatriz Mejía (2001), existen muchas causas que pueden generar corrupción dentro del Poder Judicial, pero indicaremos solo tres que consideramos guardan relación con la prueba de oficio: los deficientes sistemas de control de la conducta funcional de jueces; los métodos inquisitivos y reservados de estilo autoritario que se aplican en los procedimientos judiciales; y la tendencia al abuso del poder por parte de los funcionarios judiciales en una cultura de corte autoritario.

En efecto, en nuestro país no existen suficientes métodos que controlen la función de los magistrados y los que existen además no son muy eficientes. A eso hay que agregarle que contamos con un código procesal de carácter prominentemente inquisitivo en el cual se otorga excesivas facultades al juez en desmedro de las partes. Sin dejar de mencionar que lamentablemente vivimos en una sociedad con una cultura poco asociada a lo ético.

²³ <https://elcomercio.pe/politica/27-mil-denuncias-corrupcion-pais-noticia-500630-noticia>.

En este contexto, consideramos que resulta una *puerta abierta* a la posibilidad de corrupción que se faculte u obligue a los jueces poder decretar pruebas de oficios, más aún si se enviste a la resolución que lo dispone con el carácter de inimpugnable. Esta combinación de prueba de oficio e inimpugnabilidad es sumamente peligrosa porque permite que el juez pueda favorecer a una de las partes y, además, que la parte perjudicada no pueda hacer nada para poder reclamar y defenderse.

Por ejemplo, no creemos que a ninguna persona le resulta imposible o improbable concebir los siguientes supuestos de corrupción:

- Una parte ha presentado una prueba fuera del plazo de ley y, ante ello, recurre al juez a fin de pedirle que la admita como prueba de oficio. El juez accede a cambio de un estipendio.
- Una parte ha presentado de manera extemporánea una prueba relevante para resolver el fondo del litigio y, ante ello, la parte contraria acude al juez a efecto de pedirle que no admita dicha prueba a través de una medida para mejor resolver a cambio de un monto de dinero. El juez accede.
- Siendo que las pruebas de oficio se ordenan y admiten sin traslado previo a las partes, estas no pueden ser objeto de cuestiones probatorias, por lo que, a sabiendas de ello, una de las partes en contubernio con el juez le pide a este que admita a trámite -mediante una medida para mejor proveer- una prueba que es falsa.

- Un demandado que pretende dilatar el proceso por cuestiones particulares (desde ganar tiempo para poder pagar una deuda hasta entorpecerlo a fin de poder evadir su obligación) pide al juez que ordene la actuación de cualquier prueba mediante una iniciativa probatoria a cambio de una suma de dinero.

Por tanto, se aprecia que la prueba de oficio por naturaleza es un método inquisitivo y autoritario, y si a eso le sumamos que es inimpugnable y tampoco se corre traslado de él a las partes previamente a su disposición, tenemos que esta figura procesal constituye un factor latente para que se puedan producir actos de corrupción en el Poder Judicial.

3.4. La flexibilización de la preclusión probatoria

La preclusión probatoria no es otra cosa que la extinción para las partes de la posibilidad de poder aportar pruebas al proceso por no haberlas realizado o haberlas realizado de manera insuficiente en la oportunidad establecida por la ley procesal.

De acuerdo a nuestro Código Procesal Civil, la oportunidad para presentar pruebas es hasta la etapa postulatoria. Veamos:

“Artículo 189.- Oportunidad. - Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código.”

Esto quiere decir que después de realizados los actos postulatorios, las partes procesales perderán el derecho de poder aportar pruebas que pudieran servir para acreditar la afirmación de sus hechos narrados, con la finalidad de hacer posible que el proceso avance en su desarrollo. En ese sentido, como regla general, el demandante y el demandado solo podrán aportar sus medios probatorios hasta la etapa postulatoria, con el objeto de poder ejercitar su derecho de defensa y, lograr, de este modo, alcanzar la verdad de sus hechos afirmados a fin causar certeza en el juzgador.

De acuerdo a ello, entrando al ámbito práctico, los medios probatorios tendrán que ser ofrecidos, en primer lugar, por el demandante en su demanda y por el demandado al contestar la misma. Y, en segundo lugar, se podrán ofrecer medios probatorios en tanto estén referidos a hechos nuevos y/o los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o reconvenir (Art. 374°, 429° y 440° del CPC). Por lo que, en caso la prueba sea presentada posteriormente o no esté dentro de dichos supuestos, esta no podrá ser admitida dentro del proceso.

Siendo así, nos hacemos la siguiente interrogante: ¿El plazo preclutorio de la prueba en mención resulta adecuado y suficiente para alcanzar la *verdad* de los hechos alegados por las partes? Damos respuesta a la pregunta hecha señalando lo siguiente:

3.4.1. La preclusión rígida es anti técnica

La regulación de las preclusiones probatorias en nuestro ordenamiento jurídico es anti técnica porque resulta inadecuado que las partes tengan el derecho

de poder aportar sus pruebas solamente en sus actos iniciales y en total desconocimiento sobre cuál va a ser, en definitiva, el *thema probandum*, pues este aún será determinado, tiempo después, en el auto que fija los puntos controvertidos del litigio.

Dentro de un escenario así, las partes se ven obligadas a tener que realizar sus actos probatorios más o menos a ciegas o, incluso, completamente a ciegas, debido a que si bien en algunos casos se puede tener cierta noción de cuáles podrían ser los puntos controvertidos que posiblemente se determinen en la etapa correspondiente, no siempre sucederá de esa forma. Y, en los supuestos en que ocurra de tal manera, definitivamente se perjudicaría el derecho de probar de las partes en tanto estos no podrían ser ejercidos de manera óptima.

Por ejemplo, en un proceso de cumplimiento contractual (pretensión principal) e indemnización (pretensión accesoría), la parte demandante acompaña a su demanda diversos y complejos medios probatorios de carácter documental para acreditar ambas pretensiones. Sin embargo, el demandado al momento de absolver su traslado reconoce que efectivamente incumplió el contrato y además se allana a esa pretensión, pero sí contradice la otra pretensión negando que dicho incumplimiento pudiera haber producido algún daño indemnizable a su contraparte.

Consecuentemente, al no existir controversia sobre el cumplimiento contractual, el juez tiene que declarar la improcedencia de todas las pruebas del demandante que estuvieran destinadas a acreditar las razones por las que se debía cumplir la pretensión principal porque ya no resultan lógicamente relevantes para

resolver los hechos controvertidos de ese proceso. ¿Cuál es el gran problema que ello ocasiona? Que el demandante gasta tiempo y dinero en vano para recopilar pruebas que finalmente serán rechazadas. Y todo esto sucede, como hemos manifestado, porque las partes ignoran *ab initio* cuáles serán los puntos controvertidos del litigio.

No obstante, por si fuera poco, este error legislativo en la regulación de las preclusiones probatorias en nuestro código adjetivo, se hace aún más evidente y peligroso al momento de tratar las declaraciones testimoniales (Art. 225° del CPC²⁴) y los peritajes (Art. 263° del CPC²⁵). Así, se exige a las partes (como si fueran una suerte de adivinos) que al ofrecer sus medios probatorios testimoniales y periciales tengan que precisar los hechos controvertidos sobre los cuales estos deban versar. De este modo, el principal perjudicado otra vez vuelve a ser el demandante porque, como se ha visto, al momento de ofrecer estas pruebas él no tiene conocimiento exacto de cuáles serán los hechos convenidos y cuáles los hechos negados (controvertidos) por el demandado.

Esto no hace otra cosa más que ocasionar que muchas veces se ofrezca una cantidad de pruebas que resultan impertinentes e inútiles (lo que, a su vez, conlleva a una pérdida de tiempo y dinero, tal cual hemos mencionado), debido a que ellas al momento de ser ofrecidas habrían tenido como objetivo acreditar hechos que finalmente nunca fueron negados.

²⁴ Art. 225.- Límites de la declaración testimonial. - “El testigo será interrogado solo sobre los hechos controvertidos especificados por el proponente”.

²⁵ Art. 263.- Requisitos. - “Al ofrecer la pericia se indicarán con claridad y precisión, los puntos sobre los cuales versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe practicarlo y el hecho controvertido que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia. Los peritos son designados por el Juez en el número que considere necesario”.

Asimismo, y, sin perjuicio de lo indicado, debemos señalar que la preclusión probatoria rígida “no solo revela un error técnico en la estructura del procedimiento, sino que, fundamentalmente, trasluce las ideas autoritarias y antiliberales que nutren al código” (Ariano, 2003, pág. 206). Efectivamente, al basarse nuestro Código Procesal Civil en fuertes influencias publicistas, hace que se reduzcan drásticamente las libertades de las partes, en este caso, a ofrecer pruebas; y, por el contrario, se dota al juez del poder de incorporar pruebas de oficio en el momento que quiera. Como diría Eugenia Ariano (2003), “extraña y peligrosa mezcla: las partes *amarradas* a preclusiones estranguladoras, por un lado y, por el otro, un juez *libre* de disponer -sin posibilidad de impugnación alguna- las pruebas necesarias para lograr su *autoconvicción*” (pág. 209).

Por tanto, consideramos que limitar el derecho de probar de las partes para que solo puedan ejercitarlo en la etapa postulatoria cuando aún no tienen conocimiento de cuáles serán los hechos controvertidos que necesitarán ser confirmados, resulta anti técnico. Y, de ninguna manera, es un paliativo a ello, otorgarle poderes probatorios al juez sin plazos de preclusión, hecho que no hace otra cosa más que empeorar la situación.

3.4.2. La preclusión rígida dificulta que se logre la verdad de la afirmación de los hechos y una sentencia justa

Conforme a nuestro marco teórico, consideramos que la finalidad de la prueba consiste en acreditar la verdad de la alegación de los hechos para causar

certeza en el juez. De acuerdo a ello, se puede señalar que la prueba es un baluarte importantísimo dentro del proceso porque mediante ella principalmente es que se logra alcanzar lo pretendido o defenderse de la pretensión. Por lo que se puede afirmar que, en buena medida, gracias a la prueba se logra hacer justicia.

En tal sentido, Michelle Taruffo señala que “una decisión será justa cuando se aplique en forma correcta la norma jurídica que regule el hecho pero, previamente, será determinante que se hayan establecido la verdad o falsedad de los enunciados por medio de las pruebas disponibles, pues de ellos dependerá la decisión del juez, la cual deberá ser coherente con los enunciados de las partes y con el resultado de las pruebas aportadas que son las que sirven de nexo con los acontecimientos del mundo real” (Giantomasi, s.f., pág. 245).

Entonces, siendo que la mejor manera de hacer justicia es mediante el establecimiento de la verdad o falsedad de los enunciados a través de la prueba, es totalmente lógico pensar que mientras más posibilidades de poder ofrecerla existan dentro del proceso (preclusión flexible probatoria), aumentarán las probabilidades de poder alcanzar un mayor grado de certidumbre y, en consecuencia, de obtener una sentencia justa.

Sin embargo, ante dicha posición, existe otra que considera más bien que debe primar la preclusión rígida en general, sobre la base de que en un régimen de preclusión flexible “la actividad procesal se desplaza sin límites a lo largo del tiempo del proceso y provoca conductas abiertamente maliciosas, a las que -a no estar previstas como tales en la norma procesal- la costumbre o práctica generalizada

las han revestido pomposamente de la calidad de *habilidades o estrategias*" (Monroy Galvez, 1996, pág. 107).

Por lo que, para evitar estas situaciones, el mismo autor señala que debe regularse la conducta procesal de las partes con su respectivo sistema de sanciones y, asimismo, asumir como requisito de admisibilidad que todos los argumentos y los medios de prueba se acompañen a las demandas, las defensas y a toda petición que exija prueba en el momento que se postulan. En otras palabras, que el ofrecimiento de pruebas ocurra solamente dentro de la etapa postulatoria.

En este contexto, se puede decir que en un sistema de preclusión flexible prima el interés de alcanzar la *verdad* y, en el otro, prima el interés en la rapidez y en la supuesta buena fe procesal. Para intentar dar una respuesta a la pregunta de qué sistema resulta mejor, consideramos importante recordar la opinión (la cual compartimos) de quien fue un distinguido profesor de la Universidad de Bari: "En un sistema procesal de preclusión flexible se arriesga, por amor a la verdad, dejar libre el campo a la táctica dilatoria; mientras, en un sistema de preclusión rígida, se arriesga por amor a la rapidez, de sacrificar la justicia" (Cipriani citado por Ariano, 2003, pág. 232).

En la misma línea, Balena (2006) señala que las preclusiones en materia de prueba son incompatibles con el debido proceso, en cuanto conducen a una banalización del proceso civil sacrificando drásticamente, sobre el altar del abstracto valor de la concentración de los juicios, el propio objetivo natural y

fundamental, y se presenta así reducido a una especie de juego, destinado a distribuir, como consecuencia de las rígidas barreras temporales de las que está diseminado “premios” o “penalidades” decisivas para el resultado de la causa, según la destreza, la habilidad o quizá la simple buena suerte de los respectivos defensores de las partes (Ariano, 2011).

Lo expuesto queda demostrado cuando se observa que, en miles de casos ocurre que, por los motivos que fuesen, las partes procesales no pueden presentar sus pruebas en los actos postulatorios; y, sobre todo, el demandado, quien, a pesar del extenso tiempo que dura un proceso judicial, solo tiene un plazo de cinco días (en sumarísimos, de ejecución y no contenciosos), diez días (en abreviados) y treinta días (en conocimiento) para poder contratar un abogado y recabar las pruebas que le pudieran ser útiles para su defensa, y así poder acompañarlas a su contestación de demanda.

En muchas ocasiones, estos plazos cortos (sobre todo el primero) hacen que el emplazado no pueda ejercer su defensa de la mejor manera ²⁶ y, como consecuencia de ello, se podrían emitir sentencias injustas solamente porque se le prohíbe de manera rígida y anti técnica la posibilidad de presentar pruebas relevantes después de los actos postulatorios.

Asimismo, cabe decir que no solo la parte demandada es quien sufre los estragos de una preclusión rígida, sino también la parte demandante porque le

²⁶ Más aún si se tiene en cuenta que varias veces las notificaciones son vistas por la parte demandada días después de haber sido dejadas bajo puerta y hasta, en ocasiones, ya después de que venciese el plazo para contestar.

podría ocurrir que presente su demanda con las pruebas (insuficientes) que tiene a la mano porque el plazo prescriptivo de su pretensión ya se encontraría próximo a vencer; o porque descubrió una prueba importantísima después de incoada la demanda y que no pueda acreditar que tomó conocimiento de ella tiempo después; o porque simplemente el abogado patrocinante tuvo el descuido de no ofrecer una prueba relevante al momento de demandar; entre tantos otros supuestos.

Sin embargo, estos supuestos que se dan todos los días en nuestro país parecen no importar al legislador ni a buena parte de la doctrina, pues si realmente se tendrían en cuenta valores como la *verdad* y la justicia, se permitiría que las partes puedan aportar medios probatorios con plazos preclutivos flexibles, a fin de que existan mayores probabilidades de poder llegar a ellos.

Por tales motivos, compartimos la opinión de Eugenia Ariano cuando manifiesta que un sistema de preclusiones rígidas tiene como consecuencia la emisión de sentencias irreversiblemente injustas. Por lo que consideramos que nuestro ordenamiento procesal debe permitir la posibilidad de que la aportación de pruebas pueda realizarse también después de la etapa de actos postulatorios.

3.4.3. La preclusión flexible como solución ante la eliminación de la prueba de oficio

Sobre la base de un sistema publicista, se considera que el juez es el principal protagonista del proceso y, en ese sentido, se le dota de diversos poderes para resolver el conflicto de intereses que fuera a ser sometido a su competencia. Y justamente uno de estos poderes que se le otorga es la prueba de oficio. Esto

con el objetivo de poder alcanzar un mayor grado de verdad dentro del proceso a fin de poder emitir una sentencia que sea considerada más justa.

Sin embargo, por los motivos que ya hemos explicado a lo largo del presente trabajo, al intentar alcanzar dicho objetivo a cualquier precio, se sacrifica algo tan valioso e irremplazable como lo es la imparcialidad del juez.

De este modo, la prueba de oficio, vista como el remedio que se busca aplicar para resolver los casos en donde hayan dudas sobre la *verdad* de los hechos termina por crear una situación en donde -como se dice coloquialmente- la *cura* termina siendo peor que la *enfermedad*.

Siendo así, y conforme hemos mencionado precedentemente al momento de tratar el “test de necesidad”, consideramos que la salida más idónea al problema de la falta de prueba dentro del proceso consiste en flexibilizar su plazo de preclusión. Dicho esto, la pregunta que cae de madura es: ¿De qué forma se tendría que realizar la flexibilización de la preclusión probatoria?

En primer lugar, consideramos que, sin perjuicio de que se puedan ofrecer pruebas al momento de demandar y contestar la demanda, su plazo preclutorio debería ser hasta unos días después de haberse fijado en el proceso los puntos controvertidos (dependiendo del tipo de procedimiento podría ser entre 3 a 10 días hábiles), pues recién en dicha etapa las partes procesales tienen conocimiento y plena certeza de cuáles serán los asuntos sobre los cuales se requerirá que se presenten las pruebas correspondientes que ayuden a acreditar sus afirmaciones.

Y, en segundo lugar, permitir legalmente la posibilidad de que cuando el juez considere que las pruebas propuestas por las partes resultan insuficientes para el esclarecimiento de las afirmaciones de los hechos expuestos, pueda comunicarles indicando la afirmación del hecho o los hechos que, de acuerdo a su parecer, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. A efecto de que ellas mismas, en caso puedan y lo estimen pertinente, dentro de un plazo determinado, ofrezcan pruebas orientadas a levantar el extremo del punto controvertido que según el juez no se encontraría debidamente confirmado. Este modelo procesal que se propone no es nuevo, sino que incluso ya tiene aplicación en la legislación comparada. Por ejemplo, en el Art. 429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

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

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

De este modo, como se observa, flexibilizando la preclusión probatoria en lugar de las iniciativas probatorias del juez, resulta ser mucho más adecuado técnica y moralmente porque se protege de mejor manera el derecho de prueba que tienen las partes dentro del proceso y, asimismo, se procura la búsqueda de la *verdad*, sin la necesidad de que el juez incurra en la pérdida de su tan importante e irremplazable imparcialidad.

Por lo expuesto, tal cual señala el título del presente trabajo, consideramos imperativo que la prueba de oficio sea eliminada de nuestro Código Procesal Civil y sea reemplazada por una preclusión flexible probatoria en los términos que se ha planteado.

CAPÍTULO IV

DISCUSIÓN

Conforme se aprecia del capítulo precedente, se ha demostrado que la utilización de la prueba de oficio es incompatible con el debido proceso porque atenta directamente en contra del principio de imparcialidad e imparcialidad del juez. En efecto, se infringe el principio de imparcialidad cada vez que un juez decide hacer uso de dicha potestad judicial porque, en ese momento, deja de ser “juez” y se convierte en “parte”, en tanto se extralimita de sus funciones naturales (realización de actos de obtención y causación) para realizar un acto procesal que es propio y exclusivo de las partes como la aportación de prueba.

Asimismo, también infringe el principio de imparcialidad pues cuando el juez utiliza la prueba de oficio para tratar de subsanar una insuficiencia probatoria favorece a la parte sobre quien recaía principalmente la carga procesal de probar su afirmación sobre un hecho determinado; lo que produce, a su vez, como contrapartida, un menoscabo en las expectativas o perspectivas procesales de la parte contraria. Es decir, al hacer uso de la iniciativa probatoria el juez se convierte en una suerte de abogado suplente de la parte que negligentemente no ejercitó la carga procesal de aportar prueba suficiente que demuestre la validez de sus alegaciones, toda vez que el juez la coadyuva a probar lo que, por el motivo que fuese, no hizo. En consecuencia, favorece indudablemente a la parte procesal que no ejercitó la carga probatoria que le correspondía en tanto la coloca en una situación jurídica mejor de la que tenía en un inicio.

En ese sentido, también se ha acreditado en el presente trabajo que los presupuestos y límites que impone el actual Art. 194° del Código Procesal Civil para que el juez pueda utilizar la prueba de oficio dentro de un proceso judicial no resultan suficientes ni adecuados para salvaguardar los principios mencionados anteriormente. Lo que no hace más que confirmar que no existe atenuante alguno que sea propicio para abrir la posibilidad del uso de la iniciativa probatoria sin dañar el principio de imparcialidad e imparcialidad judicial.

Ahora bien, sin perjuicio de ello, además se han corroborado dos hipótesis:

a) Que la prueba de oficio genera la posibilidad de que se produzcan probables dilaciones procesales y actos de corrupción, pues al ser un método autoritario e inimpugnable se generan incentivos perversos suficientes para un escenario con los elementos descritos. b) Que al ser sometida la prueba de oficio al test de proporcionalidad esta no lo supera, pues si bien se podría decir que, en cierto sentido, esta potestad del juez puede ser idónea para alcanzar la verdad de las afirmaciones de los hechos, no resulta ser de ningún modo necesaria su utilización para ello, pues consideramos que existe otra medida procesal alternativa menos gravosa e igualmente (o más) satisfactoria.

De acuerdo a lo indicado en nuestro trabajo, esta alternativa consiste en flexibilizar la rígida preclusión probatoria que regula el Código Procesal Civil peruano, pues de esta forma no solo se tendría una regulación legal más técnica, sino que además permitiría alcanzar un grado de *verdad* y justicia imposible de lograr con una preclusión rígida. Para lo cual se sugiere que el plazo para que las partes ofrezcan pruebas sea hasta unos días después de haberse fijado los puntos

controvertidos, es decir, cuando ya se tiene definido lo que tiene que ser objeto de prueba, y, además, se otorgue la capacidad al juez de comunicar a las partes las lagunas probatorias que pudieran existir para que sean las mismas partes las encargadas de ofrecer las pruebas que consideren pertinentes.

Por lo expuesto, es que consideramos que, habiéndose confirmado todas las hipótesis planteadas en el presente trabajo, la figura de la prueba de oficio debe ser sustraída del Código Procesal Civil peruano y, en su reemplazo, se flexibilice la preclusión probatoria para que las partes tengan mayores posibilidades de acreditar la afirmación de los hechos, a fin de tratar de obtener una sentencia que sea lo más justa posible.

CONCLUSIONES

1. La prueba de oficio constituye una afectación al principio de imparcialidad del juez porque siempre que es utilizada favorece a una de las partes, mientras perjudica a la contraria. Asimismo, el juez al aportar pruebas al proceso desarrolla un acto procesal que debería ser de uso exclusivo de las partes, con lo que pierde su imparcialidad.
2. La prueba de oficio no aprueba el test de proporcionalidad porque, si bien supera en parte el sub principio de idoneidad, no ocurre lo mismo con el sub principio de necesidad, toda vez que se puede alcanzar la *verdad* de los hechos de una manera más efectiva y menos gravosa: flexibilizando la preclusión probatoria.
3. La prueba de oficio permite la posibilidad de que se puedan producir actos de dilación y corrupción dentro del proceso, porque se trata de un acto de carácter autoritario, que es inimpugnable y que no se corre traslado previo de él antes de su disposición.
4. La preclusión probatoria rígida es anti técnica y dificulta la obtención de la verdad de la afirmación de los hechos y, de esa forma, pone en riesgo la posibilidad de poder obtener una sentencia justa; mientras que su flexibilización, por el contrario, coadyuva a poder alcanzarla.

RECOMENDACIÓN

La recomendación de nuestro trabajo se desprende de su propio título: eliminar la prueba de oficio por una preclusión flexible. Y, de acuerdo a ello, se sugiere modificar el Art. 194 del Código Procesal Civil por el siguiente texto²⁷:

Art. 194.- Iniciativa probatoria

“Dentro de los 30 días de concluida la etapa probatoria, cuando los medios de prueba ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar certeza en el juez de primera instancia sobre las afirmaciones de los hechos controvertidos, lo pondrá de manifiesto a las partes, por un plazo de 5 días, indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria.

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán absolver el traslado ofreciendo nuevos medios de prueba orientados a levantar la insuficiencia probatoria o cuestionando la falta de prueba señalada por el juez.

El trámite del nuevo medio de prueba se realizará conforme a las reglas generales dispuestas en el presente capítulo”.

²⁷ El cual está inspirado en el Art. 429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abel Lluch, X. (2007). Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil. En Objeto y carga de la prueba civil. Barcelona: Bosch Editor.
- Abel Lluch, X. (2012). Derecho probatorio. Madrid: Bosch Editor.
- Acosta Estevez, J. (1995). El proceso ante el Tribunal Internacional de Justicia. Barcelona: J.M. Bosch.
- Alfaro Valverde, L. (2017). La iniciativa probatoria del juez. Racionalidad de la prueba de oficio. Lima: Grijley.
- Alvarado Velloso, A. (1982). EL juez. Sus deberes y facultades. Buenos Aires: Depalma.
- Alvarado Velloso, A. (2004). Debido proceso versus pruebas de oficio. Bogotá: Temis.
- Alvarado Velloso, A. (2010). El garantismo procesal. Arequipa: Adrus.
- Alvarado Velloso, A. (2010). Lecciones de derecho procesal civil. Buenos Aires: La Ley.
- Alzamora Valdez, M. (1981). Derecho procesal civil. Teoría general del proceso. Lima: Ediciones Peruanas.
- Ariano, E. (2003). Prueba de oficio y preclusión. En Problemas del proceso civil. Lima: Jurista Editores.
- Benaventos, O. (2005). Teoría General del Proceso, Tomo II. Rosario: Juris.
- Blanco Gómez, J. L. (1994). Sistema dispositivo y prueba de oficio. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Calvinho, G. (2016). Carga de la prueba. Buenos Aires: Astrea.
- Canelo, R. (2017). La prueba en el Derecho Procesal. Lima: Grijley.
- Carnelutti, F. (2018). La prueba civil. Buenos Aires: Ara Editores.

- Cavero, H. (2009). El garantismo y el profesor James Goldschidt: vigencia de un pensamiento viejo y bueno, o vigencia del pensamiento de un viejo bueno. En Ensayos de Teoría General del Proceso. Lima: Jurivec.
- Chiovenda. (1922). Principios de Derecho Procesal Civil (Tomo II, Vol. I). Madrid: Instituto Editorial Reus.
- Chiovenda, G. (1954). Instituciones de derecho procesal civil (Vol. I). Madrid: Editorial Revista de derecho privado.
- Chocano Núñez, P. (2008). Derecho probatorio y derechos humanos. Lima: Editorial Moreno.
- Couture, E. (1958). Fundamentos del derecho procesal civil. Buenos Aires: Depalma.
- Cruz Arenhart, S. (2015). Todavía sobre la verdad en el proceso civil. En Prueba y proceso civil. Lima: Instituto Pacífico.
- Devis Echandía, H. (2012). Compendio de derecho procesal - Pruebas judiciales (Vol. Tomo II). Bogotá: Temis.
- Devis Echandía, H. (2018). Teoría General del Proceso. Bogotá: Temis.
- Ferrer Beltrán, J. (2005). Prueba y verdad en el derecho. Barcelona: Editorial Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2005). Prueba y verdad. Madrid: Marcial Pons.
- García-Cuerva, S. (2007). Las reglas generales del onus probandi. En Objeto y carga de la prueba. Madrid: Bosch Editor.
- Gascón, M. (2004). La prueba de los hechos. Madrid: Marcial Pons.
- Goldschmidt, J. (1936). Derecho Procesal Civil. Barcelona: Editorial Labor.
- Goldschmidt, J. (1936). Teoría general del proceso. Barcelona: Editorial Labor.

- González Linares, N. (2014). Lecciones de derecho procesal civil. Lima: Jurista Editores.
- Gozaíni, A. (1997). La prueba en el proceso civil peruano. Trujillo: Normas Legales.
- Gozaíni, O. (2004). El debido proceso. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.
- Gozaíni, O. (2015). Garantías, principios y reglas del proceso civil. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Hayek, F. (2015). Nuevos estudios de filosofía, política, economía e historia de las ideas. Madrid: Unión Editorial.
- Hinostroza Minguez, A. (2010). Derecho procesal civil. Lima: Jurista Editores.
- Hurtado Reyes, M. (2009). Fundamentos de derecho procesal civil. Lima: Idemsa.
- Knijnik, D. (2015). Las (peligrosísimas) doctrinas de la "carga dinámica de la prueba" y de la "situación de sentido común" como instrumentos para superar el acceso a la justicia y superar la "probatio diabolica". En Prueba y proceso judicial. Lima: Instituto Pacífico.
- Ledesma, M. (2009). Comentarios al Código Procesal Civil (Tomo I). Lima: Gaceta Jurídica.
- Ledesma, M. (2015). Comentarios al Código Procesal Civil (Tomo I). Lima: Gaceta Jurídica.
- Liebman, E. T. (1980). Manual de derecho procesal civil. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Martell Chang, R. (2015). Pruebas de oficio en el proceso civil. Lima: Instituto Pacífico.
- Masciotra, M. (2014). La prueba en el proceso civil: su finalidad. Lima: Ara Editores.
- Monroy Galvez, J. (1996). Introducción al proceso civil. Bogotá: Temis.
- Monroy Gálvez, J. (2017). Teoría general del proceso. Lima: Communitas.

- Monteleone, G. (2005). El actual debate sobre las "orientaciones publicísticas" del Proceso Civil. En Proceso Civil e Ideología. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Montero Aroca, J. (1998). La prueba en el proceso civil (2° ed.). Madrid: Civitas.
- Montero Aroca, J. (2012). Proceso Civil e Ideología. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Nietzsche, F. (2018). Así habló Zaratustra. Madrid: Evergreen.
- Oré Guardia, A. (2016). Derecho procesal penal peruano. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal. Gaceta Jurídica.
- Palacio, L. E. (2011). Manual de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Parra Quijano, J. (1997). Manual de derecho probatorio. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Parra Quijano, J. (2004). Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio. Bogotá: Temis.
- Pazos Méndez, S. (2007). Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil. En Objeto y carga de la prueba. Madrid: Bosch Editor.
- Perla, E. (1987). Juicio ordinario. Lima: Eddili.
- Proto Pisani, A. (2018). Lecciones de derecho procesal civil. Lima: Palestra.
- Rioja Bermúdez, A. (2016). Medios probatorios. En Código Procesal Civil Comentado, tomo II. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rodríguez Domínguez, E. (2005). Manual de Derecho Procesal Civil. Lima: Grijley.
- Rosenberg, L. (2007). Tratado de derecho procesal civil (Vol. Tomo II). Lima: Ara Editores.
- Salin, P. (2008). Liberalismo. Madrid: Editorial Unión.

- Sentís Melendo, S. (1979). *La Prueba*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Serra Domínguez, M. (2009). *Estudios de derecho probatorio*. Lima: Communitas.
- Sumaria, O. (2018). *Teoría de la prueba*. Lima: Instituto Pacífico.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad*. Madrid: Marcial Pons.
- Torres Vásquez, A. (2006). *Introducción al derecho*. Lima: Editorial Moreno.
- Uriarte, A. (2007). *La inversión de la carga de la prueba*. En *Objeto y carga de la prueba civil*. Madrid: Bosch.
- Velásquez Meléndez, R. (2016). *Medios probatorios*. En *Código Procesal Civil Comentado*. Lima: Gaceta Jurídica.

REFERENCIAS HEMEROGRÁFICAS

- Arruiz, S. (2016). *Análisis económico de la prueba de oficio*. *The Latin American and Journal of Law and Economics*.
- Bustamante Alarcón, R. (2013). *El derecho fundamental a probar y su contenido esencial*. *Ius et Veritas*.
- Ferrer Beltrán, J. (2017). *Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso*. *Revista de la Maestría de Derecho Procesal de la PUCP*.
- Gaitán, L. (2010). *La prueba de oficio en el proceso civil: ¿Imparcialidad del juez e igualdad de las partes?* *Revista de Derecho Privado* N° 43.
- Gandulfo, E. (2009). *Sobre preclusiones procesales en el derecho chileno en tiempo de reformas. Ensayo de una teoría general desde un enfoque valorativo jurídico*. *Ius et Praxis*.

- Masciotra, M. (2015). Los poderes-deberes del juez en el proceso civil. Revista Jurídica Primera Instancia .
- Mejía Mori, B. (2001). Corrupción judicial en Perú: causas, formas y alternativas. Derecho & Sociedad.
- Núñez, S. (2007). La prueba de oficio en el proceso laboral. Vox Juris.
- Parra Quijano, J. (2006). Los regímenes probatorios. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, V. I.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

- Ariano Deho, E. (2011). Hacia un proceso civil flexible: crítica a las preclusiones rígidas del Código Procesal Peruano de 1993 (Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú). Recuperado de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/4673>.
- Cipriani, Franco (2007). El autoritarismo procesal (Y las pruebas documentales). Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200003.
- Farías Soto, J. (2009). La imparcialidad del juzgador. Recuperado de https://www.academia.edu/14408993/La_Imparcialidad_del_Juzgador.
- Giantomasi, F. (s.f.). Juez y parte: análisis de la medida para mejor proveer a la luz del principio dispositivo. Recuperado de http://sedici.unlp.edu.ar/http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/63442/Documento_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Hurtado Reyes, M. (2018). La prueba de oficio a partir de la modificatoria del artículo 194° del Código Procesal Civil. Recuperado de

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/284e8a0042eff9a28bdfbfd49215945d/17.+La+prueba+de+oficio.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=284e8a0042eff9a28bdfbfd49215945d>.

Loli Romero, R. A. (2018). La prueba de oficio y su compatibilización con el debido proceso en el marco de la promoción de la modernidad y celeridad procesal (Tesis de maestría, Universidad Santiago Antúnez de Mayolo). Recuperado de <http://repositorio.unasam.edu.pe/handle/UNASAM/2756>.

Loutayf, R., & Solá, E. (s.f.). Principio de igualdad procesal en materia probatoria. Recuperado de <https://www.acaderc.org.ar/http://secretarias.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/principio-de-igualdad-procesal-en-materia-probatoria>.

Obando Blanco, V. R. (2010). Proceso civil y el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva (Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos). Recuperado de [https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibVirtualData/Tesis%20para%20marcaci%C3%B3n%20\(para%20Inform%C3%A1tica\)/2010/obando_bv/obando_bv.pdf](https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibVirtualData/Tesis%20para%20marcaci%C3%B3n%20(para%20Inform%C3%A1tica)/2010/obando_bv/obando_bv.pdf).

Vallines García, E. (2016). Preclusión, cosa juzgada y seguridad jurídica: a vueltas con el artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Recuperado de <https://eprints.ucm.es/48150/>.