

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SANTA
FACULTAD DE EDUCACIÓN Y HUMANIDADES
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**



**“SISTEMATIZACIÓN DE LA IMPLICANCIA DEL PRINCIPIO
DE AUDIENCIA EN LA PRUEBA DE OFICIO PARA
MEJORAR EL PROCESO CIVIL PERUANO”**

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADA**

TESISTAS:

- **Br. ANGHELA LIZBETH URIBE CHÁVEZ**
- **Br. LIZZET ANAIZ VALDERRAMA PÉREZ**

ASESOR:

- **Dr. NOEL OBDULIO VILLANUEVA CONTRERAS**

Chimbote, Perú

2017

HOJA DE CONFORMIDAD DEL ASESOR

La presente tesis titulada “Sistematización de la implicancia del principio de audiencia en la prueba de oficio para mejorar el proceso civil peruano”, ha sido elaborada según el Reglamento para obtener el Título Profesional de Abogado, mediante la modalidad de Tesis, por tal motivo firmo el presente trabajo en calidad de asesor, designado mediante Resolución Decanal N°183-2016-UNS-DEFH de fecha 26 de julio del 2016.



Dr. NOEL OBDULIO VILLANUEVA CONTRERAS
ASESOR


HOJA DE CONFORMIDAD DEL JURADO

Terminada la sustentación de la tesis titulada: "Sistematización de la implicancia del principio de audiencia en la prueba de oficio para mejorar el proceso civil peruano". Se considera aprobadas a las Bachilleres: Anghela Lizbeth Uribe Chávez con código 201035036, y Lizzet Anaiz Valderrama Pérez con código 201035033.

Revisado y aprobado, por el jurado evaluador designado mediante Resolución N°017-2017-UNS-CCFEH de fecha 28 de junio del 2017.



Dr. NOEL ABDULLIO VILLANUEVA CONTRERAS
Presidente



Ms. JUAN CARLOS DÍAZ COLCHADO
Integrante



Ms. OSWALDO PABLO LARA RIVERA
Integrante

DEDICTORIA

Con inmenso cariño a mis padres Angel y Kelly, y a mi familia Chávez, por su apoyo incondicional e infinito amor, y por ser mi motor para seguir adelante.

Anghela

A Dios, mis padres Simón y Elsa, y mis hermanos, por ser mi sostén, mi ayuda y por su amor incondicional, quienes con su enseñanza y dedicación forjaron mi educación y los valores que me sustentan.

Lizzet

AGRADECIMIENTO

A nuestro estimado asesor y maestro: Dr. Noel Villanueva Contreras, por su gran vocación académica, impulsor de la investigación, y por sus sabios consejos para con nosotras todos los días.

A nuestros docentes, y en especial al Dr. Luis Alfaro Valverde por la información brindada, y a los compañeros de estudio de la Primera Promoción de la E.P. Derecho y Ciencias Políticas, por las reflexiones jurídicas compartidas en clase.

A nuestra alma mater, Universidad Nacional del Santa, por nuestra formación profesional y humana.

Eternamente agradecidas

PRESENTACIÓN

Señores miembros del jurado:

En cumplimiento a las disposiciones legales vigentes en el Reglamento General para obtener el grado académico de Bachiller y el título profesional en la Universidad Nacional del Santa y las disposiciones normativas contenidas en el Currículo de la Escuela Profesional de Derecho y Ciencias Políticas adscrita a la Facultad de Educación y Humanidades, presentamos a vuestra disposición la tesis titulada: “Sistematización de la implicancia del principio de audiencia en la prueba de oficio para mejorar el proceso civil peruano”, con el fin de optar por el título profesional de Abogado.

La presente investigación es producto de las reflexiones realizadas en aulas a nuestra legislación procesal civil, y contrastación con la falta de uniformidad en la jurisprudencia, hallándose la deficiencia legislativa, y controversia doctrinal frente a la prueba de oficio, ante lo cual proponemos un proyecto de ley para promover el contradictorio, conforme al principio de audiencia, principio procesal, vista con el nuevo paradigma de la constitucionalización del proceso, no sólo procesal sino también constitucional, el cual permite justificar y controlar a la prueba de oficio.

Las autoras

INDICE GENERAL

HOJA DE CONFORMIDAD DEL ASESOR	ii
HOJA DE CONFORMIDAD DEL JURADO	iii
DEDICTORIO	iv
AGRADECIMIENTO	v
PRESENTACIÓN	vi
INDICE GENERAL	vii
INDICE DE FIGURAS	xii
INDICE DE ANEXOS	xiii
RESUMEN	xiv
ABSTRACT	xv
I. INTRODUCCION	1
1.1. Planteamiento del problema	1
1.1.1. Objeto de la investigación	1
1.1.2. Antecedentes y justificación de la investigación	1
1.2. Enunciado del problema	11
1.3. Hipótesis	12
1.4. Los objetivos	12
1.4.1. Objetivo general	12
1.4.2. Objetivos específicos	12
1.5. Variables	13
1.6. Estructura del trabajo	13
1.7. Breve referencia de los métodos empleados	14
1.8. Breve descripción a la bibliografía empleada	15
II. MARCO TEÓRICO	16
CAPITULO I: EL SISTEMA PROCESAL CIVIL	16
1.1. Los sistemas jurídicos	17
1.1.1. Sistema common law	20
1.1.2. Sistema Civil Law	24
1.2. Sistemas procesales	27
1.2.1. Sistema privatístico o dispositivo	30
a) Derecho Procesal Dispositivo	34
b) Derecho procesal civil	35
1.2.2. Sistema publicístico o inquisitivo	36
a) Derecho procesal publicístico	40

**SISTEMATIZACIÓN DE LA IMPLICANCIA DEL PRINCIPIO DE AUDIENCIA EN LA PRUEBA
DE OFICIO PARA MEJORAR EL PROCESO CIVIL PERUANO**

1.2.3.	Diferencia entre los sistemas privatístico y publicístico	41
1.3.	Sistema procesal civil peruano	44
1.3.1.	El código de enjuiciamientos en materia civil de 1852	45
1.3.2.	El código de procedimientos civiles de 1912	45
1.3.3.	El código procesal civil de 1993	45
1.4.	El constitucionalismo del proceso civil	49
1.4.1.	El nuevo paradigma de la constitucionalización del proceso	50
a)	La constitucionalización del derecho peruano	50
b)	La constitucionalización del Derecho Procesal Civil	54
1.5.	Los principios procesales	58
1.5.1.	Principio de la exclusividad y obligatoriedad de la función jurisdiccional	59
1.5.2.	Principio de la independencia de los órganos jurisdiccionales	60
1.5.3.	Imparcialidad de los órganos jurisdiccionales	61
1.5.4.	Principio de contradicción o audiencia bilateral	62
1.5.5.	Principio de Publicidad	63
1.5.6.	Principio de obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la ley	64
1.5.7.	Principio de motivación de las resoluciones judiciales	64
1.5.8.	Cosa juzgada	65
CAPITULO II: LA PRUEBA		67
2.1.	Concepto de prueba	67
2.2.	Contenido esencial del derecho a probar	71
2.2.1.	El derecho a ofrecer medios de prueba	73
2.2.2.	El derecho a la admisión de la prueba	73
2.2.3.	El derecho a la actuación de la prueba	74
2.2.4.	El derecho a la valoración de la prueba	75
2.3.	Naturaleza de la prueba	76
2.4.	Finalidad de la prueba	78
2.5.	Los hechos como objeto de prueba	81
2.5.1.	Hechos exentos de prueba	82
a)	Hechos admitidos por ambas partes	83
b)	Hechos presumidos por la ley	84
c)	Hechos evidentes	86
d)	Hechos notorios	86
e)	Hechos normales	87
f)	Hechos imposibles	88
2.6.	Principios generales de la prueba	89

SISTEMATIZACIÓN DE LA IMPLICANCIA DEL PRINCIPIO DE AUDIENCIA EN LA PRUEBA DE OFICIO PARA MEJORAR EL PROCESO CIVIL PERUANO

2.6.1.	Principio de la necesidad de la prueba	89
2.6.2.	Principio de la prohibición de aplicar el conocimiento derivado del juez sobre los hechos	91
2.6.3.	Principio de la adquisición de la prueba	92
2.6.4.	Principio de igualdad de oportunidades para la prueba	93
2.6.5.	Principio de publicidad de la prueba	94
2.6.6.	Principios de dirección e intermediación del juez en la producción de la prueba	94
2.6.7.	Principio de contradicción de la prueba	96
2.7.	Requisitos de la prueba	97
2.7.1.	La pertinencia de la prueba	97
2.7.2.	La utilidad de la prueba	98
2.7.3.	La conducencia de la prueba	98
2.7.4.	La licitud de la prueba	99
2.8.	Oportunidad de la prueba	99
2.9.	La carga de la prueba	101
2.10.	Valoración de la prueba	104
2.10.1.	Los sistemas de valoración de la prueba	105
a)	El sistema de la prueba legal o tasada	106
b)	El sistema de libre valoración de la prueba	106
c)	Sistema adoptado en nuestro ordenamiento jurídico	107
2.10.2.	Criterios de la valoración de la prueba	108
a)	Las reglas de la sana crítica	108
b)	Las reglas de la lógica	108
c)	Las reglas de la experiencia	109
d)	La libre convicción	110
CAPITULO III EL PRINCIPIO DE AUDIENCIA Y SU IMPLICANCIA EN LA PRUEBA DE OFICIO		112
3.1.	Concepto de la prueba de oficio	112
3.2.	La prueba de oficio en el Código Procesal Civil	115
3.2.1.	Modificatoria de la prueba de oficio en la Ley N°30293	120
3.3.	La prueba de oficio en el derecho comparado	124
3.1.1.	En Latinoamérica	125
a)	Bolivia	124
b)	Uruguay	125
c)	Argentina	126

SISTEMATIZACIÓN DE LA IMPLICANCIA DEL PRINCIPIO DE AUDIENCIA EN LA PRUEBA DE OFICIO PARA MEJORAR EL PROCESO CIVIL PERUANO

d)	Chile-----	128
3.1.1.	En los ordenamientos jurídicos continentales-----	132
a)	Alemania-----	131
b)	Inglaterra-----	133
c)	España-----	134
3.4.	Problemáticas de la prueba de oficio a nivel doctrinal y jurisprudencial-----	136
3.4.1.	La prueba de oficio como excepción a la carga de la prueba-----	136
3.4.2.	La prueba de oficio complementa o sustituye los medios probatorios ofrecidos por las partes-----	144
3.4.3.	La prueba de oficio debe decretarse indicando con precisión cuales son los medios probatorios admitidos en resolución motivada, con conocimiento de las partes, respetando su derecho de defensa-----	149
a)	Debe indicarse con precisión cuales son los medios probatorios admitidos-----	149
b)	Las resoluciones que admiten medios probatorios de oficio deben ser debidamente motivadas y notificadas a las partes-----	150
c)	La admisión de los medios probatorios de oficio debe ser con conocimiento de las partes, respetando su derecho de defensa-----	155
3.4.4.	Los jueces de apelación pueden admitir medios probatorios de oficio-----	158
3.4.5.	La prueba de oficio no es una facultad discrecional ni tampoco una obligación o imperativo-----	160
3.4.6.	La fuente de prueba debe ser citada por las partes-----	164
3.4.7.	El juez deberá asegurarles el derecho de contradicción-----	165
3.4.8.	La prueba de oficio vulnera o no la imparcialidad del juez-----	167
3.4.9.	La prueba de oficio debería ser impugnable-----	169
4.	El principio de audiencia-----	171
4.1.	El principio de bilateralidad-----	172
4.2.	El derecho de contradicción o contradictorio-----	173
4.3.	Una nueva visión del principio de audiencia-----	175
4.4.	Un nuevo concepto del principio de audiencia como condición sine qua non del derecho de defensa-----	177
4.5.	El principio de audiencia en el derecho comparado-----	180
4.5.1.	Alemania-----	180
4.5.2.	Italia-----	181
4.5.3.	Francia-----	181
4.6.	Influencia del principio de audiencia en los institutos procesales-----	183
4.6.1.	En las medidas cautelares-----	183
4.6.2.	En el iura novit curia-----	185
5.	El principio de audiencia y su implicancia en la prueba de oficio-----	186

**SISTEMATIZACIÓN DE LA IMPLICANCIA DEL PRINCIPIO DE AUDIENCIA EN LA PRUEBA
DE OFICIO PARA MEJORAR EL PROCESO CIVIL PERUANO**

5.1.	El principio de audiencia como justificación a la aplicación de la prueba de oficio	189
5.2.	El principio de audiencia como principio control de la prueba de oficio	191
5.2.1.	El juez es imparcial - objetivo resolviendo casos, si el medio probatorio de oficio se delimita en el objeto litigioso del proceso fijado por las partes	192
5.2.2.	El juez es competente resolviendo casos, si los medios probatorios de oficio son analizados según el principio de audiencia y sus plazos respectivos	195
5.2.3.	El juez respeta el Estado Constitucional, si los medios probatorios de oficio se incorporan conforme a la valoración racional de la prueba	198
III.	MATERIALES Y MÉTODOS	205
1.	Tipo de investigación	205
2.	Diseño de contrastación	206
3.	Población y muestra	206
4.	Metodología de la investigación (métodos y materiales)	207
5.	Técnicas e instrumentos de recolección de datos	208
5.1.	Técnicas	208
5.2.	Instrumentos	208
5.2.1.	Técnicas de procesamiento y análisis de datos	209
5.2.3.	Procedimientos para la recolección de datos	209
VI.	RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	211
	RESULTADO N° 1	211
	DISCUSIÓN DE RESULTADO N° 1	211
	RESULTADO N° 2	214
	DISCUSIÓN DE RESULTADO N° 2	214
	DISCUSIÓN DE RESULTADO N° 3	217
	RESULTADO N° 4	224
	DISCUSION DE RESULTADO N° 4	224
VII.	CONCLUSIONES	228
VIII.	RECOMENDACIONES	230
8.1.	Proyecto de ley	230
IX.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	239
X.	ANEXO	263

INDICE DE FIGURAS

Figura 1. Aplicación de la prueba de oficio-----	267
Figura 2. Rebeldía en la prueba de oficio-----	267
Figura 3. Oportunidad de la prueba de oficio-----	268
Figura 4. Resolución de la prueba de oficio-----	268
Figura 5. Notificación de la prueba de oficio-----	269
Figura 6. Impugnación de la prueba de oficio-----	269
Figura 7. Audiencia previa a la actuación de la prueba de oficio-----	270
Figura 8. Influencia del principio de audiencia en la prueba de oficio-----	270
Figura 9. La prueba de oficio en segunda instancia-----	271
Figura 10. Publicidad del proceso-----	271
Figura 11. Rebeldía en la prueba de oficio-----	272
Figura 12. Resolución de la prueba de oficio-----	272
Figura 13. Oportunidad de la prueba de oficio-----	273
Figura 14. Resolución de la prueba de oficio-----	273
Figura 15. Notificación de la prueba de oficio-----	274
Figura 16. Impugnación de la prueba de oficio-----	274
Figura 17. Audiencia previa a la actuación de la prueba de oficio-----	275
Figura 18. Influencia del principio de audiencia en la prueba de oficio-----	275
Figura 19. La prueba de oficio en segunda instancia-----	276
Figura 20. Publicidad del proceso-----	276

INDICE DE ANEXOS

ANEXO 1. Guía de Encuesta a abogados del Colegio de Abogados del Santa	-----260
ANEXO 2. Guía de Encuesta a jueces de la Corte Superior de Justicia del Santa	-262
ANEXO 3. Gráfico de Resultados de Encuesta a Abogados	-----267
ANEXO 4. Gráfico de Resultados de Encuesta a Magistrados	-----272
ANEXO 5. Expediente N° 01372-2014-0-2501-JP-FC	-----277
ANEXO 6. Expediente N° 001280-2013-0-2501-JR-CI-03	-----286
ANEXO 7. Expediente N° 00437-2013-0-2501-JP-CI-04	-----288

RESUMEN

La presente investigación tiene por objetivo sistematizar la implicancia del principio de audiencia en la prueba de oficio y elaborar una propuesta legislativa para mejorar el proceso civil peruano.

El diseño de investigación que se empleó fue descriptiva – propositiva, el tipo de investigación según la profundidad es descriptiva y su enfoque es predominantemente cualitativo, y la metodología de investigación jurídica empleada fue el método dogmático y sistemático, y las técnicas usadas fueron el análisis documental de las sentencias, fichaje y encuesta aplicada a los operadores jurídicos (magistrados y abogados) del distrito judicial Santa.

Los resultados obtenidos a partir del análisis doctrinal y jurisprudencial es que surge un nuevo concepto del principio de audiencia considerado como la condición *sine qua non* del derecho de defensa conforme a un debido proceso y tutela jurisdiccional, y la necesidad de implementar una audiencia previa a la actuación de la prueba de oficio, y de esta manera determinar a un juez imparcial-objetivo resolviendo casos, si los medios probatorios de oficio se delimitan en el objeto litigioso del proceso fijado por las partes, son analizados según el principio de audiencia y sus plazos respectivos, y se incorporan conforme a la valoración racional de la prueba.

Palabras claves: sistemas procesales, nuevo paradigma de la constitucionalización del proceso, prueba de oficio, principio de audiencia.

ABSTRACT

The present research aims to systematize the implication of the principle of hearing in the ex officio test and to prepare a legislative proposal to improve the Peruvian civil process.

The research design used was descriptive - propositive, the type of research according to the depth is descriptive and its approach is predominantly qualitative, and the methodology of legal research used was the dogmatic and systematic method, and the techniques used were documentary analysis Of the judgments, transfer and survey applied to the legal operators (magistrates and lawyers) of the Santa judicial district.

The results obtained from the doctrinal and jurisprudential analysis is that a new concept emerges from the principle of hearing considered as the sine qua non condition of the right to defense according to due process and jurisdictional tutelage, and the need to implement a hearing prior to the And in this way determine an impartial-objective judge resolving cases, if the probative means of ex officio delineated in the subject matter of the process set by the parties, are analyzed according to the principle of hearing and its deadlines Respective, and are incorporated according to the rational evaluation of the test.

Key words: procedural systems, new paradigm of the constitutionalisation of the process, proof of office, principle of hearing.

I. INTRODUCCION

1.1. Planteamiento del problema

1.1.1. Objeto de la investigación.

La presente investigación versa sobre la Sistematización del Principio de audiencia en la prueba de oficio para mejorar el proceso civil peruano.

1.1.2. Antecedentes y justificación de la investigación.

Los ordenamientos jurídicos procesales básicos que dieron inicio al Derecho Procesal Civil, fueron el Sistema Common Law (formado por las decisiones basadas en las costumbres de los reinos anglosajones), y el Sistema Civil Law (se basa en códigos legales escritos); de los cuales, el Estado Peruano, ha acogido una posición mixta, es decir tanto del Sistema Civil Law, al codificar todas sus normas en textos legales orgánicos; y del Sistema Common Law, al establecerse plenos casatorios civiles de carácter vinculante. Asimismo, es necesario señalar que nuestro Código Procesal Civil establece en el artículo III del Título Preliminar, dos fines del proceso, una finalidad concreta que es resolver un conflicto de interés o eliminar una incertidumbre, ambas de relevancia jurídica, expresión de la posición del Sistema Procesal Privatístico o Dispositivo; y una finalidad abstracta que es lograr la paz social en justicia, la cual demuestra una posición del Sistema Publicístico o Inquisitivo. Siendo a partir de ello que tomemos la posición mayoritaria de la doctrina considerando que el Sistema Procesal Civil Peruano se encuentra en un Sistema Procesal Mixto, al tener un fin privado y un fin público.

Sin embargo en nuestro sistema procesal civil peruano, encontramos una temática controversial en el ámbito de la doctrina, la jurisprudencia, y deficiencia en la normatividad actual, y es respecto a la prueba de oficio conforme al artículo 194 del Código Procesal Civil, o también llamada en el derecho comparado como facultad del juez, diligencias para mejor proveer, y necesidad de providencia probatoria.

Al respecto, existen dos posiciones en la doctrina, los que consideran que la aplicación de la prueba de oficio vulnera el derecho de defensa, la imparcialidad del juez, el contradictorio, y por ende el principio de audiencia; en contrario a la posición moderna que considera indispensable su aplicación para cumplir con la finalidad de la búsqueda de la verdad, siendo el juez el director del proceso, quienes defienden esta posición tenemos a Quevedo (1996), Abanto (2007), Lama (2006), entre otros.

Frente a ello, las investigadoras amparan una posición basadas desde el nuevo paradigma de la constitucionalización del proceso hacia una nueva visión del principio de audiencia; es decir, teniendo ahora un fundamento constitucional, antes conocida sólo por la bilateralidad entre las partes, ahora ya en una concepción de “coparticipación” (Alfaro, 2014) que permite la participación del juez y las partes, a la vez que se exige que en toda acto procesal previamente se haya escuchado a las partes, descartando las decisiones sorpresas (p.98). Ubicándonos así en una posición eclética, al considerar que es el principio de audiencia, el cual justifica y controla a la prueba de oficio, para un equilibrio entre el poderes del juez y los derechos fundamentales de las partes.

Por lo que resulta necesario preguntarnos ¿se puede expresar la constitucionalización del proceso en el principio de audiencia?, ¿existe influencia del principio de audiencia en las figuras procesales?, ¿la prueba de oficio vulnera el derecho de

defensa de las partes, el contradictorio y por ende al principio de audiencia?, ¿al crearse un nuevo concepto del principio de audiencia se explica la existencia de la prueba de oficio?, ¿el principio de audiencia limita la aplicación de la prueba de oficio?, ¿es necesario una audiencia previa para controlar la aplicación de la prueba de oficio?

Mediante el presente informe pretendemos explicar que el principio de audiencia, como principio procesal ha evolucionado de ser un principio de carácter formal, a configurar ser un principio constitucional, influyendo en distintos institutos procesales; tal es el caso de la prueba de oficio, el cual es permitido y controlado por dicho principio, ya que al ser necesario el conocimiento de las partes en la aplicación de dicha prueba, resulta indispensable la existencia de una audiencia previa para garantizar el derecho de defensa y el contradictorio; existiendo de esta manera un dinamismo entre juez y partes.

De forma más explícita procuramos explicar cómo el principio de audiencia, antes simplemente conocido como *auditia et altera pars* (oír a las partes), referente a la bilateralidad, al evolucionar con el nuevo paradigma de la constitucionalización del proceso, en ser ya no sólo un principio procesal sino ahora constitucional, siendo su contenido esencial el derecho a recibir adecuada y tempestiva información, el derecho a defenderse activamente, y el derecho de influencia (Alfaro, 2014); influye en los distintos institutos procesales, como en el caso de la prueba de oficio, que es realizado en base a las facultades de *ex officio* del juez.

Al respecto la jurisprudencia y la doctrina nacional se encuentra en controversia respecto a la prueba de oficio, pues se han presentado casos de nulidad de sentencias por no haberse solicitado una prueba de oficio en primera instancia, sin analizar si la misma habría sido conveniente o no. Sin embargo la doctrina

sostiene dos posiciones, quienes están a favor de la prueba de oficio y quienes no, pues refiere una clara muestra de la parcialidad del juez. Asimismo es cuestionable su carácter inimpugnable, pues como sabemos el derecho a la segunda instancia no puede ser restringida, porque igualmente se vulnera el derecho de defensa de las partes y el debido proceso.

Si bien es cierto, el artículo 194 del Código Procesal Civil, el cual regula respecto a la prueba de oficio, ha sido modificado a través de la Ley N° 30293 - Ley que modifica diversos artículos del Código Procesal Civil a fin de promover la modernidad y la celeridad procesal (2014), intentando resolver todas las problemáticas de la prueba de oficio, buscando restringir su aplicación en ser de forma *excepcional*, permitir su realización *a partir de una fuente de prueba*, la prohibición de *nulidad de sentencias por falta de la famosa prueba de oficio*, y su uso *en primera o segunda instancia*, y el aseguramiento del *derecho de contradicción*.

Sin embargo con dichas modificaciones, no se han aclarado completamente las controversias, e incluso crea mayor confusión en darse mayor poder a la facultad oficiosa del juez al imponerse como un mandato ("*el juez ordenará*" art.194 CPC), y no ha dado solución a la controversia de si dicha prueba vulnera o no el contradictorio, y si su aplicación conlleva o no a la arbitrariedad del juez. Además, es necesario recalcar la inexistencia de límites en la oportunidad de la prueba, la motivación o una audiencia previa como filtro de todo medio probatorio, en el que se permita a las partes cuestionar dicha prueba, y se promueva el debate de las partes que ampara el principio de audiencia.

Frente a ello, las investigadoras consideran que al crearse un nuevo concepto del principio de audiencia, en un ámbito constitucional es posible explicar que la aplicación de la prueba de

oficio en realidad se justifica en dicho principio, y además se controla; por lo cual se busca exponer la sistematización de la implicancia del principio de audiencia en la prueba de oficio en nuestro proceso civil peruano. Sistematizando en tal sentido la doctrina, la jurisprudencia y la legislación; asimismo proponemos que debe existir una audiencia previa, en la que se permita cuestionar a la prueba de oficio, como todos los tipos de medios probatorios existentes, de tal forma que exista un sistema procesal dinámico entre el juez y las partes, y se cumpla con los fines del proceso.

Por lo cual, en efecto, el principio de audiencia ya no es visto sólo como posibilidad de que las partes sean oídas, sino de que sea los sujetos procesales quienes gocen de la oportunidad de alegar y probar, ya sea de forma oral o escrito, y poder ejercer su derecho de defensa, conforme a un Estado Constitucional, en el cual la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado.

Apoyados en estas ideas, consideramos que el juez debe promover el diálogo entre todos los participantes del proceso ante toda actuación procesal, incluso en el caso de su poder - deber de oficio, y promover el contradictorio, como punto de equilibrio entre el poder del juez y los derechos fundamentales de naturaleza procesal de las partes, quienes podrán conocer el medio probatorio, ejercer su derecho de contradicción como *condición sine qua non* del derecho de defensa, el cual a la vez es conforme a un debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva.

➤ **En el ámbito doctrinal**

En el ámbito doctrinal la prueba de oficio ha sido desarrollado como la iniciativa probatoria del juez; especialmente en la doctrina

procesal europea, por el jurista Picó (2012), en España por Montero (2005); y en Italia por Taruffo (2002) y Cipriani (2008). Asimismo en sede nacional Ariano (2003), Donaire (2004), Monroy (2007) y otros doctrinarios han desarrollado el tema de la prueba, la prueba de oficio, sus límites, su actuación en instancias superiores, entre otros. Es en razón a ello que tras estas apreciaciones se busca conceptualizar el instituto procesal de la prueba de oficio, el mismo que viene siendo entendido *a grosso modo* como aquella facultad procesal, en virtud del cual un ordenamiento jurídico procesal reconoce al juzgador una determinada iniciativa para la actuación de medio probatorios, siempre y cuando, las pruebas aportadas por las partes sean insuficientes para formarle convicción sobre la veracidad de los hechos alegados.

Tal como lo hemos venido mencionando, el artículo 194° del Código Procesal Civil ha sido modificado por la Ley N° 30293 – Ley que modifica diversos artículos del Código Procesal Civil a fin de promover modernidad y celeridad procesal (2014), la ahora prescribe:

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 convenientes 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 la prueba 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 (...)”

Dicha norma tiene concordancia con el artículo 51° inciso 2) del Código Procesal Civil, que faculta al juez ordenar actos procesales necesarios (como el caso de la prueba de oficio) para esclarecer los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. Sin embargo, dicha prueba de oficio, debe ser sometida al contradictorio, permitiendo el diálogo paritario entre juez y las partes, así como el respeto al principio de audiencia.

Siendo así, cabe indicar que el principio de audiencia o también llamado de audiencia bilateral, es un principio procesal y jurídico que permite a las partes la posibilidad de actuar activamente e influenciar sobre la formación en las decisiones del juez

A dicha apreciación hay que añadirle que el principio de audiencia admite al juez conocer a las partes y oírlas, le permite tener un conocimiento más exacto de los hechos litigiosos que se sometan a su decisión, así como de los argumentos de los litigantes, conocimiento que a su vez, le permitirá expedir resoluciones acordes a su realidad. Por lo cual será este el puente que permitirá que la prueba de oficio se manifieste de tal forma que no permita se vean vulnerados el derecho de ninguna de las partes en el proceso, o al menos asentir que antes de la actuación de la prueba de oficio se informe en una audiencia previa y se promueva el debate de las partes (contradictorio) de tal forma que se admita que la parte que se sienta perjudicada, conozca de la misma, y pueda cuestionarla a tiempo, es decir antes de ser actuada y valorada.

Dentro de la importancia de manejar la implicancia del principio de audiencia en la prueba de oficio deviene especialmente en formar una posición ecléctica de su utilidad para el derecho,

puesto que existe posiciones a favor y en contra de la prueba de oficio, frente a lo cual consideramos como un mecanismo necesario establecer una audiencia previa a la incorporación de una prueba de oficio en el proceso, el mismo que se va a manifestar como una justificación y control de su actuación.

Asimismo resulta oportuno trabajar el tema de la implicancia del principio de audiencia en la prueba de oficio porque se puede sentar las bases de un estudio sistematizado que aún no se ha trabajado a nivel nacional, beneficiando en primer lugar a las partes en el proceso, asimismo al juez y a los abogados como operadores jurídicos, y en general a todo el ordenamiento jurídico procesal civil, en tendencia no sólo de alcanzar la verdad material de los hechos y la paz social en justicia, sino también poder ver al derecho procesal civil desde la óptica de un Estado Constitucional.

➤ **En el ámbito jurisprudencial**

En el ámbito jurisprudencial el tema de la implicancia del principio de audiencia en la prueba de oficio, no ha sido muy trabajado, pues como ya se advirtió, existen problemáticas en la jurisprudencia respecto a la prueba de oficio, pero su vinculación con el principio de audiencia no se ha desarrollado en sede nacional.

El legislador goza de amplio margen de libertad de configuración normativa para señalar el régimen probatorio de cada disciplina jurídica, es debido a ello que se le ha permitido a través de nuestro Código Procesal Civil Peruano, tener un poder ilimitado al juez, en tanto se trate de buscar la verdad del asunto, haciendo para ello uso del medio conocido como prueba de oficio, sin embargo ante una sistematización de la implicancia del principio de audiencia en la prueba de oficio, se podrá explicar las razones que justifica su actuación probatoria, y a la vez controlarla.

Dentro de la información manejada existen algunas casaciones como las siguientes que manifiestan que no existe uniformidad en la jurisprudencia en el caso de la aplicación de la prueba de oficio:

La Casación Nro. 2057-99 de fecha 08 de Junio del 2000

refiere que: (...) Si la instancia superior no está de acuerdo con la apreciación de los medios probatorios efectuada por el inferior, tiene expedida su atribución de revocatoria de fallo apelado, pero no puede disponer que este varié la convicción a la que haya arribado, ni mucho menos ordenarle actuar pruebas de oficio por ser esta una función discrecional del juez.

Es claro que en esta casación se hace referencia a que el juez de segunda instancia, no puede ordenar al juez de primera instancia actúe prueba de oficio, basado en la revocación que hizo del fallo por no estar de acuerdo con la calificación de los medios probatorios, es evidente la función discrecional que tiene el juez, pues será dicha atribución la que le permitirá aplicar en algún momento del proceso la famosa prueba de oficio.

En contraposición se encuentra la Casación Nro. 673-2000 de fecha 04 de mayo del 2000 la cual refiere:

En aplicación del Principio de Independencia Jurisdiccional contenido en el Art. 16 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo Nro. 017-93-JUS, ningún magistrado de instancia superior puede interferir en la actuación de los magistrados de instancias inferiores y disponer que estos actúen tales

o cuales pruebas, las que podrán ser actuadas de oficio siempre y cuando de acuerdo a la función discrecional del Juez este considere necesaria.

Por el contrario existen en la jurisprudencia algunas casaciones que no comparten la opinión de la actuación de la prueba de oficio, al considerar que violenta el principio de imparcialidad y el derecho de defensa de las partes en el proceso; ante lo cual, la jurisprudencia aún no se ha puesto de acuerdo de cuál debe ser el límite a este “poder-deber del juez”, pues no sólo la jurisprudencia, la doctrina y la ley se encuentran en controversia en necesidad urgente de un criterio uniforme, sino que la legislación procesal civil no es ajena al nuevo paradigma de la constitucionalización del proceso, siendo indispensable sistematizar la implicancia del principio de audiencia en la prueba de oficio, como atisbo para mejorar el proceso civil peruano, siendo un punto de equilibrio establecer una audiencia previa para la actuación de la prueba de oficio, de tal forma que las partes tengan la oportunidad para el contradictorio acorde en un Estado Constitucional, en el que la Constitución se encuentra como base del ordenamiento jurídico general.

➤ **En el ámbito legal**

En el ámbito legal la implicancia del principio de audiencia en la prueba de oficio no ha sido aún trabajada, pues como es de verse nuestra norma nacional no ha contemplado esta propuesta, que es la de incorporar una audiencia previa, por lo que se considera necesario que frente a la disposición de una prueba de oficio en el proceso por el juzgador se realice una audiencia previa en el que las partes puedan conocer, defenderse, e influir en la decisión final.

Al respecto cabe mencionar que la Ley N° 30293 - Ley que modifica diversos artículos del Código Procesal Civil a fin de promover la modernidad y la celeridad procesal (2014), la cual modifica el artículo 194 del Código Procesal Civil (prueba de oficio), al imponerse que sea de forma excepcional, que sea realizada a partir de una fuente de prueba, que no existan nulidad de sentencias por falta de la prueba de oficio, y que se permita su uso en primera o segunda instancia. No obstante tal modificatoria no aporta una solución ecuánime al problema que se viene dando en la doctrina y la jurisprudencia, respecto a cuál debe ser filtro que debe pasar una prueba de oficio al ser solicitada por el juzgador no incumbiendo la jerarquía en el que se encuentre.

Finalmente con la modificatoria del artículo 194 de Código Procesal Civil, se ha provocado una confusión al juzgador en la facultad que tiene de solicitar una prueba de oficio, si bien es cierto se ha mejorado en indicar que sea esta de forma excepcional y devengue de una fuente de prueba; pero no se ha dado solución en cuanto si la actuación y valoración puede afectar a la parte contraria y esta no pueda estar ni enterada. En tal sentido la ley necesita modificar el sentido que tiene la prueba de oficio en el proceso, más aun regular el filtro por el cual ha de pasar para su actuación y valoración, y finalmente buscar alcanzar la paz social en justicia para las partes conforme a un Estado Constitucional, en el que se respeten los derechos fundamentales de naturaleza procesal como el derecho de contradicción conforme al principio de audiencia, el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

1.2. Enunciado del problema

Ante ello, las tesisistas formulan la siguiente pregunta:

¿Es posible sistematizar la implicancia del principio de audiencia en la prueba de oficio para mejorar el proceso civil peruano?

1.3. Hipótesis

La sistematización de la implicancia del principio de audiencia en la prueba de oficio permite mejorar el proceso civil peruano.

1.4. Los objetivos

1.4.1. Objetivo general.

- a) Sistematizar la implicancia del principio de audiencia en la prueba de oficio y elaborar una propuesta legislativa para mejorar el proceso civil peruano.

1.4.2. Objetivos específicos.

- a) Determinar un nuevo concepto del principio de audiencia.
- b) Establecer a nivel doctrinario la implicancia del principio de audiencia en la prueba de oficio.
- c) Presentar y analizar la casuística jurisprudencial contradictoria de la prueba de oficio en el proceso civil peruano.
- d) Establecer la propuesta legislativa de una audiencia previa para controlar la aplicación de la prueba de oficio, con el propósito de mejorar el proceso civil peruano.

1.5. Variables

1.5.1. Variable independiente: La sistematización de la implicancia del principio de audiencia en la prueba de oficio.

1.5.2. Variable dependiente: mejorar el proceso civil peruano.

1.6. Estructura del trabajo

La presente investigación en el primer capítulo trata sobre El sistema Procesal Civil, desarrollando el tema de los sistemas jurídicos más resaltantes como el Sistema *common law* y el Sistema *civil law*, y los sistemas procesales: el sistema privatístico o dispositivo y el sistema publicístico o inquisitivo. Inmediatamente se estudia al Sistema Procesal Civil Peruano, desplegándose así el análisis de cada uno de los códigos procesales civiles con los que ha contado nuestro ordenamiento procesal, para concluir en el actual Código Procesal Civil de 1993 que nos rige, el cual opta por recoger las características de ambos sistemas, convirtiendo así en la aplicación de un sistema mixto. Consecutivamente se desarrolla el constitucionalismo del proceso civil, el nuevo paradigma de la constitucionalización del proceso dentro del cual se desarrolla la constitucionalización del derecho procesal civil, así como los principios procesales, los mismos que son desarrollados conforme la doctrina para un mejor estudio del proceso.

Seguidamente, en el segundo capítulo: trata sobre La prueba, se desarrollan a nivel conceptual, su determinación clásica, así como la doctrina moderna en un derecho a probar, el cual comprende el derecho a la admisión, actuación y valoración. Asimismo, se explica la naturaleza de la prueba, su finalidad, y los hechos como objeto de prueba, dejando claro que hechos se encuentran exentos de prueba. Posteriormente se explican los principios generales de la prueba, y seguidamente se explican los

requisitos de la prueba, la oportunidad de la prueba, la carga de la prueba, y los sistemas de valoración de la prueba, recalcando el sistema adoptado en nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, en el tercer capítulo trata sobre El principio de audiencia y su implicancia en la prueba de oficio, se desarrolla a nivel conceptual la prueba de oficio, su desarrollo en el Código Procesal Civil, su modificatoria en la Ley N° 30293 y las problemáticas surgidas en su aplicación; asimismo, desarrollamos la regulación a nivel de derecho comparado en Latinoamérica y en otros ordenamientos continentales. Luego desarrollamos el principio de audiencia, sus manifestaciones de principio de bilateralidad, derecho de contradicción o contradictorio, su nueva visión, y planteamos un nuevo concepto del principio de audiencia. Después, realizamos su análisis a nivel de derecho comparado, y terminamos con el desarrollo de la implicancia del principio de audiencia en la prueba de oficio, como justificación y principio control.

1.7. Breve referencia de los métodos empleados

El método de investigación es descriptivo, cuyo nivel de investigación es descriptivo- cualitativo, con diseño descriptivo- propositivo; ya que con la presente investigación se propone un proyecto de ley para modificar el artículo 194 del Código Procesal Civil Peruano. Según Arazamendi (2013) busca “indagar la falta o deficiencia de un enfoque teórico para resolver un problema jurídico, se evidencia el vacío o laguna de la norma jurídica o se cuestiona la existente, determinando sus límites y deficiencias para proponer una nueva, o reforma” (p.82).

Sin perjuicio de los métodos aplicables a la investigación jurídica, se empleó el método dogmático, porque a través de la interpretación de los conceptos y las normas, se permitió establecer las relaciones lógico

normativas, conforme a la coherencia y jerarquía interna. Y por último, el método sistemático, mediante el cual se admite la relación de términos aislados, busca sistematizar la doctrina, la ley y la jurisprudencia; por lo que se presenta en el planteamiento de la hipótesis, y se pretende establecer una explicación tentativa sometida a debate.

Para el desarrollo íntegro de la investigación que hoy se trae ante el público lector, se realizó la revisión de la doctrina, la jurisprudencia, y la legislación nacional e internacional acerca de la prueba de oficio y el principio de audiencia, así como los trabajos de investigación con temas conexos a nuestra tesis, tanto a nivel nacional como internacional.

1.8. Breve referencia a la bibliografía

Es importante señalar, que fue necesario emplear libros físicos obtenidos en las bibliotecas de las universidades UNS, USP, UCV y ULADECH, y libros virtuales disponibles en la web gracias a la tecnología, en beneficio económico del estudiante, y del conocimiento jurídico. Dicha información virtual fue obtenida en repositorio de universidades y centros confiables como dialnet, scielo, academia.edu y otros. Asimismo, la revisión de revistas reconocidas y videos *on line* de conferencias de seminarios y congresos de Derecho Procesal Civil; siendo todo ello base para recoger reflexiones modernas acerca de nuestro tema de investigación.

Además, es necesario indicar la limitación económica para obtención de libros físicos fuera de la jurisdicción, por lo que sólo fue posible recurrir a bibliotecas ubicadas en Chimbote.

II. MARCO TEÓRICO

**CAPITULO I: EL SISTEMA
PROCESAL CIVIL**

1.1. Los sistemas jurídicos

En la actualidad los sistemas jurídicos se han dado de tal forma que se muestran tantos sistemas jurídicos como estados existen, dado que, podemos hablar del sistema jurídico peruano, del sistema jurídico español, del sistema jurídico argentino, del sistema jurídico alemán, del sistema jurídico inglés, entre otros sistemas jurídicos.

Además de estos sistemas jurídicos existen criterios para agrupar a los sistemas jurídicos de los diferentes estados, entre los cuales podemos mencionar los sistemas procesales, los sistemas notariales, los sistemas registrales, los sistemas de gobierno, entre otros sistemas, dejando constancia que en muchos casos se consagran no sólo sistemas opuestos sino también sistemas mixtos.

Monroy (1996) al respecto afirma:

En materia de reconstrucción histórica de las instituciones jurídicas vivimos una paradoja. Hoy, a pesar del tiempo transcurrido, resulta mucho más fácil identificar, queremos decir, aislar y precisar científicamente el origen de una institución (...). El hombre contemporáneo ha agregado una angustia a su neurosis cultural: sabe más de lo que comprende. Por estas razones, intentar una separación de los sistemas jurídicos es más una inquietud académica que una expresión de la realidad. (p. 66)

El mencionado autor refiere que hoy en día el hombre más que una separación de los sistemas jurídicos por necesidad estructural académica, lo hace por una mera postura asumida en la realidad, es decir, por una demanda de saberlo estructurado, a saberlo realmente en función.

Siendo así que los perfiles que caracterizan a un sistema jurídico en un determinado momento de los estudios comparativos, surgen muy ágilmente discutibles, debido a que el contexto histórico-social, así como otros tipos de condicionamientos sociales, varía tan rápidamente que determinan modificaciones sustanciales de dichos perfiles.

Para ello Cappelletti (1973) mantiene la idea de que se ha llegado al punto de convertir la identificación de un sistema en una estructura precaria, es decir, en un intento fallido de explicación de por qué las instituciones no son lo que hace muy poco describían que eran, que podrían ser o que deberían ser; optando más por un marco que se adecue al tiempo y a las condiciones que se viven, es decir, hacerlo más palpable a la realidad.

En concordancia con las ideas señaladas, Couture (2009) señala al respecto:

Los diversos sistemas jurídicos corresponden a realidades sociales, económicas, políticas, religiosas, morales, de las cuales el derecho actúa como elemento aglutinante más que como elemento ordenador. Las diversas fuentes de las cuales fluye el derecho, adquieren en esos sistemas muy diverso significado y jerarquía. (p. 56)

Maekelt y Madrid (s/f) siguen las ideas del doctrinario Rene (quien es conocido por su obra el agrupamiento de las Familias Jurídicas), manifiesta que los sistemas jurídicos se agrupan basados en un carácter ideológico, teniendo como factores a los tipos de sociedad, bases históricas de cada ordenamiento jurídico, la concepción de la justicia en cada derecho, la técnica jurídica, la posibilidad de un jurista en un ordenamiento jurídico de desenvolverse en otro, entre otros factores.

Asimismo que al aplicar el carácter ideológico a la agrupación de los sistemas jurídicos estos se agruparían en cinco sistemas:

El occidental, basado en los principios morales del cristianismo, los principios políticos y sociales de la democracia liberal y sobre una estructura capitalista; el sistema del mundo soviético, la familia del islam, que no puede relacionarse con ninguno de los dos precedentes dada su base teológica y el estrecho lazo que une al Derecho y la religión; el sistema hindú, es un sistema tradicionalista, pero reposa sobre una base filosófica propia. (Maekelt y Madrid (s/f), p. 231)

Consideramos que la clasificación de los sistemas jurídicos como tal, no es tanto un riguroso y extremado dato científico, sino más bien una necesidad didáctica de ubicar un desarrollo jurídico en un contexto histórico, geográfico, social y económico específico. Esta misma posición es tomada por Couture (2009), quien considera como sistemas procesales, al oriental (en donde ubica tres subsistemas, el chino, el hindú y el musulmán), al soviético y al sistema derivado del proceso romano y sus grandes ramificaciones, quien a su vez manifiesta un claro desglose de sistemas y subsistemas.

Del mismo modo la clasificación de sistemas jurídicos para Cappelletti (1973) también se acerca al tema de una clasificación hecha por el doctrinario Rene (2010) en su mencionada obra de *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* que está adscrito al ámbito del estudio de la llamada geografía jurídica, de tal modo que la clasificación asumida reviste una forma concreta de cómo citar los sistemas jurídicos en el mundo y la percepción geográfica y jurídica como institución para el estudio del derecho.

Gozzaini (1991) manifiesta: “Los criterios citados por Rene (...) describe la existencia de tres familias jurídicas: la del civil law, la del common-law y la socialista” (p. 235).

Este mismo autor refiere que las dos primeras atienden a una concepción particular de lo que significa el derecho para una sociedad. Siendo así que en el caso del common law, es el reconocimiento de su función trascendente como instrumento para la eficacia de los valores actuales de la sociedad; en este caso el derecho se forja a través de la experiencia cotidiana. En el caso del civil law, se trata de la creación de un sistema legal que contiene patrones de conducta social genéricos y abstractos, presuntamente expresiones de los criterios de justicia, equidad, oportunidad y conveniencia existentes en la sociedad (Gozzáini, 1991).

Queda claro entonces que los ordenamientos jurídicos procesales básicos que dieron inicio al Derecho Procesal Civil, fueron el Sistema Common Law y el Sistema Civil Law de los cuales nuestro ordenamiento jurídico ha acogido una posición mixta, puesto que existe la manifestación del Sistema Civil Law, al codificar todas sus normas en textos legales orgánicos, y del Sistema Common Law, al establecer plenos casatorios civiles de carácter vinculante. De esta forma, es evidente la regulación del proceso civil en nuestro Código Procesal Civil Peruano de 1993, el cual establece en el artículo III del Título Preliminar, dos fines del proceso, una finalidad concreta que es resolver un conflicto de interés o eliminar una incertidumbre y una finalidad abstracta que es lograr la paz social en justicia.

1.1.1. Sistema common law.

El sistema Common Law es el sistema jurídico derivado del sistema aplicado en la Inglaterra medieval y que es utilizado en gran parte de los territorios que tienen influencia británica. Se caracteriza

por basarse más en la jurisprudencia que en las leyes. Maekelt y Madrid (s/f) refieren que este es un sistemas basados en el Derecho anglosajón o provenientes de la corriente de éste son utilizados en Inglaterra, Gales, Irlanda y gran parte de las antiguas colonias del Reino Unido, incluyendo Australia, Nueva Zelanda, Canadá y también los Estados Unidos.

Monroy (1996) afirma:

En Asia, Hong Kong (como antigua posesión británica) también utiliza un sistema de derecho anglosajón, al igual que en la India, Malasia y Singapur. En África, utiliza Sudáfrica igualmente el sistema de derecho anglosajón. En sus orígenes tuvo como base las costumbres, eso es que era consuetudinario pero en la evolución se convierte en casuístico. (p.55)

Para una definición más exacta del sistema Common Law, partiremos manifestando que este significa derecho común, y su origen es la costumbre medieval inglesa. La misma idea es compartida por Maekelt y Madrid (s/f) al referir del modo que el Common law es un derecho no escrito, que no reconoce a la ley, como si lo reconoce el derecho europeo que es la fuente del derecho primordial; siendo así que este sistema se aplica en los países anglosajones donde la existencia de leyes dentro del derecho privado es mínima, constituyendo así el *statute law*.

Nosotros consideramos que el Common Law, es un derecho en el cual no existen códigos como tal, la ley no es reconocida por provenir de un derecho no escrito, de un derecho común, por lo cual también reconoce la forma de los precedentes judiciales.

Legarre y Rivera (2006) manifiestan:

(...) este sistema se implanta directamente sobre la costumbre general y se interpreta como de la obligatoriedad del precedente (*stare decisis*), de donde se deriva el fundamento de la obligatoriedad del precedente, convirtiéndose en norma fundamental del common law. (p. 111)

Tal como se desprende de los doctrinarios antes mencionados, basándose en ideas más modernas respecto al common law, la misma doctrina describe que para resolver la cuestión planteada en el common law, no se recurre a una norma general sino a casos de naturaleza parecida y se resuelve de acuerdo a esos antecedentes. Pues en este caso coincidimos que la jurisprudencia tomada como fuente de derecho cobra una enorme y principal importancia, con la preeminencia que no se dejara a los ciudadanos sujetos a decisiones legislativas que pueden ser obra del provecho político, y que vayan en desmedro de los derechos de las personas, aunque en este caso la resolución y la responsabilidad de la aplicación justa del precedente, queda en manos de los jueces, pasando la responsabilidad de la equidad del legislador al Juez.

El sistema jurídico del Common Law se rige por una serie de características propias que permiten un balance de su estudio, esta se señalan a continuación.

a) Características.

- “Consiste en un conjunto de principios y prácticas no escritas cuya autoridad no deriva de una declaración de mandato singular y positivo a través de una explícita fuente de origen legislativo o ejecutivo” (Rabat, 2015, p.23).

- Lagarre y Rivera (2006) refieren: “El Common Law es preponderantemente práctico, no teórico. En su centro está el “*adversary proceeding*” en los tribunales una confrontación entre dos partes contendientes, cada una haciendo alegaciones y peticiones en el contexto específico de la controversia” (p.112).
- Es un Derecho formado por los jueces.
- Las reglas de derecho del Common Law, son menos abstractas que las del Civil Law, pues son reglas dirigidas a dar la solución a un proceso; no se trata de la formulación de reglas generales para el futuro.
- “Los principios jurídicos, tal y como son desarrollados por los tribunales, se conforman a una serie limitada de reglas emanadas de decisiones anteriores”. (Gozzaíni 1991, p.47)
- Los tribunales inferiores están obligados a seguir las decisiones de los tribunales jerárquicamente superiores.

Las reglas acerca de la administración de justicia, el procedimiento y la prueba, así como las relativas a la ejecución de las decisiones judiciales tienen un interés igual, e incluso superior a las reglas relativas al Derecho sustantivo. El derecho inglés como tal es un derecho no escrito, no es reglado, es decir no tiene una regla definida y no se basa en la costumbre y así mismo su estructura viene de su formación histórica. (Rabat, 2015, p.23)

Gradualmente debemos tener en cuenta que a pesar de tener como antecedentes al Derecho Romano, el Common law no ha sido

influenciado por él con la misma intensidad que en el caso del Civil Law. Con respecto a la influencia del derecho romano, Couture (2009) manifiesta: “La contribución más importante del sistema jurídico romano sobre el Common law fue ejercida durante el periodo de ocupación romana. Ya para el siglo XIII el Derecho inglés siguió un desarrollo plenamente independiente” (p.95).

Finalmente respecto al Common Law, consideramos que es necesario adentrarnos a una clara clasificación de los sistemas jurídicos, pues permitirá mantener una línea de orden para cada ordenamiento jurídico. En el ordenamiento jurídico peruano se recoge del sistema common law, los plenos casatorios civiles (jurisprudencia), los cuales son formados a partir de la interpretación de la ley hecha por los jueces, como “conjunto de sentencias que determinan un criterio acerca de un problema jurídico omitido u obscuro en los textos positivos o en otras fuentes de derecho” (Cabanellas, 2002). Dicha jurisprudencia, es fortalecida con su carácter de *vinculante*, y por ende obliga a los operadores jurídicos a cumplir con dicho criterio jurisprudencial, no permitiendo su apartado, a menos que se formule una argumentación distinta a la plasmada en el precedente.

1.1.2. Sistema Civil Law

a) Definición.

A razón de Legarre y Rivera (2006): “El sistema del Civil Law o derecho civil, es un sistema jurídico moderno basado en el derecho romano, a diferencia de la ley común” (p. 110).

El Civil Law o también conocida como ley civil viene del latino *ius civile* (derecho ciudadano), que era la ley aplicable a los ciudadanos romanos. Es también conocida por otros doctrinarios como como Ley Europea Continental y su modelo y orígenes pueden ser encontrados en la vasta compilación de leyes romanas encargada por el emperador Justiniano. La Ley Civil es el sistema legal más difundido en el mundo (Rabat 2005).

En el sistema de la Civil Law o ley civil el juez deberá establecer los hechos del caso y aplicar las disposiciones del código más apropiado. Rabat (2005) refiere que en resultado a estas disposiciones, “en el régimen de la Ley Civil el juez generalmente tiene el rol de investigar los hechos, examinar la evidencia y resolver el caso, desarrollando su labor dentro de un marco definitivo por un set de reglas codificadas” (p. 23).

Basados en esta definición estructural, se aprecia claramente que la familia jurídica del civil law es la romano- germánica en la cual prima el derecho codificado en lugar del jurisprudencial. Taruffo (2006) señala que el civil law, desarrolla la creación de un sistema legal que contiene patrones de conducta social genéricos y abstractos, presuntamente expresiones de los criterios de justicia, equidad, oportunidad y conveniencia existentes en la sociedad.

Maekelt y Madrid (s/f) señala en referencia al civil law y al common law:

Ambos sistemas se inician rechazando las construcciones sistemáticas y prefiriendo la búsqueda de la solución de los casos concretos, dado que ambos existe un predominio del aspecto procesal y un vínculo estrecho con sus orígenes históricos, ambos son, en sus primeras etapas, sistemas de

derecho estricto y por ende buscaron la flexibilidad en el sistema, desarrollando soluciones equitativas, tales como la “equity” (equidad) y el “*ius aequum pretorianum honorarium*” (el derecho a una remuneración equitativa pretoriana). (pág. 247)

Consideramos que el Civil Law o ley civil es un sistema jurídico originado en Europa y cuya característica más frecuente es que sus principios básicos están codificados en un sistema escrito, que sirve como la principal fuente de derecho. Esto se puede contrastar con el common law, sistemas cuyo marco intelectual proviene del juez - hecho ley decisional que da precedente autoridad a las decisiones judiciales anteriores.

Asimismo es bueno remarcar en esta parte *in fine* que existen algunas diferencias sustanciales entre los sistemas jurídicos estudiados y de los cuales se desprende nuestro estudio, siendo necesario una demarcación diferencia de cada uno de ellos.

- Hay una diferencia metodológica radical entre los dos sistemas. En el moderno derecho continental, como ocurría en el derecho romano, el énfasis no está en el caso individual en particular sino en una serie o grupo de casos que crean una práctica. (Legarre y Rivera, 2006, p. 111)
- Otra diferencia importante lo hace la obligatoriedad de la jurisprudencia en cada uno de los sistemas.

- En el common law, bajo ciertas condiciones, el precedente obliga; en el civil law, la jurisprudencia tiene poder persuasivo pero, en general, no es reconocida como fuente de derecho, es decir como generadora de obligación jurídica. En este sentido, Gottheil (1960) sugiere que la obligatoriedad del precedente es al Common Law, lo que la obligatoriedad de la ley al Civil Law.

1.2. Sistemas procesales

El origen y desarrollo de cada sistema procesal se encuentra relacionado con el tipo de régimen político que impera en una determinada sociedad. Es decir, que las instituciones procesales se moldean de conformidad con los cambios políticos. En las antiguas ciudades de Grecia y Roma (en un determinado período histórico) floreció el proceso acusatorio porque prevalecía la democracia (Espinoza, 2010).

Posteriormente, cuando sobreviene el absolutismo con el primado de los reyes en connivencia con el poder eclesiástico, se impone el proceso inquisitivo. La totalidad de la potestad estatal se hallaba concentrada indivisiblemente en el soberano, quien *legibus absolutus*, no estaba sometido a ningún tipo de restricciones legales. (Espinoza, 2010, p.2)

A nuestro entender los sistemas procesales son un conjunto de principios tutelados bajo un criterio rector, que le otorgan al proceso determinadas características, ya sea un proceso inquisitivo, dispositivo o mixto. En este sentido lo que determina el criterio rector será la naturaleza del derecho sustancial que le permiten disponer a las partes de él, teniendo en cuenta que este sea de interés particular o público. Del mismo modo que para algunos doctrinarios lo sustancial se encuentra referido a la naturaleza de la relación jurídica, mientras que el aspecto formal se refiere

al funcionamiento del proceso y a la relación jurídica procesal que se forma en el mismo.

El punto de partida para el análisis de los sistemas procesales más conocidos, pasa por recordar la característica más saltante del proceso. En tal sentido una breve descripción de los que es el proceso, marcará una mejor definición del tema.

Véscovi (1984) da una idea concreta del proceso refiriéndose como:

El proceso es el medio adecuado que tiene el Estado para resolver el conflicto reglado por el Derecho Procesal, que establece el orden de los actos que se deben seguir para una correcta realización del ejercicio del poder jurisdiccional, puesto en marcha en virtud del poder de acción ejercitado por una de las partes. (p. 103)

En nuestra opinión el proceso es el conjunto de actos dirigidos a un fin, esto es la solución del conflicto, o la decisión de la pretensión mediante la imposición de la regla jurídica, entendiéndose también como un conjunto de actos sucesivos encaminados al dictado de una sentencia.

Couture (1974) aportando a estas ideas refiere:

(...) El proceso no tiene una historia propia sino más bien un destino asignado por la naturaleza jurídica, ideología y fines de los derechos materiales en una sociedad. Sin embargo, si bien es indudable que los derechos materiales definen la trascendencia del proceso, este constituye material para la elaboración de una ciencia en tanto tiene categorías, criterios clasificatorios, instituciones, métodos de interpretación, estructura y aun sistemas propios. (p.10)

Creemos que el proceso finalmente es cada vez más el producto jurídico de lo que las sociedades necesitan para solventar la vigencia de su derecho material y asegurar, por esa vía, la eficacia del Estado de

Derecho. Siendo así que, por oposición, el proceso es también el instrumento de análisis que nos permite reconocer el grado de injusticia social que sufre una comunidad a la que se niega o se retarda, sistemáticamente, un acceso adecuado al servicio de justicia.

Habiendo ya definido el proceso, nos adentramos al tema de los sistemas procesales nuevamente. En este sentido cabe precisar que existen muchos procesalistas que tienen un criterio uniforme para clasificar los sistemas procesales, no obstante que ese criterio también los lleva a llamarlos de manera distinta. Concretamente al sistema privatístico lo denominan sistema dispositivo y, al publicístico también llaman inquisitivo.

Autores que apoyan las dos clasificaciones de los sistemas procesales más conocidos, encontramos a Urquiza (2002), Alsina (1963), Alvarado (2010), entre otros doctrinarios, quienes señalan claramente que los sistemas procesales se clasifican en sistemas inquisitivos y sistemas procesales dispositivos.

Devis (2000) señala respecto de la división de los referidos sistemas:

(...) La división tradicional entre sistemas procesales inquisitivos y sistemas procesales dispositivos ha demarcado el papel asignado en cada uno de ellos al juez y a las partes, las cargas, deberes y facultades de cada uno dentro del proceso y, de forma muy especial, la relación con la prueba y la iniciativa para su decreto y práctica. (p. 87)

Ahora bien, debemos tener en cuenta que la mayoría de los códigos han optado por el predominio de la oralidad en el desarrollo de la actividad procesal, por ser mucho más eficaz en la solución de conflictos e inclusive en el logro de la paz social en justicia, pero debe tenerse presente que no existe un sistema puro, es decir, privatístico o publicístico, pues no hay prelación de uno de ellos, porque ningún proceso podrá ser estrictamente oral o escrito.

Finalmente existen dos tendencias definidas que regulan el proceso y que fluye de sus principios e instituciones que se incorporan en la legislación procesal de cada país, el cómo se realice el proceso, su función instrumental respecto de los derechos materiales es determinante para la configuración de por lo menos dos sistemas procesales claramente definidos y que se tratan a continuación:

1.2.1. Sistema privatístico o dispositivo.

Hurtado (2009) al referirse al sistema privatístico señala:

(...) Son las partes las que dan inicio al proceso, son las partes las que proponen las pretensiones y los hechos que la sustentan, incluyendo el ofrecimiento de los medios de prueba que correspondan a sus intereses. Son las partes las que deciden cuando impulsan el proceso y en qué momento lo pueden concluir. (p. 593)

Como es de verse en este sistema son las partes las protagonistas del proceso, pues son las encargadas de traer todo lo conveniente a la defensa de su pretensión, pues el impulso que necesitan cada uno de los actos son actuados y solicitados por las mismas, dejando la presencia del juez a ser un mero espectador.

Alvarado (2004) nos recuerda que a este sistema de libre disposición del método de debate se le asigna desde antaño la denominación de dispositivo (en materia civil) o acusatorio (en materia penal, pues nace a partir de la acusación que se hace contra alguien) imperando este sistema en Grecia y Roma.

La postura que se mantiene en este sistema parte desde los postulados de libertad preconizado en la Revolución Francesa, los

cuales fueron llevados al campo de los derechos civiles, en donde se afirmó que estos eran de control y disposición absolutos y totales de sus titulares, es decir, las partes en el proceso sin ningún clase de limitación, por ello se consideraron derechos privados. Esta consideración 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, 1996). En ese sentido se le brindo toda actividad probatoria a las partes.

En este sistema se rescata la figura del actor como necesario para el inicio del proceso, la limitación del juez para resolver solo el pedido de las partes, la facultad de las partes de disponer del proceso, la actividad de las partes para la incorporación del materia probatorio, teniendo el juez en esta tarea una actividad nula, todo ello basado en un interés privado de las partes en el proceso.

Bajo una concepción actual de lo que consiste este sistema Núñez (2007) refiere que en este sistema la actividad probatoria recae sobre los actores del proceso. Siendo así, las partes tienen la iniciativa de impulso procesal no permitiendo al juez ordenar pruebas de oficio. Este sistema es utilizado en el derecho anglosajón, teniendo el juez labores de *referee*. De esta manera, las partes se desenvuelven en el proceso respetando las reglas establecidas en la norma procesal.

Asimismo, concurre un predominio absoluto de los principios de oralidad, publicidad, contradicción, concentración e inmediación. Contrariamente a lo que ocurría en el sistema inquisitivo, donde predominaba la escritura y la forma reservada del proceso, en el dispositivo, el proceso se lleva a cabo mediante un debate oral y público. “El sistema se torna tan democrático que nada hay de

oculto, prevaleciendo la igualdad de las partes” (Espinoza 2010, p. 3).

En este sistemas se confieren mayores facultades a las partes siendo sus reglas fundamentales: a) el juez no puede iniciar de oficio el juicio, b) no puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportado por las partes, c) debe tener por cierto los hechos en que aquellas estuviesen de acuerdo, d) la sentencia debe ser conforme a lo alegado y probado, y el juez no puede condenar a mas, ni otra cosa que la pedida en la demanda (Arazi, 2001). En ese sentido el juez en este proceso no tiene mayor participación, solo le corresponde administrar el proceso y resolver correctamente las pretensiones propuestas.

Como lo advierte Montero (2002) en oposición al sistema inquisitivo:

El modelo dispositivo del proceso civil se erige sobre la concepción del carácter privado prevalente de los intereses en juego y pretende dejar en manos de los particulares toda la tarea de iniciación, determinación del contenido y objeto e impulsión del proceso, además de la aportación de las pruebas. (p.92)

Del mismo modo que los autores antes mencionados consideramos que en el sistema privatístico son las partes la que dan inicio al proceso, son las partes las que proponen las pretensiones y los hechos que la sustentan, incluyendo el ofrecimiento de los medios de prueba que correspondan a sus intereses; por lo cual son las partes también las que deciden cuando impulsan el proceso y en qué momento lo pueden concluir.

Siendo así que respecto de la actividad probatoria de las partes en este sistema, vemos que ello implica la afirmación de los hechos vinculados con su pretensión y la carga de probarlos para obtener una decisión favorable en el proceso. Solo las partes son las llamadas a realizar la actividad vinculada a la carga de la afirmación y a la distribución de la carga de la prueba, en este sistema un tanto encerrado y añejo se impide al juez incorpore medio de prueba *ex officio*, pues la aportación de prueba solo está reservado para las partes.

Por su parte, Blanco (1992) concuerda en que el juez circunscribe su actuación a vigilar el cumplimiento de los requisitos de forma en el inicio de la actuación, así como el respeto de las normas de procedimiento en el desarrollo de las distintas etapas del proceso, incluido el decreto y práctica de las pruebas solicitadas y aportadas por las partes. Al juez le está vedada cualquier iniciativa en materia probatoria, como quiera que el derecho en juego sólo representa, desde la visión tradicional del sistema dispositivo, un interés privado de las partes.

La actividad del juzgador en el modelo puro de esta sistema se contrae al dictar sentencia, elegir con absoluta libertad el derecho sustancial aplicable (*iura novit curia*) y en ciertas ocasiones vigilar la observancia por la partes de la reglas de juego del debate. Es a última hora o en el último acto cuando aparece en escena el juez. Pero acordar pruebas de oficio no le es posible, ya que es labor privativa de las partes y tiene que conformarse con la buena o mala información que le suministran éstas. (Blanco, 1992, p.52)

Finalmente cabe señalar que en este sistema se permite que el juez resuelva el conflicto con la actividad probatoria realizada por

las partes, pues se dice que si el juez actúa oficiosamente en esta actividad, estaría supliéndolas, perdiendo su imparcialidad, ejercitando actividad que solo le corresponde a las partes, lo cual desnaturalizaría el proceso mismo.

Las ramas del derecho relacionadas a este sistema son algunos de los desarrollados a continuación, y que por conveniencia al tema de investigación son tratados.

a) *Derecho Procesal Dispositivo.*

De este sistema se deriva el Derecho Procesal Dispositivo, entendido como: “Aquel que permite a las partes disponer tanto del proceso como del derecho sustantivo controvertido, llevado a cabo a través de actos unilaterales como el desistimiento, el allanamiento o de actos bilaterales como la transacción” (Hurtado, 2009, p. 593).

Fix-Zamudio y Ovalle (1994) reconocen al sistema dispositivo como principio dispositivo, considerando que este es la expresión en el campo procesal del principio de libertad de estipulaciones que predomina en el derecho privado, es decir, el derecho de las partes. Refiriendo así que este principio se convierte en un libre juego de fuerzas entre las partes y que no necesitan para nada de la ayuda del juez.

He aquí la situación de embarcarnos por la necesidad del estudio del principio de audiencia y su implicancia en la prueba de oficio, al ser este un medio que utiliza el juez para buscar y aclarar

dudas que en el transcurrir del proceso no le causaron convicción y considera necesario la actuación de medios de prueba adicionales para llegar a la verdad y la paz social en justicia como fin del proceso.

Dentro del derecho procesal dispositivo se suele ubicar a una disciplina procesal especial: el derecho procesal civil.

b) Derecho procesal civil.

Rodríguez (2005) afirma: “Es la disciplina que estudia el conjunto de normas que regulan el proceso a través del cual se solucionan los litigios que versan sobre la interpretación o aplicación de normas sustantivas civiles” (p. 278).

Entre los procesos más frecuentes en esta materia, podemos mencionar a los concernientes a la validez o nulidad y cumplimiento y rescisión de contratos civiles, particularmente de arrendamiento, compraventa, fianza, hipoteca, prestación de servicios, etc. También debemos mencionar entre otros procesos frecuentes a la validez, cumplimiento o extinción de las obligaciones derivadas de las demás fuentes; a la posesión, la propiedad y demás derechos reales; a las sucesiones o transmisiones del patrimonio de personas fallecidas y a las liquidaciones del patrimonio de personas declaradas insolventes; etc.

1.2.2. Sistema publicístico o inquisitivo.

El sistema procesal inquisitivo se caracteriza por que el Juez de oficio inicia la investigación y realiza toda la actividad procesal orientada a reconstruir los hechos y llegar a la verdad. Con este objeto utiliza todos los medios probatorios que le está permitido, impulsa el proceso de oficio, dirige en forma personal y directa todas las diligencias y actuaciones judiciales. (Urquiza, 2002, p.60)

Asimismo este sistema ha estado vinculado a la determinación de la verdad real de los hechos como interés superior del Estado, a lo cual propende toda la actuación del juez. Por ello, las partes se limitan a cooperar con el establecimiento y realización del interés público estatal al iniciar la actuación.

Núñez (2007) refiere que en este sistema 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.

Es importante mencionar que en este sistema el debate probatorio queda casi por completo en manos del juez como lo hemos mencionado, es decir, es quien no sólo decide sobre las solicitudes probatorias que llegan a presentar las partes, sino, ante todo, sobre los elementos de convicción que han sido acercados a la actuación por su propia iniciativa.

El mencionado sistema toma su nombre de la institución religiosa conocida como la inquisición, pasando a la historia con el nombre de sistema inquisitorio (opuesto al acusatorio) o inquisitivo (opuesto al dispositivo) conociéndose así hasta nuestros días (Alvarado, 2004).

El sistema inquisitivo se sirve de diferentes características por lo cual compartimos las ideas de Cabrera (1996) en presentar las siguientes características:

- No se requiere acusación o demanda de parte para iniciar el proceso, pues este se inicia y tramita oficiosamente por el juez.

La actividad probatoria la cumple el juez, sin perjuicio de que las partes puedan solicitar y aportar pruebas.

- El proceso no se puede terminar a voluntad de las partes, excepcionalmente en los delitos que lo permiten por desistimiento.
- La prueba se valora conforme a la tarifa legal.

En esta etapa del desarrollo de los sistemas procesales en nuestro ordenamiento, nos va quedando claro que la diferencia sustancial entre ambos sistemas radica en la *actividad probatoria*, es decir, en el sistema dispositivo es de exclusividad de las partes, mientras que en el sistema inquisitivo esta prerrogativa es otorgada al magistrado, dejando en un segundo plano a las partes del proceso.

Teniendo en cuenta que actualmente en el proceso civil se habla acerca de la *publicización del proceso*, Hurtado (2009) señala que bajo esta tesis el juez que en los procesos puros, regidos por el

principio dispositivo es un asistente de piedra, es decir, su participación es casi desapercibida, en este tipo de proceso se convierte ahora en el actor principal del proceso, pero sin prescindir de la actividad de las partes. En este sistema el juez se convierte en el director del proceso, con facultades *ex officio*; impulso del proceso, aportación de medios de prueba por deficiencias de la actividad de las partes, conclusión anticipada del proceso, etc.

Evidentemente hemos dejado claro que la doctrina en los procesos donde el juez tiene actividad oficiosa, les denomina inquisitivos o publicístico, el juez inquisitivo (dentro de un proceso civil), es un juez investigador que busca la verdad por si solo sin depender precisamente de las partes, es un juez intranquilo, no es un juez que le deja toda la labor de llevar a buen puerto el proceso solo a las partes, el colabora decididamente en el resultado del mismo. Lo que se busca con este sistema es otorgarle la mayor convicción posible respecto a los hechos fundamentales del proceso, de tal manera que resuelva con mayor infalibilidad.

Como un referente más a este sistema Espinoza (2010) expresa:

Lo característico de este sistema procesal es que el poder sancionador se encuentra concentrado en un solo órgano: el Juez, quien investiga, acusa y sentencia. Además, existe un predominio de la escritura, llevando las actuaciones procesales en estricto secreto. (p.3)

En este sistema el proceso, ya no es del todo de los particulares en conflicto, en donde el órgano jurisdiccional era un simple espectador, sino el Estado cumple una función social, pues las normas procesales son de derecho público. Es decir, el proceso

pasa a ser una función pública, sujeto a normas de derecho público y en donde también se discuten intereses privados.

Lo fundamental para el tema de la prueba en este sistema según Hurtado (2009): “El juez tiene la facultad de incorporar oficiosamente medios de prueba cuando el material probatorio aportado por las partes le resulta insuficiente para resolver el conflicto” (p. 595). Lo cual no implica que el juez suple la actividad de las partes, simplemente coadyuva a que con esta actividad se puede resolver el conflicto correctamente, pues hay hechos afirmados por las partes, fundamentales para el desarrollo y resultado del proceso, pero de los cuales no existe material probatorio alguno, en este caso le corresponde al juez la aportación de oficio del material probatorio que supla tal omisión.

Devis (2012) para darle una mayor solidez y defendiendo el sistema inquisitivo respecto al tema de la prueba señala que la democracia política, el principio de igualdad de las partes en el proceso, se garantizan y se hacen efectivos otorgándole al juez facultades para que triunfe la verdad y la justicia, en vez de la habilidad y poder económico (respetando el derecho de la parte a iniciar o no el proceso respecto a una determinada pretensión suya), con lo cual se consigue que no fracase el fin de interés general que se persigue con el ejercicio de la jurisdicción, por el descuido, la irresponsabilidad o la ignorancia de un apoderado.

No obstante lo antes señalado este sistema tiene también sus detractores quienes señalan que el proceso civil contiene una discusión de intereses netamente privados, donde el juez no debe intervenir sino para administrar el proceso y resolver eficazmente sus pretensiones. Pues con relación a la prueba de oficio se

considera que el juez debe resolver solo con las pruebas que aportan las partes, no deben participar en esta actividad, involucrándose oficiosamente, pues las pruebas que aportan de oficio al proceso normalmente tienden a ayudar de manera parcializada a una de las partes, quebrantando el principio de imparcialidad.

Del sistema procesal inquisitivo o publicístico se desprenden otras ramas del derecho, del cual podemos considerar los siguientes:

a) *Derecho procesal publicístico.*

Fix-Zamudio y Ovalle (1991) respecto al derecho procesal publicístico refieren:

(...) de este sistema también se deriva el Derecho Procesal Publicístico, que se caracteriza porque el Estado interviene, a través de órganos distintos e independientes. (p. 54)

La participación del juzgador en representación del Estado también sucede en el proceso administrativo o constitucional en los que el Estado suele ser parte demandada, a través de las autoridades cuyos actos se reclaman y por último en el proceso familiar, si bien las partes son personas particulares también hay intervención del Ministerio Público en lo Civil, para que se encargue de proteger los intereses jurídicos de la familia, de los menores, de los incapacitados, etc.

Ovalle (2011) manifiesta aunado a esta idea, que en esta parte también se otorga al juzgador mayores facultades para el impulso y dirección del proceso, pues se debe aclarar que este sector no solo pertenece al derecho público sino que todo el derecho procesal y tiene carácter público, lo cual implica que debe también fijarse el objeto del mismo.

Tal como se expresa el juzgador lejos de mantener una sola dirección del proceso también busca impulsarlo como derecho público, impulso que deriva también desde solicitar diversos actos procesales, tales como una prueba de oficio, cuando le resulte insuficiente la información añadida por las partes; que bajo nuestra propuesta de investigación además de tener dichas facultades el juez debería mantener un perfil neutral, con la absolución de una audiencia previa cuando se solicite dichos actos procesales (prueba de oficio, específicamente), para salvaguardar el derecho de las partes.

1.2.3. Diferencia entre los sistemas privatístico y publicístico.

Como se puede apreciar en la definición de los sistemas mencionados, en el Sistema Publicístico a comparación del Privatístico la participación del juez en el proceso será más activa debido a que el juez es quien dirige o conduce el proceso, dejando atrás el papel de simple espectador (Hurtado, 2009).

Con ello se evita que las partes tengan dominio absoluto sobre el desarrollo del proceso, como sí ocurre con el Sistema Privatístico puro, con la finalidad de que se procure no lleguen a

sucedan casos en los que muchas veces no se hagan efectivos los derechos sustanciales y; en consecuencia, no se logre la paz social en justicia.

Tal como lo hemos anotado anteriormente la principal diferencia entre estos sistemas radica principalmente en la actividad probatoria de las partes, es decir, mientras que en el sistema dispositivo las partes tienen en sus manos el dominio de la actividad probatoria, de disponer el inicio y término del proceso; en el sistema publicístico o inquisitivo el protagonista de la actividad probatoria es el juez, quedando las partes sujetas a su disposición de actuación, relevadas a un juez totalmente director del proceso.

Monroy (1996) señala en cuanto a las diferencias que pueden existir entre ambos sistemas; que debe partirse desde la pregunta de ¿Quién sirve a quién?, dado que los sujetos que actúan como objeto de la pregunta son el Estado y los particulares. Dentro de una concepción privatístico, el proceso es el medio a través del cual el Estado concede a los particulares la oportunidad de resolver su conflicto de intereses. Por esta razón, como el Estado está a disposición de los particulares, el proceso, que es el vehículo del servicio, está bajo el control de quienes lo reciben, es decir, de los particulares.

Con lo dicho, a la pregunta: ¿quién sirve a quién?, la respuesta empieza a variar. Así, resulta que las partes al enfrentarse en un conflicto de intereses brindan al Estado la oportunidad de reafirmar la eficacia del derecho objetivo para lograr la paz social en justicia. Por lo cual, el proceso pasa a ser una actividad pública, sujeto a normas de derecho público.

En este sentido al hacer una diferencia entre los sistemas mencionados, cabe resaltar algunas características propias en cada una de ellos, que a la vez marcan su diferencia:

- El sistema procesal privatístico o dispositivo en virtud del cual existe un dominio de la voluntad de las partes ya sea para i) iniciarlo, ii) fijar el objeto del proceso [con la pretensión y resistencia], iii) aportar el material probatorio y iv) impedir que el juez exceda los límites fijados a la controversia, por tanto, al juez solo le correspondería la labor de juzgamiento. (Alfaro, 2008, p. 356).
- Asimismo el sistema procesal privatístico se caracteriza porque el poder sancionador se encuentra concentrado en un solo órgano: el Juez.
- Entre tanto, el sistema procesal publicístico se caracteriza porque el impulso del proceso está concentrado en las partes, son las mismas quienes generan el impulso del proceso.
- En cuanto al contenido probatorio, en el sistema privatístico, Montero (2002) señala que se erige sobre la concepción del carácter privado prevalente de los intereses en juego y pretende dejar en manos de los particulares toda la tarea de iniciación, determinación del contenido y objeto de impulsión del proceso, además de la aportación de las pruebas.

- En el sistema publicístico o inquisitivo en cuanto al contenido probatorio, Blanco (1992), afirma que las partes se limitan a cooperar con el establecimiento y realización del interés público estatal al iniciar la actuación. El debate probatorio queda casi por completo en manos del juez, quien no sólo decide sobre las solicitudes probatorias que llegaren a presentar las partes, sino, ante todo, sobre los elementos de convicción que han sido arrimados a la actuación por su propia iniciativa.
- Otra de las diferencias que encontramos entre dichos sistemas es que, en el sistema acusatorio el proceso es público, lo que elimina automáticamente la posibilidad de ser secreto o no conocer al juez; entre tanto en el sistema inquisitivo el proceso es oculto, no se conoce quien es el juzgador.
- Alfaro (2008) señala:

El sistema publicístico o inquisitivo, en donde se desplaza el dominio de la actividad procesal al juzgador caracterizado principalmente por los siguientes puntos: i) el juez puede promover de oficio el proceso, ii) el impulso procesal sucesivo, iii) posee amplias facultades de investigación y de dirección pudiendo inclusive actuar medios probatorios. (p.356)

1.3. Sistema procesal civil peruano

Monroy (1996) señala que el proceso civil peruano tuvo su evolución a partir de tres ordenamientos procesales en su historia:

1.3.1. El código de enjuiciamientos en materia civil de 1852.

Fue producto de la necesidad de que el país contara con su propia legislación civil procesal y, tuvo su origen en la ley del 9 de octubre de 1845 cuando se constituyó la constitución encargada de formular los proyectos del Código Civil y de enjuiciamientos civil, para luego mediante ley del 29 de diciembre del 1851 se promulgo el código de enjuiciamiento en materia civil que rigió a partir del 28 de julio de 1852 hasta 1912.

1.3.2. El código de procedimientos civiles de 1912.

Surge a partir de la modificación y reformación del código de enjuiciamientos en materia civil de 1852. Este código fue criticado por ser una copia del código español de 1851, además fue calificado por la doctrina como un código procedimentalista. Después de dos comisiones reformadoras se promulgo el código de procedimientos civiles vigente desde el 28 de julio de 1912.

1.3.3. El código procesal civil de 1993.

Constituye un avance fundamental en la consolidación del sistema procesal civil en el país. Por primera vez en nuestra legislación procesal tenemos un Título Preliminar, que nos permite, un importante medio para reafirmar en cada acto procesal los valores de caso. En ella se objetivizan los principios procesales

propios del proceso civil, además contiene instituciones nuevas como el saneamiento del proceso, el litis consorcio y la intervención de terceros en su real dimensión; el juzgamiento y conclusión anticipada del proceso, los sucedáneos de los medios probatorios, etc. Que hacen que sea un instrumento técnico y científico (Ticona, 1998).

En nuestro ordenamiento jurídico los sistemas procesales básicos que dieron inicio al derecho procesal civil, fueron el sistema common law y el sistema civil law. De estos sistemas el Estado Peruano, ha acogido el Sistema Civil Law, al codificar todas sus normas en textos legales orgánicos.

De esta forma el proceso civil se encuentra regulado en nuestro Código Procesal Civil Peruano de 1993, el cual establece en el artículo III del Título Preliminar, dos fines del proceso, una finalidad concreta que es resolver un conflicto de interés o eliminar una incertidumbre, ambas de relevancia jurídica expresión de la posición del sistema procesal privatístico o dispositivo; y una finalidad abstracta que es lograr la paz social en justicia, de lo cual se advierte una posición del Sistema Publicístico o Inquisitivo.

En el análisis del sistema procesal civil peruano la doctrina mayoritaria considerando que el Sistema Procesal Peruano se encuentra en un Sistema Procesal Mixto, al tener un fin privado y un fin público.

Pues bien, la manifestación del sistema privatístico en el Código Procesal Civil se observa en los artículos: IV del T.P. (principio de iniciativa de parte y de conducta procesal), VII del T.P. (principio de congruencia), 424.6 (escritura), 196° (carga de la

prueba), 200° (improbanza de la pretensión), 122.3 (motivación de resolución), 323° (conciliación), 330° (allanamiento), etc. Asimismo, la manifestación del sistema publicístico en el Código Adjetivo, se observa en los artículos: II del T.P. (principios de dirección e impulso del proceso), III del T.P. (fines del proceso e integración de la norma procesal), VII del T.P. –primer párrafo (juez y derecho), 190° (pertinencia e improcedencia de los medios probatorios), 194° (pruebas de oficio), 209° (confrontación), etc. Conforme a las ideas desarrolladas, podemos señalar que, será el sistema procesal adoptado, el que determine a quien corresponde asumir la actividad probatoria dentro del proceso.

Como se puede apreciar, estos dos sistemas no son exclusivos ni excluyentes. Es más, por regla general los procesos judiciales se tramitan combinando ambos sistemas. En efecto, Nuñez (2007) señala que no existe un proceso que sea puramente dispositivo u otro netamente inquisitivo. De hecho los procesos toman rasgos característicos de cada uno de los sistemas descritos, por lo que deberíamos hablar entonces de procesos con marcados rasgos dispositivos o procesos con marcados rasgos inquisitivos, siendo este último el caso del proceso laboral peruano, ya que el juez tiene la facultad de llamar prueba de oficio, sin sustituir a las partes de su obligación de demostrar sus afirmaciones.

Rodríguez (2005) respecto al sistema procesal civil refiere: “El Código Procesal Civil sigue un sistema publicista – privatístico, es decir, un sistema mixto a diferencia del Código de Procedimientos Civiles que seguía un sistema privatístico” (p.178).

Nuestro ordenamiento jurídico cuenta con ambos sistemas que se complementan y se intensifican, tal como lo secunda Hurtado

(2009) al señalar que ambos sistemas coexiste y además se complementan. En el proceso civil no se puede prescindir de la actividad de las partes ni se puede impedir la actividad oficiosa del juez en el proceso, pues este constas de factores concretos tales como: a) el proceso solo se inicia por actividad del actor, nunca de oficio, pero el juez tiene el deber jurídico de calificar la demanda y declararla improcedente liminarmente si se encuentra incurso en alguna causal de improcedencia. b) las partes son los sujetos del proceso naturales para aportar hechos y los medios de prueba que los respalde, pero el juez puede (sin afectar el derecho a la prueba) calificar los medios de prueba aportados y rechazarlos cuando son impertinentes, extemporáneos o inconducentes.

Tal como hemos venido expresando nuestro sistema, versa de ser uno mixto, el mismo que se revela tras el ejemplo en el derecho procesal civil, donde los principios del procedimiento se clasifican en principios del procedimiento que orientan un sistema privatístico y principios del procedimiento que orientan un sistema publicístico. Es decir, gracias al estudio de los principios del procedimiento se clasifica a los sistemas procesales en sistemas publicístico y sistemas privatístico.

Espinoza (2010) al referirnos a un sistema mixto señala:

En el sistema mixto podemos encontrar ambos procesos: inquisitivo en la etapa de instrucción y, acusatorio en la etapa del juicio oral. Pero a la vez, este sistema implica el mantenimiento de la acusación por un tercero distinto al Juez. (p. 5)

Asimismo considerando que nos encontramos inmersos en un sistema mixto, también salta a luz una problemática que venimos investigando y esto es, que nuestro sistema procesal civil peruano,

encontramos una temática controversial en el ámbito de la doctrina, la jurisprudencia, e ineficacia en la normatividad actual, y es respecto a la prueba de oficio conforme al artículo 194 del Código Procesal Civil, o también llamada en el derecho comparado como facultad del juez, diligencias para mejor proveer, y necesidad de providencia probatoria.

Pues es a raíz de esta clara identificación con un sistema mixto que a través del artículo III del Título Preliminar se muestra los dos fines principales del proceso, partiendo de una finalidad concreta que es resolver un conflicto de interés o eliminar una incertidumbre, ambas de relevancia jurídica expresión de la posición del Sistema Procesal Privatístico o Dispositivo; y una finalidad abstracta que es lograr la paz social en justicia, la cual demuestra una posición del Sistema Publicístico o Inquisitivo.

1.4. El constitucionalismo del proceso civil

Al adentrarse al tema del constitucionalismo Favoreu (2001) manifiesta:

El tema de la constitucionalización fue descrita por vez primera en la reunión constitutiva de la Asociación Francesa de los Constitucionalistas, en febrero de 1980 en la Facultad de Derecho de Saint-Maur, la constitucionalización de las distintas ramas del derecho ha suscitado un interés cortés por parte de la mayoría de los miembros de la Asociación y una contestación oficial por parte de algunos de ellos, pues para éstos esto, de no ser una fantasía, era utopía. (p.32)

El mismo autor puntualiza respecto a la constitucionalización del derecho; que se alude a ser un fenómeno muy reciente que empieza a ser estudiado; sin embargo ha sido muchas veces fuente de confusión o de

malentendidos. De hecho, se considera a menudo que existe identidad entre la existencia de bases profesionales y la constitucionalización del derecho. Sin embargo, si bien ambas situaciones coinciden la mayoría de las veces, no es siempre el caso porque se trata de fenómenos distintos.

1.4.1. El nuevo paradigma de la constitucionalización del proceso.

No podemos dejar de mencionar que el más reciente paradigma (el del Estado Constitucional) viene siendo ya objeto de críticas y cuestionamientos, ello es natural en todas las disciplinas y permite precisamente el perfeccionamiento del conocimiento. Sin embargo, en este trabajo nos proponemos explicar el modo en que se da el cambio del paradigma del procesalismo científico al de la constitucionalización del derecho y lo que este nuevo paradigma supone.

a) La constitucionalización del derecho peruano.

La constitucionalización de las distintas áreas del Derecho es un fenómeno cada vez más arraigado en nuestra cultura y contexto jurídicos. Tal vez la forma más evidente en que se haya manifestado sea el creciente protagonismo del Tribunal Constitucional (TC), supremo intérprete de la Constitución, en la significación y resignificación de conceptos, derechos y principios jurídicos que, a través de sus sentencias, han afectado desde el derecho tributario hasta los derechos humanos (Landa, 2013). Sea que esto se valore positiva o negativamente, su relevancia para comprender el derecho y sus efectos en la actualidad es innegable.

El actual proceso de constitucionalización del derecho hunde sus raíces más profundas en la propia etapa de formación del Estado constitucional, basado en el principio de legalidad y del rol jerárquico de la ley en el ordenamiento jurídico.

Comanducci (como se citó en Landa 2013) da una idea precisa de como la constitucionalización se ha convertido en un proceso al término del cual el derecho es impregnado por la Constitución (vista como norma suprema), con lo cual se explica que un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina, y los comportamientos de los actores políticos.

Canosa (1995) afirma:

En ese momento en el desarrollo y configuración del Estado de derecho, la Constitución no era entendida sino como una mera norma política carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones regulatorias de la labor de los poderes públicos. Desde entonces, el concepto de Constitución ha transitado hasta un momento en el que ya no cabe duda de que la Constitución es la norma jurídica suprema del ordenamiento normativo nacional. (p. 55)

Diversos autores consideran que esta transición se ha dado a partir de dos procesos sucesivos. En este caso Landa (2013) da un énfasis mayor al señalar que el primer proceso tiene lugar cuando los derechos públicos subjetivos del Estado liberal se transforman en derechos fundamentales e incorporan valores, principios constitucionales y derechos socioeconómicos en el Estado social de

derecho, a partir de la segunda posguerra: por lo cual este hecho obligó (sobre todo a los jueces y tribunales) a la aplicación directa de la Constitución ya no solo dentro de lo jurídicamente debido, sino también dentro de lo constitucionalmente posible.

Tal como se mencionaba líneas arriba es evidente que en el tema de la constitucionalización del derecho, la Constitución ha desplazado a la ley, siendo así, se ha señalado en palabras de De-Otto (1996) que si la Constitución tiene eficacia directa no será solo norma sobre normas, sino norma aplicable; no será solo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho mismo.

Por lo cual el ordenamiento jurídico no piensa únicamente en la Constitución o en las leyes, o en los decretos y reglamentos de un determinado país; por el contrario, se piensa en algo mucho más dinámico y vital. De ahí que algún sector de la doctrina haya criticado la noción de ordenamiento jurídico entendido únicamente como un conjunto de normas, puesto que considera que el ordenamiento jurídico en su conjunto no es sino una entidad que se mueve en parte según las normas, pero que sobre todo dirige a las propias normas como si fueran las piezas de un tablero de ajedrez, normas que de este modo resultan más bien el objeto, e incluso el medio de su actividad, que no es un elemento de su estructura. Romano (como se citó en Landa, 2013)

En este sentido se contempla la idea de un ordenamiento jurídico dinámico y vital, donde el concepto de Constitución (en sentido interpretativo) viene materializado como el producto de una interpretación constructiva a partir de la relación que se establece entre un sujeto (Tribunal Constitucional), un objeto (Constitución) y un método (los tipos de interpretación y los tipos de sentencias), lo

cual en conjunto permite una interpretación constructiva de lo que es la Constitución.

Para reafirmar esta idea Landa (2013) señala:

Esta relación no se puede entender a partir del clásico positivismo jurídico, sino a través del nuevo paradigma constitucional de los valores y principios que dan sentido de unidad al orden jurídico, tanto para proteger los derechos fundamentales como para garantizar la supremacía jurídica constitucional. Esto implica un nuevo rol en la creación judicial del derecho y es una consecuencia natural del desarrollo del Estado constitucional. (p. 15)

La constitucionalización del derecho es un tema que se ha venido manejando desde antaño, sin embargo poco se ha esbozado al respecto, pues en países que se rigen aun por los sistemas jurídicos como el common law, es notable su desarrollo.

Cappelletti (1973) refiere que este nuevo rol es tradicional de los tribunales supremos de los países del common law, tal como lo referíamos anteriormente, donde la jurisprudencia es la fuente del derecho y no solo la ley; por ello se ha señalado que se viene produciendo una convergencia de estos dos modelos o familias jurídicas.

Consideramos que a partir de esta noción transformadora del ordenamiento jurídico nacional, dinámico y vital, presidida por la Constitución en tanto fuente normativa del derecho, se plantean algunas reflexiones sobre la impronta de la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano en las distintas áreas del derecho, principalmente nos remitiremos a señalar en el

Derecho Civil y el Derecho Procesal Civil. Lo que a continuación pasamos a desarrollar:

b) La constitucionalización del Derecho Procesal Civil.

Según Kuhn (2004) en su teoría de las revoluciones científicas:

Se propone una teoría del desarrollo del conocimiento en la que su progreso se evidencia en los momentos de crisis o de revoluciones que surgen cuando se agota la capacidad de respuesta de un modelo y se decide sustituirlo por otro más rico y fecundo (...) El progreso no es resultado de una pacífica acumulación, sino de cambios de paradigma, de saltos cualitativos, con el inevitable abandono de teorías y de extensos escritos con explicaciones que pierde el valor que en su momento se les concedió y terminan en el cesto de la basura. (p.24)

En dicho sentido, refiere Priori (2012) en el caso del Derecho Procesal, se ha pasado por tres paradigmas: *práctica forense*, como conjunto de técnicas, *procedimentalismo* como aplicación del derecho procesal en un Estado de derecho, en el que la ley cumple el rol fundamental de garantizar la libertad de los ciudadanos, la doctrina solo hace comentarios a la ley; y *el procesalismo científico*, a lo cual Carnellutti (1973) expresa que la ciencia busca la depuración y redefinición de los conceptos.

Es por ello, que a partir de la revolución científica del siglo XX, después de la Segunda Guerra Mundial, en el que se violaron los derechos fundamentales, lo cual supuestamente se garantizaba con la ley. Surgiendo un cambio de paradigma, en el que se ve al proceso desde un Estado constitucional, empezando con los

alemanes, Bulow (2008) indica que se debe reconstruir las instituciones jurídicas, cuestionándose a la ley a partir de estas instituciones.

Se inicia la crítica al dogmatismo procesal, y el impacto de la constitucional que había recaído en el derecho, influye también en el derecho procesal, respetándose los valores como el respeto a la persona humana, y los institutos procesales son redefinidos, como Couture (2009) al expresar la excepción como expresión del derecho de defensa, y la redefinición de la tutela constitucional del proceso, en el que la Constitución presupone un proceso como garantía de la persona humana, por lo que todo procedimiento debe respetar a la persona humana.

Asimismo Calamandrei (1996), empieza a cuestionar el rol del juez, quienes deben hacer que el espíritu de la Constitución se refleje en su sentencia, por lo que existe el vínculo del proceso con la constitución, al ser visto el derecho procesal civil desde la Constitución, y no separada de ella.

La concepción positivista del derecho y del proceso ha llevado a desnaturalizar la vigencia de la tutela de los derechos fundamentales, en la medida en que su validez y eficacia han quedado a condición de la aplicación de normas procesales autónomas, neutrales y científicas. (Calamandrei, 1996, p.323)

Por eso, el derecho constitucional contemporáneo ha replanteado la institución del proceso a partir de su relación con la Constitución, una vez recuperado el Estado de derecho basado en valores democráticos y constitucionales.

En nuestro tiempo es el Estado Constitucional, el que ha venido a reemplazar a la concepción de Estado de Derecho. Este cambio no solo supone una sustitución de términos, sino un auténtico cambio de paradigma con todo lo que ello significa y trae consigo (Priori, 2012). De este modo, el Estado Constitucional no solo es el Estado en el que todos los actos del poder se encuentran sujetos a la Constitución, sino además, el Estado en el que se respetan ciertos valores y principios, sin los cuales a pesar de tener una Constitución sería imposible sostener que nos encontramos ante un Estado Constitucional: dignidad de la persona humana, separación de poderes, protección de los derechos fundamentales, independencia de los órganos jurisdiccionales, control entre los órganos y soberanía popular.

Este procura la reintegración del derecho y el proceso, así como superar el positivismo jurídico procesal basado exclusivamente en la ley, a partir del reconocimiento del rol tutelar al juez.

Es claro afirmar que en esta revisión conceptual, los derechos fundamentales son valiosos en la medida que se los concibe como garantías procesales que permiten accionarlos no solo ante los tribunales, sino también ante la administración, e incluso entre los particulares y las cámaras parlamentarias. La tutela de los derechos fundamentales a través de procesos conduce necesariamente a dos cosas: a que se garantice el derecho al debido proceso material y formal de los ciudadanos, y a que el Estado asegure la tutela jurisdiccional.

De esa manera, la tutela judicial y el debido proceso se han incorporado al contenido esencial de los derechos fundamentales como elementos del núcleo duro de aquellos. “Se permite, de esta manera, que a un derecho corresponda siempre un proceso y que un proceso suponga siempre un derecho, pero en cualquiera de

ambos supuestos su validez y eficacia la defina su respeto a los derechos fundamentales” (Aguilo, 2004, p. 53).

En efecto Landa (2013), plantea a los derechos fundamentales como garantías procesales materiales o sustantivas supone actualizar las garantías procesales de cara a proteger los propios derechos fundamentales. Sin embargo, esto no supone crear una estructura organizacional determinada en tanto que ya existen el Poder Judicial, el TC, los tribunales ordinarios, los tribunales administrativos y militares, e incluso procesos arbitrales, los cuales también cautelan parcelas de los derechos fundamentales; supone más bien traspasar adecuadamente principios, institutos y elementos de la teoría general del proceso al derecho constitucional procesal, adecuándose a los principios y derechos fundamentales que consagra la Constitución.

Bidart (1995) asegura al respecto:

En ese sentido, los derechos fundamentales como garantías procesales se convierten tanto en derechos subjetivos como en derechos objetivos fundamentales, irradiando los procesos. Por ello, se puede interpretar que la Constitución de 1993 ha consagrado por vez primera como principios y derechos de la función jurisdiccional: la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. (p. 529)

El Tribunal Constitucional ha ido desarrollando a través de la autonomía procesal principios constitucionales, que sirvan como base para el desarrollo de un correcto proceso, buscando alcanzar en el mejor de los casos la justicia y la verdad de real. Asimismo estos principios permiten viabilizar de forma adecuada el ejercicio de la justicia constitucional, al permitir que esta no acabe sumergida en las ineficiencias de la práctica o la teoría procesal sino que se convierta en una magistratura garante de la libertad y medio para la realización de la Constitución.

En ese entendido, qué duda cabe de que el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución y órgano supremo de control de la constitucionalidad, es titular de una autonomía procesal para el desarrollo jurisprudencial, e incluso funciona como un complemento normativo sobre la regulación procesal, mediante resoluciones judiciales, en el marco de los principios generales del derecho constitucional material y de los fines de los procesos constitucionales.

En efecto, un cambio importante en esta materia es la inclusión del precedente y la doctrina jurisprudencial en los procesos constitucionales que ha permitido al Tribunal desarrollar, bajo la forma de resoluciones judiciales en casos concretos, un espectro bastante amplio de reglas que afectan los ordenamientos procesales ordinarios.

1.5. Los principios procesales

En una definición de los principios procesales Ovalle (2001) señala: “Son aquellos criterios o ideas fundamentales, contenidos en forma explícita o implícita en el ordenamiento jurídico, que señalan las características principales del derecho procesal y sus diversos sectores, y que orientan el desarrollo de la actividad procesal” (p.199).

Otro concepto de los principios procesales se entiende como aquellos acogidos en un código, los mismos que son expresiones de una determinada tendencia. A pesar de ello, “debe advertirse que su aplicación exige una interpretación reflexiva que trascienda su sentido literal o

histórico cada vez que sean utilizados, privilegiándose los valores vigentes en la sociedad al momento de su aplicación” (Monroy, 1996, p.78).

Añadimos a este concepto que los principios procesales suelen confundirse con otro categoría de principios, tales como los principios del procedimiento, no obstante que se diferencian de los principios del procedimiento en que estos son los que identifican un determinado sistema procesal, entre tanto los principios de procedimiento son las pautas, guías, fundamentos que rigen todo el actuar de un proceso.

1.5.1. Principio de la exclusividad y obligatoriedad de la función jurisdiccional.

El carácter exclusivo y obligatorio de la función jurisdiccional radica en que la función jurisdiccional solo puede ejercerla el Estado por conducto de los órganos establecidos para tal efecto, igualmente “tiene como complemento indispensable el de la obligatoriedad para todos los integrantes de la comunidad sin distinción alguna, de someterse dicha jurisdicción del Estado” (Azula, 2000, p.25).

Monroy (1996) afirma:

La función de resolver conflictos de intereses intersubjetivos o incertidumbres jurídicas le corresponde al Estado a través de sus órganos especializados, por eso tiene la exclusividad de la función jurisdiccional. En cuanto a la obligatoriedad, significa que si una persona es demandada ante un órgano jurisdiccional debe someterse al proceso y cuando este acabe, estará obligado a cumplir con la decisión que se emita en el proceso. (p.81)

1.5.2. Principio de la independencia de los órganos jurisdiccionales

La actividad jurisdiccional del juez no debe ser afectada por ningún otro tipo de poder o elemento extraño que altere su voluntad al momento de decidir. El juez debe ser soberano en su decisión para resolver un caso concreto.

Para entender el concepto general, como principio fundamental del Derecho Procesal, nos remitimos a la definición de Devis (2000):

Indispensable es que los funcionarios encargados de tan delicada y alta misión. Puedan obrar libremente en cuanto a la apreciación del derecho y de la equidad, sin más obstáculos que las reglas que la ley les determine en cuanto a la forma de adelantar su conocimiento y proferir su decisión, que se refieren bien sea al procedimiento a seguir o al valor de las pruebas que deben apreciar. (p.69)

Asimismo se señala que este principio rechaza toda coacción ajena en el desempeño de sus funciones. El juez debe sentirse soberano en la recta aplicación de la justicia, conforme a la ley. Toda intervención que trate de desviar su criterio en cualquier sentido, peca contra él y hace desvirtuar la esencia misma de su cargo. Por eso nada más oprobioso que la existencia de jueces políticos, de funcionarios al servicio de los gobernantes y de los partido.

No se admite la injerencia de ningún poder o elemento extraño que se entrometa en la función jurisdiccional. La única manera de garantizar la justa resolución de conflictos es mediante la

independencia de los órganos jurisdiccionales, por ello implica una soberanía en las decisiones. De no ser así se desvirtúa la esencia misma del proceso. De allí lo cuestionable que resulta la intromisión de la política en la función jurisdiccional.

1.5.3. Imparcialidad de los órganos jurisdiccionales.

Véscovi (2006) respecto a este principio refiere:

El juez no puede ser parte en el proceso que se va resolver, está prohibido de resolver cualquier caso concreto que tenga relación con quienes participan en él. Esta imparcialidad alcanza a las partes interesadas en el proceso judicial ya que si hacen lo contrario son punibles los actos que realiza. (p. 52)

El juez es un tercero ajeno al conflicto y por ende no puede involucrarse como parte. Por ello existe el impedimento, la recusación, y la abstención de magistrados (artículos 305, 307 y 313 del Código Procesal Civil), por lo que el juez debe sentenciar en base a criterios objetivos contenidos en el propio expediente, dichos criterios están dados por los medios probatorios aportados al proceso. Son las partes quienes delimitan la controversia, las que ponen límites y el juez no puede salir de ellos.

1.5.4. Principio de contradicción o audiencia bilateral.

A través de este principio indica Devis (2012), se manifiesta un directo conocimiento de las partes y una apreciación por conocimiento personal de las pruebas y especialmente cuando se trata de testigos, inspecciones, cotejos y demás semejantes.

Asimismo refiere que consiste en que todos los actos del proceso deben ser conocidos por las partes ya que conociéndolos en el momento oportuno puede estar de acuerdo o no y hacer valer sus derechos. Este principio está ligado al objeto de la notificación procesal ya que a través de esta las partes tomaran conocimiento de los actos realizados en el proceso.

Lo fundamental del proceso es el intercambio de posiciones, de fundamentos, de medios probatorios, de alegatos, etc. Implica por ende brindar la posibilidad de que ambas partes se expresen, independientemente de si lo hacen o no.

Aunado a ello se puede concluir, como menciona Véscovi (2006), que este principio supone además la participación del juez en el procedimiento convirtiéndose también en el protagonista, lo cual lo hace intervenir directamente en su desarrollo. Sin dejar de mencionar que el juez como director del proceso no puede atribuirse consideraciones totales, sino que es necesaria la intervención de las partes para un desarrollo unánime e imparcial del proceso.

La bilateralidad de la audiencia se manifestaría en distintas fases del procedimiento, en la notificación (emplazamiento razonable) para contestar una demanda, asimismo que las partes

tengan la posibilidad de acceder a la prueba aportada por el otro, de modo que puedan fiscalizarla, observarla, e impugnarla (Muñoz, 2014).

Para las tesis consideran que el principio de bilateralidad de la audiencia o del contradictorio expresa que, salvo excepciones limitadas, el juez no podrá actuar su poder de decisión sobre una pretensión, si la persona contra quien aquella ha sido propuesta no ha tenido la oportunidad de ser oída: *audiatur et altera pars* (dejar oír a la otra parte), y ejercer su derecho de defensa, puesto que el contradictorio es una condición indispensable para garantizar el derecho de defensa, y por ende el derecho al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva de las partes, conforme a un Estado Constitucional, en el cual la persona humana es el fin supremo de la sociedad y el Estado (art. 1 de la Constitución Política del Perú).

1.5.5. Principio de Publicidad.

Azula (2008) manifiesta: “La actividad de la función jurisdiccional debe ser difundida y no ser reservada, esto constituye una garantía de la eficacia de los actos procesales, por eso se deben realizar en escenarios que permitan la presencia de quien quiera conocerlos” (p. 145).

El fin de este principio es dar a conocer las actuaciones realizadas en el proceso por el funcionario jurisdiccional, para que tanto las partes las partes directamente vinculadas al proceso como los terceros de los cuales se requiera su presencia tengan pleno conocimiento de dichos actos (Fierro-Méndez, 2006).

Sin embargo debemos saber que existe tres tipos de publicidades, dependiendo de la naturaleza de la pretensión que se discute: a) una de carácter general (para todos), b) otra de carácter relativo (para algunos) y c) otra de carácter exclusivo (para las partes).

1.5.6. Principio de obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la ley.

Las normas procesales son de orden público con algunas excepciones, por eso son de obligatorio cumplimiento o imperativas. Las partes no pueden convenir una tramitación distinta a la prevista en la ley procesal tienen que adecuarse a lo predeterminado (Azula, 2000).

Ante ello una vez instaurado el proceso, este debe seguirse respetándose rigurosamente las pautas indicadas en el propio ordenamiento procesal. Por ello existe un orden en los actos procesales y tiempos específicos para realizar las actuaciones respectivas.

1.5.7. Principio de motivación de las resoluciones judiciales.

En cuanto se refiere al principio de motivación de las resoluciones asume Devis (2012) que los jueces están obligados a fundamentar sus decisiones salvo aquellas que son simplemente de impulso procesal. Esta exigencia también se impone a las otras partes del proceso ya que deben sustentar todas las peticiones que

formule o las absoluciones que realice a los planteamientos de la otra parte, así mismo deberán fundamentar los medios impugnatorios que interponga.

Constituye una garantía de la administración de justicia, toda vez que brinda a las partes y a los ciudadanos en general la posibilidad y el derecho de conocer las razones por las cuales el juez ha tomado determinada decisión. De esta manera se evitan arbitrariedades y se permite a las partes usar adecuadamente el derecho a la impugnación contra las sentencias.

1.5.8. Cosa juzgada

Una resolución adquiere el carácter de cosa juzgada cuando se ha agotado la última instancia o cuando ha transcurrido el plazo legal correspondiente sin haberse interpuesto impugnación alguna.

La decisión final que emite un juez en la sentencia, es decir en un pronunciamiento sobre fondo y cuando ya no exista ningún medio impugnatorio que cuestione dicha sentencia o que no haya sido impugnada por la parte favorecida adquiere la calidad de cosa juzgada, es decir que ninguna autoridad puede modificar o alterar dicha sentencia quedando esta inmutable por el principio de seguridad jurídica. (Véscovi, 2006, p.53)

Sabiendo que el fin abstracto del proceso es buscar la paz social en justicia, siendo esta posible en la medida en que llegue un momento en el cual la decisión judicial no admita ningún cuestionamiento y sea por ende de exigencia inexorable. Pensemos lo peligroso y caótico que resultaría que los fallos judiciales sean cuestionados una y otra vez.

CAPITULO II: LA PRUEBA

2.1. Concepto de prueba

En sentido ordinario, la prueba refiere hacia la experimentación, con el fin de encontrar la exactitud de algo, sea una cosa material u operación mental, buscando llenar el objeto, y confrontando la teoría con la realidad práctica (Dellepiane, 2014), es decir que se utiliza la prueba para verificar la verdad o la falsedad de los hechos. En cambio en sentido estricto, la prueba son las razones extraídas de los medios ofrecidos, los cuales dan a conocer los hechos a efecto de resolver la cuestión controvertida (Hinostroza, 2012), por lo que se enlaza con la valoración de la prueba que realiza el juez para determinar su sentencia.

Si queremos conocer en su origen “La palabra prueba proviene del adverbio latino *probe* que significa honradamente, por considerarse que obra con honradez el que prueba lo que se pretende; o según otros, de la palabra *probandum*, que significa recomendar, aprobar, experimentar, patentizar, hacer fe” (De Vicente y Caravantes, 1856, p.121). Es evidente, que los adverbios refieren tanto su sentido subjetivo, en cuanto a la honradez como parte de la moral del hombre, una razón espiritual, como también hacia su sentido ordinario de experimentar, y conocer la certeza de algo.

Para la posición clásica, se considera a la prueba desde tres aspectos: a) formal, como medios utilizados para llevarle al juez el conocimiento de los hechos, b) sustancial, como razones que se deducen en favor de la existencia o no de los hechos, y c) subjetivo, por el convencimiento, que se produce en la mente del juzgador. (Florián, s.f, p.30).

Bajo dicha postura, Alcalá-Zamora (1964) refiere a la prueba:

El conjunto de actividades destinadas a procurar el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión del litigio sometido a proceso, sin perjuicio de que suela llamarse también prueba

al resultado así conseguido y a los medios utilizados para alcanzar esa meta. (p.257)

Es por ello que la prueba como certeza surge de la controversia entre las cosas u operaciones confrontadas, de lo contrario sería inválido e ineficaz, es decir es necesario que existan partes opuestas confrontadas, sobre todo en un conflicto jurídico, en el que el demandante se encuentra en posición contraria al demandado.

Acorde a ello, Ascencio (2015) refiere: “La prueba es la demostración de la certeza de un hecho, probar es demostrar en juicio la certeza de un hecho afirmado por alguna de las partes en litigio” (p.132).

En relación a la prueba, Taruffo (2002) considera que la prueba es el instrumento que utilizan las partes para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y del cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos. Y precisa que el enunciado fáctico es verdadero si está confirmado por pruebas, es falso si las pruebas disponibles confirman su falsedad; y no está probado si en el proceso no se adquirieron pruebas suficientes para demostrar su verdad o falsedad. Siendo a partir de dichas posibilidades, lo que el juez decidirá de uno u otro modo y extraerá consecuencias jurídicas.

Apoyando a la postura clásica, la prueba es también conocida como actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios previstos o autorizados por la ley, debido a que está encaminada a crear la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes en sus alegaciones (Palacio, 1977). En tal sentido, se considera que los medios de prueba en realidad son modos u operaciones que pueden referirse a cosas o personas, y que son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia o inexistencia de uno o más hechos, es decir pueden esclarecer los hechos del caso, y convencer al juez.

A su vez, Dellepiane (2014) distingue a la prueba en tres sentidos: *medio de prueba*, son los elementos de juicio, a fin de establecer la existencia de ciertos hechos, *acción de probar*, de hacer la prueba de los hechos por él afirmados: actor probat actionem; él quien debe suministrar los medios indispensables para determinar la exactitud de los hechos que alega como base de su acción; y el *fenómeno psicológico*, el estado de espíritu producido en el juez, o sea la convicción, la certeza acerca de la existencia de ciertos hechos.

En opinión de Alsina (1956) la prueba refiere a los distintos medios ofrecidos por las partes o recogidos por el juez, la acción de probar del demandante y demandado, y la convicción producida en el juez por los medios aportados.

Para Couture (2009) la prueba puede ser vista como verificación, y como convicción. En tal orden de ideas, los hechos jurídicos son objeto de afirmación o negación en el proceso, siendo el juez ajeno a los hechos, es indispensable los medios para verificar la exactitud de las proposiciones de las partes. Asimismo para los litigantes, la prueba es una forma de crear convicción del magistrado. Y en una posición más apartada, la prueba debe relacionarse con la lógica de la sentencia.

Sin embargo, en una nueva posición ligada al constitucionalismo del proceso o nuevo paradigma de la constitucionalización del derecho procesal, se considera que el derecho es uno sólo, en tal forma, el derecho procesal no puede ser vista separada del constitucionalismo, sino desde la constitución, por lo que el proceso debe respetar el derecho a un debido proceso, y en consecuencia la prueba que se encuentra dentro del proceso, no sólo será vista de forma tradicional como un medio, razón o certeza, sino que conlleva a un derecho a probar, que corresponde a las partes, a quienes ampara la tutela jurisdiccional efectiva.

En este sentido Hurtado (2009) opina: “La actual doctrina procesal, considera a la prueba como un derecho subjetivo, conocido como derecho de prueba o derecho a probar, que le asiste a todo sujeto de derecho” (p.527).

En relación a la nueva postura, Carnelutti (1973) sostiene: “El conjunto de normas jurídicas que regulan el proceso de fijación de los hechos controvertidos, constituye, pues, la institución jurídica de la prueba” (p.44). Es decir la prueba es referida como una institución jurídica, que conlleva a sus fases de admisión, actuación y valoración, ante la cual le corresponde a las partes aportarlas en base a la carga de la prueba.

Apoyados del constitucionalismo del proceso, consideramos que el derecho procesal, no es sólo procesal, sino asimismo es posible la existencia de derechos procesales constitucionales, por lo que la prueba, involucra, conforme refiere la doctrina europea “un derecho a probar”, el cual es una manifestación del debido proceso, y por ende a la tutela jurisdiccional efectiva.

En este orden de ideas, se considera que el derecho a la prueba se encuentra ligada al acceso a la justicia y el debido proceso encontrando su fundamento en ser un derecho típicamente individual, inherente a la persona, y de aplicación directa. Es decir deja de ser vista como un instrumento de carácter estrictamente procesal, a ser enfocada desde la constitucionalización del proceso, a ser un derecho constitucional que se deriva del derecho a un debido proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Es necesario señalar, que nuestro ordenamiento jurídico procesal, está acogiendo poco a poco este nuevo paradigma de la constitucionalización, por lo que incluso en la Casación N°2284-03-Lima del 30.09.04 se afirma “El derecho de prueba es un elemento del debido proceso y comprende cinco derechos específicos: el derecho de ofrecer las

pruebas, a que se admitan, a que se actúen, a impugnar, y el derecho a su valoración”.

2.2. Contenido esencial del derecho a probar.

Siendo el derecho a la prueba o derecho a probar, un derecho procesal, que es a la vez un derecho fundamental unida al derecho al debido proceso y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; es necesario aclarar, que un derecho fundamental según la relación Estado-ciudadano, explicada por Ruiz (2007) puede ser de acción negativa o positiva; es negativa, en tanto limita su campo de acción, es decir restringe el poder del estado; y es positiva, porque requiere la acción del estado para asegurar la participación del ciudadano y su intervención en prestaciones normativas.

El derecho a probar, como derecho de las partes, no es absoluto, tiene límites, y su contenido esencial comprende: el derecho a la admisión de la prueba, el derecho a la actuación de la prueba, y el derecho a la valoración de la prueba (Bustamante, 2010).

En este mismo sentido, opina Ferrer (2003) al considerar que los elementos definitorios de la prueba son: 1) el derecho a utilizar todas las pruebas de las que se dispone para demostrar la verdad; 2) el derecho a que las pruebas sean practicadas; 3) el derecho a una valoración racional; y 4) la obligación de motivar las decisiones judiciales.

Acerca de ello, Rioja (2009) afirma que el derecho a la prueba, que forma parte del contenido del derecho al debido proceso legal, es un derecho constitucional de toda persona a que se admitan y actúen los medios probatorios ofrecidos por los sujetos procesales distintos al Juzgador y los valore debidamente, teniéndolos en cuenta en su sentencia o decisión.

El tribunal constitucional manifiesta al respecto:

Existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida. (STC N°6712-2005-HC/TC. f.j.15)

En este orden de ideas, el derecho fundamental a la prueba, no sólo se encuentra vinculado al derecho a un debido proceso, al encontrarse comprendido, sino que a la vez es su límite, en base a los valores de igualdad y libertad; puesto que los sujetos procesales gozan de la misma igualdad de oportunidades, en cuanto a la oportunidad de la prueba, y la libertad probatoria, con respecto a ofrecer todos los medios probatorios en su alcance, y esclarecer los hechos.

Al respecto, el maestro Picó (1996) explica que el derecho a la prueba consiste de forma explícita en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar convicción al juez de lo discutido en el proceso. Siendo su contenido esencial la exigencia al juez del aseguramiento, admisión, práctica y valoración de la prueba. En cambio, para Solís (2007) el derecho a la prueba es un derecho implícito de los litigantes de producir la prueba necesaria para acreditar su pretensión o defensa. Siendo sus manifestaciones: ofrecer los medios probatorios, de ser admitidos, sometidos al contradictorio, debidamente actuados, de asegurar su conservación, y de ser valorados.

2.2.1. El derecho a ofrecer medios de prueba.

El Tribunal Constitucional sostiene que una de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus enunciados fácticos son los correctos. Incluso, afirma que en el caso no autorizarse la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, no se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva (STC. 6712-2005-HC/TC).

En este orden ideas, es notable la vinculación del derecho a la prueba, en su manifestación del ofrecimiento de los medios probatorios, con el derecho a la tutela procesal efectiva, el cual es un derecho no sólo procesal sino también constitucional. En tal sentido el derecho a ofrecer los medios de prueba, implica la posibilidad de los sujetos procesales de aportar todo lo posible a su alcance, tanto medios probatorios típicos, como también atípicos, conforme al artículo 193 del Código Procesal Civil.

2.2.2. El derecho a la admisión de la prueba.

El derecho a probar comprende el derecho a la admisión de la prueba aportada por los sujetos procesales, por ello, el juez debe admitir los medios probatorios ofrecidos por las partes, respetando los principios de preclusión, pertinencia, conducencia, utilidad, y licitud.

Es necesario indicar que los medios probatorios se presentan en la etapa postulatoria, como en la demanda o en la contestación (inciso 10 artículo 424 del Código Procesal Civil), siendo durante la etapa de la calificación de la demanda, en la que si es positivo, se

darán por ofrecidos los medios probatorios (artículo 430 del CPC), a excepción de la prueba extemporánea (artículo 429 CPC), el cual son referidos a hechos nuevos, por lo que no sólo se presenta con fecha posterior a la demanda, sino de que asimismo, contra él sólo procede negar o reconocer la autenticidad, y ya no es posible plantear tacha u oposición; otra excepción en el caso de la presentación de la prueba en apelación (art. 374 CPC) en el que se permite la presentación de medios probatorios en segunda instancia, siempre que sean referido a hechos relevantes, y hechos nuevos.

Si bien es cierto el principio de preclusión es en cierta forma vulnerado, en los supuestos de hechos extemporáneos y hechos nuevos; en realidad lo que demuestra el legislador es que da preferencia a los principios de conducencia, utilidad, pertinencia y licitud, en cuanto esclarecer los puntos controvertidos.

Acerca de ello, consideramos que si bien es cierto el derecho procesal es vista para gran parte de los operadores jurídicos como en sentido procedimental, en realidad no es así, puesto que las reglas procesales deben ir acorde al respeto a los derechos procesales constitucionales, como la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, los cuales dan origen al derecho a la prueba, y que también la delimitan.

2.2.3. El derecho a la actuación de la prueba.

La prueba no sólo debe ser admitida, sino que además debe ser actuada, de lo contrario, se vulneraría el derecho a probar, respetando los principios de inmediación, contradicción y comunidad en materia probatoria.

Cabe señalar que la inmediación no sólo debe ser vista como la vinculación directa del juez y la prueba, sino también apreciar el

comportamiento de las partes, generando de esta forma los elementos de convicción para la fundamentación.

Lo anterior no quiere decir que es el juez como director del proceso, el único llamado a controlar la actuación de la prueba, porque siendo el proceso civil una relación jurídica procesal de forma triangular, las partes en la audiencia también pueden verificar el control legal de las pruebas, y hacer valer su derecho de contradicción.

Si bien es cierto el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil, establece “las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad”, no siempre se realiza de forma estricta, sobre todo en el caso de la prueba de oficio, por lo que nosotros enfocamos nuestra investigación hacia un principio de audiencia, en el que las partes puedan conocer las pruebas a actuarse, sobre todo en antes las mágicas facultades oficiosas que el proceso civil le ha brindado al juez, en pro del principio del impulso procesal.

2.2.4. El derecho a la valoración de la prueba.

Consideramos que resulta ser necesario la valoración de las pruebas admitidas y actuadas, para la eficacia de la prueba sobre la etapa final del proceso; puesto que la valoración permitirá no sólo esclarecer los hechos, sino asimismo, el convencimiento del juez, respecto a la verdad legal, o también conocido por Taruffo (2002) como la mejor aproximación posible a la verdad histórica o empírica de los hechos, basada en las pruebas que estén disponibles en el caso concreto.

En una idea opuesta, el derecho de probar no es un derecho a que el juez se dé por convencido en ciertos medios de prueba,

sino a que acepte y practique los pedidos y los tenga en cuenta en la sentencia o decisión.

Acercas de la valoración de la prueba, será necesario aplicar el correspondiente sistema de valoración de la jurisdicción. En el caso nuestro, sería el de la libre valoración de la prueba, en el que el juez puede apreciar los medios probatorios, utilizando la sana crítica, y las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia.

Al respecto, Ferrer (2007) considera que la valoración racional de la prueba, tiene dos componentes: por un lado, se exige que las pruebas admitidas y practicadas sean tomadas en consideración a los efectos de justificar la decisión que se adopte; y por otro lado, se exige que la valoración que se haga de las pruebas sea racional. Es por ello, que se cuestione la valoración de la prueba, cuando se declare la *valoración conjunta*, puesto que primero se debe valorar de forma individual cada medio probatorio admitido y actuado, para posteriormente valorar de forma conjunta (Montero, 2002), además de necesariamente aplicar las reglas de racionalidad en pro de la seguridad jurídica.

2.3. Naturaleza de la prueba

Desde el punto de vista de su aportación al proceso, sea como actividad del juez o de las partes, o sea como los diversos medios utilizados para obtener el convencimiento del juzgador sobre la existencia o inexistencia y las características de los hechos sobre los cuales debe proferir su decisión, las pruebas son actos jurídicos procesales, porque en ellas interviene la voluntad humana (Devis, 2012).

No se puede dejar en olvido, que la relación jurídica procesal que existe en un proceso judicial, nace de una relación jurídica sustantiva inicial de las partes, *a simili* o por analogía, en el caso de la prueba que ingresa al proceso a través de un acto procesal, no le hace perder su condición de acto jurídico. Por ejemplo, en el caso de un contrato de arrendamiento, el cual ingresa a un proceso como prueba para acreditar la obligación, cumple su función de acreditar, pero ello no elimina su naturaleza de acto jurídico.

En contraposición, el jurista Carnelutti (1973) afirma: “Probar no consiste en evidenciar la existencia de un hecho, sino en verificar en juicio, es decir, demostrar su verdad o falsedad de una cosa”. Al respecto, esta distinción es sólo formal, porque si los juicios niegan o afirman la existencia de un hecho, al evidenciar su verdad o falsedad, “necesariamente se demuestra la existencia o inexistencia de aquél” (Pallares, 1977).

La valoración de la prueba se reflejará en la sentencia como decisión, ya sea sobre un conflicto o incertidumbre jurídica entre las partes, ello supone para Dellepiane (2014): “La determinación de la existencia o inexistencia de un hecho, sobre el cual, precisamente, debe recaer la aplicación de la ley que restablezca el equilibrio jurídico turbado, que dé a cada uno lo suyo, que absuelva o condene”(p.10).

En relación a la naturaleza jurídica de la prueba, a criterio de Hinostroza (2012):

La prueba constituye un acto jurídico material en aquellos casos en que es considerada un requisito indispensable para la existencia o validez del acto o contrato (la escritura pública en el contrato de anticresis – art. 1092 Código Civil, por ejemplo), sin embargo, se introduce al proceso a través de un acto jurídico procesal. Antes del proceso su objeto permanece estático, inactivo, dentro de él adquiere significación probatoria. (p.29)

Siguiendo este orden de ideas, las pruebas al ingresar a un proceso, ya sea por aportación de partes o del juez, a través de una prueba de oficio, busca convencer al juez respecto a la verdad o falsedad de los hechos expuestos, y que serán valorados para la sentencia; en tal sentido, la prueba adquiere eficacia mediante un proceso judicial, teniendo expuesto su carácter procesal, pero no perdiendo por ello, su naturaleza de acto jurídico procesal.

2.4. Finalidad de la prueba

El artículo 188 del Código Procesal Civil, establece que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones del juez. De esta manera, podemos considerar que la prueba tiene dos finalidades, una inmediata, en cuanto a esclarecer los hechos del caso y dar certeza al magistrado, y otra mediata, respecto a ser utilizada para fundamentar la sentencia.

Es necesario recalcar que para el proceso civil peruano, la prueba no es una averiguación, como en el caso del proceso penal, porque si se diera el caso por ejemplo del reconocimiento de la obligación, entonces el proceso concluye, y es que la prueba sirve para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos, y siendo el proceso civil de carácter privado, se puede iniciar y culminar por acuerdo de las partes.

Básicamente, la discusión en la finalidad de la prueba, se encuentra en tres posiciones: 1) la búsqueda de la verdad (Taruffo, 2006 y Ferrer, 2003) en cuanto la prueba pretende el conocimiento de la verdad acerca de los hechos ocurridos, 2) lograr la convicción del juez (Devis, 2012) es decir persuadir al juez, y 3) determinar los hechos (Carnelutti, 1973).

Respecto al tema, Gorphe (1950) refiere: “La finalidad de las pruebas debe consistir en obtener una certeza, aunque con frecuencia hagan alto en mitad de su camino; es decir, en una simple probabilidad o verosimilitud” (p.485). En concordancia, consideramos que es necesario distinguir la verdad material de la verdad legal, puesto que si bien es cierto con las pruebas se puede encontrar los hechos ciertos, en cierta forma, no se podrá alcanzar una verdad material, puesto que esa verdad sólo conocen las partes; y si bien el juez actúa de forma imparcial, y se corrobora con las pruebas, la expresión de *simple probabilidad o verosimilitud* sería conforme, puesto que las pruebas de manera concreta llegan a un verdad legal, es decir conforme a derecho, pero no a una verdad material o absoluta.

Acerca de la verdad en el proceso, según Peña (2010) es también conocida como “verdad procesal”, como principio que da seguridad jurídica al proceso, al ser el resultado de la actividad probatoria, siendo el acervo probatorio legal regular y oportunamente allegado al proceso lo que produce la verdad procesal.

En este sentido, Gozaini (2005) opina que en el proceso es imposible encontrar la verdad absoluta, por lo que la prueba busca una aproximación a la verdad; a lo cual, en concordancia, Sosa (2005) indicó como reconstruir el pasado buscando acercarnos a la verdad de lo que ocurrió en la realidad.

Sobre el debate del fin de la prueba, “siendo la verdad que se persigue sólo relativa, es decir, simple verosimilitud, debe sustituirse el patrón subjetivo para apreciarla por uno objetivo: el convencimiento del juez” (Goldschmidt, 1936).

Para otros autores como Cardoso (1979) significa: “el fin de la prueba consiste en dar al juez convicción suficiente para que pueda decidir con certeza sobre el asunto materia del proceso” (p.18). En dicho sentido, la finalidad de la prueba, más que alcanzar la verdad material de los

hechos en sentido abstracto, es formar al juez la convicción sobre las alegaciones que las partes afirman como ciertas, es decir arriban a una finalidad concreta. Sin embargo, dicha tesis persuasiva es criticada por su base subjetivista hacia la convicción del juez, a lo cual hace depender la eficacia de la prueba en el pensamiento individual y psicológico del juez, conllevando hacia una concepción irracional de la prueba.

En este mismo orden de ideas, opina White (2008): “Con la prueba se llega a acreditar los hechos que van a servir de fundamento para la decisión, es decir, con la prueba se fundamenta la sentencia. La prueba va dirigida, pues, a convencer al (a la) juzgador(a)” (p.173).

Cabe señalar, que la finalidad de la prueba en el proceso es similar a la prueba científica, puesto que a razón de Calamandrei (1973) ambas utilizan un método, su objeto es la reconstrucción de los hechos pasados a partir de datos preexistentes y elementos necesarios, se garantiza la imparcialidad, y se busca resolver el problema de la individualización de los hechos concretos.

En una visión distinta, la prueba como parte del proceso civil, no busca la verdad, sino la seguridad jurídica, y que lo expresado en la sentencia respecto a los hechos, es una probabilidad, no una necesidad, para que proceso sea dirimido (Trionfetti, 2005).

Ante ello, las tesis se ubican en una posición eclética en que la prueba tiene dos finalidades: una objetiva y otra subjetiva. En este orden de ideas, la finalidad objetiva es buscar esclarecer los hechos ocurridos, como aproximación a la verdad, y otra finalidad subjetiva en cuanto a convencer al juez para la decisión final.

2.5. Los hechos como objeto de prueba

El objeto de la prueba hace referencia a lo que se puede probar en el ámbito del proceso, es por ello que con los medios probatorios se puede acreditar los hechos expuestos por las partes, en tal sentido los hechos y los actos jurídicos son objeto de afirmación o negación en el proceso. Es decir se encuentran susceptibles de ser ciertos o falsos, y para su veracidad, se necesitan acreditar con medios probatorios.

En el derecho romano, con la demanda y su contestación se establecía la relación procesal “litiscontestatio”, es decir era el momento en el que quedaba clausurada una etapa del proceso y fijado por las partes el objeto de la litis. Con ella quedaba precisada las cuestiones controvertidas: la cosa discutida (Alzamora, 1968, p.77).

A razón de Hunter (2015): “El proceso judicial debe servir de instrumento para la reconstrucción de los hechos que constituyen el objeto de la prueba (...) ocurren en un lugar, tiempo, bajo ciertas modalidades de producción y con distintos propósitos” (p.18)

Se debe tener en cuenta que el juez es normalmente ajeno a esos hechos sobre los cuales debe pronunciarse, no puede pasar por las simples manifestaciones de las partes, y debe disponer de medios para verificar la exactitud de las proposiciones. Ello significa, que al ser necesario comprobar la verdad o falsedad de ellas, con el objeto de formarse convicción, es indispensable que las pruebas corroboren lo indicado en los escritos de las partes.

Frente al tema, Montero (2005) sostiene:

Si por objeto de prueba se entiende, en abstracto y sin atender a un proceso concreto, lo que puede ser probado, es decir, todo lo que puede ser establecido por una norma material como supuesto fáctico de una consecuencia, ese objeto han de ser, en principio, hechos. Por el contrario, si la

pregunta es qué debe probarse en un proceso concreto, es decir cuando nos referimos al tema de la prueba, entonces la respuesta sería las afirmaciones fácticas de las partes. (p.100)

El objeto de la prueba refiere hacia los hechos controvertidos, en dicho sentido, excluye de la prueba a los hechos confesados o admitidos expresamente y aquellos que no han sido controvertidos o negados en forma explícita (Fix Zamudio, 1991).

Según Alzamora (1963) en la doctrina hay tres posiciones:

Para la tesis clásica, objeto de prueba y hechos se confunden, para la eclética el objeto de prueba está constituido tanto por los hechos como por las afirmaciones, y para la tesis moderna, sólo por las últimas. (p.98)

Aclara Lluch (2007) que los hechos existen en la realidad, fuera del proceso, y en el proceso se verifican las afirmaciones que las partes efectúan sobre los mismo y a través de los escritos de alegaciones. En otras palabras, los hechos ya sucedieron, y al proceso sólo llegan las versiones de cada una de las partes respecto a los hechos.

Para Muñoz (2007) sostiene que los hechos controvertidos son dos afirmaciones antagónicas acerca del mismo hecho, surgiendo ante ello, la necesidad de la prueba del hecho en el proceso.

2.5.1. Hechos exentos de prueba.

Conforme al principio de economía y celeridad procesal, se requiere a los litigantes, los cuales se encuentran en una relación

jurídica procesal en concreto, se pronuncien sólo en los hechos en debate, en tal sentido, la prueba debe recaer sobre los hechos controvertidos. Sin embargo es necesario aclarar que no todos los hechos son objeto de prueba, en consecuencia, se encuentran exentos de la prueba, y estos son: hechos admitidos por ambas partes, hechos presumidos por la ley, hechos evidentes, hechos notorios, hechos normales, o hechos imposibles (Gascón, 1999).

Al respecto, opina Rodríguez (2005) que son improcedentes los medios de prueba de hechos no controvertidos, imposibles, notorios, afirmados por una parte y admitidos por la otra, hechos que la ley presume, y el derecho nacional.

a) Hechos admitidos por ambas partes.

Los hechos admitidos, son aquellos que ambas partes aceptan como hechos, y pueden ser expresas o tácitas, es decir que exprese su aceptación o se infiera que admite como cierto lo narrado.

En consecuencia se debe afirmar que sólo cabe la prueba para esclarecer hechos controvertidos, y ello acorde al principio de economía y celeridad procesal, puesto que al realizarse una distinción previa, entre hechos controvertidos y no controvertidos, se aplicará la prueba sólo a hechos que corresponde esclarecer.

Acerca de ello, en opinión de Hurtado (2009) la premisa general es probar los hechos controvertidos, por lo que si un hecho del proceso fue admitido por la parte contraria a la que lo propuso, como un hecho que existió y se produjo en la realidad, en determinado tiempo, entonces ya no habrá discusión sobre el particular.

Los litigantes basan sus recíprocas pretensiones en afirmaciones fácticas. Éstas son inicialmente introducidas en el proceso mediante su alegación en la demanda, en tal momento el hecho conforma una aseveración unilateral “ad referéndum” sobre la cual habrá de pronunciarse la contraparte, es entonces cuando dicha afirmación puede ser negada o admitida, adquiriendo en consecuencia la naturaleza jurídica de hecho controvertido o concorde; pues bien sólo en el primer caso habrá de ser objeto de acreditamiento para que el Juez la considere probada la sentencia (Álvarez, 2012).

En nuestra legislación procesal, conforme al inciso 2 artículo 190, son improcedentes los hechos afirmados por una parte y admitidos por la otra. Esta admisión se puede dar de forma explícita en la contestación de la demanda y la reconvención, o de forma tácita en la propia audiencia de fijación de puntos controvertidos, puesto que no son fijados como controvertidos los hechos admitidos. Y que sólo como excepción, se pueden actuar en el caso de derechos indisponibles o se presuma dolo o fraude procesal.

Arazi (2001) distingue los hechos admitidos de forma expresa y los de manera tácita: son expresos cuando una parte acepta explícitamente los hechos propuestos de la parte contraria; y es tácita cuando en la contestación de la demanda, el demandado omite pronunciarse de un hecho, y por ende se da por admitido.

b) Hechos presumidos por la ley.

Cuando los hechos son presumidos por ley, nos referimos a la presunción iure et de iure, es decir que nos admite prueba en contrario, por ser una presunción de derecho.

Estos hechos son improcedentes de actuación probatoria, conforme a lo establecido en el inciso 3 del artículo 190 del Código Procesal Civil. Y es que al ser presumidos por ley, resulta innecesario la prueba, e incluso el mismo hecho de ponerlo en actuación, se estaría vulnerando la ley.

Este tipo de hechos, depende mucho de las circunstancias del caso, por ejemplo cuando el demandado ha sido declarado rebelde, sólo se aplicará prueba por los hechos de la demanda, para esclarecer su certeza de parte del juez, sin embargo, el demandado por su actitud ya no podrá presentar prueba; y ello, acorde también a la consecuencia propia a la rebeldía de presunción relativa de los hechos expuestos en la demanda (artículo 461 del Código Procesal Civil).

Un ejemplo típico de la presunción *iure et de iure*, es el principio de publicidad registral (artículo 2012 del Código Civil), por el que se presume, sin admitir prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones. Sin embargo, es necesario señalar, que más que ser una presunción de carácter absoluta para la ley, es indispensable señalar que conlleva un deber de diligencia en los ciudadanos, puesto que son las partes quienes deberían acceder a la información pública antes de iniciar la relación jurídica procesal.

Referente a la presunción de derecho, opina Gimeno (2005) que la parte que se vea favorecida por ella, no tiene que alegar ni probar el constitutivo de la relación jurídica o de la situación jurídica presumida”.

c) Hechos evidentes.

Los hechos evidentes no necesitan de su demostración a través de una prueba, puesto que son claros y es cierto para todos los sujetos procesales.

“No son tampoco objeto de prueba aquellos hechos que por su naturaleza o por el carácter permanente de cierto tipo de relaciones, resultan evidentes” (Alzamora, 1968).

Hacia los hechos evidentes refiere la doctrina comparada, de la prueba prima facie, que equivale a extraer la prueba de los principios prácticos de la vida y de la experiencia de lo que generalmente ocurre en el natural desarrollo de las cosas, es decir de la misma realidad práctica.

En nuestro Código Procesal Civil, el legislador ha previsto incluso que no resulta procedente su actividad probatoria, puesto que en el inciso 1 del artículo 190, indica que es improcedente la actuación probatoria a hechos públicamente evidentes. Ahora bien, es necesario aclarar que el hecho debe ser público y evidente, por lo que es indispensable que el juez aplique las reglas de lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia.

d) Hechos notorios.

Los hechos notorios, no implica que todos los hombres deben conocerlo, porque depende del contexto, en cierta forma la persona conoce su contexto, o eventos de su interés, en tal sentido, son aquellos conocimientos obtenidos por cultura o conocimiento común del grupo social, y del tiempo vivido. Es por ello, que para nuestro legislador resulta innecesario aplicar la prueba sobre los hechos

notorios, y declara improcedente su actuación probatoria, conforme al inciso 1 del artículo 190 del CPC.

Al respecto de los hechos notorios, refiere Alcalá-Zamora (1964) “En el antiguo derecho había sentado el aforismo *notoria non egent probatione*” (p.201), el mismo que ampara que los hechos evidentes carecen de prueba, debido a que son conocidos por las partes que se encuentran en el mismo tiempo y lugar.

A juicio de Calamandrei (1973):

La conclusión a que se debe llegar, luego de cuando queda expuesto, es la que pueden considerarse hechos notorios aquellos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un lugar o a un círculo social y a un momento determinado, en el momento en que ocurre la decisión. (p.314)

Para que un hecho sea notorio, se deben excluir las características de: generalidad, porque no es necesario que sea conocido por todos; conocimiento absoluto, es suficiente un conocimiento relativo; y conocimiento efectivo, no es directa, sólo basta su difusión (Palacio, 2003)

e) Hechos normales.

Cuando no existen pruebas, los hechos se deben suponer en su ritmo normal, o su común forma de suceder. Es decir seguirse conforme a lo normal y regular.

Sin embargo, no todo hecho, puede ser considerado como un hecho normal, en tal sentido, el hecho es normal cuando encuadra fácilmente como común, de lo contrario, deberá ser probado obligatoriamente.

Respecto a ello, Couture (2009) afirma:

Aparentemente significa eximir de la prueba a una de las partes (la que sostiene lo normal) y gravar con ella a la otra (la que sostiene lo extraordinario). Pero, parece fácil percibir que tampoco se halla aquí en juego un principio de distribución de la carga probatoria entre las partes. Lo que está en tela de juicio es el punto de saber si los hechos evidentes, regulares y normales son *objeto* de prueba. (p.190)

f) Hechos imposibles.

Es necesario indicar, que existen asimismo hechos de difícil probanza, y que la prueba juega un rol muy importante para determinar la sentencia, sin embargo para su aplicación se requiere el buen criterio del juez, estos son: hechos antiguos, hechos psicológicos, hechos complejos, hechos futuros, y hechos íntimos.

Los hechos imposibles, o de dificultad probatoria como refiere Hunter (2015), hacia hechos de complejidad o de difícil de obtener, arriesgan la posibilidad de una tutela jurisdiccional efectiva, al generar indefensión. Es decir, ante la imposibilidad de actividad probatoria, se genera duda y desconfianza a todos los sujetos procesales respecto al *obiter dicta* o argumentos que corroboran la decisión principal, poniendo en tela de juicio no sólo la tutela jurisdiccional efectiva, sino asimismo el derecho de defensa y el debido proceso que ampara a las partes.

2.6. Principios generales de la prueba

2.6.1. Principio de la necesidad de la prueba.

Ab initio (al inicio), la necesidad de la prueba refiere a ser un instrumento de justicia, con el cual se garantizaba la igualdad entre las partes, y conllevaba hacia la imparcialidad del juez y la defensa de las partes, que carecía la lucha privada (Quevedo, 2005).

Acerca del contenido del principio de necesidad, Hurtado (2009) afirma: “La prueba es absolutamente necesaria para resolver el conflicto de intereses, con la cual sólo se resolverá a favor de quien a través de la prueba probó la verdad de su afirmación y logró convencer al juez de ello” (p.601).

Este principio obliga que los hechos sean verificados con las pruebas, excepto aquellos de pleno derecho o exentos de prueba, ello no sólo con fines de imparcialidad, sino asimismo para proteger el derecho de defensa y debido proceso de los justiciables.

Frente al tema, Soto (1985) explica que si el juez aplica el conocimiento privado sería contrario al principio de la publicidad y contradicción, impidiendo a la parte contradecir lo que el juez tiene en la mente. Es por ello, que consideramos que siendo el juez director del proceso, no puede confiarse en su propio saber y conocimiento, sino de que se debe corroborar los hechos con las pruebas. Diferente es indicar, que en la valoración de la prueba, se aplique la sana crítica, y las reglas de la lógica y la experiencia.

Al respecto Ovalle (1994) refiere “Esta necesidad de la prueba tiene no sólo un fundamento jurídico, sino lógico, pues el juzgador no

puede decidir sobre cuestiones cuya prueba no se haya verificado” (p.285).

Consideramos que este principio de necesidad, se encuentra unido al principio de prohibición de aplicar conocimiento privado del juez , puesto que si las partes no cumplen con la carga de la prueba *onus probandi*, existen las facultades *ex officio* del juez, quien también puede contribuir a esclarecer los hechos controvertidos, pero no puede decidir sin prueba, puesto que no se puede confiar en su propio razonamiento, siendo indispensable corroborar las versiones de las partes con la actuación probatoria, a excepción de los hechos exentos de prueba.

En base al nuevo paradigma de la constitucionalización del proceso, incluso se puede indicar que no aplicándose la prueba como pieza fundamental del proceso, no se logra otorgar una tutela jurisdiccional efectiva, al vulnerarse el derecho a un debido proceso y el derecho de defensa de los justiciables.

Al respecto en la Casación 3041-2002-Callao (30.10.04) establece que el principio de necesidad de probar los hechos alegados por las partes, sustenta que para la decisión jurisdiccional tienen que ser demostrados los hechos con medios probatorios y dentro de las condiciones de ley, para alcanzar la tutela jurisdiccional efectiva. *A contrario sensu*, si no se aplica la prueba, y el juez decide existiría una violación a la tutela jurisdiccional efectiva de los sujetos procesales, y estaríamos ante una completa arbitrariedad del juez.

2.6.2. Principio de la prohibición de aplicar el conocimiento derivado del juez sobre los hechos.

“El juzgador no puede suplir las pruebas con el conocimiento personal o privado que tengan de los hechos, porque sería desconocer la publicidad y la contradicción indispensables para la validez de todo medio de prueba” (Devis, 1984, p.285).

Este principio exige que los hechos materia de litis sean demostrados con los medios probatorios aportados por las partes u ordenados por el magistrado (prueba de oficio), no pudiendo el juez eximir la fase probatoria con el sólo conocimiento privado que tenga sobre los hechos.

Como es notable, está prohibido que el juez con sus propios conocimientos considere esclarecido los hechos, y dicte sentencia, sin aplicar prueba. Sin embargo, ello no excluye, a que el juez, en base a sus conocimientos previos, decida aplicar prueba de oficio sobre los hechos controvertidos, y poder esclarecerlos.

El principio de no resolver el proceso con conocimiento privado del juez, busca la imparcialidad del juez (Taruffo, 2006); en tal sentido, el juez debe estar privado de los hechos, para que su decisión sea de un tercero, para no favorecer a ninguna de las partes, y actuar de forma objetiva y con criterio, aplicar el derecho, y no perder su sentido de equidad y justicia. Es necesario señalar que cuando el juez aplica las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, no es carta abierta para aplicar su propio razonar, sino de que debe guiarse por reglas para poder valorar correctamente las pruebas, las cuales son indispensable para esclarecer los hechos.

2.6.3. Principio de la adquisición de la prueba.

Conforme al principio de adquisición de la prueba, la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, y así debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, sea que resulte en beneficio de quien la adujo o de la parte contraria, que bien puede invocarla” (Silva, 1963, p.27).

Siendo para la doctrina clásica la adquisición de la prueba propia del proceso; se justificaría la aplicación de la prueba aportada ya sea por las partes o por el propio juez en el proceso, como es el caso de la prueba de oficio; puesto que la prueba acredita los hechos; de manera objetiva; y si el principio excluye la idea de que el sujeto procesal ofrece la prueba para ser favorecido (lo cual es controversial), entonces no importaría quien ofrece la prueba, si es el demandante, el demandado o el propio juez, quien es totalmente imparcial al conflicto, conforme al principio de la imparcialidad del juez, importando en la prueba sólo su fin directo a esclarecer los hechos, muy distinto a los efectos los cuales favorecen o no a una parte específico.

Este principio se encuentra ligado al derecho al debido proceso de los sujetos procesales, porque ellos pueden acceder a todos los medios probatorios típicos o atípicos conforme a los artículos 192 y 193 del Código Procesal Civil, siempre que se respeten los límites de la utilidad, conducencia y pertinencia; y el límite básico de todo derecho constitucional, de no vulnerar otro derecho constitucional.

2.6.4. Principio de igualdad de oportunidades para la prueba.

Se debe tener en cuenta que la igualdad legal o igualdad en la ley, no excluye la existencia de desigualdades reales; en dicho sentido, nos encontramos ante una igualdad formal, en la que es imposible ignorar los desniveles existentes en la realidad. Es por ello, que se debe partir de las condiciones reales de vida, y conllevar hacia una igualdad referida a un principio de igualación de oportunidades, como en el caso de la prueba (Ovalle, 1994).

El principio de igualdad genera consecuencias para las partes y para el juez (Devis, 2012), ante lo cual consideramos que son de dos formas, una directa, en cuanto a la igualdad de oportunidades de las partes para la defensa, lo cual se desprende del principio de igualdad, conocida con la máxima *auditia et altera pars*, haciendo a la vez enlace con el principio de igualdad ante la ley; y *a contrario sensu*, una consecuencia indirecta, con respecto a no ser aceptado por la administración de justicia un trato privilegiado. Ello a la vez, denota al principio de tutela jurisdiccional efectiva, en cuanto el acceso a la justicia a todos los ciudadanos, y el principio de la imparcialidad del juez frente al proceso.

Cuando nos referimos a la igualdad de oportunidades para la prueba, hacemos de relevancia hacia el principio de audiencia, el cual pretende que todos los sujetos procesales deben tener acceso a todas las actuaciones procesales; es decir no sólo a acceder a la información en tiempo real, sino a utilizar una igualdad de armas, en cuanto poder alegar, probar e impugnar.

La igualdad en cuanto a la prueba, no sólo conlleva a que ambas partes tienen un derecho a probar, en cuanto a ofrecerlas, ser admitidas, actuadas y valoradas; sino de que además deben ser conocidas tanto por el demandante como por el demandado, y de esta manera, sea posible impugnarla ya sea a través de la tacha o la

oposición. Se debe indicar que el alcance de esta igualdad, exige conocer tanto la prueba aportada por las partes; como también la aportada por el juez; pues si bien, el juez incorpora un medio probatorio en virtud de su facultad oficiosa, ello no lo excluye a ser sometido hacia la igualdad en dar a conocer a las partes de dicha prueba, y por lo tanto a pasar por el mismo filtro que una prueba ofrecida por un sujeto procesal, conforme a ley.

2.6.5. Principio de publicidad de la prueba.

“El proceso ha de ser envuelto en tal forma, que sea posible a las partes y a terceras personas reconstruir las motivaciones que determinaron la decisión, con referencia al presente y al futuro” (Silva, 1963, p.79)

Por esa misma razón la prueba que es examinada por el juez, debe ser de conocimiento de las partes, y en consecuencia encontrarse al alcance de la persona interesada, conforme a lo conocido por Devis como la “función social de la prueba”(2009, p.287).

2.6.6. Principios de dirección e intermediación del juez en la producción de la prueba.

El juez es el director del proceso, sin intervención de nadie, por lo que siendo la prueba vital para esclarecer los hechos, el juez es el llamado a dirigir la actuación probatoria.

Al respecto Ovalle (2005) refiere “La dirección del debate probatorio otorga al juez un papel complejo activo, ya que lo provee de facultades para ordenar de oficio la práctica de las pruebas que

considere necesarias para su cercioramiento y para intervenir en las pruebas ofrecidas por las partes.

A opinión de Alcalá-Zamora “el Derecho Probatorio pertenece casi exclusivamente al Derecho Procesal, sin más excepción que las que Chiovenda (1948) ha llamado <<normas probatorias especiales>>, que se presentan dentro de las legislaciones que acogen el sistema legal o tasado, y constituyen cortapisas o pautas marcadas por el Derecho sustantivo” (1964, p.16).

El Tribunal Constitucional en la STC N°2076-2005-PHC/TC indicó que el principio de inmediación procura que el juez tenga el mayor contacto con los elementos subjetivos (intervinientes) y objetivos (documentos, lugares) que conforman el proceso, para lograr una aproximación más exacta del mismo. Y recalando en la STC N°6846-2006-PHC/TC: “Sólo con el contacto directo entre el juzgador y los medios de pruebas aportados al proceso, permitirá ponderarlos en forma debida y plasmar sus conclusiones en forma suficiente y razonada al momento de emitir sentencia.”

Sin embargo, es ineludible, que el principio de la inmediación crea controversia en la dogmática, en el sentido de si el juez que actúa las pruebas admitidas debe ser necesariamente el que emita la sentencia.

Frente al particular, consideramos que si bien el juez que conoce el proceso y ha actuado los medios probatorios, es sin duda alguna el llamado a emitir la decisión final, consideramos que es posible que ante ciertas circunstancias lo realice otro juez, pero igualmente respetando los límites de ley, como el respeto a un debido proceso. Y es que si los criterios de la ley misma, la lógica, la ciencia y las máximas experiencias permiten valorar de la forma correcta a las pruebas, no existiría problema alguno, en que ellas previamente hayan sido actuadas por otro magistrado. No

excluyendo que sería solo para casos excepcionales, en pro del principio de celeridad y economía procesal, en tal sentido de no retrasar los procesos judiciales por ser de exclusividad de un magistrado específico.

2.6.7. Principio de contradicción de la prueba.

Todo medio probatorio que es incorporado al proceso, y que recae en contra de una parte, éste tiene la disposición de contradecirlo. Siendo por ende necesario, que exista el conocimiento de las partes de todo medio probatorio ofrecido, antes de su admisión y actuación.

En este sentido, si se pone a conocimiento de las partes las pruebas ofrecidas, es posible su cuestionamiento. Es por ello, que el principio de contradicción se encuentra vinculado a la necesaria notificación a las partes, ya sea a través de la audiencia por el principio de inmediación, o por escrito.

Al respecto, nuestra Corte Suprema de Justicia del Perú, advierte que “rigen los principios de bilateralidad y contradicción en la prueba, lo cual significa que todos los actos procesales deben ser de conocimiento de las partes en el proceso, brindándoles la oportunidad de ejercer los recursos de la ley procesal.”

Consideramos que el principio de contradicción, posibilita que las partes procesales puedan cuestionar la prueba ofrecida a tiempo, previo a la actuación y valoración de la prueba, haciendo uso de la tacha u oposición al medio probatorio ofrecido. En cierta forma, el principio del contradictorio, permite controlar al acto procesal la prueba, sobre todo si nos encontramos ante una paridad de armas de las partes.

2.7. Requisitos de la prueba

2.7.1. La pertinencia de la prueba.

La prueba pertinente es aquella que versa sobre las proposiciones y hechos que son verdaderamente objeto de prueba. *A contrario sensu* una prueba impertinente cuando actúe sobre hechos que no son objeto de prueba, como el caso de los hechos admitidos, hechos presumidos por ley, hechos evidentes y notorios.

Pertinente, en su sentido gramatical, refiere lo perteneciente a una cosa; en tal sentido, en el caso del derecho procesal, la prueba es pertinente porque pertenece al proceso; conducente a lograr la convicción judicial respecto a los hechos en controversia expuestos por las partes (Álvarez, Pérez, Rodríguez, y Seoane, 2012).

Para adquirir relevancia o pertinencia, el instrumento probatorio, debe, además, mostrar idoneidad para producir argumentos relativos al hecho que integra su objeto; el mecanismo de prueba, para alcanzar su destino, requiere de una cierta compatibilidad con la estructura del hecho a probar; de no ser así, la prueba demostrará impotencia *ab initio* y será inadmitida (Quevedo, 2005).

Algunos hechos no se relacionan de forma directa e inmediata con los alegados pero son necesarios para la comprobación indirecta de estos. Por lo que si *prima facie* no aparece su impertinencia deben ser admitidos. (Alsina, 1956)

2.7.2. La utilidad de la prueba.

La prueba no sólo debe tener relación con el hecho a acreditar, sino que además debe ser útil para el proceso, es decir sirve para demostrar los hechos, y poder aportar a la decisión.

En tal sentido, sería inútil la prueba tendente a justificar un hecho imposible o inverosímil (por ejemplo, que una persona por su propio pie pueda recorrer cien metros en dos segundos) o proponer un medio de prueba a través del cual nada se va a obtener para esclarecer los hechos controvertidos (por ejemplo un reconocimiento judicial para determinar el valor de una joya, pues para ello son precisos conocimientos especializados, máxime si además si se ha propuesto al respecto una prueba pericial (Álvarez, et.al, 2012).

2.7.3. La conducencia de la prueba.

La conducencia de la prueba, permite direccionar a la prueba respecto a los hechos controvertidos, es por ello, que nuestra norma procesal, prescribe en ciertos casos, los medios de prueba que pueden ser utilizados en procesos específicos. Como el caso del proceso ejecutivo, en el que conforme al artículo 770 del Código Procesal Civil, sólo pueden ser utilizados la declaración de partes, los documentos y pericia, no siendo posible admitir otro tipo de medio probatorio.

Sin embargo, frente a ello, consideramos que resulta un poco cuestionable, puesto que al prescribir el legislador que pruebas corresponde en tal materia específica, de lo contrario inadmisibles, estaría restringiendo el derecho fundamental a la prueba, al no permitir libremente presentar todos los medios probatorios que se

consideren necesarios, a excepción que no tengan nada de vínculo con el tema tratado.

2.7.4. La licitud de la prueba.

Conforme al principio de la licitud de la prueba, son admitidos los medios probatorios acorde al ordenamiento jurídico, *a contrario sensu* no se admiten aquellos en contravención al ordenamiento jurídico.

Bustamante (2009) considera que el carácter fundamental del derecho a probar obliga al juez, al árbitro y a cualquier juzgador en general, decidir esta situación en cada caso concreto realizando una ponderación motivada de los intereses involucrados, atendiendo al principio de proporcionalidad entre el derecho o valor que se quería proteger con la norma violada y el derecho a probar del justiciable.

Al respecto, Barbosa (2008) indica que el juzgador debe evaluar el caso concreto midiendo la gravedad, la relación jurídica controvertida, y la dificultad del litigante para demostrar la verdad de las afirmaciones, analizar si la trasgresión de la norma se explica en una auténtica necesidad, y si ésta se mantuvo en los límites determinados por tal necesidad.

2.8. Oportunidad de la prueba

El artículo 189 del Código Procesal Civil, refiere que los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes, en los actos postulatorios, es decir en la demanda, contestación de la demanda, reconvencción o intervención de terceros, salvo disposición, como en la apelación de sentencias, los medios probatorios extemporáneos, y los hechos no invocados en la demanda; e incluso lo conocido como hechos nuevos; a lo

cual la Casación N°2960-98-Cono Norte, en el que se precisó: “que los medios probatorios sólo deben ser ofrecidos por las partes en la etapa postulatoria, salvo en el caso de los procesos de conocimiento y abreviado, en que pueden presentarse junto con el escrito de apelación, si se trata de hechos nuevos.”

La oportunidad de la prueba, se encuentra vinculada a la regla de preclusión, en cuanto existe la etapa postulatoria como plazo para presentación de la prueba; y asimismo el principio de defensa; en cuanto, todos los sujetos procesales tengan igualdad de oportunidades con respecto a la prueba. Al respecto en la Casación N°2152-2000-Piura; se explica que el principio de eventualidad o preclusión de la prueba persigue impedir que se sorprenda al adversario con medios probatorios de último momento que no alcance a controvertir, o que se propongan cuestiones sobre las cuales no pueda ejercitar eficazmente su defensa. Su inobservancia implica la pérdida de la oportunidad para ejecutar un acto procesal.

Consideramos, además, apoyadas en el nuevo paradigma de la constitucionalización del proceso, en que encontrándose el derecho procesal unificado con la constitución, se debe respetar la oportunidad de la prueba, y por ende no vulnerarse el debido proceso, como derecho procesal constitucional. Acerca de ello, en la Casación N° 3889-2000-Lima, se expresa que “en materia probatoria, el Código Procesal Civil contiene una serie de normas y principios reguladores, cuya infracción indudablemente constituye una forma de violar el derecho al debido proceso.”

2.9. La carga de la prueba

La carga de la prueba le corresponde a las partes, y si las partes no cumplen con presentarlas o al menos, ofreciendo las pruebas, la consecuencia se encontraría en la valoración del juez, quien tendrá en cuenta las pruebas para acreditar los hechos traído por las partes, y en base a ello aplicar el derecho.

Es por ello, que Rosenberg (2007) considera que las reglas de la carga de la prueba, ayudan al juez a formarse un juicio, sobre la pretensión que se hace valer, no obstante, la incertidumbre con respecto a las circunstancias de hecho, le indican el modo de llegar a una decisión en semejante caso (p.2).

A razón de Chiovenda (1964) el fundamento de la carga de la prueba, como norma de distribución del riesgo de la falta de certeza, se encuentra en los principios de la lógica, la justicia distributiva, y la igualdad de las partes antes la ley y el proceso, esto es, en la necesidad de darle a todas las partes una adecuada e igual oportunidad y una guía segura para la defensa de sus derechos y de su libertad (p.98). En dicho sentido, si ambas partes tienen igualdad en presentar los medios probatorios que crean convenientes, es su responsabilidad ante una misma oportunidad en realizarlo en el proceso, ellos tendrán la misma igualdad de armas para ejercer su derecho de defensa, y crear convicción en el juez.

A juicio de Ascencio (2015):

El principio general de la carga de la prueba, obliga a los litigantes a acreditar los extremos de sus afirmaciones, en cuanto constituyan controversia. (...), ambas partes parecen estar en la misma situación, decidiéndose por atribuir dicha carga probatoria a la parte que se encuentre en mejores circunstancias para proporcionar dicha prueba, o en su caso, a la parte que le favorezca más el efecto jurídico del hecho materia de prueba. (p.180)

Para otros autores, como Rodríguez (2005) “la carga procesal es el deber que tienen las partes de ejecutar ciertos actos procesales para obtener los beneficios o evitar los perjuicios que de tales actos se derivan. No es una obligación, por consiguiente no genera derechos correlativos” (p.110). Se precisa la completa exclusión de la obligación hacia las partes con respecto a la prueba; no es una obligación como vínculo, lo cual se genera entre un acreedor y deudor frente a un contrato o acto jurídico; estamos ante una relación jurídico procesal entre el juez y las partes, y son las partes las llamadas a presentar sus pruebas, o atenerse a su consecuencia jurídica, de la presunción relativa de los hechos expuestos, conforme a los artículos 196 y 461 del Código Procesal Civil.

En tal forma, que si una de las partes que pretende convencer al juez con sus teoría del caso, resulta indispensable acreditar los hechos, en este sentido, a falta de ofrecimiento de prueba, se perjudicaría, siendo forzoso utilizar los medios probatorios por las partes, tomando por ende el nombre de carga procesal.

Frente al tema refiere Taruffo (2006) lo siguiente:

Si las partes no se preocupan de la carga de la prueba, ofreciendo, como quiera que sea, las pruebas que tienen a su propia disposición, el juez, en cambio, está obligado a considerar la regla de juicio ya cuando decide acerca de la relevancia de las pruebas aducidas, no sólo a base de un criterio de economía procesal, sino precisamente en aplicación de la regla misma. Esta última, pues, además de la función refleja, de indicar, en el curso del procedimiento, cuál de las dos partes sean la más idónea (a base de un criterio legal) para producir la prueba. (p.142)

Si bien es cierto, la carga no implica una obligación, como vínculo jurídico, sin embargo genera como consecuencia perjuicio a la parte negligente, puesto que su argumento de los hechos expuestos en la demanda, o en la contestación, será dudosa, y no generará convicción en el juez, quien al final dicta la sentencia.

Es por ello que el autor Couture (2009) hace una distinción entre deber procesal, obligación procesal y carga procesal. En tal sentido considera que un deber procesal es un imperativo jurídico establecido a favor de una adecuada realización del proceso, es decir lo que es correcto para el proceso, como la verdad, la lealtad, y la probidad. En cambio una obligación procesal ya es una prestación impuesta a las partes con ocasión del proceso, como la condena de costas. Y finalmente la carga procesal que es una situación jurídica establecida 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.

Frente a ello, es notable que la carga procesal resulta ser específica a las partes, puesto que las partes son los que traen los hechos, y deben acreditar lo expuesto por ellos, es decir si no cumplen con acreditar con los medios probatorios correspondientes, la consecuencia sería que su declaración no sería convincente para el juez, y por lo que sería perjudicado en el juicio de valor del juez, y por ende con la sentencia. En cambio un deber procesal, es más general, debido a que involucra a todos los sujetos procesales, el juez, los abogados, las partes, y todos los operadores jurídicos, puesto que deben realizar los actos procesales acorde al debido proceso, como principio procesal constitucional, por lo que su consecuencia ya no es sólo para las partes, sino que daría la validez o no del proceso.

La carga procesal en su relación con el impulso procesal, radica en que el juicio avanza también mediante cargas impuestas a las partes, por ejemplo la carga de la contestación, la carga de la prueba, la carga de la

conclusión, la carga de concurrir al tribunal a notificarse, y otros; por ello se percibe que la ley insta a la parte a realizar los actos, bajo la conminación de seguir adelante en caso de omisión. La carga funciona impeliendo a comparecer, contestar, probar, concluir, asistir, bajo la amenaza de no ser escuchado y de seguir adelante. Pero estas amenazas no configuran un derecho del adversario. Puesto que no puede hablarse, por ejemplo, de un derecho del actor a que se falle el juicio sin la prueba del demandado.

En tal forma, la omisión del adversario, podrá indirectamente beneficiar la condición del actor, pero ningún derecho le otorga. .

2.10. Valoración de la prueba

La valoración de la prueba consiste en “(...) el análisis y apreciación metódicas y razonadas de los elementos probatorios ya introducidos; absorbe un aspecto fundamental de la discusión y decisión del asunto cuestionado y es de carácter eminentemente crítico” (Olmedo, 1968, p.54).

De acuerdo a lo prescrito en el artículo 197 del Código Procesal Civil, que trata acerca de la valoración de la prueba, todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.

La diferencia entre valoración de la prueba y eficacia de la misma, consiste en que “la valoración es una *actividad* intelectual compleja, en la que el juez aprecia la prueba producida para determinar su eficacia o ineficacia; la eficacia es un posible *resultado* de esa valoración” (Valentín, 2017).

Respecto a la valoración de la prueba, “la teoría de la eficacia de la prueba considera que pertenece al derecho civil, a una concepción

privatista del proceso” (Couture, 2009, p.212), es decir refiere al litigio como privado, solo conflicto de las partes, prevaleciendo el interés de las partes, descartando a la prueba como instrumento para acreditar los hechos y convencer al juez. Por lo que las investigadoras consideran que no se puede establecer que los actos procesales sólo son parte del derecho procesal, referido sólo a un carácter formal, sino que es inevitable utilizar una interpretación desde la constitución, aplicando principios procesales, no sólo netamente procesales, sino también constitucionales, que amparen derechos fundamentales de naturaleza procesal, como el derecho al debido proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva.

El artículo 197 del Código Procesal Civil Peruano, prescribe: “Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.” Ante lo cual resulta cuestionable, que se indique una valoración conjunta, cuando en realidad, en tema de valoración, el juez en realidad debe valorar prueba por prueba, y luego posteriormente de forma conjunta, y es que si bien es cierto se resaltan las valoraciones esenciales, el juez debería indicar la valoración de cada medio probatorio, puesto que el derecho a la prueba comprende el derecho a la valoración, y al ser una prueba admitida y actuada, debe ser valorada.

2.10.1. Los sistemas de valoración de la prueba.

En la valoración de la prueba, existen dos sistemas: el sistema de la tarifa legal, o también llamado como prueba tasada, y el sistema de la libre valoración de la prueba, o de la apreciación razonada. Ambas respetan sus propias reglas o criterios, pues mientras en la prueba tasada, el juez es boca de la ley; al encontrarse regulado en la ley, el grado de eficacia de cada prueba;

en cambio, en el sistema de la libre valoración de la prueba, el juez es quien en base a las reglas de la lógica, la ciencia, y las máximas de la experiencia, le otorga a cada medio probatorio, de acuerdo a su libre convicción el grado de eficacia que le corresponde.

a) *El sistema de la prueba legal o tasada.*

En el sistema de prueba legal o tasada no hay que entender que la actividad probatoria desplegada en el proceso no esté rígida por la Ley, por consiguiente, cuando hablamos del sistema de prueba legal o tasada no hacemos referencia a que la actividad probatoria se encuentre o no legalmente reglamentada, sino a la valoración de la misma, de manera que nos encontramos ante un sistema de tal clase cuando es la Ley la que, con independencia del convencimiento del Juez, le señala la forma con que ha de valorar las pruebas, imponiendo el criterio legal, fundado en razones de seguridad jurídica o máximas de experiencia comunes o generales. (Álvarez, et.al, 2012)

Según la historia del derecho, “en el procedimiento canónico, resultante de la fusión del derecho romano y germano, predominó el sistema de la prueba legal, en la cual existían clases de prueba: plenas, semiplenas, judiciales y conjeturales” (Alzamora, 1963, p.35).

b) *El sistema de libre valoración de la prueba.*

En el sistema de la prueba libre, desligado el Juez del encorsetamiento de la regla legal en la valoración probatoria, no implica, sin embargo, que pueda entregarse, en tal esencial función, a la simple sospecha o a elevar la conjetura a criterio valorativo de

las pruebas, a los efectos de determinar si un hecho ha sido o no acreditado.

Dicho principio, en modo alguno, permite tal proceder, que convertirá la valoración en un acto de voluntad del Juez, en campo abonado a la arbitrariedad, en contra, pues del postulado constitucional que garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

c) Sistema adoptado en nuestro ordenamiento jurídico.

El Código Procesal Civil ha optado por el sistema de libre valoración de la prueba, al prescribir en el artículo 197 del Código Procesal Civil que para la valoración de los medios probatorios, el juez emplea su apreciación razonada. Sin embargo, aún existen rezagos de la tarifa legal.

Es por ello, que el juez puede valorar los medios probatorios acorde a su criterio, siguiendo las reglas de lógica, la experiencia y la sana crítica para hacer prevalecer el medio probatorio que mejor esclarezca los hechos. Pero existen casos en el que las pruebas son tasadas, como en la limitación de los medios probatorios en determinados procesos, verbigracia el caso de sólo tres testigos por parte, o en la exigencia de requisitos especiales para la demanda o contestación.

2.10.2. Criterios de la valoración de la prueba.

a) Las reglas de la sana crítica.

Los países que han tomado para su codificación el modelo europeo, han consagrado las reglas de la sana crítica en materia de interpretación de la prueba.

Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba, con arreglo a la sana razón y a uno conocimiento experimental de las cosas. (Couture, 2009, p.222).

De esta manera, cuando nos referimos a la sana crítica, en realidad se busca la conexión entre la lógica y la experiencia, no es un acto arbitrario del juez, que de por sí solo realiza lo que cree conveniente, sino lo cual para las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia es lo más razonable, puesto que el juez no conoce los hechos, sólo lo indicado por las partes, y con los medios probatorios, esclarece lo dicho, ante lo que elegirá lo que es más razonable para determinar los hechos, y en consecuencia la sentencia.

b) Las reglas de la lógica.

Las reglas de la sana crítica refieren a las reglas de la lógica, orientada a la lógica jurídica, por lo que es necesario que se respeten los principios de identidad, tercero excluido, falta de razón suficiente, etc.

“La lógica tradicional pura, es el instrumento adecuado para tratar con las ideas puras *a priori*, tales como los axiomas lógicos, las leyes del silogismo, los principios matemáticos, etc., y para la aprehensión de los hechos de la naturaleza” (Landoni, 2012).

Sin embargo, la lógica empleada en el derecho, puede al formar el silogismo jurídico cumplir las premisas y llegar a la conclusión, como de forma contraria, a pesar de encontrar la veracidad de los hechos no cumpla el silogismo; y de ello depende de las circunstancias específicas del caso.

c) Las reglas de la experiencia.

Las máximas de la experiencia, que depende del tiempo y lugar en el que se rodea el hombre, le permite adquirir conocimientos prácticos respecto a situaciones similares; en esta misma idea, cuando se presentan un caso similar a otro pasado, el hombre con su capacidad de abstracción, ubicará los posibles hechos que son posibles y por tanto razonables en que hayan sucedido.

Si bien es cierto, dichas máximas de experiencia carecen de rigidez y exactitud, sin embargo, orientan al juez a esclarecer los hechos controvertidos. Al respecto, a opinión de Cossio (s/):

Esas conclusiones no tienen la estrictez de los principios lógicos tradicionales, sino que son contingentes y variables con relación al tiempo y lugar. El progreso de la ciencia está hecho de una serie de máximas de experiencia derogadas por otras más exactas; y aún frente a los principios de la lógica tradicional, la lógica moderna muestra como el pensamiento humano se halla en constante progreso en la manera de razonar.(p.223)

Asimismo, es necesario aclarar que las máximas de la experiencia son utilizadas en la valoración de prueba, específicamente en cuatro aspectos: a) actividad de apreciación b) en la construcción de presunciones judiciales c) en la formación de la sentencia, y en la exégesis e integración de definiciones legales o conceptos jurídicos abiertos (Stein, 1973, p.64)

d) La libre convicción.

La libre convicción es aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes.

Existen casos, en los que el juez debería aplicar la sana crítica, pero no una libertad individual acorde a su propia voluntad, sino en libre convicción. De tal forma 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.

CAPITULO III EL PRINCIPIO DE AUDIENCIA Y SU IMPLICANCIA EN LA PRUEBA DE OFICIO

3.1. Concepto de la prueba de oficio

Ya hemos hecho la distinción entre fuente de prueba y medio probatorio y se ha precisado que la diferencia es importante para determinar a quién corresponde la carga de la prueba, sin que ello excluya la actividad probatoria que el Juez de oficio pueda realizar.

Gran parte de la doctrina considera que la facultad concedida al Juez no atenta contra el principio dispositivo y tampoco vulnera la imparcialidad que debe garantizar a todo el proceso, por el contrario implica que se le dota de una atribución para que el proceso alcance su finalidad y objeto.

La premisa es que las partes hayan cumplido con su carga de probar, pero si a pesar de ello falta algún complemento para causar total convicción, el Juez podrá actuar otros medios probatorios siempre y cuando tengan origen en la fuente de prueba aportada por las partes. No obstante nos preguntamos ¿Qué criterios toma en cuenta el juzgador para actuar un medio probatorio de oficio? ¿Qué límites controlan y justifican a la prueba de oficio?

In fine otros autores han estimado que puede existir en medio de esta facultad legal del juzgador una especie de sustitución de parte, puesto que en cierta medida el juez estaría en capacidad de *auxiliar* a la parte que no ha podido demostrar sus afirmaciones en el proceso (Nuñez, 2007).

La prueba de oficio en el proceso civil es una temática que tiene mucha discusión y discrepancia entre los estudios del derecho procesal, precisamente porque la doctrina presenta un panorama disperso sobre el particular, algunos estudiosos parten de la premisa que la actividad probatoria en el proceso se encuentra estrictamente restringida a las partes, en tanto que otros proponen que las partes y el juez puede tener actividad probatoria en el proceso, este último se

encuentra habilitado para ello en situaciones determinadas, en tal caso nos encontramos frente a una actividad ex officio iudicis en la aportación de material probatorio.

La prueba de oficio “es aquel medio probatorio que el propio juzgador ofrece y admite para luego actuar y valorar en el proceso, dejando de lado la iniciativa de las partes quienes, en principio tienen la potestad de aportar medios probatorios al proceso” (Perez-Prieto, 2015, p. 2). En este sentido debe entender que la prueba de oficio es un medio excepcional y tiene como objeto cubrir determinados vacíos probatorios, pero no debe sustituir a las partes en lo que se refiere a la carga de la prueba.

Alfaro (2008) respecto a la prueba de oficio refiere:

Es aquella facultad procesal, en virtud del 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. (p.355)

Para el profesor Taruffo (2008), existen tres modelos respecto a las potestades probatorias del juzgador, que se dividen de la siguiente manera: a) Poder Amplio, proviene del pensamiento soviético y lo que busca es llegar a como dé lugar a la verdad (Francia); b) Poder Restringido.- Prevé que el juez disponga de algunos poderes de iniciativa instructora. Sin embargo, admite que esos poderes son más amplios (Italia y Alemania); c) Sin Poder.- Ordenamientos en donde no está prevista la prueba de oficio, aunque existen mecanismos como el “control of the evidence” en Inglaterra, donde el juzgador puede requerir en base a los hechos planteados que se traigan las pruebas necesarias (Inglaterra).

Basándonos en estas ideas del poder probatorio dado al juez, se presentan diversas corrientes que satanizan esta institución o cualquiera parecida, donde el juzgador emita cualquier tipo de opinión, cerrando cualquier camino a una concepción de solicitud de una prueba de oficio, pues en este caso somos de la idea, no cerrada, sino que la prueba de oficio no es errada o vaya en contra de la normativa legal o cosa parecida, sino que deberá mantener un filtro de audiencia previa (contradictorio) para las partes que asisten en el proceso, conculcando su derecho a conocer la prueba tengan la oportunidad de contradecirla u oponerse en caso fuera, generando una mayor seguridad de que el juzgador está actuando con imparcialidad.

Sánchez (2008), sostiene respecto a la prueba de oficio en el sistema procesal moderno no solo está a cargo de las partes, sino de que es compartida por el juez. Sin embargo para ello el juez no debe crear ni generar hechos, salvo que se desentrañe del interior del proceso una conducta fraudulenta de las partes que perjudique a terceros, en tal caso será necesario salir de la esfera de los hechos proporcionados por las partes, es por ello que la prueba de oficio quiebra la regla general de que la carga probatoria corresponde a las partes, considerándole como una excepción al principio de la carga de la prueba.

Un firme partidario de la iniciativa probatoria judicial lo reconoce Fernández (2010) quien señala:

Cada vez que el juez decreta una medida probatoria de oficio ayuda a la actividad probatoria deficiente de las partes, si éstas no fueran en absoluto negligentes no tendrían razón de ser; los hechos serían absolutamente probados con los medios de prueba propuestos por las partes, y el juez no tendría más que aplicar el derecho sobre éstos. (p.89)

El sentido normal indica el mencionado autor, que resultaría francamente impresentable, en cualquier proceso, ver al juez bajar de su estrado, tomar del

brazo a uno de los abogados y escuchar que le susurra bondadosamente al oído: "Estimado colega, olvidó usted pedir la documental, la cual es vital para el interés de su defendido en este caso. Mas no se inquiete, pues la pediré yo en su lugar" (Canosa, 1988, p.18).

Como quiera que se mire, esto es exactamente lo que ocurre cada vez que el juez llamado a dirimir un conflicto entre privados desarrolla actividad probatoria. Pero, como suele decirse, el sentido común es el menos común de los sentidos.

3.2. La prueba de oficio en el Código Procesal Civil

Empezaremos refiriéndonos a uno de los principios fundamentales sobre los cuales se asienta nuestro proceso civil, siendo así que Hurtado (2009) asume que en el proceso dispositivo por el cual el proceso civil solo puede ser iniciado y desarrollado por las partes, el impulso corresponde estrictamente a las partes *nemo iudex sine actores y ne procedat iudex ex officio*, es decir, son ellas las que proponen las pretensiones (petitium), los hechos que la sustentan (causa petendi), llamado también objeto del proceso, asimismo, el juez puede incorporar hechos y las pruebas que acreditan lo afirmado, es en este sistema que la actividad probatoria corresponde estrictamente a las partes. Aquí podemos ver que las partes tienen el derecho de disposición sobre el derecho material.

En este sentido la actividad probatoria del juez en el proceso civil aparece enfrentada según la doctrina con el principio dispositivo, sin la situación antes descrita aparece superada con el contenido del artículo 194 del Código Procesal Civil, pues si bien el proceso civil contiene intrínsecamente el interés propio de las partes, no obstante la sociedad tiene interés supremo en su resultado, es por ello que la doctrina señala el paso de juez espectador al juez director del proceso, con facultades oficiosas que se le negó en un sistema dispositivo tradicional y que hoy en un sistema mixto puede verse reflejado.

El profesor español Picó (2008) afirma que la crítica que hace la doctrina respecto a que la actividad oficiosa afectaría el principio dispositivo, resultaría errada, pues la afectación no sería directamente al principio dispositivo, sino al principio de aportación de parte, entendiendo que a través de este se hace la introducción de la prueba en el proceso donde las mismas deben probar lo que alegan.

En este sentido al introducirnos ya en el estudio de la prueba de oficio en el proceso civil peruano, hemos de citar previamente un concepto de la prueba, no obstante que ya se ha definido en el capítulo anterior, citamos un concepto de Quevedo (1996) quien se refiere a la prueba como:

La actividad regulada por la ley procesal, que realizan el juez, las partes y los terceros, para poner a disposición del primero de los instrumentos de cuya valoración que extraerá las razones o argumentos con los que formara su convicción acerca de la verdad de los hechos que han sido sometidos a su conocimiento y decisión. (p.27)

En nuestro sistema procesal el tema de la prueba de oficio se encuentra citada en el artículo 194 del Código Procesal Civil, el mismo que tiene como núcleo o punta de partida lo siguiente: *“Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar la convicción, el juez en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere conveniente”*. Bajo este lineamiento es más que claro, tras abordar ya el tema de la prueba de oficio en el proceso civil, que los poderes que se refieren dados al juez en materia de prueba por insuficiencia probatoria de las partes, son en un tanto inexistentes y/o hasta no tan establecidos.

En ese sentido Abanto (2007) señala:

Dicha norma permite al juzgador superar la deficiente actividad probatoria de las partes, como una manifestación concreta de la facultad genérica de ordenar los actos procesales necesarios para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes conforme el artículo 52 inciso 2 del código acotado. (p. 244)

No obstante, dicha norma establecida por el legislador para lograr los fines del proceso, ha sido tergiversada por algunos magistrados, dando lugar a la dilación innecesaria de los procesos.

Parte de la doctrina peruana opta por señalar a la prueba de oficio como una facultad dada al juez y que por ende debe mantener límites establecidos por el ordenamiento jurídico, con lo cual pueda respetarse los principios establecidos del proceso. Autores como los señalados a continuación señalan la prueba de oficio como una facultad.

La prueba de oficio debe ser entendida como una facultad, mas no como una obligación considera Lama (2006), por ello 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 el estado 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 prevista en la Constitución.

Respecto a la facultad de actuación de medios de probatorios de oficio, Guerra (2006) indica: “Es una facultad del juez y no una obligación y debe ejercer esta facultad con la garantía de su independencia judicial” (p. 667).

En este caso consideramos que la facultad dada por el juez siempre se debe ejercer con garantía de una imparcialidad del mismo, más aun con una independencia judicial, donde el juez lejos de ser visto como una contraparte en el proceso, refleje la garantía que las partes (entiéndase sujetos con sus pretensiones) buscan obtener al acudir a un proceso judicial, satisfechos de haber obtenido justicia y con la certeza de haber logrado resultados independientes y no sugestivos a ninguna de las partes.

Este mismo autor es uno de los cuales considerar a la actividad oficiosa del juez como una facultad, refiriendo que en la doctrina hay un consenso para señalar:

La facultad concedida al Juez no atenta contra el Principio Dispositivo ni tampoco vulnera la imparcialidad que debe garantizar, por el contrario implica que se le dota de una atribución para que el proceso alcance su finalidad y objeto. La premisa es que las partes hayan cumplido con su carga de probar, pero si a pesar de ello falta algún complemento para causar total convicción, el Juez podrá actuar otros medios probatorios siempre y cuando tengan origen en la fuente de prueba aportada por las partes. El Juez no podrá buscar o investigar otras fuentes de prueba que no sean las que las partes han tenido. (Guerra, 2006, p.17)

Asimismo la potestad contenida en el artículo 194 del Código Procesal Civil, sostenidos en la idea de una facultad del juez debe ser utilizada por los jueces con respecto a los límites que rigen la actuación de la prueba de oficio, todo ello en aras del debido proceso legal y del respeto al derecho de defensa de las partes (Martel, 2005).

En este sentido cabe agregar que se ve enfrentado a la justicia y a la prevalencia de la formalidad procesal, donde como lo hemos venido mencionando debe prevalecer la justicia de las partes. Señalando a su vez que la prueba de oficio es una herramienta que debe ser utilizada para hacer una justicia concreta y por ende debe generar paz social, más aun cuando su empleo debe estar señalado para los casos que resulte justificado, la debida y suficiente motivación en las resoluciones.

Cabe recalcar que en nuestro proceso civil peruano la prueba de oficio a tenido, tiene y seguirá teniendo un sin número de comentario respecto a su aplicación, no aplicación, sus límites y su ejercicio, sin embargo somos de la idea que la prueba de oficio debería ser aplicada, siempre y cuando esta corresponda en su aplicación, sin dejar de lado la debida motivación y justificación, aunado a aun filtro que deberá ser sometida, está directamente sometida a una audiencia previa, es decir, a un contradictorio, a una audiencia donde las partes puedan enterarse de la solicitud de la prueba de oficio, tenga la oportunidad de su contradicción, pueda ser sujeta a tacha, oposición u otra estrategia legal que la parte lo considere necesario; ello con el fin de obtener una justicia transparente y conservar un sistema de justicia legítimo, donde la partes puedan sentir al fin del proceso que asumieron su defensa con todas sus armas legales y que en el fin se vio reflejado un resultado justo y equitativo.

Asimismo ingresando a la modificatoria de nuestro Código Procesal Civil, es claro notar que en su versión original, los legisladores no se pusieron a pensar en todos los aspectos que se han tratado en este artículo y dejaron la puerta abierta a los abusos por parte de los juzgadores quienes aportaron medios probatorios basados en su libre parecer, vulnerando así las garantías constitucionales.

Perez-Prieto (2015), también comparte la idea de que en algunas ocasiones si la parte demandada omitía contestar la demanda y posteriormente

se apersonaba al proceso ofreciendo medios probatorios inoportunos, era el propio juzgador el que los incorporaba como medios probatorios de oficio suplantando totalmente la actividad probatoria del demandado.

En este sentido la norma preveía la necesidad de motivación para las resoluciones que incorporaban pruebas de oficio, no obstante que esto simbolizaba un mero formalismo, dado que la decisión era inimpugnable, por lo que si no existía motivación o si esta era deficiente no había a nadie a quien acudir para denunciar el vicio.

En otras palabras, la versión anterior del Código Procesal Civil concebía a la prueba de oficio como una prueba privilegiada y con prerrogativas que invadían severamente el campo de la imparcialidad y en definitiva no se realizaba una debida ponderación, haciendo de esta institución una llave para abusar del poder, simulando volver a un sistema autoritario e inquisidor.

Cualquier exceso cometido se dejaba pasar por esta inimpugnabilidad que finalmente terminaba inclinando la balanza para uno u otro lado, dependiendo de los intereses del juzgador y que era lo que podía acabar formando convicción en él.

3.2.1. Modificatoria de la prueba de oficio en la Ley N°30293.

La modificatoria a la prueba de oficio se dio el 28 de diciembre de 2014. Para ello hacemos mención al nuevo texto que regula las pruebas de oficio situándonos que la nueva del Artículo 194º del CPC expresa lo siguiente lo siguiente:

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

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.”

Ahora bien, la idea de la modificatoria en el artículo 194 del CPC, ha sido evitar los abusos que se cometían frente a la sola potestad del requerimiento de una prueba de oficio en el proceso, generando dicha modificatoria un sin número de comentarios que van desde señalar los aspectos que debe tenerse en cuenta al regular la prueba de oficio hasta verse a la prueba de oficio como mandato u obligación del juzgador cuando los ofrecidos por las partes resulten insuficientes.

Perez-Prieto (2015) refiere que la modificatoria trajo consigo diversos aspectos a tomar en cuenta, siendo uno de ello el tema de la subsidiariedad a la que los jueces deben ceñirse dejando en claro que únicamente ofrecerá medios probatorios adicionales y pertinentes siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso.

Somos de la idea que respecto a este tema que en nada cambio el original artículo con el modificado artículo 194 del CPC, la subsidiariedad a la que los jueces quedan sometidos se contemplaba ya desde antes, pues ha sido notorio que el juzgador solicitara la prueba de oficio, siempre y cuando de los hechos alegados por las partes se desprenda el medio de prueba solicitado. En este sentido, el artículo modificado se cuida de decir que el juzgador no podrá suplantar a las partes, garantizando una vez más la subsidiariedad.

Es preciso resaltar sobre este punto que a diferencia de la norma original, está ya no es una potestad del juzgador sino un mandato, puesto que se dejó de utilizar la palabra “puede” por la palabra “ordenará”, y de ese modo estamos ante una imposición para el juez y ya no algo que puede dejar a su libre conciencia, convirtiéndose desde nuestro punto de vista más en un mandato que en una facultad.

Asimismo introduciéndonos nuevamente a la modificatoria, es claro notar que en su versión original, los legisladores aun no cerraron todas las puertas a un ejercicio abusivo que se puede hacer de este artículo, pues consideramos que se necesitan tomar diversos criterios para la incorporación de una prueba de oficio en el proceso y así mantener las garantías constitucionales que el ordenamiento jurídico otorga a la partes.

Otro de los puntos importantes que se resalta a través de esta modificatoria es la permisibilidad que se da al *Ad quem* para incorporar un medio probatorio de oficio al proceso, si lo considera necesario, dejando de lado la vieja estrategia que se tenía de declarar nula una resolución, basados en que el *Aquo* no la habría solicitado en primera instancia, causando con ello un retraso en el proceso.

Pues sin duda alguna señala Martel (2005) que resultaba difícil para el juez y los propios justiciables, saber con certeza a qué medio probatorio se refiere el *superior* (entendiéndose a la versión anterior, que permitía al juez superior declarar nula una resolución y ordenar al *a quo* actué medio probatorio de oficio) asunto que en verdad complica el desarrollo de cualquier proceso, pues la nueva decisión que pudiera adoptar el juez probablemente sea revisada otra vez y si el “superior” estima que no se cumplió con su orden o mensaje, probablemente opte por anular nuevamente la sentencia, lo que sucede en no pocas ocasiones. Esta práctica no favorecía de ninguna manera la tutela oportuna de las partes en el proceso.

Otro de los puntos neurálgicos de esta modificatoria, parte de la motivación que debe hacer el juzgador de sus resoluciones que solicitan la prueba de oficio. En este caso, hoy a raíz de la modificatoria, se señala que el juzgador deberá cumplir con el deber de motivación porque es susceptible de ser revisado por el superior jerárquico, es decir, se da la doble instancia como mecanismo de control de las incorporaciones de prueba de oficio. En otras palabras, la resolución es inimpugnable y si se denuncian los errores descritos en el mismo artículo la instancia superior tendrá que hacer una revisión de la resolución y de ese modo se garantiza el derecho de las partes en la doble instancia.

Sin embargo somos de la idea que la motivación aludida, no satisface la necesidad de eficacia que necesita la prueba de oficio en nuestro ordenamiento jurídico, pues lo que más se necesita es un filtro por el que la prueba de oficio debe pasar o al cual debe encontrarse sometido. Estas problemáticas situadas de la prueba de oficio, se tratarán en el punto siguiente.

3.3. La prueba de oficio en el derecho comparado

3.3.1. En Latinoamérica.

En el caso del Derecho comparado, encontramos distintos códigos procesales civiles de Latinoamérica en los cuales se refieren a la figura jurídica de la prueba de oficio con otras denominaciones como en los siguientes casos:

a) Bolivia.

La normativa procesal de Bolivia, consagra a la prueba de oficio, como “facultad del juez”, según los artículos 4 y 378 del Código de Procedimiento Civil de Bolivia, por lo que es el juez, quien con su facultad especial dentro del período probatorio o hasta antes de la sentencia podrá ordenar de oficio todo medio probatorio idóneo (como declaraciones de testigos, dictámenes de peritos, inspecciones oculares y toda la prueba necesaria y pertinente).

Como es evidente, la carga de la prueba, que conforme el *onus probandi* la carga de la prueba corresponde al demandante y demandado, por lo que por regla general, la carga de la prueba corresponde a las partes, sin embargo en el caso de Bolivia, también constituye una regla para el juez, en cuanto le indica cómo debe decidir cuando no halle la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar la sentencia, permitiéndole pronunciarse sobre el fondo de la controversia (Castellanos, 2014).

En la legislación procesal boliviana, se clasifican los hechos en constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos, es decir, la carga de la prueba incumbe al actor en cuanto al hecho constitutivo de su derecho, al demandado en cuanto a la existencia del hecho

impeditivo, modificadorio o extintivo del derecho del demandante (Palacio, 2003).

Es resaltante, la obligación del juez de fallar y concluir la cuestión controvertida, puesto que no puede excluirse de su deber de pronunciamiento frente a la insuficiencia probatoria.

b) Uruguay.

En el caso de la legislación procesal civil de Uruguay, se desarrolla la carga de la prueba para las partes, y para el Tribunal, como un poder-deber, el cual se aplica en el caso que la valoración de la prueba ha fracasado y no existen presunciones legales, que puedan esclarecer los hechos, y conocer si fueron existentes o no.

Conforme al artículo 139 del Código General del Proceso de Uruguay, ante la presencia de duda, corresponde seguir las consecuencias de la “Carga de la prueba”, por el cual se evita *el non liquet* en un estado de derecho (Rosemberg, 1959) es decir, el juzgador tiene el deber de resolver, como inherente a la función jurisdiccional.

Es necesario, resaltar, que en el caso de Uruguay, se considera necesario que el juez aplique la carga de la prueba, porque se encuentra en un Sistema de libre valoración de la prueba, y esa libertad de un Estado de Derecho, permite que el juez aplique su libre convicción o *apreciación judicial libre*, como regla de juzgamiento.

Sin embargo, su aplicación también ha generado problemáticas en la doctrina, Abaúl (2010) considera que la carga de la prueba, es hacia las partes, y que no existe un apoyo firme en la

legislación procesal para invertir la carga de la prueba, porque de serlo, sería inconstitucional al vulnerar el debido proceso.

Al respecto Taruffo (2008), opina que pareciera que los tribunales no se sienten vinculados por las normas y principios del sistema civil law, y que en cambio por su facultad discrecional, pueden manipular los criterios jurídicos que rigen la carga de la prueba para adoptar decisiones que consideran justas.

En realidad la prueba es fundamental en la decisión final o resultado del proceso, por lo cual, si el juzgador puede manipular la carga probatoria, a su propio criterio por su libertad en la valoración, en consecuencia se rompe la isonomía procesal, y se cuestiona la transparencia, y objetividad del juez.

c) Argentina.

La legislación nacional Argentina contemplaba de conformidad con el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil de 1976, que es obligación del actor producir las pruebas de su demanda y al demandado le incumbe probar las afirmaciones de sus excepciones opuestas, negando desde este punto de vista cualquier facultad probatoria al juez, ya sea como una excepción o como complemento de la actividad probatoria de las partes.

En este sentido, los hechos constitutivos, impeditivos, modificatorios o extintivos de derechos, que sirven de base a cualquier pretensión que persiga el reconocimiento de su legitimidad por órgano jurisdiccional, deben ser probados porque en este régimen procesal el juez tiene que atenerse a lo alegado y probado por las partes, lo cual condiciona la actuación del juez, ya que en su sentencia no puede referirse a otros hechos que a los alegados por

las partes ni fundarla en los hechos que no han sido probados, observándose así la auténtica figura de un “juez-espectador”, otros lo designan *juez-fantoché* (Chávez, 2015).

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contempla en diversos artículos la facultad que tiene el juzgador para disponer prueba de oficio, siendo uno de ellos en el artículo 36° (Deberes y facultades de los jueces) donde se le da como facultad instructora al juez ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos “respetando el derecho y asegurando el derecho de defensa de las partes. Asimilando en este sentido que es el principio dispositivo el que rigen su ordenamiento procesal civil, por cual debe respetarse la igualdad de las partes en el proceso (art. 34, inc. 5) y asegurarse como ya lo mencionamos el derecho de defensa de las partes (art. 36 inc.2) obligaciones ambas de raigambre constitucional.

Bajo este comentario en el ordenamiento argentino las diligencias de prueba oficiosamente decididas no están sometidas al exclusivo arbitro judicial, es decir, dicha facultad goza de una u otra forma de un filtro para actuarse, pues como ya lo mencionamos no solo se respetara el derecho de defensa de las partes, sino que *tampoco se podrá suplir la negligencia y la actividad probatoria a cargo del justiciable.*

Lo curioso de esta normativa es que se ha implementado la posibilidad de la impugnación de la resolución que contemple un medio probatorio de oficio, cuando este no se encuentre fundamentado en igualdad hacia las partes, pues el actuar judicial no puede causar agravio; pues tal como lo estudia la doctrina argentina si la medida para mejor proveer altero la igualdad de las partes en el proceso, supliendo una prueba de la contraria, causaría agravia irreparable, lo cual sería susceptible de apelación; ejemplo del

mismo lo podemos ver en C1°CivCom La Plata, Sala II, 22/2/10, Jurisprudencia, N° 92, p. 97.

Del mismo modo el artículo 452 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina contempla en otro articulado sobre la prueba de oficio en el siguiente orden: *El juez podrá disponer de oficio la declaración en el carácter de testigos, de personas mencionadas por las partes en los escritos de constitución del proceso o cuando, según resultare de otras pruebas producidas, tuvieren conocimiento de hechos que puedan gravitar en la decisión de la causa. Asimismo, podrá ordenar que sean examinados nuevamente los ya interrogados, para aclarar sus declaraciones o proceder al careo.*

En Argentina se maneja la facultad de que el juzgador actué medio probatorio de oficio con una mayor flexibilidad, es decir, se abre más esta facultad pero a su vez tiene un control más mesurado del mismo, pues es flexible al permitirse una actuación de la otra parte, en cuanto a la impugnación que puede hacer de este medio probatorio oficioso.

d) Chile.

En lo que se refiere a este ordenamiento jurídico, debemos decir que a nivel de su Carta Fundamental no existe ninguna disposición que reconozca el derecho de todo ciudadano a probar sus afirmaciones, no obstante sí reconoce el derecho a la igualdad, por ello sitúa el derecho a un debido proceso, considerando que dentro de esta disposición se encuentra el derecho de defensa y el derecho a la prueba.

Asimismo la igualdad de las partes en el proceso tiene un sólido fundamento en el art. 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, que asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Esta igualdad debe partir desde respetar el debido proceso, que a razón de Alvarado (2011) el debido proceso se expresa como "aquél que se adecua plenamente a la idea lógica de proceso: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad en el instar ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa y, como tal, imparcial, imparcial e independiente" (p. 64).

En el ordenamiento chileno lo que nosotros denominados prueba de oficio se denomina "medidas para mejor proveer", este ordenamiento toma también como referencia a legislación española que maneja la misma denominación.

Asimismo en el artículo 159 del Código Procesal Civil Chileno establece: "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 (...). El artículo en mención señala también que las providencias que se tomen para resolver los hechos no esclarecidos serán inapelables, dejando entre ver un tratamiento similar a nuestro ordenamiento jurídico; no obstante que en su parte in fine del artículo antes mencionado señala, "(...) 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".

En Chile, la regulación del procedimiento civil sólo autoriza al juez para practicar prueba de oficio después de citadas las partes a oír sentencia y antes de su pronunciamiento, aunque con ciertas

limitaciones. Son las denominadas "medidas para mejor resolver" y que conforme al art.159 CPCCh consisten en: la agregación de documentos; la confesión judicial; la inspección personal del tribunal; el informe de peritos; la comparecencia de testigos (que ya hayan declarado en el juicio); y la agregación de copias de otros expedientes.

Asimismo la Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia, dispone que "el juez de oficio puede ordenar que se acompañen todos aquellos medios de prueba de que tome conocimiento o que, a su juicio, resulte necesario producir en atención al conflicto familiar de que se trate" (art. 29, inc. 2º). También en el área laboral el juez chileno ha sido dotado de una amplia y discrecional iniciativa probatoria puesto que, según lo prescribe el art. 429 Código de Trabajo Chileno el tribunal "decretará las pruebas que estime necesarias, aun cuando no las hayan ofrecido las partes" (Carocca, 1998).

Del mismo modo la doctrina chilena expresa que la prueba de oficio genera indudablemente una desigualdad de armas no porque el actor o demandado tenga un derecho a que se falle la causa sin prueba de su contraparte, sino porque una de las partes gana con la ayuda probatoria, deliberada o no, del juez de la causa. Asumiendo aquí la idea de lo que significa tener a un tribunal imparcial, el mismo que debe carecer de interés en los resultados del litigio, es decir, es completamente independiente de las partes, pues supone que este no se ve constreñido por ningún tipo de consideraciones a favorecer a una en desmedro de la otra (Carocca, 2003).

En cuanto a la prueba en términos generales señala Carnelutti (1973) que este no tiene por objeto llevar a la verdad, sino llevar a que el juez adquiera una situación de carácter subjetiva. Siendo así que en el ordenamiento chileno el legislador ha optado por la Certeza Histórico – Legal; donde es el legislador el que le establece

los medios de prueba y su valor probatorio, a través de las denominadas leyes reguladoras de la prueba. En Chile predomina este tipo de certeza en cuanto a la prueba.

Finalmente en este ordenamiento jurídico en el año 2012 se ha formulado el Proyecto de ley del Código Procesal Civil denominado: Facultades probatorias oficiosas del juez civil, dicho proyecto de ley que crea el Código Procesal Civil (PCPC) mediante el Boletín N° 8197-07 que otorga al juez civil una actuación activa y protagónica, facultándolo para actuar de oficio en diversos aspectos, entre ellos en materia probatoria.

La propuesta descansa especialmente en el interés público comprometido en el desarrollo y resultado del proceso civil, así como, en la necesidad de descubrir la verdad de los hechos controvertidos. Sin embargo, existe debate en la doctrina respecto a conferir facultades probatorias al juez civil, especialmente en lo que se refiere a los siguientes temas: la imparcialidad del juez e igualdad procesal; distinción de las facultades de dirección de las probatorias del juez; verdad real y verdad procesal y; relación con otras reformas procesales efectuadas.

3.3.2. En los ordenamientos jurídicos continentales

a) Alemania.

En el ordenamiento alemán desde hace corto tiempo se ha vuelto a plantear la discusión del carácter inquisitorio o autoritario del poder probatorio del juez civil como manifestación de una ideología política totalitaria, fascista o comunista. Es el planteamiento que actualmente formula Montero (2005), quien destaca que en los códigos procesales fascistas, estos son el alemán e italiano se potencia la iniciativa probatoria del juez civil (Pico, 2007).

En Alemania el argumento más frecuentemente utilizado para mantener el estado de pasividad del juzgador civil en relación a su iniciativa probatoria se concreta en la posible pérdida de su necesaria imparcialidad, indicándose que el juez al tomar de oficio la mencionada iniciativa puede estar prejuzgando su decisión final. Así, para un considerable sector de la doctrina, la protección de la imparcialidad del órgano jurisdiccional se configura como el único y serio fundamento que justifica su actitud estática en orden a practicar pruebas que no hayan sido propuestas por las partes.

El juez alemán está tradicionalmente dotado de una gama bastante amplia de poderes relativos a la prueba de los hechos. Principalmente, él tiene que discutir y aclarar con las partes, que son tenidas a proveerle informaciones completas y verdaderas, todos los hechos relevantes de la causa, dando a las partes las oportunas indicaciones. Taruffo (2006) refiere que en este caso el juez puede contar sustancialmente de oficio con todos los medios de prueba, con la sola excepción de la prueba testimonial. En el caso en que las partes no hayan deducido una prueba testimonial que el juez considera relevante, él puede preguntar a las partes si han considerado esta posibilidad y por qué no la han aprovechado lo que puede inducir fácilmente a las partes a ofrecer el testimonio que omitieron indicar.

Parte de la doctrina más autorizada señala que los poderes de instrucción del juez alemán han sido incrementados significativamente en el 2001 (con la introducción en el §142 del *Zivilprozessordnung*) del poder de ordenar de oficio a las partes y a los terceros la exhibición de documentos a la que una parte haya hecho referencia y el poder de disponer la inspección de cosas citado en el § 144. El juez alemán viene pues a tener un poder casi general de iniciativa de instrucción. Se trata por lo tanto de un juez

que desarrolla un papel muy activo, tanto en la dirección del proceso como en la gestión de la fase de instrucción.

Esta función del juez alemán ha ido progresivamente extendiéndose y fortaleciéndose en virtud de muchas reformas que han sido introducidas a lo largo de todo el curso del siglo XX. Tales reformas estaban dirigidas a reducir progresivamente el exclusivo monopolio de las partes sobre el proceso y sobre las pruebas, previsto en la formulación originaria del *Zivilprozessordnung* de 1877, y a confiarle al juez la tarea de administrar el proceso de modo eficiente, atribuyéndole los necesarios poderes (Montero, 2005).

b) Inglaterra.

En Inglaterra se manejaba la tradición multiseccular, por la cual se consentía que el juez no ordenara casi nunca pruebas por su propia iniciativa, pero que indicara a las partes las pruebas que creyera oportuno deducir. Las *Civil Procedure Rules* de 1998 radicalmente transformaron el sistema del proceso inglés, atribuyéndole al juez amplios e intensos poderes de dirección del proceso, pero, en cuanto concierne la adquisición de las pruebas, no se han alejado de la tradición (Taruffo, 2006). Paradójicamente, pues, se podría hablar de un sistema procesal que se ha vuelto autoritario, pero no le ha atribuido al juez poderes autónomos de iniciativa de instrucción.

En las *Rules*, concretamente, no hay ninguna norma que le permita al juez ordenar pruebas de oficio. Sin embargo, según la *Rule 32.1* el juez puede tener un *control the evidente* indicando a las partes las cuestiones de hecho sobre las que solicita que sean deducidas pruebas, precisando el tipo de pruebas que deben ser deducidas y el modo en que ellas deben ser producidas en juicio. Además, según la *Rule 32.4* el juez puede instituir si es que pueden

ser producidas declaraciones testimoniales escritas y de qué manera; según la *Rule 32.5* puede autorizar luego al testigo a extender el objeto de su citación.

Otras normas parecen definir el papel del juez: así en las *Civil Procedure Rules* de 1998, por ejemplo la *Rule 18.1* admite que el juez pueda ordenar a las partes proveer explicaciones e informaciones ulteriores, incluso sobre materias no contenidas en el *statement of case*; la *Rule 35.9* le permite al juez ordenar a una parte proveer informaciones que la otra parte no dispone, y la *Rule 35.15* que le permite al juez nombrar asesores expertos cuando se trata de decidir sobre materias en las que hacen falta conocimientos específicos (Comoglio, 2004). Es decir, el juez en este ordenamiento recibe auxilio por otros profesionales en materias que le resultan dudosas.

Taruffo (2006) señala que el juez inglés cuenta pues con muchos poderes que se pueden definir como *de dirección y de control* sobre la adquisición de las pruebas, de fuerza sustancialmente no menor con respecto de los poderes de los que dispone la mayor parte de los jueces continentales. Además, estos poderes le han sido otorgados sobre la base de la tradición inglesa, pero en el ámbito de un verdadero y justo código de procedimiento civil que ha puesto al juez en el centro del funcionamiento del proceso, incluso garantizando de modo riguroso la tutela de los derechos de las partes.

c) España.

No hay duda, en que España representa, por muchos aspectos, un caso importante en cuanto a la iniciativa probatoria del juez. El código español entendido típicamente liberal, así la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 señaló en el art. 340 a las

llamadas *diligencias para mejor proveer*, o sea un poder de iniciativa de instrucción que pudo ser ejercido por el juez, antes de la decisión, en caso de que creyera necesario integrar las pruebas ofrecidas por las partes (Fairen, 2001). La actual *Ley de Enjuiciamiento Civil*, introducida en el 2000, ha eliminado este poder -reduciendo así el ámbito de iniciativa del juez- y prevé en el art. 435 sólo una diligencia final en la que el juez puede ordenar de oficio la renovación de pruebas ya asumidas si su resultado no ha sido satisfactorio (Pico, 2003). Sin embargo, esto no implica sino que el juez español haya sido reducido de veras a un estado de total pasividad por cuanto concierne la adquisición de las pruebas.

Asimismo, en el sistema español, la Ley de Enjuiciamiento Civil 01/2000 recoge excepcionalmente poder probatorio al juez bajo las denominadas “diligencias finales” y tiene el siguiente tratamiento normativo en cuanto a su procedencia: “Artículo 435. Procedencia. 1. Sólo 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 tras la manifestación del tribunal a que se refiere el apartado 1 del artículo 29.2. 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.

En efecto, también el art. 429 de la LEC le atribuye el poder de señalar a las partes las pruebas que cree conveniente para su adquisición, cuando cree que las pruebas deducidas por las partes pueden resultar insuficientes para la comprobación de los hechos. En tal caso el juez indica a las partes los hechos sobre los que cree que las pruebas son insuficientes, y también puede indicar -sobre la

base de lo que surge de los actos procesales- qué pruebas deberían ser deducidas (Taruffo, 2006).

Finalmente el juez español, tal como el inglés y el alemán, tiene la posibilidad de hacer que sean deducidas por las partes las pruebas que considera relevantes para su decisión. Montero (2005), señala que es absolutamente evidente que la LEC del 2000 no es el fruto de una visión autoritaria del proceso civil, tal y como parece absurda la hipótesis de que estaría vigente un régimen político autoritario en la España del 2000.

3.4. Problemáticas de la prueba de oficio a nivel doctrinal y jurisprudencial

La prueba de oficio que permite el artículo 194 del Código Procesal Civil Peruano, ha causado controversias tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, a pesar de su reciente modificatoria con la Ley N° 30293: Ley que modifica diversos artículos del Código Procesal Civil a fin de promover la modernidad y la celeridad procesal (2014), puesto que aún no ha quedado claro, y menos resueltas las problemáticas, que a continuación vamos a tratar:

3.4.1. La prueba de oficio como excepción a la carga de la prueba.

Es de conocimiento general que la carga de la prueba en el proceso corresponde a las partes, quien alega hechos, debe demostrarlos para fundamentar y defender su pretensión, en ese sentido la actuación de un medio probatorio de oficio es considerado como una excepción a la carga de prueba de las partes, siendo así que a nivel doctrinal se considera a la prueba de oficio como un

medio excepcional del juzgador, para crear convicción de los hechos expuestos por las partes.

Asimismo nos referimos que una de las problemáticas de la prueba de oficio es justamente, cuando el juzgador considera como una excepción a la carga de la prueba de las partes el solicitar una prueba de oficio. No obstante, como refiere Parra (2004) la carga de la prueba:

Consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos. (p. 242)

Es decir según lo citado, el probar los hechos que sustentan sus alegaciones depende de una responsabilidad de las partes, que llegadas al proceso tienen todo su arsenal probatorio para demostrar que tienen el derecho a su favor, sin esperar que sea el juez quien inmerso como una parte más del proceso, busque dar el derecho a quien no aportó las suficientes pruebas para defensa de lo que vino a buscar. Dándose en ese momento, *de facto* lo que tan temidamente es reclamado una vulneración a la imparcialidad del juez; en el sentido que siempre la parte no favorecida con la prueba de oficio sentirá que su defensa se vea vulnerada de una u otra manera al instante que una prueba de oficio solicitada por el juez pueda cambiar el rumbo de la decisión en el proceso.

Asimismo Rosenberg (2007) plantea también que las reglas sobre la carga de la prueba ayudan al juez a formarse un juicio, afirmativo o negativo sobre la pretensión que se hace valer, no obstante la incertidumbre con respecto a las circunstancias de

hecho, porque le indican el modo de llegar a una decisión en semejante caso. Siendo así que la esencia y el valor de las normas sobre la carga de la prueba consisten en esta instrucción dada al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar, en un caso en que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de hecho importante.

En ese sentido cada parte tiene la carga de la afirmación y de la prueba con respecto a los presupuestos y las características o el estado de cosas relativos a las normas jurídicas que le son favorables, esto es, de las normas sin cuya aplicación la parte no puede tener éxito en el proceso.

Pérez (2002) señala que corresponde al actor la carga de probar, es decir, el *actori incumbis onus probandi* (el actor tiene la carga de la prueba); así como la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda, y al demandado, la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos cuya certidumbre postule el actor, refiriendo asimismo que si a una de las partes le era necesario coadyuvar a sus medios probatorios, se le debería informar para que el complemento venga por la parte y no por el juez.

Del mismo modo pasando al tema de la jurisprudencia nacional, la Corte suprema en comentario al artículo 194 del Código Procesal Civil refiere en el considerando segundo de la Casación N° 1123-99 - Arequipa:

Que, la mencionada norma resulta ser una excepción al principio de que la carga de la prueba referido en el artículo

ciento noventiseis del Código Procesal acotado y, tiene como objeto permitir que el Juez tenga actividad probatoria complementaria a la efectuada por las partes, las mismas que no le hayan producido convicción acerca de los hechos controvertidos.

La Casación N° 1123-99 - Arequipa contra la sentencia expedida por la Segunda Sala Civil Colectiva de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, procede por la contravención al debido proceso ante la falta de valoración de prueba, debido a que se admitió la prueba de oficio: remisión del Exp. N° 3954-94 y el cuaderno de medida cautelar, sin embargo no se actuó, ni se valoró; por lo que el colegiado, al considerar que si bien es cierto la prueba de oficio es una excepción a la carga de la prueba, al haber sido ofrecida por la parte, debió valorarlo, y declaró fundado el recurso, y nula la sentencia, disponiendo que el juez expida nueva sentencia, teniendo a la vista los expedientes referidos, en los seguidos con Banco Wiese Limitado e Inmobiliaria El Retiro Sociedad Anónima, sobre tercería preferente de pago.

Al respecto, es necesario indicar que siendo la prueba de oficio una excepción a la carga de la prueba, no por ello se desplaza la teoría general de la prueba, en tal sentido, la prueba de oficio siendo admitida, le corresponde ser actuada y valorada, conforme al derecho fundamental a la prueba, derivado del derecho a un debido proceso, contemplado en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú.

De esta afirmación se desprende que la actuación de un medio probatorio de oficio, solo deberá ser de carácter excepcional ante la carga de la prueba que le corresponde a las partes en el proceso, es claro que “la prueba de oficio quiebra la regla general que la carga de la prueba corresponde a las partes, considerándole

como una excepción al principio de la carga de la prueba” (Hurtado, 2009, p.666), entendiéndose así, que el juez no debe asumir el rol de ser una parte más en el proceso, sino que coadyuva a encontrar la verdad en el proceso y dirige con imparcialidad la dirección de cada actuación en el proceso, es la actitud que todo justiciable quiere ver en el proceso, que su *litis* sea resuelta con igualdad y defensa de sus derechos fundamentales.

Otra casación a citar por la Corte Suprema, es la Casación N°2601-98-Lima para referirse al tema de la prueba de oficio como una excepción a la carga de la prueba:

Quinto.-Constituye un principio procesal que los medios probatorios deban ser ofrecidos por las partes, tal como se aprecia del artículo 189° del código adjetivo, estableciendo dicho código además, la posibilidad de la actuación de prueba de oficio sólo cuando los demás medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para crear convicción en el juez, a contrario sensu, si estos le han bastado para sustentar su decisión es innecesaria tal actuación. (Casación N° 2601-98 – Lima)

En la referida casación se considera la contravención al derecho al debido proceso, en razón a que el Colegiado al declarar nula la sentencia apelada porque el Juez no actuó prueba de oficio consistente en una pericia contable con toda la documentación obrante en autos y el examen de los libros contables de la empresa demandada, ante lo cual la Sala aclara que dichos argumentos carecen de fundamento ya que el *a quo* indicó que las pruebas ofrecidas y actuadas le causaron convicción, y por ende se vulnera el derecho al debido proceso cuando se declara nula una sentencia expedida con plena convicción, sin que exista causal de nulidad.

Además, la casación *supra*, refiere que no se puede violentar la independencia jurisdiccional que tienen los magistrados al resolver conflictos a su cargo, y precisa que existe posibilidad de actuar prueba de oficio sólo cuando los demás medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para crear convicción, en tal sentido, la Sala no puede sostener que las pruebas no han sido valoradas, recayendo en una discrepancia de valoración, y por principio de independencia jurisdiccional no se le puede obligar al juez a apreciar medios probatorios en sentido distinto al por él asumido.

Se debe tener en cuenta lo referido por el doctor Alfaro (2014) “que el uso de las pruebas de oficio en general siempre importa un grado de riesgo de afectación a otros principios procesales” (p. 23).

El juez debe explicar que con la incorporación de la prueba de oficio, no reemplaza a las partes de su carga de la prueba (artículo 194 CPC después de la modificatoria), es decir argumentar porqué dichas pruebas, complementan a la carga de la prueba, y consultar a las partes su actuación.

En un Estado constitucional, en que las partes coparticipan con el juez, en las actuaciones procesales, el juez debe promover el contradictorio, y explicar porque dichas pruebas no pudieron ser ofrecidas por las partes. Lo cual, desde esta óptica, el uso de la prueba de oficio sería muy difícil, sin embargo es el límite, para evitar que la prueba de oficio se convierta en una “prueba por compasión” (Ariano, 2012), en el que el juez incorpora la prueba de oficio ante la impericia o negligencia de los abogados de las partes.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia concluyen que la prueba de oficio como una excepción a la carga de la prueba debe darse en respeto al principio de defensa, como requisito previo a

toda decisión judicial, pues sería entonces que el riesgo de vulnerarse los principios procesales podría evitarse.

Asimismo es bueno señalar que es justamente esta una de las problemáticas que surge en el real ordenamiento jurídico peruano, donde no se da la posibilidad de cuestionar la prueba de oficio, que el juez justifica como una excepción a la carga de la prueba; lo que pondría en riesgo al derecho constitucional de defensa, dado que hoy no se le permitiría a las partes tener la oportunidad de cuestionar o rebatir tales pruebas, sea *ex ante* o *ex post* a la emisión del respectivo auto.

Si bien es cierto que nuestra normatividad no contempla expresamente la posibilidad de que las partes participen en la formación de una prueba aportada al proceso (entendiéndose que no es una prueba aportada por ellos, sino solicitada por el juzgador), esta situación no es impedimento para que el juzgador sea colegiado o unipersonal refiere Alfaro (2014), en aplicación analógica del procedimiento previsto en el art. 768 CPC, permita la participación de las partes en la formación de su decisión sobre algún medio de prueba que pretenda incorporar al proceso.

Vamos concordando en esta parte con los autores que defiende la posición de que el Código Procesal Civil peruano se ajusta (desatinadamente) a la tendencia, que reconoce al juez el trabajo de inferir en forma unilateral y sin escuchar nuevamente a las partes, pues este lo presumirá únicamente de lo obrante en autos, cuando los medios de prueba sean insuficientes. Por ende, a diferencia del proceso español, en sede nacional no está previsto un procedimiento que permite a las partes siquiera sugerir la incorporación de algún medio de prueba al juez. Lo que no significa

que no lo pueda hacer, pues muchas veces en la práctica se ha visto que el juzgador ha incorporado medios probatorios a sugerencia de una de las partes (Alfaro, 2008).

Sin embargo, lo recomendable sería que no solamente escuche a una de ellas, sino que verifique ambas partes (demandante y demandado); pues con ello se estaría fundamentalmente respetando el principio de contradictorio (audiencia), el cual es corolario del derecho de defensa, y sería coherente con lo previsto en el artículo 51 del Código Procesal Civil que establece como una de las facultades genéricas del juzgador la de ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos respetando el derecho de defensa de las partes.

Para este caso como ya lo hemos mencionado anteriormente, se tiene como respaldo a la doctrina comparada, en donde existe un criterio uniforme sobre la posibilidad del uso de las potestades probatorias en segunda instancia. Montero (2000) manifiesta que como muestra de esta iniciativa para autorizada doctrina española, al estudiar las “diligencias para mejor proveer”, prescrita en la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil/1881 (sustituida por las “diligencias finales”, Ley N° 1/2000) y específicamente al comentar sobre su utilización por los tribunales en segunda instancia, se afirma que: el Tribunal *ad quem* puede, con la discrecionalidad y con las limitaciones que caracterizan a las diligencias para mejor proveer, completar también por esta vía en el material probatorio de la primera instancia.

3.4.2. La prueba de oficio complementa o sustituye los medios probatorios ofrecidos por las partes.

Nuestra Corte Suprema ha precisado que los medios probatorios de oficio no admiten limitación alguna, pudiendo ser decretados para complementar o para sustituir los medios probatorios ofrecidos por las partes, pudiendo admitirse los medios probatorios extemporáneos de las partes, incluso de las que se encuentran en condición de rebelde (Abanto, 2004).

En la Casación N° 1400-T-97-Ucayali la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, punto sexto se considera:

Sexto: Que, la sentencia de vista ha cuestionado las pruebas ordenadas a actuar de oficio, porque sostiene que solamente se puede ordenar para complementar la actividad probatoria de las partes, pero no para sustituirlas, sin tomar en consideración dichos actuados, revoca el fallo de primera instancia, considerando que no se ha acreditado fehacientemente la obligación de pago.

La referida Casación procede contra la resolución de vista emitida por Sala Mixta de la Corte superior de Justicia de Ucayali, la misma que niega la utilización de un medio probatorio ordenado por el juzgador de acuerdo con el artículo 194 del CPC, sosteniendo que no se puede sustituir el medio probatorio ofrecido por la parte, dado que se estaría violando el derecho a un debido proceso. En este sentido la actividad probatoria que utiliza el juzgador no es para sustituir la actividad probatoria de las partes sino para complementarla, asimismo indica la casación que no existe limitación alguna y la decisión de la prueba de oficio es inimpugnable por lo que el superior no pudo cuestionar la prueba de oficio, incorporada por el juzgador para acreditar la obligación de pago.

Si bien es cierto, la modificatoria de la Ley N° 30293 indica que el juez no reemplazará a las partes en su carga probatoria, no existe un límite explícito, para entender ante qué circunstancias el juez deberá aplicar a la prueba de oficio, y en cuales no, puesto que estaría sustituyendo su *onus probandi*, peso o carga de la prueba.

No obstante, somos de la idea que el juzgador debe tener claro que significa que un medio probatorio sea complementario y no sirva para sustituir la actividad de las partes, pues tal como lo revela Araujo (2005) la intervención del juez “no puede servir para la subsanación de la inexistencia de pruebas o de las propuestas inadecuadamente por las partes”, sino que realmente encuentre la necesidad de complementar la actividad probatoria que es conferida a las partes, procurando no caer bajo el riesgo de perder su imparcialidad, tras preocuparse por auxiliar a las partes o a una de ellas.

La Casación N° 1203-2002-Lima, cita el siguiente texto:

Quinto.- La norma Procesal acotada es determinante al permitir al juez ordenar de oficio la actuación de medios probatorios adicionales que considere necesarios, sin establecer limitación alguna; los mismos que pueden servir para complementar la actitud probatoria o para sustituirla por la adjuntada por las partes.

La referida Casación deviene contra la resolución de vista por haberse violentado el debido proceso, la misma que declara infundada la contradicción de la ejecución. En este sentido la referida casación es admitida en función a la contravención de lo contenido en el art. 139 de la Constitución Política del Perú, debido a

que en el presente caso no se actuó una pericia grafotécnica como medio probatorio indispensable para la dilucidación de la controversia; debido a que se encontraba en conflicto dilucidar la falsedad o no de dos títulos valores en un proceso de obligación de dar suma de dinero. Siendo así la Casación considero que habiendo sido ofrecido el dictamen pericial por parte del ejecutado y al no haberse actuado, ya sea por preclusión de la etapa correspondiente, era determinante su actuación para producir certeza al juzgador respecto de los puntos controvertidos, siendo aun cuando el medio probatorio (pericia grafotécnica) fue ofrecido por el ejecutado para el sustento de su argumentación.

En este sentido consideramos que en el caso concreto si fue indispensable la actuación de una prueba de oficio consistente en un dictamen pericial grafotécnico, la misma que debía servir como un complemento a la actuación probatoria de las partes, teniendo en cuenta que la fuente de prueba ya había salido de una de ellas, el juzgador en tal caso, podía requerir dicho medio probatorio de oficio para complementar la actividad probatoria y dilucidar la controversia. Por lo cual dejamos clara nuestra posición que la prueba de oficio solo debería ser actuada para complementar la actividad probatoria de las partes, cuando al juzgador no tenga una plena convicción de los hechos.

La doctrina ha señalado desde un inicio que actividad probatoria del juez no debe ser la de sustituir a la actividad de las partes, pues frente a ella se encuentra la tendencia a la que nos adherimos fundada en que la actividad probatoria del juez es complemento mas no una sustitución de las partes; es decir, solo procede en casos de insuficiencia probatoria, mas no en supuestos de ausencia probatoria, situación específica que a nuestro entender sería uno de los límites a dicha actividad del juez.

Abanto (2004) refiere también que la actividad del juez debe ser dada de manera complementaria y no sustituta de las partes, siendo así que al momento de hacer uso de dicha potestad es que su ejercicio sea de manera complementaria a la iniciativa probatoria de las partes, que en principio es de responsabilidad de las mismas conforme al derecho a probar que se le confiere esto es, respecto de sus hechos o mejor dicho respecto de sus versiones de los hechos.

Como ya se ha mencionado en el capítulo anterior el contenido esencial del derecho a probar, consiste en el derecho de todo sujeto procesal legitimado para intervenir en la actividad probatoria a que se admitan, actúen y valoren debidamente los medios probatorios aportados al proceso para acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Dicho derecho es considerado modernamente como un auténtico derecho fundamental, ya que forma parte de otros dos derechos fundamentales como son la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, y su infracción afecta el orden constitucional (Abanto, 2004).

Asimismo en la doctrina española Picó (1996) señala que “el derecho a probar aparece como un elemento garantista presente, sustancialmente, en el panorama de las diversas convenciones internacionales sobre derechos humanos” (p.32); la clara expresión de un derecho concedido a las partes en el proceso no puede verse inmiscuido por una actitud de sustitución del juzgador, cuando sus pretensiones sean clara de resolver, sin necesidad de una sustitución de la actividad probatoria.

Regresando al artículo 194° del texto procesal civil, vemos claramente que se utiliza la expresión “adicional” lo que a nuestro entender denota algo añadido, complementario, respecto de la carga de probar de las partes respecto de las fuentes de prueba. Sin embargo consideramos que deben establecerse límites a dicha actividad, pues de otra manera, siempre quedara el pendiente de saber si la prueba añadida por el juez favoreció ya sea a una o a la otra parte, que de alguna forma generará descontento en el proceso, más allá que se trate de encontrar la verdad de los hechos y la justicia. Por ello considera Gozaini (1997) que “el límite siempre está en los hechos y que el juez no puede investigar más allá de lo que las partes han expresado en el séquito del proceso (p. 26)”. Asimismo, es necesario aclarar, que el objeto litigioso del proceso, es decir los hechos son aportados por las partes, como manifestación del principio dispositivo en sentido material (Cavani, 2015).

Reafirmamos la idea, de que entre la labor de complementar la actividad probatoria de las partes y sustituirla existe una línea muy delgada que puede ser cruzada sin darse cuenta, por ello el juzgador siempre debe analizar con detenimiento el caso concreto y especialmente la fuente de la prueba y no adicionar medios de prueba que no correspondan a los hechos alegados por las mismas partes; pues su labor imparcial demandada en el proceso se estaría cuestionando.

3.4.3. La prueba de oficio debe decretarse indicando con precisión cuales son los medios probatorios admitidos en resolución motivada, con conocimiento de las partes, respetando su derecho de defensa.

a) Debe indicarse con precisión cuales son los medios probatorios admitidos.

Al señalar la posibilidad de admitir medios probatorios determinados y que los mismos vengán acompañadas de una decisión debidamente motivada y con conocimiento de las partes a fin de no vulnerar el debido proceso, es una clara demostración de respeto que se pretende dar al derecho de defensa, no obstante la doctrina y la jurisprudencia ha señalado que en diversas situaciones, la motivación dada por el juzgador no ha sido suficiente y/o convincente para justificar su actuación de la prueba de oficio.

Precisar cuáles son los medios probatorios de oficio que se está solicitando en el proceso, genera desde ya un conocimiento de la parte que estaría pendiente de cuál sería el posible fin de la sentencia, sin embargo cuando la parte no favorecida con la prueba de oficio, considera que la motivación dada por el juzgador, no es suficiente para generar tal desbalance probatorio, surge el inconveniente y desazón de *lograr la paz en justicia*.

La Corte Suprema ha señalado respecto a las resoluciones que admiten medios probatorios de oficio deben ser determinados con precisión la Casación N° 315 – 1995 – Piura:

Cuando el Código Procesal Civil en sus artículos 194° y 151°, inciso 2, faculta al juez para actuar pruebas de oficio y ordenar los actos procesales necesarios para el

esclarecimiento de los hechos controvertidos, lo hace para que se fije con precisión cuales son los medios probatorios adicionales que deben actuarse, pero no como lo ha hecho la resolución de vista, que no señala ninguna prueba complementaria sino que lo hace en forma genérica.

En comentario a esta casación es bueno señalar que en diversas ocasiones los jueces al solicitar una prueba de oficio en el proceso más que por error, sino por omisión olvidaron indicar con especificación que prueba es la que solicitan, debiendo tener en cuenta que dicha omisión ha generado muchas veces la dilación del proceso, pues en casos así fluye una nueva resolución de subsanación a la anterior.

b) Las resoluciones que admiten medios probatorios de oficio deben ser debidamente motivadas y notificadas a las partes.

En este caso se señala que las resoluciones que contengan la solicitud de una prueba de oficio, deben ser debidamente motivadas, es decir, sustentadas en por qué y para que de dicha prueba, cuál es su utilidad, pertinencia y necesidad en el proceso, resguardando el juzgador una postura de juez imparcial en todo momento. Asimismo es necesario acotar que este requerimiento que se ha mantenido invariable en la última reforma Ley N° 302933, respecto a la modificatoria de la prueba de oficio, estableciendo que la resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar *debidamente motivada*.

La motivación en las resoluciones es sumamente importante, pues implica respetar el principio de la función jurisdiccional a la debida motivación de las resoluciones judiciales, donde las partes vean garantizado su derecho de defensa. No obstante que la debida motivación implica también bogar mar adentro y analizar cuáles son

esas razones que determinan y sobre todo cuáles son los argumentos jurídicos fuertes que justifican a su decisión.

Alfaro (2016) señala: “(...) tienen la obligación de justificar la decisión judicial sobre los hechos del proceso vinculados con la específica insuficiencia probatoria y proponer –previo diálogo con las partes– un nuevo medio de prueba, que permita alcanzar la verdad del proceso” (p. 6).

Este mismo autor refiere que la debida motivación no es una exigencia solo del CPC vigente, sino que tiene ciertos antecedentes normativos, los cuales podemos encontrarlos desde Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852 en su artículo 670 (providencias para mejor resolver) lo mismo ocurría con el Código de Procedimientos Civiles de 1912, artículo 340° (diligencias para mejor resolver) desde antaño se señalaba que el juzgador para actuar un medio de prueba desde su iniciativa, este debía ser motivado (Alfaro, 2016).

Este criterio fue expuesto por una reciente sentencia de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, recogida en la Casación N° 2864-2014-Lambayeque y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01/02/2016. En efecto, en el caso concreto, la Corte advirtió que la Sala Superior no tuvo en cuenta que la incorporación de la prueba de oficio consistente en la partida de defunción de la segunda pareja del demandado, en uso de la facultad que le otorga el artículo 194 del Código Procesal Civil, transgrede el derecho de contradicción de la demandante ya que no se le ha brindado la oportunidad de que esta pueda defenderse.

Por dichos criterios, la Suprema concluyó que *ad quem* violó el derecho a la defensa y a la adecuada motivación de su decisión. En consecuencia, la Corte declaró fundado el recurso de casación y dispuso la nulidad de la sentencia recurrida. Además, ordenó que la sala superior emita nueva sentencia donde se realice un análisis acucioso de los hechos y medios probatorios ya que podría estar afectando a los intereses de terceros.

Teniendo esta concepción se asume que el proceso es visto como un medio para poder obtener decisiones justas, por lo cual toda decisión expresada debe encontrarse debidamente justificada y la solicitud de una prueba debe estar dirigida al conocimiento de una verdad que se busca alcanzar sobre las narraciones de los hechos del proceso.

En este sentido Taruffo (2002) que la motivación va de la mano de la razonabilidad, por lo cual sostiene:

Es también habitualmente aceptada la tesis de que la motivación no puede considerarse como una explicación del procedimiento lógico o psicológico con el que el juez ha llegado a la decisión; es, más bien, la muestra que la decisión se funda sobre bases racionales idóneas para hacerla aceptable. (p.435)

Bajo esta postura la motivación de las resoluciones tiene que ver con una justificación racional de la decisión judicial. Siendo este el caso del mismo criterio el Tribunal Constitucional, cuando refiere que tiene reiterado que la motivación debida de las decisiones (sean estas o no de carácter jurisdiccional) comporta que el órgano decisor y, en su caso, los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una

determinada decisión; implica también que exista congruencia entre lo pedido y lo resuelto y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun cuando esta sea breve o concisa (STC N° 1293-2011, fundamento 8).

Nieva (2014) sostiene en base a esta postura que:

La razonabilidad es fundamental en la motivación. Exige del tribunal que exponga los motivos por los que se inclina a favor de acoger o no una petición. Para realizar esos razonamientos, el tribunal está obligado a ceñirse a las pruebas practicadas en el proceso, porque son las que han podido ser objeto de contradicción por parte de los litigantes. (p. 156)

Justificadamente consideramos que la motivación de la decisión sobre la prueba de oficio, el juez al momento de identificar la insuficiencia probatoria, presupuesta para su actuación, tiene la obligación de exteriorizar las inferencias probatorias que le han servido al mismo para llegar a la conclusión donde era completamente necesario utilizar dicha potestad, tomando en cuenta las narraciones fácticas formuladas por las partes y una real valoración individual y conjunta de los elementos de prueba (Alfaro, 2016).

En un análisis más concienzudo y práctico de la aplicación de la prueba de oficio se cita el expediente N° 1280-2013-0-2501-JR-CI-03 resuelto en el Cuarto Juzgado de Paz Letrado de la CSJS sobre reconocimiento judicial de pago de obligaciones donde el juzgador basado en una ínfima motivación solicita que el Hospital III-Chimbote y la Clínica Robles emitan un informe documentado con la respectiva historia clínica y otros documentos pertinentes, en el que

se indique diversos datos que configuren la atención al paciente y poder determinar su ingreso y tiempo de atención; sin embargo dicho medio probatoria es sacado de la esfera del propio demandante, quedando el demandado absorto a recibir tan solo resultados en la emisión de la sentencia.

En efecto, podemos observar que el ordenamiento nacional y también comparado se orienta hacia una concepción racional de la decisión judicial no sólo sobre las sentencias, sino también sobre los autos que disponen la prueba de oficio, puesto que imponen a los jueces con mayor intensidad la obligación de motivar estas decisiones. Dicho en otras palabras: todo juez está enteramente obligado a ofrecer y presentar una justificación racional del auto por el que ejerce la iniciativa probatoria.

En la jurisprudencia nacional, la Corte Suprema ha señalado a través de la Casación N° 1248-2000-Loreto Sala Civil Transitoria, sobre Desalojo por Ocupación Precaria, que no puede fundarse el fallo en un medio probatorio no admitido como prueba, en este caso una prueba de oficio consistente en el título de propiedad, debiendo admitirse el mismo en resolución motivada que deba ser notificada a las partes, en respeto de los principios procesales de publicidad, bilateralidad y contradicción.

En cuestión de la notificación que debe hacer de la incorporación del medio probatorio de oficio, para eliminar la mala praxis de poner de conocimiento a las parte con la sentencia, como lo indicaron el 20% de abogados del Distrito Judicial del Santa, conforme a la encuesta aplicada (Ver anexo N° 3, Figura 5), y lo cual es negado por los magistrados, puesto que ninguno afirmo haber

dado conocimiento del medio probatorio oficioso incorporado al proceso con la sentencia.

Es preciso señalar, que el segundo párrafo del artículo 194 del Código Procesal Civil, indica que la resolución de la prueba de oficio debe estar debidamente motivada, *bajo sanción de nulidad*. Por lo que se debe definir que la nulidad procesal (artículo 356 del Código Procesal Civil) es un medio impugnatorio, y como tal, está destinada a cuestionar la validez o eficacia de un acto jurídico procesal o de todo un proceso (Arrarte, 2012).

En este orden de ideas, la norma permite el pedido de nulidad ante la falta de una debida motivación de la resolución de la prueba de oficio, *máxime* si la nulidad se interpone ante los supuestos de afectación del derecho de defensa, y siendo la prueba de oficio sólo incorporada por el juez sin contradictorio, para que las partes puedan ejercer su derecho de contradicción, es un supuesto en ejemplo de la afectación al derecho de defensa para exigir la nulidad.

c) La admisión de los medios probatorios de oficio debe ser con conocimiento de las partes, respetando su derecho de defensa.

Cuando nos referimos a que la admisión de los medios probatorios debe ser con conocimiento de las partes, estamos hablando que estos deben ser notificados para su conocimiento, lo cual trae consigo el respeto a su derecho de defensa, pues de ese modo podrán considerar una oposición, contradicción a la prueba.

Del mismo modo a través de la notificación de las resoluciones que sostienen la admisión de una prueba de oficio, se sustenta el respeto de los principios procesales de publicidad, bilateralidad y contradicción.

Tras la modificatoria de la prueba de oficio, no se ha hecho mención de una notificación de las resoluciones, pues *ab initio* (desde el principio) esta situación se ha sido vista como injusta, pues la notificación es hecha después de admitido y actuado dicho medio probatorio de oficio y notificándose directamente en sentencia; cuando lo ideal para las partes, es que dicha resolución debidamente motivada sea notificada, previa a su actuación, para que las misma tenga la oportunidad de conocer, contradecir u oponerse a dicha prueba.

La Corte Suprema ha referido que la admisión de los medios probatorios de oficio debe respetar el derecho de defensa de las partes, la misma que es dispuesta a través de la Casación N° 2434-2010 del Santa desalojo por ocupación precaria, la cual expresa:

Sétimo.- Que, sobre el particular es del caso anotar que en materia probatoria debe distinguirse entre actos de demostración y actos de verificación incluyéndose en los primeros los originados por las partes y en los segundos los provenientes de la iniciativa del Juez aunque al final tanto los unos como los otros confluyen en un solo punto, esto es, en probar los hechos de las pretensiones; siendo esto así el ordenamiento procesal confiere al Juez ciertas facultades a efectos de que la etapa probatoria del proceso civil constituya una auténtica comunidad de esfuerzos tanto de este como de las partes, de tal manera que acorde a lo dispuesto por el artículo 51 inciso 2 del Código Procesal Civil, el Juez está facultado a realizar los actos procesales necesarios para el esclarecimiento de los hechos

controvertidos, respetando el *derecho de defensa* de las partes.

En el presente casación, se requirió como medio probatorio de oficio una inspección judicial para determinar la posesión del bien, debido a que a pesar de existir una escritura pública de compra venta, el demandado no desocupaba el bien, a pesar de existir un requerimiento verbal y notarial. Por lo que se indica, que si bien es cierto, era necesario incorporar un medio probatorio de oficio, el juzgador debió asegurar el derecho de defensa. A lo cual, las investigadoras cuestionan dicho fundamento, debido a que no se especificó el criterio de aplicación para asegurar el derecho de defensa de las partes, frente a la facultad probatoria del juez que ampara el inciso 2 del artículo 51 del Código Procesal Civil, y artículo 194 del mismo código adjetivo.

Por lo tanto, buscamos que el juzgador corra traslado de los medios probatorio admitidos de oficio antes de la actuación de la prueba de oficio, más aún que incluya una audiencia previa para su actuación y debida valoración, donde las partes tenga la oportunidad de oponerse, si dicho medio resulta impertinente o ilícito. Este hecho no es permitido actualmente en nuestra legislación, tal como lo sustenta Abanto (2004): “Conocimos un caso en el que admitimos un medio probatorio de oficio y una parte apelo contra el auto que la admitió. La apelación fue declarada improcedente en estricta aplicación del artículo 194° del CPC y posteriormente se dictó sentencia” (p.254).

3.4.4. Los jueces de apelación pueden admitir medios probatorios de oficio.

Es bien cierto que los sujetos procesales gozan del derecho a la doble instancia, y por ende a la apelación del caso concreto; se permite la aplicación de la prueba, como derecho a probar, como derecho fundamental; y ello también conforme al derecho a un debido proceso, que involucra el derecho a impugnar, y con ello ser revisado otra vez el conflicto o incertidumbre jurídica.

Sin embargo, al contrastar legislativamente, tanto el Código Procesal Civil, como su modificatoria de la Ley N°30293, en el caso de la segunda instancia, no todos los medios probatorios serán admitidos, en el caso de ser aportados por parte, sino sólo, si los hechos relevantes para el derecho o lo discutido, y en el caso de hechos extemporáneos o nuevos (artículo 374 del Código Procesal Civil); en cambio no existe restricción alguna, en el caso de la prueba de oficio, en el cual el juez de segunda instancia, ahora bien, ya puede aplicar también prueba de oficio, y evitar con ello la ineficiente salida de la nulidad que se había acaecido en la jurisprudencia, como en la Casación N° 2813-2010-LIMA; en el cual el *ad quem* declaró nula la resolución de segunda instancia, y ordenó al *ad quo* se actué medios probatorio de oficio; vulnerando no sólo el principio de economía procesal, sino asimismo el principio de independencia del juez; lo cual conllevaba no sólo a una confusión en criterio jurisprudencial, sino que retrasaba el proceso en contra de los justiciables.

Actualmente, es cierto que se ha avanzado con la modificatoria Ley 30293, al permitir que el juez de segunda instancia aplique prueba de oficio y prohibirse la nulidad de sentencia por falta de actuación probatoria, poco a poco está ingresando el nuevo paradigma de la constitucionalización del proceso, y se respeten en la aplicación de la iniciativa probatoria del juez, los derechos

fundamentales de los justiciables al contradictorio; puesto que siguiendo este orden de ideas, incluso los jueces de segunda instancia, debería también promover el debate de las partes y dar a conocer su iniciativa probatoria.

Sin embargo, si bien la ley ya permite al *ad quem* incorporar medios probatorios de oficio, y evitar la nulidad de sentencia, ¿Por qué los vocales superiores no lo incorporan?, hace ya más de dos años que se implementó la modificatoria de la Ley N°30293 a nuestro Código Procesal Civil Peruano, sin embargo poco o nada les ha importado, puesto que actualmente siguen declarando nula la sentencia, y ordenar al *ad quo* la actuación probatoria.

Entonces, ¿por qué la ley es ineficaz respecto a la segunda instancia?, un ejemplo de su ineficacia se demuestra en nuestra Corte Superior de Justicia del Santa, en el que se declara la nulidad de la sentencia, y se ordena al juez civil se aplique la actuación probatoria de oficio, y que se ha corroborado con la encuesta aplicada a los operadores jurídicos, de lo cual resulta que el 93% (Ver Anexo N° 3, Figura 9) de abogados y el 87% de jueces (Ver Anexo N° 4, Figura 9) niegan la aplicación de la prueba de oficio en segunda instancia y que se declara nula la sentencia para ordenar al juez de primera instancia aplique prueba de oficio. Entonces ¿cuáles son los factores que hacen ineficaz la norma en este aspecto?, o es que por motivos de la carga procesal se justifica su incumplimiento; puesto, que hay que recordar, que no es una suerte de facultad discrecional, sino que nos encontramos ante un “poder deber” (Cavani, 2015), en el que el juez ante la insuficiencia probatoria de las partes, el juez debe aplicar la prueba de oficio, en búsqueda de la verdad, y esclarecimiento de los hechos.

3.4.5. La prueba de oficio no es una facultad discrecional ni tampoco una obligación o imperativo.

En el proceso, nos encontramos ante una relación jurídica procesal dinámica, en el sentido de que tanto las partes, como el juez se encuentran en una relación recíproca, y se encuentran bajo el mismo nivel, aunque con diferencia de posiciones, por un lado el demandante, el otro el demandado, y por último el juez, quien debe ser imparcial, y objetivo.

A pesar de ello, en el tema probatorio, cuando nos referimos hacia la prueba de oficio, que nace de la facultad oficiosa del juez en pro de esclarecer los hechos; aún no ha quedado claro, y peor aún consideramos que se caído más en un hoyo de controversia, en si la famosa prueba de oficio es ¿facultativa o es una obligación?

El artículo 194 del Código Procesal Civil, antes de la modificatoria, refería que el juez “*puede ordenar*” la actuación de medios probatorios adicionales. En este sentido se inclinaba hacia una facultad, porque cuando se establece “puede”, es posible dos opciones: hacerlo o no. Sin embargo, después de la modificatoria de la Ley N° 30293 (publicada en el diario oficial El Peruano el 28/12/2014), se refiere que el juez “*ordenará*” la actuación de medios probatorios adicionales; siendo allí el meollo del asunto, para la doctrina ya no sería propiamente una facultad, algunos consideran que se inclina hacia una obligación, vulnerando el principio de preclusión, y la independencia jurisdiccional.

Al respecto, en la Casación N° 1804-2002-Callao: “de conformidad con el artículo 194 del Código Procesal Civil (...) el juez puede ordenar actuación de medios probatorios adicionales, resultando ello una facultad discrecional del juez, y no un imperativo”. En dicho sentido, aclaraba la Corte Suprema que facultad oficiosa, es discrecional, por ende el juez decide si

corresponde o no aplicar, precisando incluso que no es un imperativo. Pese a ello, consideramos que no es una facultad discrecional, esta expresión de discreción (de realizar o no) es incorrecta, puesto que teniendo el juez el poder de actuar medio probatorio de oficio, el juez debe aplicarlo, en base a su impulso al proceso, y en búsqueda de la verdad.

Sin embargo, la modificatoria, pareciese que es un mandato u orden, al indicar *ordenará*. En ese caso, si la controvertida prueba de oficio, ya no es facultativa, ¿es correcto decir “de oficio”?; o es que el legislador, haciendo valer un proceso en pro del principio a la tutela jurisdiccional, y economía procesal, busca suplir la ineficiencia de la carga de la prueba que recae sobre las partes, y pondera llegar a la verdad material, para que de esta forma sea posible sentenciar, y dar fin a la controversia. Sin embargo, siendo este su justificación, ¿es acaso correcto, que el juez tenga este poder sobre las partes?, entonces donde está la relación jurídica procesal dinámica, o es que al fin y al cabo es el juez quien por ser director del proceso debe suplir la falta probatoria y asumirla su función. Consideramos que la prueba de oficio, como técnica procesal, es una potestad del juez, un poder-deber (Ariano, 2012), en el que el juez *debe* aplicar la prueba de oficio, pero respetar el contradictorio, y promover el debate como control a su facultad oficiosa.

Muy aparte de todo ello, ¿es correcto que se le imponga al juez hacer prueba de oficio?; porque si bien es cierto ya ni siquiera sería en sí oficiosa, que pasó con su facultad discrecional frente a su conflicto o incertidumbre jurídica, o es que el legislador ahora puede ordenar al juzgador rompiendo la discrecionalidad que lo envuelve; no se estaría afectando el derecho a un debido proceso, *máxime* si existe la separación de poderes, que involucra a cada uno de ellos; y que la carga de la prueba es hacia las partes y no hacia el juez.

Otra de las Casaciones que respaldan a la discrecionalidad del juez es la Casación Nro.2020-2004-Loreto:

Segundo: Que, a fojas ciento cuarentisiete, por resolución número nueve, de fecha veintiocho de abril del dos mil tres, el juez ordena a los justiciables presenten el contrato o póliza de seguro contra accidentes personales.

Cuarto: Que, por lo que el juez hizo uso de la facultad que le concedía el artículo ciento noventicuatro antes citado.

En la presente casación sobre Indemnización, se establece en razón a la facultad del juez, la posibilidad de ordenar la prueba de oficio consistente en un contrato o póliza de seguro contra accidentes personales, para acreditar la causalidad, sin embargo, no existe limitación alguna ante la potestad probatoria del juzgador.

En realidad, las tesis consideran que la iniciativa probatoria del juez, en base al principio de dirección e impulso del proceso (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Civil) conlleva a que el juez ante la insuficiencia probatoria de las partes, puesto que la carga es hacia las partes y no hacia el juez, puede con su poder *ex officio* aplicar la prueba; sin embargo, no se debe confundir la facultad con la obligación o el deber, puesto que si bien lo que también se trata de evitar es la nulidad, no por ello se puede imponer al juez realizar la prueba de oficio, puesto que en ese caso se rompería la naturaleza excepcional de este tipo de prueba, se debe dejar claro, que es una potestad de juez aplicarlo, pero a la vez es un deber en base a la búsqueda de la verdad material de los hechos.

La prueba de oficio *no es una facultad, y no es discrecional*, puesto que la *facultad* suele conformar derechos subjetivos, es una situación jurídica de ventaja que permite actuar libre en el marco de

una relación jurídica, como disponer del derecho de propiedad, en el que si se desea se arrienda o no. Sin embargo, el juez no tiene facultades, ni tampoco se puede hablar de *discrecionalidad*, como poder otorgado a una persona para escoger entre dos o más alternativas, siendo legítima cualquiera de ellas, porque el juez no puede elegir el no buscar la verdad. En realidad nos encontramos ante un poder deber, porque el juez debe determinar la verdad de los hechos.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico se han dado diversas confusiones jurisprudenciales, ante la deficiencia normativa, y la falta de una exposición de motivos en nuestra legislación procesal civil, por lo que a nivel doctrinal surgieron comentarios a favor y en contra de la potestad probatoria, *máxime* si nuestro Código Procesal Civil Peruano se encuentra orientado en un sistema de preclusiones, donde los justiciables tienen una etapa postulatoria (conforme a la carga de la prueba *onus probandi*) para ofrecer sus medios probatorio. En cambio, una situación muy distinta es en el caso del juez, quien gracias a su “facultad” cuando no le genere “convicción” (lo cual es subjetivo), y que a nuestro parecer, debería ser considerado un poder-deber, en el que el juez debe incorporar prueba de oficio, el sí presenta pues un poder más allá que las partes, y gracias a su “prueba por compasión” (Ariano, 2012), pone en controversia el derecho a probar, el cual pues es un derecho fundamental de las partes, y que por lo tanto el juez, ante tener conocimiento de pruebas que no fueron incorporadas al proceso en la etapa postulatoria, como el caso de hechos extemporáneos (cronológicamente hablando, en el sentido de tenerse conocimiento después de la demanda o ya sea después de la contestación en el caso del demandado), el juez no es que puede, sino que el juez debe incorporarlo como medio probatorio de oficio, porque si bien el juez civil no es un averiguador de hechos, si debe determinar las afirmaciones de hechos de las partes, en búsqueda de la verdad material.

3.4.6. La fuente de prueba debe ser citada por las partes.

Cuando se aplica la prueba de oficio, o mejor llamado como iniciativa probatoria del juez (Obando, 2008); el juez debe tener en cuenta que la fuente de prueba es citado por las partes, de allí que se aclare en que “las partes traen los hechos y el juez aplica el derecho” (Cavani, 2015); puesto que si bien la prueba de oficio, busca que de forma excepcional el juez actúe medios probatorios en pro del proceso, es decir esclarecer los hechos, y dar fin al conflicto jurídico o incertidumbre jurídica, sin embargo, no puede resultar su actuación como una “decisión sorpresa”(Ariano, 2003); es decir como el derecho fundamental de la prueba, no es absoluta, y también se somete a límites, en el caso de la prueba de oficio, presentaría como límite según la modificatoria de la Ley N° 30293, que sea aplicada a partir de la fuente de la prueba que es aportada al proceso por las partes.

En dicho sentido, no sólo se manifiesta la regla de preclusión, para dar orden a las etapas del proceso, sino de que se busca por un lado que el juez no se exceda en su facultad *ex officio*, al encontrarnos ante una relación jurídica procesal de forma dinámica, en la que tanto el juez y las partes se encuentran en un mismo nivel; asimismo por otro lado se respetaría el derecho a un debido proceso, y al contradictorio, en el que se tenga conocimiento de la prueba, tanto en su admisión, como en su actuación probatoria, ya sea aportada por las partes o por el juez; y no en ser tomada en conocimiento como en algunos casos con la sentencia (mala praxis jurídica), conforme a lo afirmado por el 20% de los abogados del Santa, o que incluso ni se notifica, según otro 20% de abogados, (Ver Anexo N° 3, Figura 5).

3.4.7. El juez deberá asegurarles el derecho de contradicción.

Todo medio probatorio aportado por las partes se somete a contradicción, es por ello que existe incluso la impugnación a los medios probatorios, ya sea la tacha u oposición, sin embargo; cuando nos referimos al caso de la prueba de oficio, o medio probatorio aportado por iniciativa del juez como director del proceso, ¿se puede también contradecir?. Si bien es cierto, un buen avance se ha hecho con la modificatoria, al declararse a nivel legislativo, que exista la contradicción de la prueba, puesto que antes de la modificatoria, simplemente el juez lo hacía y no era necesario dar aviso a ninguna de las partes respecto a su iniciativa oficiosa, ahora pues al establecerse la necesaria contradicción, nos preguntamos ¿cómo se manifiesta esta contradicción?, existe ceguera jurídica o es que poco o nada se aplica que pareciese inexistente.

Al respecto Cavani (2015) manifiesta que el juez antes de ejercer su *poder-deber* de la prueba de oficio, debe promover el contradictorio, es decir porque es necesario que antes de actuar prueba de oficio debe consultar a las partes, indicar su valoración racional prueba, y por qué debe recaer su medio probatorio adicional, logrando un diálogo paritario entre las partes; su oportunidad de realizarlo es después de la audiencia de pruebas y antes de la sentencia.

El convencimiento, como requisito necesario que conlleva al juez a incorporar medio probatorio de oficio, es un absurdo por ser subjetivo, en realidad el juez antes de solicitar la prueba de oficio, debe haber hecho la *valoración racional de la prueba* (siempre se solicita después de la audiencia) el cual define para Ferrer (2003) comprende la formulación de hipótesis, individualización analítica de los medios probatorios, la confrontación entre hipótesis e inferencias obtenidas de los medios probatorios, y el test de no refutación.

¿Existe la posibilidad de contradecir la prueba, cuando ni siquiera se conoce que ha sido admitida, actuada y valorada? Existen casos que en la audiencia única, como en el caso de alimentos del proceso sumarísimo, se incorpora la prueba de oficio en la audiencia única, no pudiendo la contraparte hacer nada al respecto, puesto que si bien es cierto debe estar motivada bajo sanción de nulidad, es inimpugnable (a pesar que la nulidad está contenida en la impugnación), y simplemente se da a conocer su actuación y valoración con la sentencia, como en el Expediente N° 1372-2014-0-2501-JP-FC-02 sobre Alimentos de nuestra Corte Superior de Justicia del Santa, mediante la cual la juez incorpora como medio probatorio de oficio partidas de nacimiento de hijos del demandado para demostrar su carga familiar, sin embargo, ¿la contradicción?, es sólo decir que se incorporará medio probatorio de oficio a través de una resolución, sin mayor explicación, ni tiempo de contradecir ya sea al instante, por el principio de inmediación, o ya sea por escrito al siguiente día o dentro de un límite.

La contradicción de la prueba de oficio, como es que debería ser; puesto que no sólo se da solución a las controversias con manifestar la no vulneración, también se debe explicar cómo es que se hará valer esta contradicción, de tal forma que se conozca la posible admisión del medio probatorio, y poder contradecir a tiempo; entonces realmente se aplicaría la contradicción.

Es necesario, entender que con el nuevo paradigma de la constitucionalización del proceso, el proceso es no sólo un instrumento de tutela jurídica, sino que asimismo debe respetar a la persona humana, y por ende los derechos fundamentales. El vínculo entre la Constitución y el proceso requiere que se coloque como límite al medio probatorio de oficio el contradictorio, el cual surge del principio de audiencia, más conocido como *auditia et altera pars*.

3.4.8. La prueba de oficio vulnera o no la imparcialidad del juez.

Para gran parte de la doctrina nacional, se considera que la actuación de la prueba de oficio, por el solo hecho de que se el juez quien aporte un medio probatorio, viola su imparcialidad, puesto que al actuar la prueba va a esclarecer los hechos, y por consecuencia favorecería a una de las partes; puesto que a las partes les corresponde la carga de la prueba, y más que carga, el derecho fundamental a probar (el cual comprende el ofrecimiento, la admisión, la actuación y la valoración), y es a ellos a quienes les corresponde probar, y no al juez. Sin embargo para otra parte de la doctrina, la prueba de oficio no vulnera la imparcialidad del juez, puesto que los hechos que busca probar no fueron convocadas por él, sino por las partes, y no existe norma más favorable al juez, porque sólo busca esclarecer los hechos oscuros o inciertos, y se necesitan para adoptar una decisión justa (Pérez, 2012). Por lo que, ante esta controversia en si la prueba de oficio vulnera o no vulnera la imparcialidad del juez, las investigadoras buscan analizar y esclarecer.

Es indispensable aclarar que la imparcialidad comprende la *imparcialidad objetiva* (imparcialidad) que refiere en que el juez no es parte, es un tercero ajeno a la controversia, y la *imparcialidad subjetiva*, el cual comprende una ausencia de interés subjetivo en que el conflicto se solucione de determinada manera (Martinez, 2016), es por ello necesario la independencia, como presupuesto esencial para la imparcialidad del juez.

En este orden de ideas, Cavani (2015) refiere que la prueba de oficio no viola la imparcialidad, podría darse a lo mucho una imparcialidad subjetiva, pero es realmente difícil que el juez conozca a quién va a favorecer, puesto que su deber es determinar la verdad,

y el favorecimiento se conoce después de actuar la prueba, y es que en realidad cualquier técnica procesal puede ser mal usada cuando existe imparcialidad subjetiva.

Se debe dejar claro que los hechos son aportados por las partes, por lo que el objeto litigioso del proceso es fijado por las partes (manifestación del principio dispositivo en sentido material), por lo que aplicar prueba de oficio no sería el problema, ya que el juez no conoce el resultado de la prueba, y está buscando determinar que hechos afirmados por las partes son ciertas o no.

El doctor Parra (2004) afirma que “El juez debe ser parcial en la búsqueda de la verdad, y con este proceder se hace imparcial con las partes”. Es decir, al ser su fin la búsqueda de la verdad, reafirma su imparcialidad en el proceso. Apoyando esta idea, Arazi (2002) expone que “el juez al ordenar de oficio una medida de prueba desconoce el resultado de la misma”, por lo tanto no lo hace para beneficiar a una parte en perjuicio de la otra, sino que busca encontrar la verdad material de los hechos en controversia, y que permitirá una decisión final justa.

Las tesis consideran que cuando el juez incorpora de oficio una prueba, en base a su facultad oficiosa (artículo 194 del Código Procesal Civil Peruano), si bien es cierto resulta cuestionable la no vulneración de su imparcialidad, ya que al fin y al cabo, la prueba va a favorecer a una parte del proceso; sin embargo, para asegurar su imparcialidad, conforme a la seguridad jurídica de un Estado Constitucional, siempre que su fin sea la búsqueda de la verdad de los hechos, y comunique a las partes su pretensión de actuar prueba de oficio, para promover el contradictorio, podemos hablar de una imparcialidad del juez en la prueba de oficio.

Además, no se debe primar el poder deber del juez en la prueba de oficio por su fin de encontrar la verdad, frente a los

derechos fundamentales de naturaleza procesal como el derecho de contradicción que debe ser respetado según el principio de audiencia, como *conditio sine qua non* del derecho de defensa, y por ende un respeto al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, que protege la dignidad humana como fin supremo de la Sociedad y el Estado.

3.4.9. La prueba de oficio debería ser impugnable.

Juzgar, es una actividad humana, en el cual se decide sobre la libertad, bienes y derechos, siendo un acto trascendente; sin embargo, al ser un acto humano, es pasible de error, siendo imprescindible que tal acto sea revisado por otros seres humanos, es por ello necesario la impugnación (Monroy, 1993).

Sin embargo, en el caso de la prueba de oficio, su resolución es inimpugnable. Si revisamos el segundo párrafo del artículo 194 del Código Procesal Civil (después de la modificatoria), indica que la resolución de la prueba de oficio debe estar debidamente motivada, *bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución inimpugnable*. Es decir se permite el pedido de nulidad, pero persiste el error de *inimpugnable* ante la resolución de la prueba de oficio.

Es necesario indicar, que existen clases de medios impugnatorios, los remedios y los recursos (Ticona, 1998); los remedios son aquellos a través de los cuales la parte o el tercero legitimado piden se reexamine todo un proceso o un acto procesal a través de un reexamen de actos procesales no contenido en resoluciones (art. 356 del C.P.C); siendo un ejemplo de remedio la nulidad (art. 178 C.P.C), la cual es permitida en el caso de la prueba de oficio por una falta de motivación. Sin embargo, se excluye a los recursos, los cuales se utilizan con exclusividad para atacar a los

actos procesales contenidos en resoluciones, siendo los medios impugnatorios por excelencia; lo cual no se permite frente a la resolución de la prueba de oficio.

Surgen las reflexiones ¿por qué el legislador considera que debe seguir siendo inimpugnable? ¿Por qué esta prueba que es incorporada por el juez y no las partes goza de inimpugnabilidad?, ¿acaso el juez no puede equivocarse por ser una prueba incorporada por él mismo?, frente a ello, consideramos que este error no sólo es incoherente sino inconstitucional.

Es incoherente, en cuanto a lo expuesto por Cavani (2015) cuando la nulidad está contenida en la apelación. En dicho razonamiento, si analizamos el artículo 176 del CPC, cuando se establece que respecto a la oportunidad del pedido de nulidad, en el caso del sentenciado el proceso en primera instancia, sólo puede ser alegada expresamente en el escrito sustentario del recurso de apelación. Sin embargo, si no se puede impugnar, entonces tampoco puede interponer la nulidad como contenido de la impugnación, al encontrarse expreso en la norma el carácter inimpugnable de la resolución de la prueba de oficio.

Asimismo, es inconstitucional, porque no se puede restringir el derecho a la doble instancia de las partes, como elemento del derecho a impugnar contenido en el derecho de defensa, y en un debido proceso, ante los actos jurídicos procesales contenidos en resolución, sólo por una regla de celeridad o economía procesal, o por ser una prueba incorporada por el juez, ya que en realidad tanto el juez y las partes deben ser vistas en isonomía procesal, es decir en un equilibrio entre los poderes del juez, y los derechos fundamentales de naturaleza procesal de los justiciables.

Es importante recalcar, que conforme a nuestra encuesta aplicada existe una necesidad jurídica por parte de los 40% abogados (Ver anexo N° 3, Figura 6) en que la prueba de oficio debería ser impugnable frente a un 30% de magistrados (Ver anexo N° 4, Figura 6) quienes se encuentran en conformidad en su carácter inimpugnable. Por lo que es claro que son las partes los afectados en cuanto al derecho de defensa en su manifestación del derecho a la impugnación, y por ende la necesidad jurídica más que en los operadores jurídicos se encuentra en los justiciables, al ser sus intereses privados en litigio.

4. El principio de audiencia

El principio etimológicamente proviene del latín *principium*, en referencia a lo antiguo o valioso, el origen de algo o la base. Sin embargo, actualmente se le ha dado el nombre de principios a todo, hasta incluso a las reglas, como preclusión, celeridad, oralidad, etc. A partir de ello, que surja la expresión “Cuando todo son principios, nada es principio” (De la Oliva Santos, 2004).

En el caso de los principios jurídicos procesales, o principios procesales, según Gimeno (2003) se ha desarrollado de tipología de principios: principios de procedimiento (oralidad, intermediación, publicidad, concentración y preclusión), principios referente al material fáctico (aportación e investigación), principios de valoración (prueba libre y tasada), estructura (contradicción e igualdad) y al objeto procesal (dispositivo y acusatorio).

Ante la gran tipología, es necesario, distinguir cuando es principio y cuando no, puesto que incluso, en el caso de los principios jurídicos naturales (procesales), se suele indicar que los principios procesales se encuentran

vinculados con las garantías reconocidos ya sea de forma implícita o explícita en la Constitución (Vásquez, 1993).

Por lo que es necesario distinguir que la categoría de principios, según Pérez (1997) es un resultado (fin), es decir resultado de la interpretación de las normas, construcciones teóricas de la doctrina y abstracción del legislador. Puesto que desde su creación, tiene una proyección *a priori* y *a posteriori*, es decir puede ser creado a partir de la razón natural o se infiere de la misma ley procesal. En nuestra legislación procesal encontramos como principios clásicos a los principios generales del derecho, los cuales con la evolución del pensamiento jurídico ha dado paso a los principios jurídicos, los cuales son “resultado de sus funciones: fundamentadora, interpretativa, e integradora” (Alfaro, 2014, p.46).

El principio jurídico natural se ubica sobre los demás principios, como el principio de audiencia, el cual es conocido como bilateralidad o contradicción, el cual surge de la máxima *auditia et altera pars* (oír a ambas partes), es decir que las partes deberían concurrir previo al juicio o audiencia previa, tanto para que el juez pueda oír a las partes, como para que estas puedan acordar o cuestionar.

El principio de audiencia, refería al proceso como una serie consecucional formada por instancias de las partes en litigio: *acción* del actor, y *reacción* del demandado, con la peculiaridad de que cada instancia (acción o reacción) debe ser *necesariamente bilateral*, lo cual significa que debe ser conocida por la parte que no la ejercitó, a fin de poder afirmar, negar o confirmar lo que sea respecto de ella (Alvarado, 2009).

4.1. El principio de bilateralidad

“El principio procesal de bilateralidad es una derivación del principio de igualdad, y constituye un componente esencial el debido proceso” (Pagnacco, 2011). Es decir su solo existencia conlleva al respeto de los

derechos fundamentales de naturaleza procesal, verbigracia el derecho a un debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

Según Bidart (2000) “El principio de bilateralidad comprende al principio de contradicción, por lo cual las relaciones derivadas del derecho a la jurisdicción, el que ha sido conceptualizados como el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de la justicia” (p.58), es decir el derecho de las personas a requerir tutela jurisdiccional puede ser para contradecir o resistir.

El problema de la justicia se desplaza del reclamante al reclamado, se trata de saber cuál debe ser el comportamiento de la autoridad frente al demandado. El precepto *auditur et altera pars* aparece impuesto por un principio inherente a la justicia misma o sea su nota típica de alteralidad (*alteritas*) o bilateralidad. (Couture, 1978, p.46)

Este principio no exige literalmente que ambas partes tengan que ser oídas, puesto que siendo así, en caso de silencio o ausencia de uno de ellos entonces se paralizaría el proceso, sino que busca “asegurar a ambos contendientes tendrán la *oportunidad* de ser oídos o de producir pruebas, razón por la cual si uno no aprovecha la oportunidad que se le brinda, no puede ello interpretarse como una violación del contradictorio” (Peyrano, 1978, p.147).

4.2. El derecho de contradicción o contradictorio

“El principio de bilateralidad de las partes se relaciona con el contradictorio, conforme al cual debe otorgársele al demandado el derecho y la oportunidad de defender sus intereses y de ser oído en juicio”(Devis, 2012, p.195).

El principio de audiencia también se le identifica con el derecho de contradicción, puesto que para ejercer el derecho de contradicción es necesario que se respete la igualdad de oportunidades de las partes respecto a todos los actos procesales: alegar, probar, e impugnar.

Es necesario recalcar que la contradicción o llamado por el derecho comparado (Europa) como *contradictorio* hace referencia a la contraposición de argumentos, es decir a la oposición de razones. Para Guasp (1944), su manifestación formal del principio de audiencia (en sentido débil) era la contradicción, como la facultad de las parte para exponer sus alegaciones ante el órgano de la jurisdicción. Lo cual equivale decir, que si se piensa que el contradictorio solo busca que cada parte aporte lo que desea con el fin de alegar y probar, no sería propiamente un contradictorio, porque no se trata de que cada parte tenga la oportunidad para alegar, *igualdad de oportunidades*, sino que, pueda contradecir lo expuesto por la parte contraria, y asimismo influenciar en el proceso hacia la decisión final del juez.

“Deberá maximizarse la participación de las partes, a través del principio de contradicción, dando a cada parte la oportunidad de contraprobar lo alegado por la parte contraria” (Taruffo, 2002, p.98).

Sin embargo, la idea de ver al juez como un simple funcionario, en posición de director del proceso, en un contexto burocrático, en el que en su decisión demuestra su jerarquía (proceso asimétrico), la mala praxis hace al principio de contradicción, no indispensable, cuando el juez goza de poderes de oficio, en lo que por la búsqueda de la verdad, el juez considera no necesario la contradicción (Picardi, 2010).

Este principio, tradicional e indistintamente, ha sido denominado también como de “bilateralidad”, “controversia”, “defensa en juicio”, “debido proceso” (Barbeiro, 2011), el cual impone que para las decisiones jurisdiccionales sólo pueden concluir de forma definitiva cuando ambas

partes han tenido la oportunidad de ser oídas. A partir de ello, que se refieran a igualdad de oportunidad a ser oídos.

4.3. Una nueva visión del principio de audiencia

Después de la segunda guerra mundial, la sociedad perdió confianza en el Estado de Derecho, y exigió principios y garantías constitucionales que protejan sus derechos fundamentales, surgiendo de esta manera, el nuevo paradigma de la constitucionalización del proceso.

Este nuevo paradigma, exige que el derecho procesal debe ser vista desde la Constitución, a lo que Calamandrei (2009) precisó como la unificación del proceso y la Constitución, naciendo por la necesaria prohibición de la autodefensa, el respeto a los principios fundamentales de la organización del sistema de justicia, la vinculación del juez a las reglas del ordenamiento jurídico, y esencialmente porque el proceso está unido al hombre.

Apoyadas en este nuevo paradigma, las investigadoras consideran que el sistema jurídico, debe ser unificado, en tal sentido, si la dignidad del hombre como fin supremo de la sociedad y el Estado, es la pieza inicial para el constructo jurídico, las reglas procesales, y sobre todo el derecho procesal en general, no puede ir alejado de los derechos fundamentales de la persona humana que protege el derecho constitucional, puesto que en realidad toda rama del derecho debe ser construida en concordancia con del derecho constitucional, es decir con respeto a la Constitución, y en precisión a la dignidad humana.

Si dejamos el divorcio del derecho procesal y el derecho constitucional, se permitirá la evolución de los principios procesales, principios jurídicos naturales a su carácter constitucional. Pisani (2006) fue uno de los primeros en indicar que en un liberalismo moderno, la igualdad formal se puede transformar en una igualdad sustancial, orientado hacia las

partes, es decir las partes no sólo cuentan con *paridad de armas*, sino que pueden contradecir a tiempo como un derecho. En la igualdad sustancial, el juez es garante de un proceso legal, dialéctico, y justificativo, en el que ya no se manifiesta la asimetría del proceso con la supremacía del juez, sino que se asegura la reciprocidad y paridad, en el cual ahora se manifieste la *isonomía procesal*.

Si se evoluciona el principio de audiencia de una concepción formal a una concepción sustancial, entonces el principio de audiencia conlleva a una participación efectiva del juez y las partes, en una relación jurídica procesal de equilibrio, en el que las partes puedan influenciar en las decisiones judiciales, teniendo las partes las mismas oportunidades procesales ante cada acto procesal.

Desarrollando su enfoque en su contenido constitucional del Principio de Audiencia o también llamado de audiencia bilateral, principio procesal y jurídico, el cual permite a las partes la posibilidad de actuar activamente e influenciar sobre la formación en las decisiones del juez, nuestro estimado profesor Alfaro (2014) indica que el principio de audiencia ha evolucionado de su contenido formal a su contenido sustancial, comprendiendo en su contenido constitucional: el derecho a recibir adecuada y tempestiva información, el derecho a defenderse activamente, y el derecho de influencia.

Siguiendo este orden de ideas, el principio de audiencia, conocida como “audiencia bilateral, o contradicción” (Farién, 1992), o principio de bilateralidad no sólo puede ser vista en su sentido procesal, sino ahora también en su sentido constitucional. De tal forma, podemos incluso decir que este principio permite hablar de la existencia del derecho de defensa, la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso.

Consideramos que los justiciables al tener derecho a la información, deberían conocer todos los actos procesales que comprende el proceso en general, en tal sentido conocer los actos de las partes, y las del juez como

director del proceso. Asimismo debe ser posible ejercer su derecho de defensa (alegar, derecho a probar, e impugnar), por lo que el juez debe fomentar el diálogo entre todos los sujetos procesales ante toda actuación procesal que influirá en la decisión final.

4.4. Un nuevo concepto del principio de audiencia como *condición sine qua non* del derecho de defensa

El principio de audiencia, el cual era visto como un principio procesal, que conlleva a la máxima *auditia et altera pars*, es decir oír a las partes en juicio antes de la sentencia, y que para muchos doctrinarios, refería a que las partes deberían concurrir previo al juicio o audiencia previa antes de ser sentenciados, para que el juez pueda oír a las partes, en una especie de información, de carácter instrumental, del cual partía la regla de la oralidad. Resulta ser escasa, y carente, al no manifestar todo lo que realmente comprendía.

Ahora en cambio, conforme al nuevo paradigma de la constitucionalización del proceso al cual nos acogemos, en ver al derecho procesal desde la Constitución, se ha evolucionado, otorgándole una nueva visión al principio de audiencia, que comprende “el derecho a recibir adecuada y tempestiva información, el derecho a defenderse activamente, y el derecho de influencia” (Alfaro, 2014, p. 109).

Por lo que creemos que siendo el contradictorio, el momento en que las partes puedan oponerse y cuestionar hechos y pruebas, el principio de audiencia resulta ser el requisito o *conditio sine qua non* para no sólo promover el contradictorio, sino para un ejercicio del derecho de defensa de las partes, el cual es un derecho fundamental de naturaleza procesal.

En este orden de ideas, Montero (2011) indica que el principio de audiencia promueve el contradictorio, es decir brinda la oportunidad a los sujetos procesales para ejercer su derecho de defensa, a partir de ello, que

se considere que el principio de audiencia está comprendido en el derecho de defensa.

El derecho de defensa, como derecho fundamental de naturaleza procesal, comprende que las partes pueden alegar, probar, e impugnar, por lo que incluso, se les debe permitir no sólo fundamentar sus hechos y presentar medios probatorios, sino también las excepciones, tachas y oposiciones frente a ellos.

Ahora bien, en un Estado Constitucional, no se puede excluir a los principios y garantías constitucionales, *máxime* si en nuestro ordenamiento jurídico peruano, “la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad humana son el fin supremo de la sociedad y el estado” (art.1 de la Constitución Política del Perú).

El Tribunal Constitucional establece incluso, que el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por lo que como derecho fundamental, se proyecta como *principio de interdicción* para afrontar cualquier indefensión y como *principio de contradicción* de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés (Exp. N°8605-2005-AA/TC.f.j.14).

Al respecto, De la Oliva (2004) sostiene que existe una relación de continente (derecho de defensa) a contenido (principio de audiencia); es decir el derecho de defensa tiene una proyección más amplia que el principio de audiencia. En dicho sentido, si se respeta el principio de audiencia, se hace efectiva el derecho de defensa de las partes.

En el derecho comparado, como en la doctrina española, se afirma que el derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de los jueces y

tribunales exige que en ningún caso pueda producirse indefensión (art. 24 de la Constitución española), lo cual equivale decir, que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa de las partes.

La indefensión, “es la situación en que se encuentra quien no ha sido defendido o no se ha defendido, sin culpa por su parte, en un juicio que lo afecta” (Cabanellas, 2002), es decir se ocasiona cuando se priva o minora el derecho de defensa, y se produce un menoscabo del principio de contradicción y de igualdad de las partes en la posibilidad de alegar, probar, y de impugnar, lo cual debe ser en igualdad de oportunidad a todos los sujetos procesales, pero que por causa de una incorrecta actuación del órgano jurisdiccional se produce la indefensión a las partes (*a contrario sensu* vulneración al derecho de defensa).

En dicho sentido, surgen muchas reflexiones, como ¿si no se promueve el contradictorio como se ejerce el derecho de defensa?, ¿si no existe protección del derecho de defensa, podemos si quiera hablar de un derecho al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva?, ¿es realmente efectiva? No, absolutamente, si no respetamos el principio de audiencia (contradictorio), no existe la oportunidad del derecho de defensa, para que las partes puedan cuestionar los actos procesales, no sólo de las partes sino también del juez.

Por lo tanto, las tesis consideran que el principio de audiencia es *condición sine qua non* del derecho de defensa, es decir la no indefensión, si el juez respeta el principio de audiencia, y en consecuencia, promueve el contradictorio antes de cualquier actuación procesal (ya sea de las partes o del propio juez en base a su poder *ex officio*). En tal forma, las partes tendrán la oportunidad para cuestionar dichas actuaciones procesales a tiempo, y ejercer un verdadero derecho de defensa (inciso 14 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú: “El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso”, y por ende existir el respeto a un debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva (inciso 3 del

artículo 139 de la Constitución Política del Perú, y concordancia con el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil).

4.5. El principio de audiencia en el derecho comparado

4.5.1. Alemania.

En el art. 103.1 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, consagra el principio de audiencia cuestiones que a, el cual según la jurisprudencia alemana no sólo refiere a los efectos en la confrontación de las partes, sino que asimismo es un deber del juez respetar dicho principio.

Según la legislación procesal alemana, el juez debe provocar el debate previo con las partes respecto a toda actuación procesal que influye en la decisión final del juez.

Alfaro (2014) considera que estos deberes del juez, en realidad son derivados de la consagración constitucional del principio de audiencia (evolución), lo cual han sido suficientes como para influenciar en el legislador de la Ordenanza Procesal Civil Alemana (*Zivilprozessordnung –ZPO*) a fin de que se reconozca y se concrete (implícitamente) en su estructura procesal y en algunos institutos procesales, sobre todo lo relativo a la participación activa del juez, y de esta manera promover el debate judicial.

Según la doctrina procesal alemana, el principio de audiencia comprende el derecho a recibir adecuada y tempestiva información, el derecho de defenderse activamente, y el derecho de pretender que el juez tome en consideración todas sus defensas, alegaciones y sus pruebas (Comoglio, 1988).

4.5.2. Italia.

El *Codice di Procedura Civile* ampara el principio de audiencia como principio del *contradittorio* en su artículo 101, y su artículo 24 de su Constitución, al indicar que todo proceso se desarrolla en contradictorio entre las partes, en condiciones de paridad, ante un juez tercero e imparcial.

Al respecto la doctrina procesal italiana, acepta la nueva visión del principio jurídico audiencia, porque con el artículo 101 del *Code* se ha efectivizado el principio de audiencia, y se permite a los sujetos procesales la posibilidad para influenciar en la formación de la decisión judicial. Fazzalari (1989) considera que “de no existir la posibilidad del contradictorio no se puede hablar correctamente de proceso” (p.673). Es decir en una relación jurídica procesal dinámica en la que las partes y el juez se encuentran en coparticipación es indispensable promover el contradictorio.

Según Comoglio (1996) el principio de audiencia se ha convertido en un límite o parámetro, frente al creciente activismo judicial, sobre todo ante el aumento de poderes del juez, en base al impulso del proceso en la mayoría de sistemas jurídicos.

4.5.3. Francia.

El Consejo Constitucional de Francia considera que el principio de audiencia o *contradiction* es consecuencia del derecho de defensa, el cual es un derecho fundamental de carácter constitucional (Decisión N°2011-214QPC). Por lo que el autor Van (2011) indica que los principios son fundamentales al momento de

su aplicación por los jueces, porque cumplen el objetivo de formar el marco para la interpretación del código.

El *Code de Procedure Civile* desarrolla los principios del proceso, uno de ellos es el principio de audiencia, el cual se explica su concepto, aplicación, y las reglas de participación del juez, y en el caso de que el principio es postergado es posible el recurso (conforme a los artículos 14,15, y 16 del *Code*). Asimismo se expresa la máxima *audiatur et altera pars*, en el artículo 14 del *Code*, al prescribir que: “Nadie podrá ser juzgado sin haber sido oído o llamado al proceso”.

La doctrina procesal francesa considera indispensable el principio de audiencia, para ser posible la existencia del derecho de defensa, y un proceso justo, en el que las partes puedan conocer con antelación toda actividad procesal que influye en la decisión final del juez, por lo que es necesario la presencia de las partes para ser posible el contradictorio.

Se debe resaltar la legislación procesal francesa en aplicar el principio de audiencia con antelación, y ser posible que en un plazo razonable las partes puedan cuestionar a tiempo, es decir poder algar y probar en contra del acto procesal. Asimismo que es deber del juez promover el debate judicial, para promover el contradictorio, y de esta manera las partes puedan cuestionar todas las actuaciones procesales, incluso las convocadas de oficio.

En este orden de ideas, Capelleti (2006) entiende que “es deber del juez observar y hacer observar en todo caso el principio de contradicción”, es decir como sostiene Alfaro (2014) “el juez francés antes de actuar de oficio debe propiciar el debate entre las partes respecto a la cuestión de hecho o de derecho que sea determinantes para la resolución de la controversia judicial”.

Por lo analizado, el principio de audiencia en el ordenamiento procesal civil francés, sirve como punto de control y equilibrio entre los poderes del juez y los derechos fundamentales de las partes, conforme al nuevo paradigma de la constitucionalización del proceso.

4.6. Influencia del principio de audiencia en los institutos procesales

Existen numerosas situaciones en las que se demuestra que se posterga el contradictorio, verbigracia las medidas cautelares, la prueba anticipada, o que se produce su restricción como en la demanda de alimentos, los interdictos, la limitación de defensa en el proceso ejecutivo, restricción en la utilización de medios probatorios (Barbeiro, 2011).

4.6.1. En las medidas cautelares.

Las medidas cautelares son un medio tendiente a asegurar el cumplimiento de las resoluciones judiciales, cuando antes de incoarse el proceso o durante su curso, una de las partes demuestra que su derecho es *prima facie* verosímil y que existe peligro de que la decisión jurisdiccional sea incumplida (Martínez, 1994).

Frente a la situación de una medida cautelar sin dar aviso a la parte afectada, en la doctrina clásica, Alsina (1963) anunciaba que existían situaciones, en que se permite la ejecución de una providencia antes de ser notificada (*inaudita parte*) cuando en caso contrario podría ponerse en peligro un derecho, pero sin que ello impida la oposición posterior.

La figura de la oposición a la medida cautelar, que fue incorporada con la modificatoria de la Ley N°30293, inspirada de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española (Ley 1/2000, art. 379 “en los

casos en que la medida cautelar ha sido adoptado sin previa audiencia del demandado, podrá éste formular oposición en el plazo de veinte días, contados desde la notificación del auto que acuerda las medidas cautelares.); es una manifestación de la constitucionalización al ámbito del proceso cautelar, pues a través de su regulación se pretende el otorgamiento de una de las garantías procesales sustanciales previstas en la Constitución Política, como el derecho de defensa.

La oposición como recurso a favor del afectado para que el juez revoque la medida cautelar, sobre la base de ofrecimiento de nuevas pruebas busca desvirtuar la valoración inicial, ante el supuesto de la no concurrencia de los presupuestos: verosimilitud del derecho, peligro en la demora o razonabilidad de la medida.

El Dictamen del Proyecto de Ley N°3079-2008-CR de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República del Perú, indicó que la creación de un sistema de medidas cautelares puede significar una vulneración a otros tipos de derechos, ya que este tipo de medidas para ser eficaces deben realizarse mediante un procedimiento de cognición sumaria y en la mayoría de casos *in audita et altera pars*, es decir, sin conocimiento ni participación, de la contraparte.

De esta manera, un problema vinculado a la ausencia del contradictorio, es el régimen de impugnación, ya que en el proceso civil, la ausencia del contradictorio se sustituye, otorgándole al demandado la facultad de impugnar la resolución que concedió la medida cautelar, luego de que ésta ha sido ejecutada. Esta situación no solo consagra la prolongación innecesaria de las eventuales irregularidades que pudieron haberse cometido al momento del dictado de la medida cautelar, sino que impide que el propio Juez que dictó la medida cautelar, sino que impide que el propio juez que dictó la medida cautelar pueda revisar su propia decisión una vez

que ha tomado conocimiento de los argumentos y prueba de la parte contraria, encomendando a otro órgano jurisdiccional la tarea de decidir la confirmación o levantamiento de la medida cautelar (Quesnay, 2014).

Sin embargo, es necesario aclarar, que no se puede eximir del contradictorio, a pesar de que existan razones de urgencia, puesto que realizarlo no hará fracasar la medida, además que si tomamos en cuenta a la jerarquía de los principios procesales, no se puede desplazar al principio jurídico natural de audiencia o bilateralidad por el de tutela efectiva. Puesto que según las razones (proporcionalidad, urgencia u oportunidad), se determinaría si el principio de audiencia se debe aplicar *ex ante* o *ex post*, pero no se puede eliminar.

4.6.2. En el *iura novit curia*.

El *iura novit curia* ya no significa sólo la libertad del juez para resolver al margen del planteamiento jurídico de las partes, sino la capacidad del juez para enmendar errores de cita, de expresión o de argumentación, siempre que se respete lo que se entiende que la parte ha querido decir (De la Oliva, 2012).

Sin embargo, es necesario que para la aplicación del *iura novita curia* (variación de la calificación jurídica expuesta por las partes) se debe respetar el principio de audiencia, como límite para el poder del juez; es decir el juez debe promover el debate, para que exista la posibilidad de las partes para cuestionar las actuaciones procesales, de esta forma se mantiene en equilibrio el instituto del “*iura novit curia* y la regla de congruencia” (Alfaro, 2014).

Ortells (2006) afirma que el respeto al principio de audiencia exige que previo al ejercicio de los poderes de oficio, la ley permita previa discusión jurídica, que el juzgador lo tome en cuenta, y que no haya sido citado por las partes, es decir como deber del juez promover el debate judicial antes de aplicar el *iura novit curia*.

Al respecto, cabe recalcar que a partir de la Casación N° 4442-2015-Moquegua, mediante la cual, la Corte Suprema de la Republica declara que sí es posible discutir la nulidad de un acto jurídico al interior de un proceso sumarísimo, surge el IX Pleno Casatorio Civil (18 de enero del 2017), mediante el cual se establece en su fundamento 62: el juez puede “declarar” de oficio la nulidad manifiesta y no simplemente limitarse a tenerla en consideración para resolver la cuestión principal discutida.

Asimismo, precisa que esta nulidad oficiosa en base al *iura novit curia*, se realizará siempre y cuando no se vulnere el derecho de contradictorio, el cual debe ser promovido por el Juez antes de que emita pronunciamiento sobre la nulidad, es decir que el Juez debe comunicar a las partes la posibilidad de fundar su decisión en la nulidad manifiesta del negocio jurídico que se pretende formalizar.

En efecto, al exigirse la no vulneración del derecho de contradictorio, hace referencia al principio de audiencia, para permitir a las partes conocer la aplicación del *iura novit curia*, y por ende tener la posibilidad de contradecir como condición indispensable para garantizar el derecho de defensa.

5. El principio de audiencia y su implicancia en la prueba de oficio

Después de la Segunda Guerra Mundial, en el que se violaron los derechos fundamentales de las personas, que aparentemente se garantizaba con la ley, surgió un cambio de paradigma, *una revolución científica del siglo XX* (Kunh, 2004), debido al agotamiento de la capacidad de solución del modelo anterior (Estado de Derecho, en el cual el juez era boca de la ley, y la ley garantiza los derechos de las personas). Se dio paso a un modelo de un Estado Constitucional, acorde al nuevo paradigma de la constitucionalización del proceso.

Este nuevo paradigma, hace posible ver al derecho procesal civil desde la Constitución, e impulsa a la Constitución ha ir desalojando a la ley y a su principio de legalidad como la fuente suprema del derecho. Siendo actualmente, la Constitución, quien emana en todo el ordenamiento jurídico y vincula claramente a los poderes públicos y privados. En consecuencia, no sólo se habla de un cambio de estado jerárquico de las normas, sino que lleva a replantear la manera de entender el derecho, la jurisprudencia, la jurisdicción y el propio rol del juez (Ferrajoli, 1989).

En dicho sentido, el derecho procesal civil no puede ser ajeno a ello, y se ve al proceso desde un Estado constitucional, cuestionándose a la ley procesal frente a los principios y garantías constitucionales que protegen los derechos fundamentales de las personas, haciendo girar al proceso civil desde la Constitución, el cual se construye en respeto y defensa de la persona humana, como fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1 de la Constitución Política del Perú).

A partir de ello, se analiza el principio de audiencia, como principio jurídico natural, que por influencia del nuevo paradigma, evoluciona en ser, no sólo un principio meramente procesal, sino que tiene manifestación constitucional, el cual comprende “el derecho a recibir adecuada e intempestiva información, el derecho a defenderse activamente, y el derecho de influencia” (Alfaro, 2014), y

que para las investigadoras, resulta ser la condición *sine qua non* para garantizar el derecho de defensa, conforme a un debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva.

En este orden de ideas, se considera que este principio procesal, que promueve el contradictorio y el debate judicial, teniendo las partes la oportunidad para ejercer su derecho de defensa, influye en los institutos procesales, como en el caso de la prueba de oficio, que consiste en ser una técnica procesal, por medio del cual el juez puede incorporar pruebas al proceso civil.

Si bien la ley procesal indica que será de forma excepcional ante la deficiencia probatoria, debiendo el juez ordenar la actuación de medios probatorios adicionales y pertinentes (artículo 194 del Código Procesal Civil), ello en base a su búsqueda de la verdad para solucionar el conflicto o incertidumbre jurídica y la paz social en justicia (artículo III T.P.C.P.C), permite al juez ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos (inciso 2 del artículo 51 del Código Procesal Civil). Sin embargo, los supuestos límites a la prueba de oficio establecidos mediante su modificatoria (Ley N°30293), han resultado ineficaces, como en el caso de la prueba de oficio en segunda instancia; y en otros casos como el establecimiento de que la fuente de prueba es aportada por las partes, que el juez no reemplaza las partes en su carga probatoria, y que deberá asegurarse el derecho de contradicción.

Se considera ineficaz su modificatoria, y la deficiencia normativa aún expresa, porque no se ha dado solución a las problemáticas de la prueba de oficio, y continúan las confusiones, como ¿en qué casos el juez al incorporar prueba de oficio no está reemplazando a la carga de la prueba?, ¿cómo se asegura el derecho de contradicción?, asimismo se ha persistido errores graves, como la incorporación de la prueba de oficio a partir de la falta de *convicción* del juez, el prohibirse la impugnación por su carácter inimpugnable de la prueba de oficio, máxime si se permite la nulidad pero no la apelación.

Por lo que como investigadoras, consideramos que la implicancia del principio de audiencia en la prueba de oficio, al promover el contradictorio y

debate judicial, justifica y a la vez controla la facultad *ex officio* del juez en materia de la prueba, sistematizando la ley, la jurisprudencia y la doctrina.

5.1. El principio de audiencia como justificación a la aplicación de la prueba de oficio

La prueba de oficio o iniciativa probatoria del juez, ha generado problemáticas en la doctrina y la jurisprudencia (la prueba de oficio como excepción a la carga de la prueba, si complementa o sustituye, si los superiores pueden admitir medios probatorios de oficio, si es una facultad u obligación, si la fuente de la prueba debe ser citado por las partes, cómo se asegura el derecho de contradicción, y si la prueba de oficio viola o no la imparcialidad del juez), sin embargo, consideramos que el principio de audiencia, como principio jurídico natural, permite justificar a la prueba de oficio.

Si el principio de audiencia es condición indispensable para un ejercicio de derecho de defensa, su aplicación práctica hace posible la correcta incorporación del medio probatorio de oficio (en base a la facultad oficiosa), puesto que si se promueve el contradictorio (debate), entonces el juez otorgaría la oportunidad a los participantes del proceso a ejercer su derecho de defensa en *latu sensu* (sentido amplio), y no existiría riesgo de vulnerar derechos fundamentales de las personas.

De esta manera, al existir la posibilidad de que los sujetos procesales conozcan que hechos se pretende probar y cuestionen la prueba de oficio, como cualquier medio de prueba, conforme al derecho fundamental a probar, se desplazaría la idea de ser una especie de “prueba por compasión” (Ariano, 2012), ya que los sujetos procesales van a conocer a tiempo la insuficiencia probatoria respecto a tales hechos controvertidos, siendo posible sus alegatos, su derecho a probar, y su exigencia de debida motivación.

En este orden de ideas, con el contradictorio no sólo se garantiza el derecho de defensa de las partes como derecho fundamental de naturaleza procesal, sino que también se manifiesta el principio de audiencia, principio jurídico natural, fijándose la *isonomía procesal*, en el que las partes y el juez se ubican en un mismo nivel dentro del proceso civil, es decir se sienta la base de un equilibrio entre los poderes del juez y los derechos fundamentales de los justiciables, se rompe la asimetría del proceso civil peruano, en verse al juez como dueño del proceso, en que su autoridad está sobre las partes, y que por su poder de oficio puede tomar decisiones sorpresas (Denti, 1968).

Por lo cual, si el proceso civil peruano, es dinámico, y permite a las partes intervenir en los actos procesales del proceso, con *una audiencia previa* a la actuación de la prueba de oficio, no sólo permitirá promover el momento del contradictorio, sino que redefinirá la imparcialidad del juez (*imparcialidad objetiva, es decir que no es parte del proceso*).

Las tesis consideran que existiendo la exigencia social de un Estado Constitucional, en el que el derecho procesal civil respete los principios y garantías constitucionales, conlleva a un proceso civil dinámico, en el que se deja de ver al juez como en un peldaño más sobre las partes, esa figura ha quedado soslayada, frente a la *isonomía procesal* que impone el nuevo paradigma de la constitucionalización del proceso.

No se trata de sólo declararlo a nivel normativo, con criterios de aplicación en cuanto al respeto a la fuente de la prueba, a no reemplazar el *onus probandi* (carga de la prueba) de las partes, la debida motivación, y asegurar el derecho de contradicción, conforme a la modificatoria de la Ley N°30293, la cual modificó al artículo 194 del Código Procesal Civil Peruano, sino que a nivel de praxis jurídica también debe cumplirse. Por ello, se considera necesario la implementación de una audiencia previa, mediante el cual el juzgador, una vez evaluada la fuente de prueba, indique a las partes cuáles hechos no fueron probados, y resultan ser pertinentes para resolver la controversia, pudiendo las partes a través de la audiencia contradecirla (alegar, probar e impugnar) a tiempo.

En la posición de las tesis, si se implementa dicha audiencia previa a la actuación de la prueba de oficio, las partes tendrán realmente la oportunidad para contradecirla, conforme al principio de audiencia (también conocida como contradicción o bilateralidad), puesto que es en la audiencia en la cual podrán ejercer su derecho de contradicción y por ende su derecho de defensa, a la vez que fortalece la imparcialidad del juez, y la seguridad jurídica.

5.2. El principio de audiencia como principio control de la prueba de oficio

El principio de audiencia, como principio que promueve el contradictorio no sólo para informar a las partes y que éstas puedan cuestionar, sino sobre todo para que puedan ejercer su derecho de defensa (siendo el principio de audiencia *condición sine qua non* del derecho de defensa), permite que las partes puedan influir en la decisión final. Es por ello, que para las investigadoras, el principio de audiencia es el principio que hace posible controlar a la famosa prueba de oficio, la cual conforme al artículo 194 del Código Procesal Civil Peruano, permite al juez incorporar medio probatorio adicional con el fin de esclarecer los hechos controvertidos (verdad material).

Consideramos que la implicancia del principio de audiencia en la prueba de oficio, exige la implementación de una audiencia previa a la actuación de la prueba de oficio, mediante el cual, se controle la actuación de la prueba de oficio conforme a criterios.

5.2.1. CRITERIO 1: El juez es imparcial - objetivo resolviendo casos, si el medio probatorio de oficio se delimita en el objeto litigioso del proceso fijado por las partes.

Desde el derecho romano, se establecía con la *litiscontestatio*, que el objeto litigioso del proceso era fijado por las partes, y es hacia ello lo que se pretende con la modificatoria del artículo 194 del Código Procesal Civil Peruano (Ley N° 30293): *“Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes, sean insuficientes para formar convicción, el juez (...) ordenará la actuación de medios probatorios adicionales y pertinentes, (...) siempre que la fuente de la prueba haya sido citada por las partes”*.

En este orden de ideas, es necesario indicar, que son las partes quienes aportan los hechos; en consecuencia, el demandante y el demandado son quienes fijan el objeto litigioso del proceso. Asimismo orientan a los medios probatorios a corroborar dichos hechos (incluso a la prueba de oficio), por lo que necesariamente la prueba debe ser pertinente, relevante, y controvertida. “Pertinente será aquella prueba que se refiera al mérito de la causa; relevante será aquella que tenga el poder de alterar el resultado de la decisión, y controvertida será aquella que cuente con más de una versión en el proceso” (De-Paula, 2015, p.291).

Es ineludible volver a indicar que la prueba necesita cumplir los requisitos de *pertinencia*, que verse sobre las proposiciones y hechos que son verdaderamente objeto de prueba, es decir que pertenece al proceso (Álvarez, Pérez, Rodríguez, y Seoane, 2012), *utilidad*, en cuanto sea útil para el proceso, equivale a indicar que sirve para demostrar los hechos, y poder aportar a la decisión; *conducencia*, puesto que permite direccionar a la prueba respecto a los hechos controvertidos, y *licitud*, porque son admitidos los medios probatorios acorde al ordenamiento jurídico.

El artículo 194 del CPC (después de la modificatoria), refiere como criterio de aplicación a la prueba de oficio, que la fuente de prueba haya sido citado por las partes (ya sea oral, escrita o por otros medios). Por lo que es indispensable aclarar que una fuente de prueba es “el hecho del cual se sirve para deducir la propia verdad” (Carnellutti, 2000, p.70); o los elementos que existen en la realidad, anterior y extraña al proceso, que existirá con independencia de que se siga o no el proceso, a partir de ello que se afirme que se busca la fuente; y cuando se obtiene, se propone los medios para incorporarlas al proceso” (Sentís, 1979).

Al exigirse que la fuente de prueba haya sido citada por las partes, se manifiesta el principio dispositivo, por el cual el proceso es el medio a través del cual el Estado brinda la oportunidad a los particulares de resolver su conflicto de intereses, siendo el juez un árbitro, como espectador del cumplimiento de las reglas procesales, sin preocupación en el resultado del proceso (Monroy, 2007). Respecto a ello, Veramendi (2011) afirma “el Estado está a disposición de los particulares; el proceso, que es el vehículo del servicio, está bajo el control de quienes lo reciben, es decir, de los particulares” (p.3). En este sentido, al prescribir la norma (art. 194 CPC de la prueba de oficio) que la fuente de prueba sea citada por las partes, permite el control de las partes en la prueba de oficio respecto a los hechos, es decir en la fijación del objeto litigioso del proceso, y el cual se podrá garantizar a través de una audiencia previa a la actuación de la prueba de oficio, porque mediante ella, las partes verifican el parámetro del objeto litigioso del proceso.

Las tesis consideran que exigir la fijación del objeto litigioso del proceso por las partes, conlleva a que son las partes quienes narran los hechos, (ello no sólo como muestra del principio dispositivo en sentido material, sino que estos hechos son la fuente de prueba, sobre los cuales la prueba busca demostrar su mayor aproximación ya sea a la verdad o falsedad, en conexión hacia la

verdad material, empírica o histórica de los hechos, contrario a la *verdad formal o legal* aportada por las partes al proceso (Taruffo, 2009).

Asimismo, al ser el objeto litigioso del proceso fijado por las partes, a partir de la fuente de prueba (los hechos), se cumple con la regla de congruencia, en cuenta al *petitum* o *causa petendi*, porque el juez a partir de los hechos aportado por las partes, busca esclarecer hechos controvertidos, pero no puede averiguar nuevos hechos; es decir el juez civil debe determinar los hechos afirmados por las partes, a partir de ello resolver la controversia y dar una decisión final.

Nuestro estimado profesor Alfaro (2015) señala “el propósito de este criterio es tutelar la imparcialidad del juzgador, contenido implícitamente en el debido proceso” (p.265). Ello, porque en un razonamiento lógico, al respetarse que la fuente de prueba sea sólo y exclusivamente de las partes, el juez no puede salir de ese parámetro, siendo las partes quienes fijan el objeto litigioso del proceso, evitando a que el juez busque hechos nuevos, por lo que se refuerza su imparcialidad (*per se* cuestionable ante la prueba de oficio), y por ende el derecho al debido proceso de los justiciables.

Siguiendo este orden de ideas, después de la audiencia de pruebas, el juez conoce que hechos no fueron probados por las partes, y que son necesarios para resolver el conflicto o incertidumbre jurídica, por lo que deberá respetar la fuente de prueba, y al notificar a las partes a la audiencia previa a la actuación de la prueba de oficio deberá indicar *la fuente de prueba*, es decir hechos aportados por las partes pero que no fueron probados.

5.2.2. CRITERIO 2: El juez es competente resolviendo casos, si los medios probatorios de oficio son analizados según el principio de audiencia y sus plazos respectivos.

Consideramos que el juez, en respeto al principio de audiencia, debe promover el contradictorio después de la audiencia de pruebas y antes de la sentencia; es decir la audiencia es previa a la actuación de la iniciativa probatoria del juez, para que las partes puedan no sólo conocer de dicho medio probatorio, sino a la vez cuestionarla, e influir en la decisión judicial (conforme a la nueva visión del principio de audiencia, en ser no sólo un principio procesal, sino ahora como un principio constitucional de naturaleza procesal).

Es necesario recalcar, lo indicado por Cavani (2015):

El contradictorio implica un *derecho de influencia de las partes en el proceso y un deber de debate por parte del juez*. Cualquier decisión judicial queda deslegitimada y no está acorde con la Constitución si es que no se permite a las partes influir en la construcción de ella, esto es, de tener la oportunidad de ofrecer razones que sean tomadas en cuenta por el juez. (p.3)

En este flujo de pensamiento, un Estado Constitucional, en el que las partes se encuentran en un mismo nivel (isonomía procesal o relación jurídica procesal dinámica), es decir un liberalismo moderno, mediante el cual, la igualdad formal se puede transformar en una igualdad sustancial, orientado hacia las partes, no sólo cuentan con *paridad de armas*, sino que pueden contradecir a tiempo como un derecho (Pisani, 2006). El juez debe consultar a las partes porqué cree necesario la actuación de un medio probatorio adicional (promover diálogo paritario entre juez y partes); y sólo de este manera, las partes puedan oponerse a dicha actuación probatoria, alegando, probando o “impugnando”.

Respecto a la impugnación, lo cual ahora la norma lo prohíbe, al indicar que la prueba de oficio debe ser debidamente motivada bajo sanción de nulidad, y que es inimpugnable. Nuestra posición, en cambio es a favor de la impugnación de la prueba de oficio, puesto que no se puede vulnerar el derecho a la doble instancia frente al acto procesal del juez. Debido a que en un Estado Constitucional, en el que las partes y el juez se encuentran bajo un mismo nivel, no existiría oposición para que las partes puedan cuestionar la prueba de oficio, prueba aportada por el juez en base a su facultad oficiosa, máxime si el artículo 176 del Código Procesal Civil prevé la nulidad como contenido de la apelación.

De esta forma, al permitir cuestionar a tiempo la prueba de oficio se estaría asegurando el derecho de contradicción, el cual con la modificatoria, si bien se declara a nivel normativo “*el juez deberá asegurar el derecho de contradicción de la prueba*”(artículo 194 del Código Procesal Civil Peruano), no se explica ¿cómo debe asegurar dicho derecho? Por lo que es necesario que exista una audiencia previa en el que sea posible que las partes puedan ejercer su derecho contradicción, y por ende su derecho de defensa.

El juez sólo puede realizar la valoración racional de la prueba de oficio, después de la audiencia de pruebas, porque sólo después de la audiencia de pruebas, conoce qué hechos (aportados por las partes) carecen de prueba, y qué corresponde o *debe* probarse, y corroborarse para alcanzar la verdad material de los hechos.

Consideramos que es necesario que se implemente la audiencia previa a la actuación de la prueba de oficio para que el juez explique su valoración racional de la prueba (formulación de la hipótesis, individualización de medios probatorios, contrastación de inferencias, y el test de no refutación según Ferrer (2003), y las

partes puedan conocer y contradecir o refutar dichas hipótesis, a través de sus alegaciones, pruebas o impugnación de la resolución.

Dicha audiencia previa tiene carácter especial, siendo útil como control al poder deber del juez, debido a que el juez ha ofrecido y admitido dicho medio probatorio en base a su facultad oficiosa, pero no podrá actuarla, ante la falta de una audiencia previa, ya que mediante dicha audiencia, las partes pueden contradecirla, y sólo superada dicha audiencia previa, el juez podrá actuar la famosa prueba de oficio.

Siendo el proceso civil peruano, dividido en tres vías, sumarísimo, abreviado y conocimiento, es necesario aclarar conforme a su complejidad que la audiencia previa, deberá ser realizada después de la audiencia de pruebas, y de acuerdo a la regla de la proporcionalidad, proponemos lo siguiente:

- Proceso sumarísimo: dentro de los 5 días hábiles de realizada la audiencia única.
- Proceso abreviado: dentro de los 10 días hábiles de realizada la audiencia de pruebas.
- Proceso conocimiento: dentro de los 20 días hábiles de realizada la audiencia de pruebas.

Si bien es cierto, el proceso civil, resultará más prorrogado, no podemos hacer prevalecer la regla de la celeridad frente a la protección de derechos fundamentales de naturaleza procesal como el derecho de defensa, derecho al debido proceso, y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. *Máxime* si se busca adaptar el nuevo paradigma de la constitucionalización del proceso, en el que el proceso civil no sea separado de los principios y garantías que protege la Constitución. En dicho sentido al promover la audiencia previa como control a la actuación de la prueba de oficio, permitirá no sólo proteger el derecho de contradicción y derecho de defensa,

sino asimismo reformar el proceso civil acorde a un Estado Constitucional, mediante el cual la normatividad procesal civil es vista desde la Constitución.

5.2.3. CRITERIO 3: El juez respeta el Estado Constitucional, si los medios probatorios de oficio se incorporan conforme a la valoración racional de la prueba.

Durante la audiencia previa a la actuación de la prueba de oficio, el juez debe explicar la valoración racional de la prueba, y a partir de ello, las partes pueden cuestionar si corresponde o no actuar dicho medio probatorio adicional.

En nuestra posición, la modificatoria al artículo 194 C.P.C, (con la Ley N°30293), persiste en el error, en que se debe incorporar prueba de oficio cuando sean necesarios para formar convicción al juez. Dicho supuesto, es un absurdo, porque no se puede dejar a su *libre convicción del juez*, lo cual es subjetivo, el hecho de que en algunos casos aplique y en otros no la prueba de oficio, puesto que permitir que el parámetro de la incorporación de un medio probatorio de oficio sea sólo subjetivo, “conlleva a una arbitrariedad, ante la falta de control, y a no poder distinguir cuando un hecho está probado o ha sido declarado probado por el juez” (Ferrer, 2003), puesto que si sólo es orientado por el subjetivismo sería guiado por el intuicionismo arruinando el control racional; recayendo en la “prueba por compasión” (Ariano, 2014), *máxime* cuando en un proceso judicial “no gana quien tiene la razón, tiene la razón quien gana”(Gascón, 2016).

Si a nivel normativo, se permite la incorporación de la prueba de oficio, “cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción del Juez”, entonces volveríamos a caer en el error, de guiar a la prueba de oficio en

subjetividad, siendo necesario un control intersubjetivo. Puesto que, si el juez es quien determina cuando aplicará o no la prueba de oficio, ante la negligencia o impericia de los abogados, estaríamos ante una especie de ayuda del juez: "Estimado colega, olvidó usted pedir la documental, la cual es vital para el interés de su defendido en este caso. Mas no se inquiete, pues la pediré yo en su lugar" (Canosa, 1988).

En este orden de ideas, se debe dejar claro que el proceso civil busca encontrar la verdad de los hechos, sin embargo, es necesario distinguir que existe la verdad material de los hechos (conocen las partes), y verdad legal, en cuanto a verdad del proceso, o probada para convencer al juez; o también conocido por Taruffo (2002) como la mejor aproximación posible a la verdad histórica o empírica de los hechos, basada en las pruebas que estén disponibles en el caso concreto; es decir la verdad legal conlleva a una *simple probabilidad o verosimilitud* de los hechos (lo más próximo a la verdad material).

En dicho sentido el juez no sólo debe proponer la prueba de oficio como deber, sino que además debe fundamentar ¿por qué es necesario la prueba de oficio? (qué se pretende probar), lo cual conforme al doctor Ferrer (2003) debe indicar: formulación de la hipótesis, individualización de los medios probatorios, confrontación de hipótesis e inferencias obtenidas de los medios probatorios, y el test de no refutación.

Siguiendo este orden de ideas, es necesario desarrollar dichos aspectos:

a) Formulación de hipótesis

Es decir, el juez es quien debe formular o especificar qué hechos no han sido esclarecidos, pero que resultan ser relevantes para resolver el caso concreto, teniendo como parámetro el objeto litigioso del proceso fijado por las partes.

Se debe tener en cuenta que el juez es normalmente ajeno a esos hechos sobre los cuales debe pronunciarse, no puede pasar por las simples manifestaciones de las partes, y debe disponer de medios para verificar la exactitud de las proposiciones. Ello significa, que al ser necesario comprobar la verdad o falsedad de ellas, con el fin de encontrar la verdad, es indispensable que las pruebas corroboren lo indicado en los escritos de las partes.

La hipótesis planteada por el juez, recae sobre el objeto de la prueba, es decir hacia los hechos controvertidos, por lo que, excluye de la prueba a los hechos confesados o admitidos expresamente y aquellos que no han sido controvertidos o negados en forma explícita (Fix Zamudio, 1991). Es decir los hechos controvertidos son dos afirmaciones antagónicas acerca del mismo hecho, surgiendo ante ello, la necesidad de la prueba del hecho en el proceso (Muñoz, 2007); por lo que existe una necesidad en el juez de buscar la verdad. Es por ello que indica cuáles son los hechos controvertidos que las partes no probaron, y que es necesario corroborar (a través de la prueba de oficio) para resolver el conflicto o incertidumbre jurídica (artículo III Título Preliminar del Código Procesal Civil).

Sin embargo es necesario aclarar que igualmente el juez debe respetar, que no todos los hechos son objeto de prueba, en consecuencia, se encuentran exentos de la prueba, y estos son: hechos admitidos por ambas partes, hechos presumidos por la ley, hechos evidentes, hechos notorios, hechos normales, o hechos imposibles (Gascón, 1999).

b) Individualización de medios probatorios

Individualizar equivale a indicar de uno en uno o especificar (Cabanellas, 2002); en este caso, el juzgador debe indicar que medios probatorios pretende actuar, es decir debe especificar que pruebas, en base a su facultad oficiosa o mejor dicho poder deber, propone actuar (no se puede hablar de ofrecimiento y admisión, porque respecto a la prueba de oficio, es el mismo juez quien ha ofrecido y admitido en base a su poder *ex officio*).

Asimismo, el juez deberá explicar que cumple los requisitos de la prueba: pertinencia, utilidad, conducencia y licitud, como todo medio de prueba, el cual no puede ser excluido en el caso de la prueba de oficio.

La prueba pertinente es aquella que versa sobre las proposiciones y hechos que son verdaderamente objeto de prueba. Es decir, para adquirir relevancia o pertinencia, el instrumento probatorio, debe, además, mostrar idoneidad para producir argumentos relativos al hecho que integra su objeto; el mecanismo de prueba, para alcanzar su destino, requiere de una cierta compatibilidad con la estructura del hecho a probar; de no ser así, la prueba demostrará impotencia *ab initio* y será inadmitida (Quevedo, 2005).

Además, la prueba no sólo debe tener relación con el hecho a acreditar, sino que además debe ser útil para el proceso, es decir sirve para demostrar los hechos, y poder aportar a la decisión. Puesto que, sería inútil la prueba tendente a justificar un hecho imposible o inverosímil, o proponer un medio de prueba a través del cual nada se va a obtener para esclarecer los hechos controvertidos. Asimismo que la prueba sea conducente, puesto que se puede direccionar a la prueba respecto a los hechos controvertidos.

c) Contrastación de Inferencias

La inferencia es un razonamiento, por medio del cual, las premisas (hechos), las cuales pueden ser verdaderas, no ofrecen fundamentos concluyentes para la verdad de su resultado, por lo que sólo son probabilidad.

Se debe distinguir la inferencia de tipo deductivo o inductivo, conforme a Gascón (2016) existe lo siguiente:

La prueba observacional como el procedimiento probatorio basado en la observación del propio juzgador, *prueba deductiva*, el cual es el procedimiento probatorio basado en una inferencia deductiva a partir de otras aseveraciones verificadas, y *la prueba inductiva* como procedimiento probatorio basado en inferencias inductivas a partir de otras aseveraciones verificadas. (p.6).

La razón para que la verdad de los hechos dentro del proceso judicial sea probabilística es que el razonamiento hecho a partir de las pruebas es inductivo, porque se trata de hacer inferencias basándose en premisas que no son seguras ni ciertas, puesto que de forma regular admiten varias explicaciones alternativas y en que su verdad no está demostrada ni deducida desde la lógica de las premisas sino sólo probada como posible o razonablemente plausible de acuerdo con unos o varios principios de inducción (Ruiz, 2008).

Es por ello, que el juez, debe en el caso de la prueba de oficio, explicar la inferencia que pretende afirmar, puesto que necesita que el medio probatorio sea incorporado, para contrastar una hipótesis específica (hechos), y cómo pretende cambiar el raciocinio en la decisión final, es decir cómo la inferencia influye en la resolución del conflicto de las partes.

En efecto, es necesario notificar a las partes la audiencia previa a la actuación de la prueba de oficio, dando a conocer la fuente de prueba, y que durante la audiencia especial de la prueba de oficio, el juez explique la valoración racional de la prueba de oficio, para que de esta forma, las partes no sólo puedan conocer, sino asimismo contradecir la prueba de oficio antes de ser actuada en el proceso civil.

d) Test de no refutación

Una hipótesis viene refutada por las pruebas disponibles si éstas se hallan en contradicción con aquélla. Por eso el sometimiento a refutación de las hipótesis es la “prueba de fuego” para poder aceptarla. Siendo necesario que exista en el proceso un momento contradictorio en el que sea posible que las partes puedan refutar las hipótesis planteadas por el juez.

En dicho sentido, una hipótesis puede aceptarse como verdadera si no ha sido refutada por las pruebas disponibles, y éstas la hacen probable (la confirman) o mejor, más probable que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos (Gascón, 2016). Al respecto, el juzgador (juez de primera o segunda instancia) deberá manifestar que dicha hipótesis ha superado su test de no refutación, puesto que la prueba de oficio confirma la hipótesis (el hecho a probar), y permite esclarecer los hechos controvertidos.

Por lo tanto, la implementación de una audiencia previa garantiza que el juzgador respete la fuente de prueba aportada por las partes, y pueda exponer su valoración racional de la prueba a las partes, como diálogo paritario acorde a un Estado Constitucional, y

explicar los hechos a probar, las inferencias a obtener, qué medios probatorios pretende incorporar, y que las partes puedan refutar dicha iniciativa probatoria, como un control ante su poder deber del juez, no sólo para brindar información, sino que a la vez, las partes puedan contradecir conociendo las razones por las que el juez considera necesario actuar la prueba de oficio.

III. MATERIALES Y MÉTODOS

1. Tipo de investigación

La presente investigación jurídica según la naturaleza o profundidad es de tipo descriptiva, con enfoque predominantemente cualitativa; toda vez que los datos acumulados y recolectados, han sido sometidos a un tratamiento lógico de juicios y análisis crítico que proporciona el modelo teórico optado o construido para tal efecto (marco teórico), es que se concluye que nos encontramos frente a una investigación de tipo cualitativo (Fernández, 2009). Cabe señalar, que la información obtenida, fue a través de la observación indirecta, del análisis documental (la ley, la doctrina y la jurisprudencia), y la técnica de encuesta.

Asimismo, nos encontramos ante una investigación descriptiva, en la medida que se inició a identificar el comportamiento de los fenómenos socio-jurídicos (Fernández, 2009), que se manifiesta en la falta de uniformidad en los criterios jurisprudenciales, así como la deficiencia normativa, y la discrepancia en la doctrina, como punto de partida, para realizar un análisis crítico y la interpretación hermenéutica y sistemática. Además se analizó a nivel de derecho comparado, para conocer la regulación de la problemática en países europeos y latinoamericanos, y de esta manera plantear una propuesta legislativa para mejorar el proceso civil peruano.

Además, el tipo de investigación según la aplicabilidad o propósito, es aplicada, toda vez que la presente investigación plantea realizar un nuevo aporte al derecho con la implementación de una audiencia previa a la actuación de la prueba de oficio a fin de sistematizar la implicancia del principio de audiencia en la prueba de oficio para mejorar el proceso civil peruano. Siendo todo ello, conforme a una investigación aplicada, la cual tiene por finalidad formular nuevas teorías, modificar o cuestionar las

existentes, e incrementar los conocimientos de carácter jurídico (Arazamendi, 2013).

2. Diseño de contrastación

El diseño de la presente tesis es: Descriptivo – propositivo:

Es descriptiva, porque “tiende a describir las partes y rasgos esenciales de fenómenos fácticos o formales del derecho (...) sus enunciados son analítico – hermenéuticos” (Arazamendi, 2013, p.79). De esta manera, se describe los sistemas procesales, la prueba, la prueba de oficio, y la nueva visión del principio de audiencia, y sobre todo la problemática de la investigación de la implicancia del principio de audiencia en la prueba de oficio.

Es propositiva, porque “indaga la falta o deficiencia de un enfoque teórico para resolver un problema jurídico (...), evidencia el vacío o lagunas de una o varias normas jurídicas o se cuestionan las existentes, determinando sus límites y deficiencias para proponer una nueva” (Arazamendi, 2013, p.82). Es por ello, que en nuestra investigación no sólo se halla la deficiencia normativa, la falta de uniformidad en la jurisprudencia y las discrepancias en la doctrina, sino que se propone la modificatoria del artículo 194 del Código Procesal Civil para implementar una audiencia previa a la actuación de la prueba de oficio, y de esta manera mejorar el proceso civil peruano.

3. Población y muestra

Casaciones de la Corte Suprema de Justicia respecto a la prueba de oficio.

4. Metodología de la investigación (métodos y materiales)

- **Método descriptivo.-** En el método descriptivo el objeto de la investigación consiste en evaluar ciertas características de una situación particular en uno o más puntos del tiempo. En esta investigación se analizan los datos reunidos para descubrir así, cuales variables están relacionadas entre sí. Bajo este método se pretende delimitar del problema, hacer un estudio del material bibliográfico y estudio exploratorio, formulación de hipótesis, recolección de datos y elaboración de los mismos.

Asimismo, se aplicó los siguientes métodos de investigación jurídica:

- **Método dogmático.-** Este método en el derecho, tiene aplicación, generalmente en el estudio del derecho positivo y lo conceptualmente construido. Según este método el derecho debe ser interpretado en función de los conceptos que forman redes teóricas en un sistema integrado y, en consideración, a que no se hallan conectadas, sino como conformantes de un sistema normativa cerrado, unitario y autosuficiente estableciendo entre ellas relaciones lógico- normativas que le dan coherencia y jerarquía interna.
- **Método sistemático.-** El método sistemático es un proceso mediante el cual se relacionan hechos aparentemente aislados y se formula una teoría que unifica los diversos elementos. Consiste en la reunión racional de varios elementos dispersos en una nueva totalidad, este se presenta más en el planteamiento de la hipótesis. El investigador sintetiza las superaciones en la imaginación para establecer una explicación tentativa que someterá a prueba.

5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

5.1. Técnicas.

- **Técnicas de fichaje:** Esta técnica permitió obtener la información necesaria (de libros, revistas jurídicas, y artículos on line) para el marco teórico.
- **Observación indirecta:** Utilizada en el análisis de la jurisprudencia nacional (casaciones de la Corte Suprema de Justicia, sentencias del Tribunal Constitucional, y sentencias de la Corte Superior de Justicia del Santa).
- **Encuesta:** Empleada para conocer la opinión de los operadores jurídicos (abogados y magistrados) del distrito judicial del Santa respecto a la implicancia del principio de audiencia en la prueba de oficio.

5.2. Instrumentos.

- **Fichas bibliográficas:** Empleada para la localización de la fuente bibliográfica, práctica y confiable.
- **Fichas de resumen:** Utilizada para recoger las ideas principales de un libro, de un capítulo, de un video o de un artículo jurídico virtual.
- **Fichas combinadas:** Fue empleada para obtener las ideas del autor combinando las citas textuales con el parafraseo o comentario.

- **Fichas textuales:** Para obtener citas textuales directos de los autores, en las dos formas (menos y más de 40 palabras), respetando las normas APA.
- **Guía de análisis:** Empleada para identificar el problema, los objetivos, los resultados, discusión de resultados y conclusiones.
- **Guía de encuesta:** Se planteó 10 preguntas, con alternativas para ser marcado por los operadores jurídicos del distrito judicial del Santa (magistrados y abogados).

5.3. Técnicas de procesamiento y análisis de datos

- **Citas:** Se plasmaron en el informe final las citas textuales, de resumen, y de parafraseo respecto a las fichas bibliográficas obtenidas.
- **Análisis documental:** Empleada para extraer el contenido de los documentos, y obtener reflexiones en el tema.
- **Análisis de datos:** Se procesaron los datos obtenidos de la encuesta por medios informáticos, para obtener la estadística respecto a la opinión de los operadores jurídicos (magistrados y abogados).

5.4. Procedimientos para la recolección de datos

Obtención de:

- Casaciones de la Corte Suprema de Justicia respecto a la prueba de oficio.
- Sentencias del Tribunal Constitucional
- Resolución de prueba de oficio de expedientes de la Corte Superior de Justicia del Santa

Nuestras fichas se obtuvieron de las siguientes bibliotecas:

- Biblioteca de la Universidad Nacional del Santa.
- Biblioteca de la Corte Superior de Justicia del Santa.
- Biblioteca de la Universidad Privada San Pedro.
- Biblioteca de la Universidad César Vallejo
- Biblioteca de la Universidad Los Ángeles de Chimbote
- Bibliotecas virtuales (scielo, dialnet, academia.edu, y otros).

Nuestras encuestas, fueron dirigidas a:

- Abogados del distrito judicial del Santa
- Magistrados de la Corte Superior de Justicia del Santa.

IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

RESULTADO N° 1: A partir del análisis doctrinal y jurisprudencial surge un nuevo concepto del principio de audiencia considerado como la *condición sine qua non* del derecho de defensa conforme a un debido proceso y tutela jurisdiccional.

DISCUSIÓN DE RESULTADO N° 1:

El principio de audiencia es visto desde la doctrina como un principio que implica la bilateralidad y el contradictorio de la partes en el proceso (Bidart, 2000), es decir, la máxima *audita et altera pars* (oír a ambas partes) conlleva a una sugerida paridad de oportunidades y actuaciones en el proceso donde el juez pueda oír a las partes, y éstas puedan tener un escenario donde puedan conocer y cuestionar la actuación del juzgador. En este sentido, es deber del juez promover el debate judicial, para suscitar el contradictorio, y de esta manera las partes puedan cuestionar todas las actuaciones procesales, incluso las convocadas de oficio.

Un nuevo concepto del principio de audiencia en nuestra doctrina y jurisprudencia, es sumamente necesario, porque a través de la implementación del principio de audiencia en nuestra legislación nacional se garantiza el derecho de defensa y a la vez, se respeta el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (Farién, 1992), debiendo entenderse que la nueva concepción del principio de audiencia parte de ser una condición necesaria para garantizar el derecho de contradicción en nuestro ordenamiento jurídico, estas ideas son compartidas también por Alfaro (2014), cuando refiere que el principio de audiencia ha evolucionado de su contenido formal a su contenido sustancial, comprendiendo en su contenido constitucional: el derecho a recibir adecuada y tempestiva información, el derecho a defenderse activamente, y el derecho de influencia.

En efecto, tras considerar un nuevo concepto del principio de audiencia se debe indicar también que dicho principio ha evolucionado de su contenido formal a un contenido sustancial (entendiéndose contenido constitucional) el cual comprende, el derecho a defenderse activamente y el derecho de influencia sobre las decisiones judiciales, sobre todos los actos procesales, ya sea de las partes o del juez, quien por ejemplo, en el caso de la prueba, puede en base a su facultad oficiosa incorporar prueba de oficio, preguntándonos entonces ¿es necesario una audiencia previa para controlar la aplicación de la prueba de oficio?.

Pues sí, las investigadoras consideran necesario instaurar la posición que el principio de audiencia es tomado como *condición sine qua non* del derecho de defensa, porque dicho principio promueve el contradictorio para dar oportunidad a los sujetos procesales de ejercer su derecho de defensa; con lo cual se corrobora que “el principio de audiencia comprende el derecho de defensa” (Montero, 2011, p.81).

Teniendo en cuenta que el derecho procesal civil se está adaptando a un Estado Constitucional, conforme al nuevo paradigma de la constitucionalización del proceso; no se puede dejar de lado los principios y garantías constitucionales que como justiciables nos respaldan.

En este orden de ideas, Capelleti (2006) entiende que “es deber del juez observar y hacer observar en todo caso el principio de contradicción”(p.254), pues es claro advertir que es un deber del juez hacer respetar el derecho de contradicción de las partes en el proceso. Siendo importante señalar que debe existir un escenario físico donde pueda desarrollarse la contradicción de las partes.

Del derecho comparado también se deslinda el derecho que las partes tienen al contradictorio, pues así lo señala Alfaro (2014) “el juez francés antes de actuar de oficio debe propiciar el debate entre las partes respecto a la cuestión de hecho o de derecho que sea determinantes para la resolución de la controversia judicial (p. 23)”.

Para respaldar a un nuevo concepto del principio de audiencia Ortells (2006) afirma que el respeto al principio de audiencia exige que previo al ejercicio de los poderes de oficio, la ley permita previa discusión jurídica, que el juzgador lo tome en cuenta, y que no haya sido citado por las partes, es decir como deber del juez promover el debate judicial antes de aplicar su facultad oficiosa.

El principio de audiencia, no sería un principio más en nuestro ordenamiento jurídico, sino la base sólida para justificar y controlar a la prueba de oficio a través de la instauración de una audiencia previa para la actuación de la prueba de oficio; demandando así la isonomía procesal en todo el iter del proceso, con una participación efectiva del juez y las partes en una relación jurídica procesal de equilibrio e igualdad.

En conclusión, el nuevo concepto que planteamos del principio de audiencia se encuentra refrendado también por la posición de De-La-Oliva (2004) al referirse que la *condición sine qua non* parte de la relación de continente a contenido, es decir, el derecho de defensa tiene una proyección más amplia que el principio de audiencia, por ello si se respeta el principio de audiencia se hace efectiva el derecho de defensa de las partes, el cual se encuentra comprendido en un debido proceso y tutela jurisdiccional.

RESULTADO N° 2: La implicancia del principio de audiencia se materializa como justificación y control de la prueba de oficio.

DISCUSIÓN DE RESULTADO N° 2:

La implicancia del principio de audiencia en la prueba de oficio surge tras la justificación y el control que necesita tener la prueba de oficio en el proceso civil peruano. La idea general de la que partimos, no es de una prohibición de la prueba de oficio en el proceso, sino que siendo esta necesaria muchas veces en el proceso, para llegar a la verdad real y crear una convicción en el juzgador al momento de sentenciar; debemos entender que no podemos dejar a su libre albedrío y disposición la sola incorporación y actuación de la prueba de oficio, pues es allí donde nos embarcamos por considerarla justificada y controlarla de una u otra forma a través de una audiencia previa (conforme al principio de audiencia).

La actuación de la prueba de oficio de por sí, en nuestra doctrina y jurisprudencia nacional ha generado diversas problemáticas, ya sea de índole interpretativo hasta aplicativo, pues nuestra legislación aun tras una modificatoria en el año 2014 con la Ley N° 30293 (Ley que modifica diversos artículos del CPC, incluido el artículo 194° del C.P.C.) no ha considerado criterios para su aplicación, lo cual ha generado sin duda alguna para los justiciables y operadores del derecho una asimetría en el proceso. Pues tal como lo refiere Parra (2004) el juzgador no podría justificar la actuación de un medio probatorio de oficio como una excepción a la carga de prueba de las partes, pues deben haberse establecido filtros para justificar su actuación, caso que en la modificatoria mencionada no se ha hecho, por lo cual es una carencia que como legislación procesal a la fecha tenemos, generando múltiples dificultades para mantener un criterio uniforme en la aplicación de la prueba de oficio.

Alfaro (2008) sostiene que esta deficiencia suscitada, ha generado que el juzgador incorpore en múltiples ocasiones medios probatorios a sugerencia de una de las partes. Ante lo cual, surgen reflexiones como

¿porque la parte no lo ofreció en la etapa indicada?, ¿por negligencia o impericia de su defensa?, ¿por qué lo encontró después de la etapa señala para ofrecer los medios probatorios, y no lo puede ofrecer otra vez ante la preclusión?, ¿por qué el abogado no lo considero importante presentar? O cualquiera de las situaciones que podamos plantear, el juzgador lo termina por incorporar al proceso como un medio probatorio de oficio, con el fin de encontrar la verdad material. No obstante, somos de la idea que ante cualquier situación por la que aparentemente se podría incorporar un medio probatorio de oficio al proceso, siempre deberá encontrarse justificado y controlado; y más aún que las partes tengan la oportunidad de conocer, contradecir, alegar, oponerse, etc., a dicho medio oficioso, y por tanto claramente se respeta su derechos de defensa garantizado.

Asimismo tal como lo revela Araujo (2005) la intervención del juez *no puede servir para la subsanación de la inexistencia de pruebas o de las propuestas inadecuadamente por las partes*, sino que realmente encuentre la necesidad de complementar la actividad probatoria que es conferida a las partes, procurando no caer en el riesgo de perder su imparcialidad.

Ante ello, nos preguntamos ¿cuáles son los factores que hacen ineficaz la norma en este aspecto?, o es que por motivos de la carga procesal se justifica su incumplimiento; pues no, porque no es una suerte de facultad discrecional, sino que nos encontramos ante un *poder deber* (Cavani, 2015), donde el juez frente a la insuficiencia probatoria de las partes debe aplicar la prueba de oficio, en búsqueda de la verdad material, y esclarecimiento de los hechos; empero debe dar lugar a que las mismas pueda conocer y contradecir las pruebas incorporadas al proceso, siendo esto posible, si se implementa una audiencia previa a la actuación de la prueba de oficio.

De esta manera, la justificación que encuentra la prueba de oficio como lo mencionamos, es el principio de audiencia (audiencia previa) como requisito para el ejercicio del derecho de defensa, puesto que su aplicación práctica hace posible la correcta incorporación del medio probatoria de

oficio, en base a la facultad oficiosa otorgada, debido a que si se promueve el contradictorio (entiéndase el debate), el juez otorgaría a los participantes del proceso su derecho de defensa en *latu sensu* (en sentido amplio).

Esta misma justificación que encuentra la prueba de oficio en el principio de audiencia, es el punto neurálgico para controlar su actuación, es decir, que las partes podrán controlar la prueba de oficio a través del contradictorio teniendo la posibilidad de cuestionar dicha prueba, entendiéndose que nos encontramos en un Estado Constitucional, donde existe una igualdad de oportunidades a las partes, no solo para conocer, sino también para alegar, probar y cuestionar un medio probatorio.

La finalidad de control de la prueba de oficio deviene de la posibilidad de tener una isonomía procesal, es decir, todos los sujetos del proceso puedan tener las mismas posibilidades de actuación, debate, contradicción y conocimiento. No solo el juez, director del proceso, puede decidir sobre un medio probatorio, sino las partes sin desplazar las funciones que a cada cual le corresponde, pueden abrir campo a un ejercicio de defensa de sus derechos fundamentales en el proceso.

RESULTADO N° 3: Existe jurisprudencia contradictoria respecto a la incorporación de la prueba de oficio.

DISCUSIÓN DE RESULTADO N° 3:

En la jurisprudencia nacional existen dos posiciones marcadas; los que consideran que la aplicación de la prueba de oficio vulnera el derecho de defensa, la imparcialidad del juez, el contradictorio, y por ende el principio de audiencia. Y la posición moderna contraria, que considera que no vulnera, sino que es indispensable su aplicación para cumplir con la finalidad de la búsqueda de la verdad, siendo el juez el director del proceso.

Frente a ello, las tesis se encuentran en una posición ecléctica, pues consideramos que es necesario implementar una audiencia previa para justificar y controlar la aplicación de la prueba de oficio, ya que existiendo una audiencia previa, no solo se permitirá el ejercicio del derecho de contradicción sino que el juez refirma su imparcialidad del juez en su búsqueda de la verdad como tercero del proceso (*imparcialidad objetiva*).

La jurisprudencia nacional a través de las diversas casaciones citadas ha dejado entre ver, que a raíz de la prueba de oficio han surgido diversas problemáticas, las cuales han sido desarrolladas con jurisprudencia que ha afirmado la contrariedad de que existe en el derecho procesal civil respecto a la prueba de oficio.

La prueba de oficio solicitada como una excepción a la carga de la prueba, ha sido vista como una de las problemáticas en la jurisprudencia nacional, pues debiendo ser las partes quienes traen todo su arsenal probatorio al proceso, cuando esto no sucede es el juez quien bajo su poder-deber solicita la famosa prueba de oficio, dándose en ese momento, *de facto* lo que tan temidamente es reclamado como una vulneración a la imparcialidad del juez; bajo una la óptica de que la parte no favorecida con

la prueba de oficio siente que su defensa se ve vulnerada de una u otra manera al instante que una prueba de oficio solicitada por el juez, pueda cambiar el rumbo de la decisión en el proceso.

En ese momento surge la deficiencia que se refleja en la legislación, al no haberse establecido como las partes puede conocer, alegar y contradecir a la prueba de oficio en el proceso civil peruano. La jurisprudencia nacional mediante la Casación N° 1123-99 - Arequipa ha referido que para el juzgador solicitar una prueba de oficio es una excepción a la carga de la prueba pues le permitirá formar su convicción de los hechos controvertidos, pues en la misma Casación se requirió como prueba de oficio la remisión del Exp. N° 3954-94 y el cuaderno de medida cautelar; empero la Casación N° 2601-98 – Lima, se requiere como medio probatorio de oficio una pericia contable con toda la documentación obrante en autos y el examen de los libros contables de la empresa demandada, sin embargo el colegiado termina señalando que si de los medios probatorios vertidos por las partes en el proceso, el juez puede sustentar su decisión, es innecesario la actuación de una prueba de oficio; *contrario sensu* si se diera dicha actuación debe ser en respeto al principio de defensa, como requisito previo a toda decisión judicial.

Del mismo modo, otra de las problemáticas suscitadas es si la prueba de oficio complementa o sustituye la actividad probatoria de las partes, pues la Casación N°1400-T-97-Ucayali la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema sostiene claramente que los medios probatorios de oficio *solamente se pueden ordenar para complementar la actividad probatoria de las partes, pero no para sustituirlas, (...)*. En acotación a la casación citada, concordamos al señalar que la prueba de oficio debe ser utilizada en caso se necesite complementar la actividad probatoria de las partes, es decir, el juez no encuentre convicción de los hechos controvertidos, en el cual permitía acreditar la obligación de pago, no obstante la Casación N° 1203-2002-Lima de la Sala Civil, en la cual fue necesario incorporar como medio probatorio de oficio un una pericia grafotécnica para dilucidar la nulidad o falsedad de los títulos valores que fueron materia de controversia en

primera instancia, dejando sentada la posición de que un medio probatorio de oficio debe solo servir para complementar la actividad probatoria de las partes, mas no para sustituir dicha función; dejando entre ver la discordancia jurisprudencial que existe.

Asimismo debemos también referir que no existe un límite explícito, para entender ante qué circunstancias el juez deberá complementar con la prueba de oficio, y en cuáles no pues visto de otro modo se estaría sustituyendo el *onus probando*, o peso o carga de la prueba de las partes. Araujo (2005) señala en este sentido que la intervención del juez “no puede servir para la subsanación de la inexistencia de pruebas o de las propuestas inadecuadamente por las partes (p. 67)”, sino que realmente encuentre la necesidad de complementar la actividad probatoria que es conferida a las partes, procurando no caer bajo el riesgo de perder su imparcialidad, tras preocuparse por auxiliar a las partes o a una de ellas. Del mismo modo, las tesis consideran que el juez al permitir la incorporación de una prueba de oficio al proceso, será porque una de las partes no pudo presentarlo en el momento de su presentación de demanda o contestación, no obstante nos preguntamos ¿Qué medio probatorio puede no haber estado al alcance de las parte? O debemos decir que esta no se presentó por negligencia de la defensa.

Sin embargo las mencionadas problemáticas no son las únicas que se presenta en la jurisprudencia nacional. Pues en este sentido es necesario indicar que la resolución que solicita prueba de oficio debe estar debidamente motivada, sustentada y justificada para la actuación de un medio probatorio de oficio; pues tal como señala Nieva (2014) la razonabilidad es fundamental en la motivación, para indicar por qué y para de un medio probatorio de oficio; más allá que debe asegurarse el derecho de contradicción de las partes y su pleno conocimiento en la actuación y valoración de la prueba de oficio.

Para ello según la encuesta aplicada a los jueces de la Corte Superior de Justicia del Santa, donde el 27% refirió que solo basta con

señalar la vinculación entre el hecho y la prueba solicitada (Ver Anexo N° 4, Figura 4), por otro lado un 67% refiere señalar en la resolución la utilidad, conducencia y pertinencia de la prueba de oficio, no obstante citamos el Expediente N° 00437-2013-0-2501-JP-CI-04 resolución N°20 en el cual se expresa una insuficiente motivación de la resolución para sustentar la incorporación de un medio probatorio de oficio el original del contrato de locación de servicios de fecha 20 de enero de 2011, no dándose oportunidad al contradictorio de las partes y a su derecho de defensa.

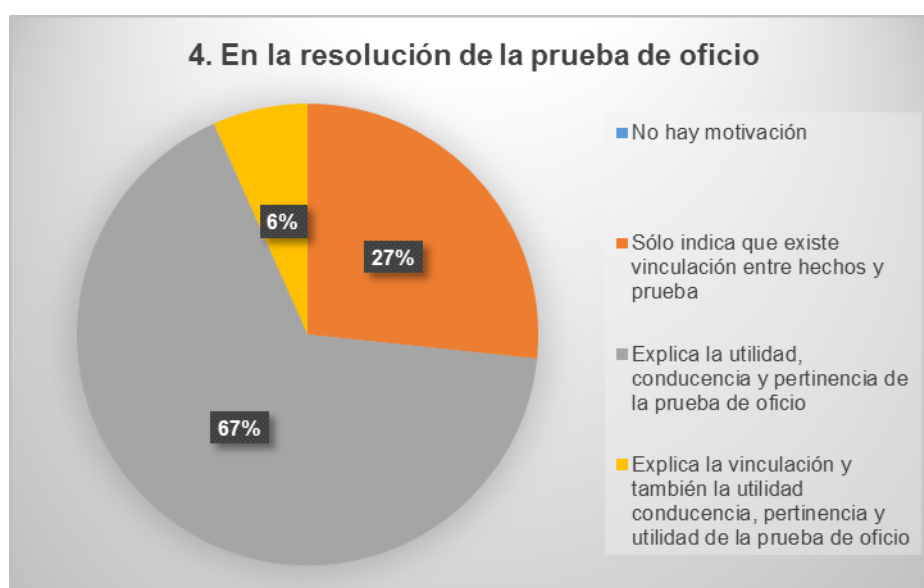


Figura 4. La resolución de la prueba de oficio. Encuesta aplicada a 15 jueces civiles de la Corte Superior de Justicia del Santa de un total de 77 magistrados de la Corte Superior del Santa -Chimbote. Enero de 2017.

Otra de las problemáticas que se vislumbraba en la jurisprudencia nacional es si el medio probatorio de oficio ¿es una facultad o una obligación? Ante lo cual debemos señalar que el artículo 194 del Código Procesal Civil, antes de la modificatoria, refería que el juez “*puede ordenar*” la actuación de medios probatorios adicionales. En este sentido se inclinaba hacia una facultad, porque se establecía el “puede”, lo cual daba dos opciones: hacerlo o no. Sin embargo, después de la modificatoria de la Ley N° 30293 (2014), se refiere que el juez “*ordenará*” la actuación de medios probatorios adicionales; siendo allí el meollo del asunto, para la

doctrina y la jurisprudencia, pues ya no sería propiamente una facultad; sino que algunos consideran que se inclina hacia una obligación, vulnerando el principio de preclusión y la independencia jurisdiccional.

Para lo cual la Casación N° 2020-2004-Loreto “de conformidad con el artículo 194 del Código Procesal Civil señala (...) el juez puede ordenar actuación de medios probatorios adicionales, resultando ello una facultad discrecional del juez, y no un imperativo”. En dicho sentido, aclaraba la Corte Suprema que la facultad oficiosa, es discrecional, por ende el juez decide si corresponde o no aplicarla, en dicha casación incorporó como medio probatorio de oficio consistente en un contrato o póliza de seguro contra accidentes personales, para acreditar la causalidad, sin embargo, no existe limitación alguna ante la potestad probatoria del juzgador.

En este sentido, tras la modificatoria se cambia del “*puede*” al “*ordenará*”, por lo cual si la controvertida prueba de oficio ya no es facultativa, ¿es correcto decir “de oficio”?; o es que el legislador, haciendo valer un proceso en pro del principio a la tutela jurisdiccional, y economía procesal, busca suplir la ineficiencia de la carga de la prueba que recae sobre las partes, y pondera llegar a la verdad material, para que de esta forma sea posible sentenciar y dar fin a la controversia.

Sin embargo, las tesis consideran que siendo esta su justificación, ¿es acaso correcto, que el juez tenga este poder sobre las partes?, entonces donde está la relación jurídica procesal dinámica, o es que al fin y al cabo es el juez quien por ser director del proceso debe suplir la falta probatoria y asumirla su función. Consideramos que la prueba de oficio, como técnica procesal, es una potestad del juez, un poder-deber (Ariano, 2012), en el que el juez *debe* aplicar la prueba de oficio, pero respetar el contradictorio, y promover el debate como control a su facultad oficiosa.

Asimismo consideramos que si la modificatoria señala como un imperativo que el juez disponga un medio oficio, este perdería su esencia

de ser una facultad discrecional frente a su conflicto o incertidumbre jurídica. Por otro lado nos preguntamos ¿el legislador ahora puede ordenar al juzgador rompiendo la discrecionalidad que lo envuelve?; no se estaría afectando el derecho a un debido proceso, *máxime* si existe la separación de poderes, que involucra a cada uno de ellos; y que la carga de la prueba es hacia las partes y no hacia el juez.

Las investigadoras consideran que la iniciativa probatoria del juez, en base al principio de dirección e impulso del proceso conlleva a que el juez ante la insuficiencia probatoria de las partes (puesto que la carga es hacia las partes y no hacia el juez), puede con su poder *ex officio* aplicar la prueba; sin embargo, no se debe confundir la facultad con la obligación, recurriéndose finalmente a ella con el objetivo de buscar la verdad material de los hechos, bajo el binomio poder-deber del juez.

Por otro lado con la modificatoria del artículo 194 del CPC, se hace alusión a que el juez de segunda instancia puede también solicitar medio probatorio adicional, cuando lo crea conveniente, evitando así las nulidades de las resoluciones por causa de no haberse solicitado prueba de oficio en la primera instancia. Sin embargo pese a que el artículo en mención (modificado) invoca que “con el fin de evitar nulidad sorpresa” (Cavani, 2015) el *Ad Quem puede solicitar prueba de oficio*; los jueces superiores siguen declarando la nulidad de las sentencias, por no haberse actuado prueba de oficio, no importando la modificatoria citada, ordenan al *A quo* actúe prueba de oficio, lo cual resultaría inconcebible pues se muestra un claro problema en el cumplimiento de la norma. Este hecho lo hemos podido verificar en la Corte Superior de Justicia del Santa, que tras diversos testimonio de abogados y jueces de primera instancia, hacen notable su insatisfacción, respecto a este problema que se ha venido suscitando, donde los jueces de las Salas Superiores, devuelvan los expedientes para emitir nueva sentencia a raíz de una falta de aplicación de la prueba e oficio. Al respecto Caballero (2014) señala que dicho incumplimiento es un criterio preciso para la identificación un problema

normativo, que necesita ser modificado, mejor estructurado y con criterios en su aplicación.

Asimismo en la encuesta aplicada a los abogados del Distrito Judicial del Santa el 93% afirma que los jueces de segunda instancia no aplican prueba de oficio (Ver Anexo N° 3, Figura 9), *contrario sensus* solo un 7% de la población encuestada ha experimentado que el juez superior actué medio probatorio de oficio.

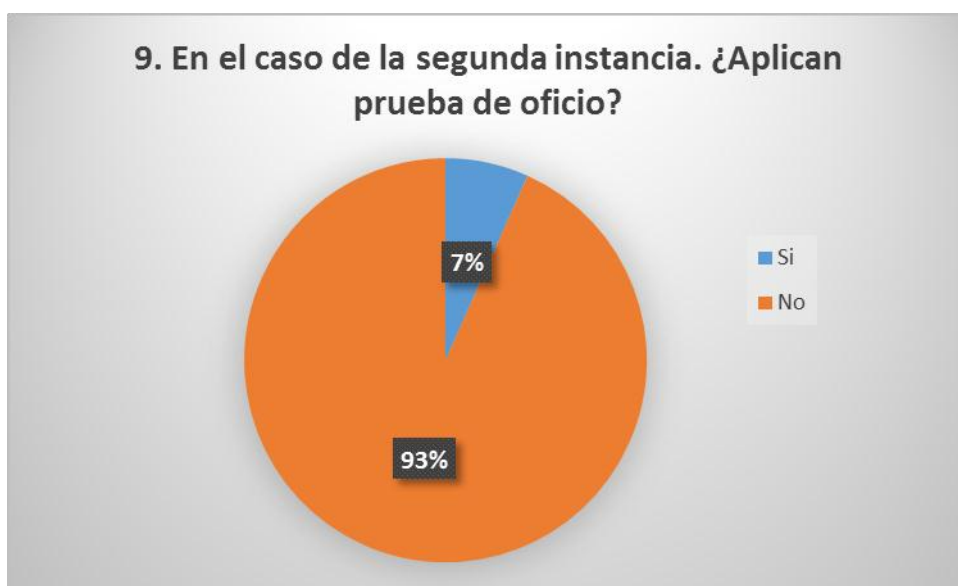


Figura 9. La prueba de oficio en segunda instancia. Encuesta aplicada a 30 abogados del Distrito Judicial del Santa de un total de 3000 adscritos al Distrito Judicial del Santa - Chimbote. Enero de 2017.

Finalmente como hemos podido notar existe en la jurisprudencia algunas casaciones que no comparten la opinión de la actuación de la prueba de oficio, al considerar que violenta el principio de imparcialidad y derecho de defensa de las partes en el proceso; ante lo cual, la jurisprudencia aún no se ha puesto de acuerdo de cuál debe ser el límite a este “poder-deber” que debe tener el juzgador, pues no solo la jurisprudencia, sino también la doctrina y la ley necesitan establecer un criterio uniforme (Alfaro, 2014).

RESULTADO N° 4: Existe la necesidad de implementar una audiencia previa a la actuación de la prueba de oficio porque constituye una garantía del derecho de contradicción y por ende del derecho de defensa.

DISCUSION DE RESULTADO N° 4:

Partiendo del nuevo paradigma de la constitucionalización del proceso, el desarrollo del derecho procesal no puede ser visto de manera desligada de ese tema, pues contrario sensu el derecho procesal debe estar acorde a un Estado constitucional, así lo asegura Calamandrei (2009) al referir que si la dignidad del hombre como fin supremo de la sociedad y el Estado, es la pieza inicial para el constructo jurídico, las reglas procesales, y sobre todo el derecho procesal en general, no puede ir alejado de los derechos fundamentales de la persona humana que protege el derecho constitucional, en el que se respeten los principios y garantías constitucionales.

En efecto, existe la necesidad de implementar una audiencia previa a la actuación de la prueba de oficio porque constituye una garantía del derecho de defensa y por ende del contradictorio, puesto que permitirá una isonomía procesal entre el juez, quien ya no solo dirige el proceso, sino que las partes en esta relación jurídica procesal de equilibrio, pueden influenciar en las decisiones judiciales, teniendo las mismas posibilidades procesales en cada acto procesal.

En la implementación de una audiencia previa a la incorporación de una prueba de oficio en el proceso, se manifiesta el puente control a la controversia técnica procesal que se viene dando a nivel legislativo, doctrinal y jurisprudencial, pues se entendería que son las partes quienes traen lo hechos al proceso y por ende ellos limitan el objeto del proceso, debiendo el juez civil limitarse a estos hechos, sin dejar de dar el valor racional a la prueba aportada y la que se buscaría incorporar al proceso,

siendo así que las partes puedan cuestionar si corresponde o no actuar dicho medio probatorio, para no dejar al libre albedrío del juez la formación de “su convicción”, sino establecer ¿por qué? Y ¿para qué? importa dicho medio probatorio.

En este sentido consideramos que el convencimiento del juez, como requisito necesario que lo conlleva a incorporar un medio probatorio de oficio; es un absurdo, por ser subjetivo (interiorizar en el entendimiento que ha tenido el juez de las pocas o muchas pruebas ya aportadas al proceso), en realidad el juez antes de solicitar la prueba de oficio, debe haber hecho la “valoración racional de la prueba” (siempre se solicita después de la audiencia) lo cual para Ferrer (2003) comprende la formulación de hipótesis, individualización analítica de los medios probatorios, la confrontación entre hipótesis e inferencias obtenidas de los medios probatorios, y el test de no refutación.

Entre estas reflexiones hechas, nos preguntamos, ¿existe entonces la posibilidad de contradecir la prueba, cuando ni siquiera se conoce que esta ha sido admitida, actuada y valorada? Teniendo como referencia que existe casos en los cuales existe una audiencia única, en la que se resume casi todas las actuaciones procesales de los justiciables y del juez; un caso concreto es el proceso de alimentos, donde se incorpora la prueba de oficio en la audiencia única, dejando a la contraparte atada de manos, sin poder hacer nada respecto a oponerse o contradecir dicha prueba. No obstante que la resolución que incorpora una prueba de oficio al proceso, debe estar motivada bajo sanción de nulidad como lo prescribe la norma, se recalca también que esta es inimpugnable, habiéndose ya mencionado que la nulidad se encuentra contenida en la impugnación.

Sin embargo tal como se desarrolla en el Expediente N° 1372-2014-0-2501-JP-FC-02 de la Corte Superior de Justicia del Santa, no se dio inicio al contradictorio, es decir que se incorporará medio probatorio de oficio, sin mayor explicación, ni tiempo de contradecir ya sea al instante, por el

principio de inmediación, o ya sea por escrito al siguiente día o dentro de un límite.

Asimismo es necesario, entender que con el nuevo paradigma de la constitucionalización del proceso, el proceso no sólo un instrumento de tutela jurídica, sino que tiene inmiscuido el deber de respetar a la persona humana, y por ende sus derechos fundamentales. Al respecto el Tribunal Constitucional establece que el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por lo que como derecho fundamental, se proyecta como *principio de interdicción* para afrontar cualquier indefensión y como *principio de contradicción* de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés (Exp. N°8605-2005-AA/TC.f.j.14).

Por otro lado, esta necesaria implementación de una audiencia previa para la actuación de la prueba de oficio, se instaura desde una relación jurídica procesal dinámica en la que las partes se encontrarían en un mismo nivel de actuación; es decir, no buscan sustituir ninguna actuación del juez, *contrario sensus* este debe consultar a las partes si consideran necesario la actuación de un medio probatorio adicional (hablamos de un dialogo igualitario) mediante el cual se estaría asegurando el derecho de contradicción y salvando la mera declaración normativa que hace el artículo 194 del Código Procesal Civil. Pues una de las grandes reflexiones que nos hemos hecho a lo largo de esta investigación es como aseguramos que esta audiencia previa (que se busca instaurar en el proceso) sea realmente efectiva en el desarrollo del proceso.

Finalmente una audiencia previa buscara ser la justificación y el control a la prueba de oficio, donde el juez promueva el contradictorio y explique por las partes no pudieron ofrecer dichas pruebas, pues tal como lo refiere Ariano (2012) este sería el límite para evitar que la prueba de

oficio se convierta en una prueba por compasión. Por lo cual tal como lo hemos mencionado ni la jurisprudencia, la doctrina o la legislación procesal son ajenas al nuevo paradigma de la constitucionalización del proceso, por lo que es indispensable sistematizar la implicancia del principio de audiencia en la prueba de oficio, como atisbo para mejorar el proceso civil peruano, siendo un punto de equilibrio establecer una audiencia previa para la actuación y valoración de la prueba de oficio, de tal forma que las partes tengan la oportunidad para conocer, alegar y contradecir derecho medio probatorio; todo ello acorde a un Estado Constitucional y en defensa de los derechos fundamentales.

V. CONCLUSIONES

1. El nuevo concepto del principio de audiencia se sustenta en que el contradictorio es la *condición sine quo non* del derecho de defensa, puesto que existiendo un contradictorio, las partes tienen la oportunidad para alegar, probar, e impugnar el acto procesal (ya sea de las partes o del juez).
2. La implicancia del principio de audiencia en la prueba de oficio, se manifiesta como justificación y control, porque no sólo justifica la actuación del juez como director del proceso en búsqueda de la verdad, sino que permite controlarlo, a través de los criterios de determinar a un juez imparcial-objetivo resolviendo casos, si los medios probatorios de oficio se delimitan en el objeto litigioso del proceso fijado por las partes, son analizados según el principio de audiencia y sus plazos respectivos, y se incorporan conforme a la valoración racional de la prueba.
3. En la jurisprudencia nacional existen dos posiciones marcadas; los que consideran que la aplicación de la prueba de oficio vulnera el derecho de defensa, la imparcialidad del juez, el contradictorio, y por ende el principio de audiencia; *contrario sensu* la posición moderna que considera indispensable su aplicación para cumplir con la finalidad de la búsqueda de la verdad, siendo el juez el director del proceso, frente a lo cual, las investigadoras se ubican en una posición ecléctica, al ser necesario una audiencia previa a la actuación de la prueba de oficio, para promover el contradictorio y garantizar la no vulneración de los derechos fundamentales de las partes.
4. Existe la necesidad de implementar una audiencia previa a la actuación de la prueba de oficio para promover el contradictorio como condición sine qua non del derecho de defensa, siendo el punto de equilibrio entre los poderes del juez y los derechos fundamentales de las partes.

5. En nuestro ordenamiento jurídico procesal civil peruano encontramos la manifestación del sistema procesal privatístico o dispositivo así como del sistema publicístico o inquisitivo, por lo cual las tesis consideran que el sistema procesal civil peruano se ubica en un sistema procesal mixto.
6. La prueba no es sólo un instrumento del proceso, es un derecho fundamental de las partes, que comprende el derecho de ofrecimiento, admisión, actuación y valoración de la prueba.
7. El nuevo paradigma de la constitucionalización del proceso, permite la nueva visión del principio de audiencia, en ser no sólo procesal, sino asimismo de carácter constitucional, por lo que comprende el derecho a la información, derecho a defenderse activamente, y el derecho de influencia.
8. En nuestro ordenamiento jurídico los sistemas jurídicos básicos que dieron inicio al derecho procesal civil, fueron el sistema common law y el sistema civil law, de los cuales hemos acogido el Sistema Civil Law al codificar todas nuestras normas en textos legales orgánicos; asimismo en relación a los sistemas procesales, se sostiene en un Sistema Procesal Mixto al asumir un fin privado y un fin público.
9. La prueba de oficio, aquella facultad procesal, en virtud del cual un ordenamiento jurídico procesal reconoce al juzgador una determinada iniciativa para la actuación de medio probatorios, siempre y cuando, se desprenda de las pruebas aportadas por las partes y estas sean insuficientes para formarle convicción sobre la veracidad de los hechos alegados.
10. En el derecho comparado la prueba de oficio ha sido sutilmente desarrollada bajo otras denominaciones, sin embargo en algunos ordenamientos continentales ha sido desarrollado en cuanto a su aplicación y actuación.

VI. RECOMENDACIONES

Se recomienda la modificación del artículo 194 del Código Procesal Civil Peruano para la implementación de una audiencia previa a la actuación de la prueba de oficio.

6.1. Proyecto de ley

PROYECTO DE LEY

SUMILLA: LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 194º DEL CODIGO PROCESAL CIVIL A FIN DE IMPLEMENTAR LA AUDIENCIA PREVIA A LA ACTUACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO

1) DATOS DEL AUTOR

La ciudadanía del Estado que suscribe, en uso de la iniciativa legislativa que confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, propone el siguiente Proyecto de Ley:

2) FÓRMULA LEGAL

El Congreso de la República
Ha dado la ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 194 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL (MODIFICADA POR LA LEY 30293), A FIN DE SISTEMATIZAR LA IMPLICANCIA DEL PRINCIPIO DE AUDIENCIA EN LA PRUEBA DE OFICIO

Artículo 1º.- Objeto de la Ley

El presente proyecto de ley tiene por objeto principal modificar el artículo 194 del Código Procesal Civil a fin de sistematizar la implicancia del principio de audiencia en la prueba de oficio para mejorar el proceso civil peruano.

Artículo 2º.- Modificación de artículo 194 del Código Procesal Civil

Modifíquese el artículo 194 del Código Procesal Civil en el término siguiente:

El juez deberá notificar a las partes para la realización de una audiencia previa a la actuación de la prueba de oficio, en la cual consultará a las partes su pretensión de actuar prueba de oficio, expondrá la valoración racional de la prueba de oficio, y las partes podrán ejercer su derecho de contradicción.

La audiencia previa a la actuación de la prueba de oficio se realizará después de la audiencia de pruebas, conforme a lo siguiente:

- Proceso sumarísimo: dentro de los 5 días hábiles de realizada la audiencia única.
- Proceso abreviado: dentro de los 10 días hábiles de realizada la audiencia de pruebas.
- Proceso conocimiento: dentro de los 20 días hábiles de realizada la audiencia de pruebas.

Ante la incomparecencia de las partes, la audiencia será reprogramada por única vez con la participación de quienes asistan a la audiencia.

3) EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Es importante rescatar y advertir que el propósito de la Ley Nº30293 que modificó diversos artículos del Código Procesal Civil de

1993 (dentro de los cuales al artículo 194º), es la modernidad y la celeridad procesal, ello debido a mantener artículos desfasados y procesos muy lentos que aumentaban la carga procesal.

Dicha modificatoria fue un gran progreso para el derecho procesal civil con respecto a la prueba de oficio, al buscar limitar el poder del juez. No obstante las problemáticas ocasionadas por la prueba de oficio, no lograron ser superadas completamente.

La prueba de oficio es un poder deber que la ley otorga al juez para incorporar medios probatorios adicionales, ante la falta de convicción de los hechos, y siempre que la fuente de prueba haya sido aportada por las partes, debiendo asegurar el derecho de contradicción, el no reemplazo de las partes en su carga probatoria, y una debida motivación, *máxime si es inimpugnable*.

Sin embargo, la praxis jurídica demuestra que persisten las problemáticas respecto a la prueba de oficio, sobre todo si nuestro sistema procesal civil peruano se encuentra adaptando el nuevo paradigma de la constitucionalización del proceso.

El derecho de contradicción, como manifestación del principio de audiencia, que se busca asegurar con la modificatoria, no se ha logrado “asegurar” como lo indica la normativa, puesto que carece de la implementación de una audiencia previa a la actuación de la prueba de oficio, en la cual el juez consulte a las partes (diálogo paritario), mediante el cual explique su valoración racional de la prueba, y las partes puedan ejercer su derecho de defensa, y por lo tanto alegar, probar, y cuestionar dicha medio probatorio.

Por lo tanto, si se busca limitar a la prueba de oficio, el principio que justifica y controla su aplicación es el principio de audiencia, principio jurídico natural, que exige que se le informe a las

partes las actuaciones procesales, y se les permita ejercer su derecho de defensa, e influir en la decisión final.

4) EFECTO DE LA NORMA PROPUESTA SOBRE LA LEGISLACION NACIONAL

La aprobación de la presente iniciativa legislativa tiene como objeto modificar el artículo 194º del Código Procesal Civil de 1993, de tal forma que dicha modificación no colisione con ninguna norma.

5) ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

Análisis económico de la modificatoria al art. 194 del CPC. para la implementación de una audiencia previa a la actuación prueba de oficio en el proceso civil peruano

a) Actores:

- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
- Congreso de la República
- Magistrados
- Abogados
- Población

b) Costo de oportunidad de cada uno de ellos :

- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos:
 - Invertir en otros proyectos
 - Designar personal para otros proyectos

- **Congreso de la República:**
 - Debatir otros proyectos.
 - Designar inversión para otros proyectos

- **Magistrados:**
 - Exigir inversión frente a otras problemáticas.
 - Capacitarse en otros temas jurídicos.

- **Abogados:**
 - Capacitarse en otros temas jurídicos.
 - Patrocinar otros casos.

- **Población:**
 - Exigir inversión en otros sectores.
 - Solicitar otros servicios
 - Hacer manifestaciones en contra del Poder Judicial.

c) Costo y beneficio de cada uno de ellos

- **Ministerio de Justicia y Derechos Humanos:**

Costo:

- La inversión económica
- Trámites administrativos
- Asesoría técnica y legal
- Gastos materiales
- Planeamiento estratégico

Beneficio:

- Sistematización de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina respecto a la prueba de oficio.
- No vulneración de derechos fundamentales.
- Mejorar el proceso civil peruano acorde a un Estado Constitucional.
- Confianza de la población en el sistema de justicia.

- **Congreso de la República:**

Costo:

- Inversión en otros proyectos
- Trámites administrativos
- Asesoría técnica y legal

Beneficio:

- Confianza de la población en el sistema de justicia.
- Normatividad procesal civil acorde al nuevo paradigma de la constitucionalización del proceso.
- Eficacia del ordenamiento procesal civil.

- **Magistrados:**

Costo:

- Suspensión de procesos en trámite.
- Nulidad de procesos que no aplicaron la audiencia previa.
- Impugnación a la resolución de incorporación de la prueba de oficio.
- Aumento de carga procesal.

Beneficio:

- No vulneración de derechos fundamentales.
- Oportunidad para promover el contradictorio antes de la actuación de la prueba de oficio.
- Respeto al principio jurídico: principio de audiencia.
- Proceso dinámico (*isonomía procesal*).

- **Abogados:**

Costo:

- Suspensión de procesos en trámite.
- Mayor tiempo en resolución del conflicto o incertidumbre jurídica.

Beneficio:

- Oportunidad para el contradictorio (debate).
- Ejercer el derecho de defensa.
- Un debido proceso.

- **Población:**

Costo:

- Suspensión de procesos en trámite.
- Nulidad de procesos.

Beneficio:

- No vulneración de derechos fundamentales.
- Tutela jurisdiccional efectiva.

d) **COMPORTAMIENTO MAXIMIZADOR DE CADA UNO**

- **Ministerio de Justicia y Derechos Humanos:**

- Prohibir la prueba de oficio, ante su inadecuada aplicación.
- Permitir la impugnación a la incorporación de la prueba de oficio.
- Capacitar a los magistrados para una *debida motivación*.
- Solicitar la implementación de una audiencia previa a la actuación de la prueba de oficio.

- **Congreso de la República:**

- Exigir al Ministerio de Justicia que capacite a los magistrados del Poder Judicial para un criterio uniforme.
- Aprobar la modificatoria al art. 194 del CPC, e implementar una audiencia previa a la actuación de la prueba de oficio.

- **Magistrados:**

- Eximirse de la audiencia previa al considerar no necesario.
- Capacitarse para una debida motivación de la prueba de oficio.
- Aplicar otras formas de dar a conocer la prueba de oficio.
- Aplicar la audiencia previa a la actuación de la prueba de oficio.

- **Abogados:**

- Exigir que se le permita impugnar a la resolución de incorporación de prueba de oficio.
- Recurrir a la CIDH para que recomiende al Perú el contradictorio.
- Exigir la implementación de la audiencia previa a la actuación de la prueba de oficio.

- **Población:**

- Exigir el cumplimiento de la normatividad procesal.
- Realizar paralizaciones ante la insatisfacción del proceso.
- Exigir que se le respete sus derechos fundamentales.

e) EXTERNALIDADES

- **EXTERNALIDADES POSITIVAS**

- Respeto al principio jurídico procesal: principio de audiencia.
- Un ordenamiento procesal civil acorde a un Estado Constitucional (constitucionalización del derecho procesal)
- Criterio jurisprudencial uniforme.

- Sistematización de la legislación, jurisprudencia y doctrina respecto a la prueba de oficio.
- Justificar y controlar la aplicación de la prueba de oficio a partir de la implicancia del principio de audiencia.
- Respeto a los derechos fundamentales de naturaleza procesal (debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva)
- Confianza de la población en el sistema de justicia respecto al proceso civil.

- EXTERNALIDADES NEGATIVAS

- Los magistrados eviten la aplicación de la prueba de oficio al considerarla compleja.
- Aumento de carga procesal.
- Suspensión de procesos para aplicar la audiencia previa.
- Nulidad de procesos por no aplicación de prueba de oficio.

f) COSTOS DE TRANSACCION

- La inversión económica
- Trámites administrativos
- Asesoría técnica y legal
- Gastos materiales
- Planeamiento estratégico
- Capacitación a operadores jurídicos

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abanto, J. (2007). *La prueba de oficio en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Los vaivenes entre los deberes y las facultades del juzgador la jerarquía y la independencia judicial*. Perú: Jus doctrina & practica.
- Aguiló, J. (2004). *La Constitución del Estado constitucional*. Colombia: Editorial Palestra – Temis.
- Alcalá-Zamora, N. (1964). *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México: Imprenta Universitaria.
- Alfaro, L. (2008). Reflexiones sobre la Iniciativa Probatoria del Juez en el Derecho Procesal Civil Peruano. *Revista Jurídica del Perú*. Editorial Normas Legales.
- Alfaro, L. (2008). La iniciativa probatoria del juez regulado en el artículo 194 del Código Procesal Civil peruano. *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Alfaro, L. (2014). *El principio de Audiencia. Evolución e influencia en el Proceso Civil*. España: JMB Bosch Editor.
- Alsina, H. (1956). *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. 2da. Ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial EDIAR.
- Alvarado, A. (1989). *Introducción al estudio del derecho procesal -Primera parte*. Santa Fe: Editorial Rubinzal-Culzoni.
- Alvarado, A. (2004). *Debido proceso versus pruebas de oficio*. Bogotá: Editorial Themis, S. A.

Alvarado, A. (2009). *Sistema Procesal. Garantía de la Libertad*. Tomo I. Santa Fe, Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores.

Alvarado, A. (2010). *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley S.A.E. e I.

Alvarado, A. (2011). *La garantía de constitucional del proceso y el activismo judicial. ¿Qué es el garantismo procesal?*. Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.

Álvarez, A., Pérez, A., Rodríguez, A. & Seoane, J. (2012). *Derecho Procesal*. Coruña, España: Editora Andavira.

Alzamora, M. (1968). *Derecho procesal civil. Teoría del Proceso Ordinario*. 2da. Ed. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Arazamendi, L. (2010). *La Investigación jurídica – Diseño del proyecto de investigación-Estructura y redacción de la tesis*. Arequipa, Perú: Editora Grijley E.I.R.L.

Arazamendi, L. (2013). *Instructivo teórico-práctico del diseño y redacción de la Tesis en Derecho*. Arequipa, Perú: Editora Grijley E.I.R.L.

Arazi, R. (2001). *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.

Arazi, R. (2002). *La prueba. Deberes del juez y carga de las partes en la etapa probatoria*. Buenos Aires: Universidad Libre.

Ariano, E. (2003). *Problemas del proceso civil*. Lima, Perú: Jurista Editores.

- Arrarte, A. (2012). Alcances sobre el tema de la nulidad procesal. En *Revista Ius et Veritas*. Lima: Ius et Veritas, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ascencio, A. (2015). *Teoría General del Proceso*. México: Editorial Trillas S.A
- Asociación peruana de investigación de ciencias jurídicas – APICJ. (2010). *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Perú: Ediciones Legales EDILEGSA E.I.R.L.
- Azula, J. (2000). *Manual de derecho procesal - Teoría general del proceso*. Tomo I. Bogotá: Editorial Temis.
- Azula, J. (2008). *Manual de Derecho Procesal Civil - Teoría General del Proceso*. Tomo I. Bogotá: Editorial Temis.
- Barbiero, S. y García, M. (2011) *Linamientos del principio de contradicción*. En J. Peyrano. (1era. Ed.), *Principios Procesales*. Tomo I. (pp. 675 - 682). Santa Fe: Rubinzal- Culzoni Editores.
- Bidart G. (1995). *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Editorial EDIAR.
- Bidart, G. (2000). *Manual de la Constitución reformada*. Buenos Aires: Editorial EDIAR.
- Blanco, J. L. (1992). *La prueba de oficio*. Bogotá: Editorial Gustavo Ibáñez Ltda.
- Bustamante, R. (2009). El derecho fundamental a probar y su contenido esencial. En M. Hurtado (1era. Ed.), *Fundamentos de Derecho Procesal Civil* (pp.265-288). Lima, Perú: Editorial IDEMSA.

- Caballero, A. (2014). *Metodología Integral Innovadora para planes y tesis – La metodología del cómo formularlos*. México: Cengage Learning Editores.
- Cabanellas, G. (2002). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.
- Calamandrei, P. (1973). *Derecho Procesal Civil I (Instituciones de Derecho Procesal Civil)*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Calamandrei, P. (1996). *Proceso y Democracia*. México: Editorial Harla
- Canosa, R. (1988). *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: CEC.
- Carnelutti, F. (1973). *Instituciones del proceso civil*. 5ª. Ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial EJEA.
- Carnelutti, F. (2000). *La prueba civil*. (trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. (2º ed.). Buenos Aires: De Palma.
- Cappelletti, M. (1973). *El proceso civil en el derecho comparado*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Carocca, A. (1998). "Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile". *Revista Ius et Praxis*, 4(2). 3 – 23.
- Carocca, A. (2003). "Las garantías constitucionales del sistema procesal chileno". *Revista Ius et Praxis*, (2). Talca: Ediciones Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca.
- Castillo, M. & Sánchez, E. (2014). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Lima, Perú: Jurista Editores E.I.R.L.

- Chiovenda, G. (1948). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Revista de Derecho Privado. Madrid: Editorial.
- Comanducci, P. (2007). *Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico*. En Carbonell, M. *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. (pp. 95 -122). Madrid: Trotta.
- Córdova, L. (2014). *Ejercicios de Redacción científica según la American Psychological Association – APA*. Manuscrito inédito.
- Couture, E. (1978). *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Couture, E. (2009). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Montevideo, Uruguay: Editorial IB de F Ltda.
- Cueva, J. (2008). *La investigación jurídica- Pautas metodológicas para elaborar el trabajo de investigación en el ámbito del Derecho*. Trujillo, Perú: Industria Gráfica ABC SAC.
- Dellepiane, A. (2014). *Nueva Teoría de la Prueba*. (10ma. Ed.). Bogotá, Colombia: Editorial TEMIS S.A.
- Denti, V. (1968). *Questioni rilevabile d' ufficio e contraddittorio*. En *Revista di diritto procesuale*. 1 (2), p. 231-271.
- Devis, H. (2000). *Compendio de la prueba judicial*, Tomo I. Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni,
- Devis, H. (2012). *Compendio de Derecho Procesal*. Tomo I Teoría General del Proceso. (15 ed.). Bogotá, Colombia: Editorial TEMIS.
- Devis, H. (2012). *Compendio de Derecho Procesal*. Tomo II Pruebas Judiciales. (11 ed.). Bogotá, Colombia: Editorial TEMIS.

- De-la-Oliva, A. (2004). *Derecho Procesal Civil. Introducción*. Madrid: Edit. Ramón Areces.
- De-Otto, I. (1998). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Espino, A. (2014). La exclusión de la prueba en el proceso. *En Revista Judicial De Iure*, 1(1) pp.27-55.
- Fairén, V. (2001). *La ley de enjuiciamiento civil de 1881, invariante española (1881-2000)*, Milano (p. 29)
- Favoreu, L. (2001). La Constitucionalización del Derecho. *Revista de Derecho*. (12), p. 31-43.
- Fernández A. (2011). *El Derecho Procesal Administrativo*. En Fernández A. (Ed.), Seminario de Derecho Administrativo (pp. 35-52). México.
- Ferrer, J. (2003). Derecho a la prueba y la racionalidad de las decisiones judiciales. *Revista Jueces para la democracia*, 1 (1). 27-34.
- Ferrajoli, L. (1989). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 1989, pp. 373 y ss.
- Fierro-Méndez, H. (2006). *Manual de Derecho Procesal Penal, Sistema Acusatorio y Juicio Oral y Público*. Tercera Edición. Bogota: Editorial Leyer.
- Fix-Zamudio, H y Ovalle J. (1991). *Derecho Procesal*. Mexico: Editorial UNAM.
- García E. (2001). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas.

- Gimeno, V. (2005). *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Madrid: Editorial Colex.
- Goldschmidt, W. (1936). *Derecho Procesal Civil*. 2ed. Madrid: Labor.
- Gottheil, J. (1960). *Common Law y Civil Law*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.
- Gozaini, O. A. (1995). *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (vínculos y autonomía)*. México: Editorial UNAM.
- Gozaini, O. (2005). La verdad y la prueba. *Revista de Derecho Procesal*, 1 (1). 77-103.
- Guerra, J. (2006). Medios probatorios de oficio. ¿Facultad u obligación? *Revista en dialogo con la jurisprudencia*, (99).
- Hinostroza, A. (2012). *Derecho Procesal Civil*. Tomo III Medios probatorios (4º ed.). Lima, Perú: Jurista Editores E.I.R.L.
- Hesse, K. (1995). *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Editorial Civitas.
- Hinostroza, A. (2010). *Las excepciones en el Proceso Civil* (4º ed.). Lima, Perú: Jurista Editores E.I.R.L.
- Hinostroza, A. (2012). *Derecho Procesal Civil*. Tomo III Medios probatorios (4º ed.). Lima, Perú: Jurista Editores E.I.R.L.
- Hurtado, M. (2009). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Lima, Perú: Editorial IDEMSA.
- Kuhn, T. (2004). *La estructura de las revoluciones científicas*. (8va. Ed.) México: Fondo de Cultura económica.

- Landa, C. (2013). La constitucionalización del derecho peruano. *Revista de la Facultad de Derecho*. (71), p. 13-36.
- Latorre, V. (2012). *Bases metodológicas de la investigación jurídica*. Universitat de València: Edita Tirant Lo Blanch.
- Legarre, S y Rivera, J. (2006). Naturaleza y dimensiones del stare decisis. *Revista Chilena de Derecho*, 1 (33). p. 109 – 124.
- López, E. (2011). *Derecho y Argumentación. Colección Profesores*. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana – Grupo Editorial Ibáñez.
- Lorca, A. (2000). “Pruebas de Oficio” en el Proceso Civil (Artículo 194 del Código Procesal Civil Peruano). Una Aportación de la Jurisprudencia Procesal Civil Española. *Revista Derecho & Sociedad Asociación Civil*, 154-162
- Machicado, J. (2010). *Derecho Procesal Penal*. Bolivia: Editorial AJ.
- Maekelt, B y Madrid, C. (s/f). Civil law y Common law. *Revista de Derecho Internacional Privado y Comparado*, (1) p. 229-285.
- Martel, R. (2005). Pruebas de oficio en el proceso civil. Poder con límites. *Revista Actualidad Jurídica*, (140) p. 123-131.
- Martínez, R. (1994). *Medidas cautelares*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- Mesía, C. (2013). *Exégesis del Código Procesal Constitucional*. Tomo I. Cuarta edición 2013. Biblioteca Nacional del Perú. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Monroy, J. (1987). *Temas de Proceso Civil*. Lima, Perú: Librería Studium.

- Monroy, J. (1993). Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil. *En Revista Ius et Veritas*. 1 (5), pp. 21-31.
- Monroy, J. (1996). *Introducción al Proceso Civil*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Monroy, J. (2007). *Teoría General del Proceso*. Tomo VI. (1ed.). Lima, Perú: Palestra Editores S.A.C.
- Montero, J. (2000). *Derecho Jurisdiccional. Proceso Civil*. Tomo II. Editorial Tirant lo Blanch, 7° Ed.
- Montero, J. (2002). *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Editorial Civitas.
- Montero, J (2005). *La prueba en el proceso civil*. Navarra: Editorial Thompson-Civitas.
- Muñiz, L.; Fracticelli, L.; Muñiz, V. (2012). *La investigación jurídica*. 5ta. ed. Bogotá, Colombia: Editorial TEMIS S.A.
- Muñoz, L. (1997). *Técnica Probatoria. Estudio sobre las dificultades de la prueba en el proceso*. Bogotá: Editorial Themis S.A.
- Muñoz, L. (2007). *Fundamentos de la prueba civil*. Bogotá: Editorial Themis S.A.
- Núñez, S., Taquia, R., Meza, A., Villar, N., Valdivia, M., Vigil, E.,... Casanova, M., (2007). Crónicas de la facultad. La prueba de oficio en el proceso laboral. *Revista de Derecho Vox Juris*. (14), 15-35.
- Nieva, J. (2014). *Derecho Procesal. I. Introducción*. Madrid: Marcial Pons.

- Obando, V. (2008). Constitucionalidad de la iniciativa probatoria del juez en la proposición de la prueba de oficio en el proceso civil. *Revista Oficial del Poder Judicial. Corte Suprema de Justicia de la República*, 2 (2) 154 – 168.
- Ovalle, J. (2005). *Teoría General del Proceso*. 6ed. México: Oxford University Press México S.A.
- Pagnacco, E. (2011). *Principio de bilateralidad*. En J. Peyrano. (1era. Ed.), *Principios Procesales*. Tomo I. (pp. 683 -703). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Palacio, E. (2003). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Editorial LexisNexis Abeledo-Perrot.
- Parra, J. (2004). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Editorial Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Parra, J. (2004). *Racionalidad e ideología de las pruebas de oficio*, Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Perez, A. (1991). *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Cuarta edición. Madrid: Editorial Tecnos.
- Pérez, A. (1997) Los principios generales del Derecho: ¿Un mito jurídico? *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1(1) 98.
- Pérez, A. & Seoane, J. (2012). *Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Coruña, España: Editora Andavira S.L.
- Peyrano, J. & Rambaldo, J. (2006). *Abuso Procesal*. Buenos Aires, Argentina: Culzoni Editores.

- Picó I-J. (1996). *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Picó, I – J. (1998). La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, (2), p. 26.
- Picó, I – J. (2007). *El Juez y la Prueba*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Priori, G. (1997). *Estudios de derecho procesal*. Lima, Perú: Editorial ARA.
- Quesnay, J. (2014). Precisiones a la oposición de las medidas cautelares. *Revista Institucional “Reflexiones Jurídicas. Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Poder Judicial. Edición especial en honor al XCIV Aniversario de instalación de la CSJLA 1920-2014*, 1 (1) 97-106.
- Quevedo, E. (1996) *Medios y fuentes de prueba. En la Prueba. Libro en memoria del profesor Santiago Sentis Melendo*. La Plata, Argentina: Editorial Platense S.R.L.
- Quevedo, E. (2005). Prueba. Ensayo de un concepto general. *Revista de Derecho Procesal*, 1 (1) 23-51.
- Rabat, D. (2015). Civil Law y Common Law. ¿Son tan distintos? *Revista del abogado*, (1), p. 22-24.
- René, D. (2010). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Reyes, N. (1990). El Código Familiar para el estado de Hidalgo. *Revista Ius et Praxis*, (15), p. 10.
- Rodríguez, E. (2005). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Lima, Perú: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

- Romano, S. (1963). *El ordenamiento jurídico*. Traducción de Sebastián y Lorenzo Martín-Retortillo, Madrid: Editorial Instituto de Estudios Políticos.
- Rosenberg, L. (2002). *La carga de la Prueba*. Montevideo: Editorial B DE F.
- Rosenberg, L. (2007) *La carga de la prueba*. Lima, Perú: Ara Editores.
- Rubio, M. (2005). *Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Sagástegui, P. (2008). *Exégesis y Sistemática del Código Procesal Civil*. Lima, Perú: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L
- Sentís, Santiago. (1979). “Fuentes y medios de prueba”. En: *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: EJEA.
- Sumarriva, G. (2016) *Metodología de la Investigación Jurídica*. Lima, Perú: Universidad Inca Garcilaso de la Vega – Fondo Editorial.
- Solís, J. (2007). *La constitucionalidad de los derechos procesales* Ponencia llevada a cabo en el Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Penal, y Derecho Procesal Constitucional. Universidad de Lima. Lima, Perú.
- Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta.
- Taruffo, M. (2006). *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Bogotá: Editorial Temis.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Ticona, V. (1998). *Análisis y Comentario al Código Procesal Civil*. Cuarta edición. Lima: Editorial “San Marcos”.

Trionfetti (2005). La construcción de los hechos en el proceso. *Revista de Derecho Procesal*, 1 (1), 105-112.

Véscovi, E. (2006). *Teoría general del proceso*. Bogotá: Editorial Temis.

Zanini, J. (1990). *El “Manifiesta” como práctica forense violatoria del principio de contradicción y de la bilateralidad del proceso*. *Derecho Procesal Civil y Comercial – Doctrinas esenciales*, 547-549.

Zelayaran, M. (2002). *Metodología de la Investigación Jurídica*. Lima, Perú: Editorial Ediciones Jurídicas.

- **Linkografía**

Alfaro, L. (2015). Reforma de los poderes probatorios del juez. Hacia una mejor comprensión de las “pruebas de oficio”. En *Revista Gaceta Civil & Procesal Civil*. 1 (2), pp. 255 – 272. Recuperado de: https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjy-7eGtL7TAhWGYyYKHehIDbAQFqghMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.academia.edu%2F12681428%2FReforma_de_los_poderes_probatorios_del_juez._Hacia_una_mejor_comprensi%25C3%25B3n_de_las_pruebas_de_oficio_&usg=AFQjCNHF3TBEBWz2qsc2X6DwwSKzNGRJGA&sig2=crIspU1JmcpEUVYwp5sJeA

Alfaro, L. (2016). La motivación y la prueba de oficio: racionalidad de la iniciativa probatoria del juez. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, (6), p. 58-92. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>

Castellanos, G. (2014). *La prueba en el Nuevo Código de Procedimiento Civil*. Recuperado de:

<https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjGpe2htL7TAhXE2SYKHb7MCvYQFgghMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.abec.org.bo%2Findex.php%2Fpublicaciones%2Fitem%2F16-dr-gonzalo-castellanos-trigo&usg=AFQjCNGCgdXtKg9fiJl9JazFfUOFmQmAJA&sig2=MKZQjdfMVUcWG0xi9cWKiA>

Centro de Escritura Javeriano. (2015). *Normas APA – Sexta edición*. Recuperado de:

https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjR2u-7tL7TAhWDSSYKHQGKA4UQFggnMAE&url=https%3A%2F%2Fwww.um.es%2Fdocuments%2F378246%2F2964900%2FNormas%2BAPA%2BSexta%2BEdici%25C3%25B3n.pdf%2F27f8511d-95b6-4096-8d3e-f8492f61c6dc&usg=AFQjCNGCjFcxUOrBiGZ9GwXGmiCHxsN_9A&sig2=zsHkAVb9S40nyFC1Gm9b3A

De-Paula, V. (2015). Derecho fundamental a la prueba. En *Revista de Doctrina Constitucional*. 1 (2), pp. 286-299. Recuperado de:

https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjEsPvTtL7TAhWBTiYKHcX3D_EQFggsMAl&url=http%3A%2F%2Fsistemas.amag.edu.pe%2Fpublicaciones%2Fderepen%2Fproce%2Fpenal%2Fla%2Fprueba%2Fnuev%2Fproc%2Fpenal.pdf&usg=AFQjCNFpljQl36-o3rOF7WQOX3cgV8QNSq&sig2=MiuJJ6lImnisF-HFIRGX5fw

Espinoza, C. (2010). Los Sistemas Procesales. *Lex Novae Revista de Derecho*, p. 1-6: Recuperado de http://lexnovae.blogspot.pe/2010/12/los-sistemas-procesales_18.html

Fuentes, C. (2013). Derecho Procesal Civil. *Revista chilena de derecho privado*. Recuperado por

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718.

Landoni, A. (2012). *Principio de razonabilidad, sana crítica, y valoración de la prueba*. Recuperado de

<https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjo4eP2tL7TAhUDwiYKHdq-DIAQFgghMAA&url=http%3A%2F%2Fpublicacionesicdp.com%2Findex.php%2FRevistas-icdp%2Farticle%2FviewFile%2F200%2Fpdf&usq=AFQjCNEBWK1mAb9BuH2eUfG4I7kCcl0ARA&sig2=YEL7OAYL3zhLJn3ntPZDCA>

Lama, H. (2006). La prueba de oficio. *Revista Electrónica Hechos de la justicia*. Recuperado de: [www/http: hechosdelajusticia.org](http://www.hechosdelajusticia.org).

Gascón, M. (2016). *Concepciones de la prueba*. Recuperado de:

<https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwievvtvB08LSAhVFDpAKHcCVBVkQFggYMAA&url=http%3A%2F%2Fcmappublic2.ihmc.us%2Frid%3D1MYBL04CF-7G0W1S-47L8%2FPrueba%2520Gascon.pdf.&usq=AFQjCNH9wI9N42q17xjAgnXMCZ9ES0MeCg&bvm=bv.148747831,d.Y2I>

Gascón, M. (2016). *La prueba judicial. Valoración racional y motivación*. Universidad de Castilla - La Mancha. Recuperado de:

<https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwikzJyWtb7TAhUFSSYKHSr4Bq0QFgghMAA&url=http%3A%2F%2Fcmappublic2.ihmc.us%2Frid%3D1MYBL04CF-7G0W1S->

[47L8%2FPrueba%2520Gascon.pdf.&usg=AFQjCNH9wI9N42q17xjAgnXMCZ9ES0MeCq&sig2=FvGU2ZQGQ5hbuNEYW6qChq](https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi-9f2utb7TAhVJbSYKHSAqBgQQFggpMAE&url=http%3A%2F%2Frepository.uchile.cl%2Fbitstream%2Fhandle%2F2250%2F129788%2FFacultades-de-los-%25C3%25A1rbitros-arbitradores-para-dictar-diligencias-probatorias-de-oficio.pdf%3Fsequence%3D1&usg=AFQjCNEAn_iE-q2wyD3eMs-AJd138w0glA&sig2=XNK157puF5seqMfYfG9MIA)

Muñoz, J. (2014). *Facultades de los árbitros arbitradores para dictar diligencias probatorias de oficio*. (Tesis de grado de Licenciado). Universidad de Chile. Recuperado de

https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi-9f2utb7TAhVJbSYKHSAqBgQQFggpMAE&url=http%3A%2F%2Frepository.uchile.cl%2Fbitstream%2Fhandle%2F2250%2F129788%2FFacultades-de-los-%25C3%25A1rbitros-arbitradores-para-dictar-diligencias-probatorias-de-oficio.pdf%3Fsequence%3D1&usg=AFQjCNEAn_iE-q2wyD3eMs-AJd138w0glA&sig2=XNK157puF5seqMfYfG9MIA

Pérez, J. (2012). *Las pruebas de oficio en un Estado Social de Derecho*. Recuperado de:

https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj3y4HMtb7TAhUFSSYKHSr4Bq0QFgghMAA&url=http%3A%2F%2Fpublicacionesicdp.com%2Findex.php%2FRevis-tas-icdp%2Farticle%2FviewFile%2F131%2Fpdf&usg=AFQjCNGIXMep57jvqRV-Cv6_x6VM4ibsuw&sig2=9oQU4us_mnKVe_uXFPE2DA

Perez-Prieto, R. J. (2015). Por la ley no se llora, uno la reemplaza. *Capítulo 4: La prueba de oficio*. (1), 1-12. Recuperado de <http://enfoquederecho.com/civil/por-la-ley-no-se-llora-uno-la-reemplaza-capitulo-4-la-prueba-de-oficio/>

Ruiz, L. (2007) *El derecho a la prueba como un derecho fundamental*. Investigación “El derecho constitucional de la prueba, análisis de la

jurisprudencia de la Corte Constitucional y Suprema de Justicia. 1(1) 181-206. Recuperado de:

https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiu6-nd1MLSAhUBKyYKHSNID88QFggYMAA&url=http%3A%2F%2Fbibliotecadigital.udea.edu.co%2Fbitstream%2F10495%2F3364%2F1%2FPerezRestrepoJuliana_2015_DerechoConstitucionalPruebaJudicial.pdf&usq=AFQjCNHM1umpyVUy5qbqDjcnulBkJUPWA

Ruiz, L. (2008). *Valoración de la validez y la eficacia de la prueba. Aspectos epistemológicos y filosóficos-políticos*. Investigación “El derecho constitucional de la prueba, análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y Suprema de Justicia. 1(1) 165-197. Recuperado de:

<https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwibw6rotb7TAhVJWSYKHVheDbIQFgghMAA&url=http%3A%2F%2Faprendeenlinea.udea.edu.co%2Frevistas%2Findex.php%2Fred%2Farticle%2FviewFile%2F2402%2F1955&usq=AFQjCNGUO7kwdhJDyMvBC9Es80K4DaX6Xq&sig2=MICMH-GBNQQDyxDN3sljfw>

Taruffo, M. (2006). Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *Revista Ius et Praxis*, 12 (2), 95 – 122. Doi: org/10.4067/S0718-00122006000200005.

Taruffo, M. (2008). *La prueba, artículos y conferencias*. Monografías Jurídicas Universitas. Recuperado de:

<https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi7oqKOTr7TAhXHSCYKHelkCSUQFgghMAA&url=https%3A%2F%2Fletrujil.files.wordpress.com%2F2012%2F01%2Fla-prueba-michele-taruffo.pdf&usq=AFQjCNEtlzGaVCGsSbyJ10CRA8ZTtQdm8g&sig2=CbB1qiV61eiJ1eTTqR3OpQ>

White, O. (2008). *Teoría General del Proceso. Temas introductorios para auxiliares judiciales*. Recuperado de https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/bibliotecaVirtual/tecnicasJudiciales/5_B.%2033688%20Teor%C3%ADa%20Gral.%20del%20proceso.pdf

Valentín, G. (2017). *La prueba y la Sentencia. Algunas reflexiones sobre la regla de la carga de la prueba*. Recuperado de <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/download/743/733>

- Videos

Ariano, E. (2008) *Limitaciones probatorias y Análisis de su constitucionalidad*. Diplomado especializado en Derecho Procesal Civil. Colegio de Abogados de Lima. Disponible desde: <https://www.youtube.com/watch?v=xgx0nN7HUuA&t=34s>

Cavani, R. (2015). *Curso Taller: Prueba de oficio en el Código Procesal Civil*. Perú: Universidad Continental. Disponible desde: <https://www.youtube.com/watch?v=roRoYf0JBQ0>

Priori, G. (2012) *La constitucionalización del derecho Procesal Civil*. XXXV Congreso de Derecho Procesal. Universidad Libre. Colombia. Disponible desde: <https://www.youtube.com/watch?v=j4wDEZ8ObV8&t=6937s>

- **Legislación**

• **Nacional**

Constitución Política del Perú (1993). En A. Rioja. (2010). *Constitución Política del Perú – y su jurisprudencia en nuestro Tribunal Constitucional*. Lima, Perú: Jurista Editores.

Código Procesal Civil – Decreto Legislativo N°768 (04 de marzo de 1992) y Resolución Ministerial N°010-93-JUS (23 de abril de 1993). En [Editorial]. (2013). *Código Civil y Código Procesal Civil*. Lima, Perú: Jurista Editores.

Ley 30293 – Ley que modifica diversos artículos del Código Procesal Civil a fin de promover la modernidad y la celeridad procesal (28 de diciembre del 2014). Recuperado de:

https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi8rJurtr7TAhVL5yYKHdJ0B4gQFgghMAA&url=http%3A%2F%2Fwww4.congreso.gob.pe%2Fpvp%2Fleyes%2Fley30293.pdf&usq=AFQjCNEqMJWemad1_aCOAJm8ANfRrcwznA&sig2=ojlKZOUSOrr2TEL-YhGodQ

• **Comparado**

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (23 de mayo de 1949).

Recuperado de:

<https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjLt4HHub7TAhXCOCYKHZkpDmoQFgghMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.btg->

bestellservice.de%2Fpdf%2F80206000.pdf&usq=AFQjCNGqyMhdilK4TgVbqJt5ZI7CAnCWg&sig2=6mETwtfLUFEFmDjOczGSZw

Zivilprozessordnung de Alemania. (1 de enero de 1900). Recuperado de:

https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjP7dXcu77TAhXKNiYKHQG5DYAQFgg4MAQ&url=http%3A%2F%2Fwww.kas.de%2Fwf%2Fdoc%2Fkas_9523-544-4-30.pdf&usq=AFQjCNFLcM6_IQfwDEoDgu8YrS11Fyp_Aw&sig2=Mc9i4HJpY2-9Ra1JgKV25g

El Codice di Procedura Civile de Italia. (1865) Recuperado de:

<https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjqiMHFvb7TAhVENiYKHScsCYgQFgg8MAl&url=http%3A%2F%2Fwww.diritto24.ilsole24ore.com%2Fpdf%2Ftriveneto%2Fcivile.pdf&usq=AFQjCNHeSeYllytnxOaoRh8WJyIxV92S0g&sig2=eA0UwmmvXZyuZIBLH2y3CQ>

Code de Procedure Civile de Francia. (1975) Recuperado de:

https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiS4dX0vb7TAhWG5SYKHcXQDQ8QFgg_MAU&url=https%3A%2F%2Fwww.legifrance.gouv.fr%2Fcontent%2Fdownload%2F1962%2F13735%2Fversion%2F3%2Ffile%2FCode_39.pdf&usq=AFQjCNEk7qsFpdDsRnZGxJ-pErLSI7aDyw&sig2=v4QDhawfXbiAY2GHoNx7Rg

Constitución española. (29 de diciembre de 1978) Recuperado de:

https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiJ14vBvr7TAhXMMSYKHZizBUAQFggyMAE&url=https%3A%2F%2Fwww.boe.es%2Flegislacion%2Fdocumentos%2FConstitucionCASTELLANO.pdf&usq=AFQjCNHK5ihreE7h_iSTb0CtEfgyh_BSKQ&sig2=t43Kmwij7wYOrPkRnHJTlw

Ley de Enjuiciamiento Civil – LEC. (8 de enero de 2000) Recuperado de:
<https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwJchJWWwb7TAhVETCYKHct1AaAQFgg8MAM&url=http%3A%2F%2Fcivil.udg.es%2Fnormacivil%2Festatal%2FLEC%2F&usq=AFQjCNGA6M9axmNxXndwKlodmAsdUeGXYQ&sig2=B0N0ZaPIbc-L1GHXjGHWg>

- Sentencias

- **Corte Suprema de Justicia**

Casación N°2284-03-Lima (30.09.04). En [Editorial]. (2013). *Código Civil y Código Procesal Civil*. Lima, Perú: Jurista Editores

Casación N° 3041-2002-Callao. En Hurtado, M. (2009). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Lima, Perú: Editorial IDEMSA.

Casación N° 2960-98-Cono Norte. En Hinostraza, A. (2012). *Derecho Procesal Civil*. Tomo III Medios probatorios (4° ed.). Lima, Perú: Jurista Editores E.I.R.L.

Casación N° 2152-2000-Piura. En [Editorial]. (2013). *Código Civil y Código Procesal Civil*. Lima, Perú: Jurista Editores.

Casación N° 3889-2000-Lima. Recuperado de:

<https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwibw6rotb7TAhVJWSYKHVheDbIQFgghMAA&url=http%3A%2F%2Faprendeenlinea.udea.edu.co>

Casación N° 1123 – 99 – Arequipa. En Hurtado, M. (2009). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Lima, Perú: Editorial IDEMSA.

Casación N° 2601-98 – Lima. Recuperado de:

https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjh8t7mu77TAhXCOiYKHvFA4gQFgghMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.academia.edu%2F8069888%2FDERECHO_PROCESAL_CIVIL_Art%25C3%25ADculos_DERECHO_PROCESAL_CIVIL_Art%25C3%25ADculos&usq=AFQjCNEBmDY21RyOo3QKiUCOVT6S-yFDDg&sig2=eps6Ue6UC8XzJyuKN5o0pA

Casación N° 1400-T-97-Ucayali. Recuperado de:

https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi-9uObvL7TAhVC6CYKHaduB1IQFgghMAA&url=http%3A%2F%2Fblog.pucp.edu.pe%2Fblog%2Fwp-content%2Fuploads%2Fsites%2F125%2F2014%2F06%2Ffabanto_torres.pdf&usq=AFQjCNEcJJdN0ZYNLkk1jYTsW-J8RqqXbA&sig2=jkCRXwj8mqvLRxd0odMKvw

Casación N° 1203-2002-Lima. Recuperado de:

https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiH5MXFvL7TAhUGRCYKHbkKCy8QFgghMAA&url=https%3A%2F%2Fvlex.com.pe%2Fvid%2Fcasacion-constitucional-social-transitoria-32323213&usq=AFQjCNGZFfQOk5E9rtLAnEuwYZwCJA78FA&sig2=4rFSdmGt9N62PIb6_1574Q

Casación N° 315 – 1995 – Piura. En [Editorial]. (2013). *Código Civil y Código Procesal Civil*. Lima, Perú: Jurista Editores.

Casación N° 1248-2000-Loreto. Recuperado de:

<https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi529jsvL7TAhWCKCYKHcebBxQQFgghMAA&url=https%3A%2F%2Finfocarita.files.wordpress.com%2F2015%2F0>

Casación N° 2020-2004-Loreto. Recuperado de:

https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjn0aGlvb7TAhWG0iYKHb7oCZsQFghOMAc&url=http%3A%2F%2Fwww.academia.edu%2F7948221%2FLA_PRUEBA_DE_OFICIO_EN_EL_PROCESO_CIVIL&usg=AFQjCNE07nDpSORmrWgyuAZKT33PP4fzA&sig2=8EPrsO4gyj6hD2iFwqxxdw

- **Tribunal Constitucional**

STC N° 6712-2005-HC/TC. Recuperado de:

<https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj1nszqq6rUAhUKJCYKHcr9BEQQFgggMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.tc.gob.pe%2Fjurisprudencia%2F2006%2F06712-2005-HC.html&usg=AFQjCNGv4QZMUcJQmckb5b3jEDBCHvyq1g>

STC N° 2076-2005-PHC/TC. Recuperado de:

<https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwilkuJGq6rUAhXLQyYKHSFUCSEQFggIMAE&url=http%3A%2F%2Fslideplayer.es%2Fslide%2F10891622%2F&usg=AFQjCNF-jdnuvuWivna8bGyZx0N6Ew8N4A>

STC N° 6846-2006-PHC/TC. Recuperado de:

<https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjtod7Lp6rUAhVM2SYKHSuWAQQQFgggMAA&url=http%3A%2F%2Ftc.gob.pe%2Fjurisprudencia%2F2006%2F06846-2006-HC.html&usg=AFQjCNEF44QvWJuarziDmzy8a4R5YaSCSQ>

STC N° 1293-2011. En A. Rioja. (2010). *Constitución Política del Perú – y su jurisprudencia en nuestro Tribunal Constitucional*. Lima, Perú: Jurista Editores.

STC N°8605-2005-AA/TC.f.j.14. Recuperado de:

https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwihyPv4q6rUAhVHPiYKHS9NBYQQFggmMAE&url=http%3A%2F%2Ftc.gob.pe%2Fjurisprudencia%2F2006%2F08327-2005-AA.html&usg=AFQjCNE-2UhV84ZCwdRFI6tGI-8G3B_YA

STC N°6712-2005-HC/TC. f.j.15. En A. Rioja. (2010). *Constitución Política del Perú – y su jurisprudencia en nuestro Tribunal Constitucional*. Lima, Perú: Jurista Editores.

- **Corte Superior de Justicia del Santa**

Exp. N° 01372-2014-0-2501-JP-FC-02. Caso de Alimentos del Segundo Juzgado de Paz Letrado. Juez: Dra. Rosa Mendoza Galarreta (15 de setiembre 2015).

Exp. N° 001280-2013-0-2501-JR-CI-03. Caso de Reconocimiento Judicial de Pago de Obligaciones y Pago. Juez: Dr. Carlos Alberto Cipriano Pichón (Resolución N° 8 de fecha 22 de marzo 2016).

Exp. N° 00437-2013-0-2501-JP-CI-04. Caso de Obligación de Dar Suma de Dinero. Juez: Dr. Carlos Alberto Cipriano Pichón (Resolución N° 20 de fecha 28 de enero 2015).

VIII. ANEXOS

ANEXO 1: Guía de Encuesta a abogados del Colegio de Abogados del Santa

ENCUESTA A ABOGADOS DEL DISTRITO JUDICIAL DEL SANTA

1. En su experiencia profesional, ¿ha tenido algún caso en el que se ha aplicado la prueba de oficio?

Nunca Algunas veces Frecuentemente Siempre

2. Cuando una persona declarada rebelde presenta un medio probatorio, el juez ¿lo ha incorporado como prueba de oficio?

Nunca Algunas veces Frecuentemente Siempre

3. ¿En qué momento se ha aplicado la prueba de oficio?

En cualquier momento Durante la audiencia Después de la audiencia Con la sentencia

4. En la resolución de la prueba de oficio:

No hay motivación Sólo indica que existe vinculación entre hechos y prueba Explica la utilidad, conducencia y pertinencia de la prueba de oficio Formulación de hipótesis, individualización de medios probatorios, confrontación, y test de no refutación.

5. Respecto a la notificación de la prueba de oficio:

Notifica a las partes a una audiencia previa para aplicar prueba de oficio Notifica a las partes la resolución de incorporación de la prueba de oficio La resolución de prueba de oficio se da a conocer con la sentencia No se notifica

6. Acerca de la impugnación de la prueba de oficio:

Se permite la tacha y oposición a la prueba de oficio

La decisión del juez es inimpugnable

La decisión del juez debe ser impugnable

7. Siendo el Principio de Audiencia principio procesal constitucional que conlleva a la bilateralidad y contradicción, ¿Debería existir una audiencia previa a la actuación de la prueba de oficio?

SI

NO

8. Considera usted que ¿el principio de audiencia influiría en la prueba de oficio?

SI

NO

9. En el caso de la segunda instancia. ¿Aplican prueba de oficio?

SI

NO, declaran nula la sentencia y ordenan al ad quo incorpore prueba de oficio

10. Considera que ¿en cuánto más público sea el proceso, goza de mayor transparencia, y garantiza la imparcialidad del juez?

SI

NO

ANEXO 2: Guía de Encuesta a magistrados de la Corte Superior de Justicia del Santa.

ENCUESTA A MAGISTRADOS DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL SANTA

1. ¿Aplica usted la prueba de oficio?

Nunca Algunas veces Frecuentemente Siempre

2. Si una persona declarada rebelde presenta un medio probatorio, usted ¿lo incorpora como prueba de oficio?

Nunca Algunas veces Frecuentemente Siempre

3. ¿En qué momento aplica la prueba de oficio?

En cualquier momento Durante la audiencia Después de la audiencia Con la sentencia

4. En la motivación de la prueba de oficio:

No motiva Sólo indica que existe vinculación entre hechos y prueba Explica la utilidad, conducencia y pertinencia de la prueba de oficio Formulación de hipótesis, individualización de medios probatorios, confrontación, y test de no refutación.

5. Respecto a la notificación de la prueba de oficio:

Notifica a las partes a una audiencia previa para aplicar prueba de oficio Notifica a las partes la resolución de incorporación de la prueba de oficio La resolución de prueba de oficio se da a conocer con la sentencia No se notifica

6. Acerca de la impugnación de la prueba de oficio:

Se permite la tacha y oposición a la prueba de oficio La decisión del juez es inimpugnable La decisión del juez debe ser impugnabile

7. Siendo el Principio de Audiencia principio procesal constitucional que conlleva a la bilateralidad y contradicción, ¿Debería existir una audiencia previa a la actuación de la prueba de oficio?

SI

NO

8. Considera usted que ¿el principio de audiencia influiría en la prueba de oficio?

SI

NO

9. En el caso de la segunda instancia. ¿Aplican prueba de oficio?

SI

NO, declaran nula la sentencia y ordenan al ad quo incorpore prueba de oficio

10. Considera que ¿en cuánto más público sea el proceso, goza de mayor transparencia, y garantiza la imparcialidad del juez?

SI

NO

ANEXO 3: Gráficos de Resultados de Encuesta a Abogados

ENCUESTA APLICADA A LOS ABOGADOS DEL DISTRITO JUDICIAL DEL SANTA

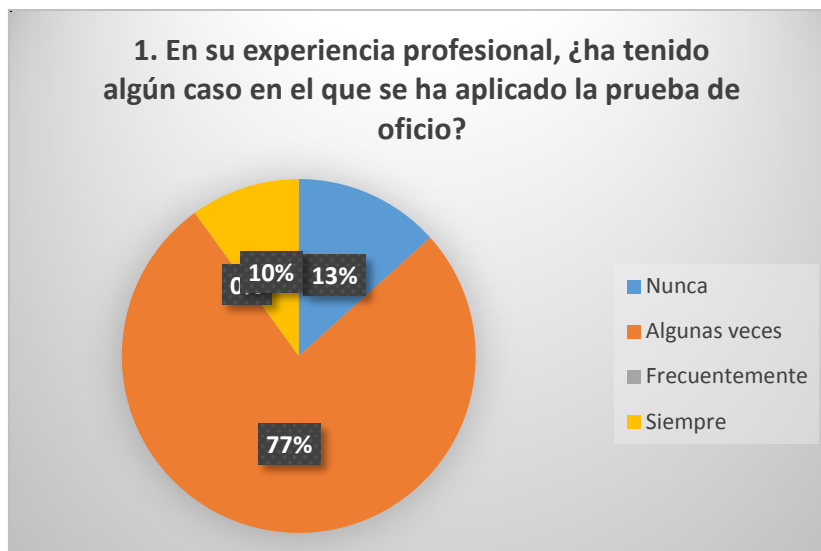


Figura 1. Aplicación de la prueba de oficio. Encuesta aplicada a 30 abogados del Distrito Judicial del Santa de un total de 3000 adscritos al Distrito Judicial del Santa - Chimbote. Enero de 2017.

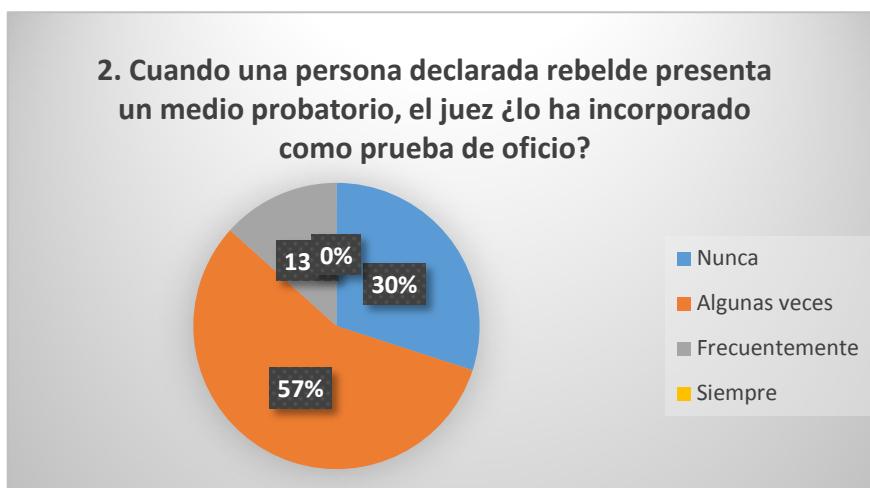


Figura 2. Rebeldía en la prueba de oficio. Encuesta aplicada a 30 abogados del Distrito Judicial del Santa de un total de 3000 adscritos al Distrito Judicial del Santa - Chimbote. Enero de 2017.

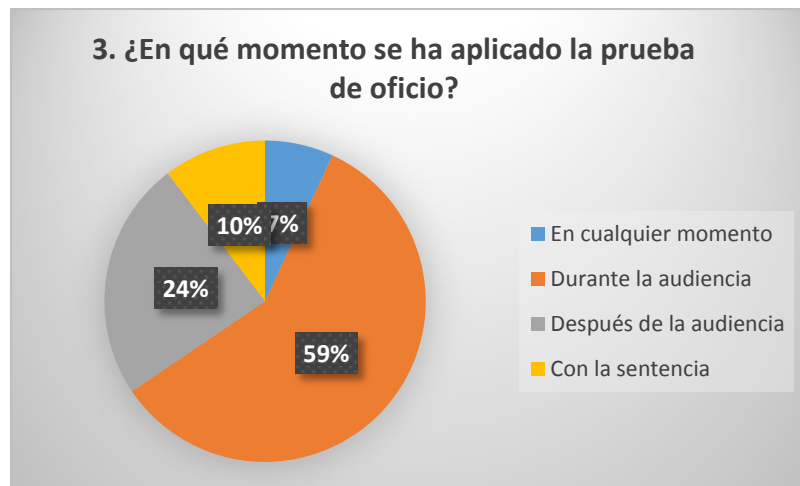


Figura 3. Oportunidad de la prueba de oficio. Encuesta aplicada a 30 abogados del Distrito Judicial del Santa de un total de 3000 adscritos al Distrito Judicial del Santa - Chimbote. Enero de 2017.

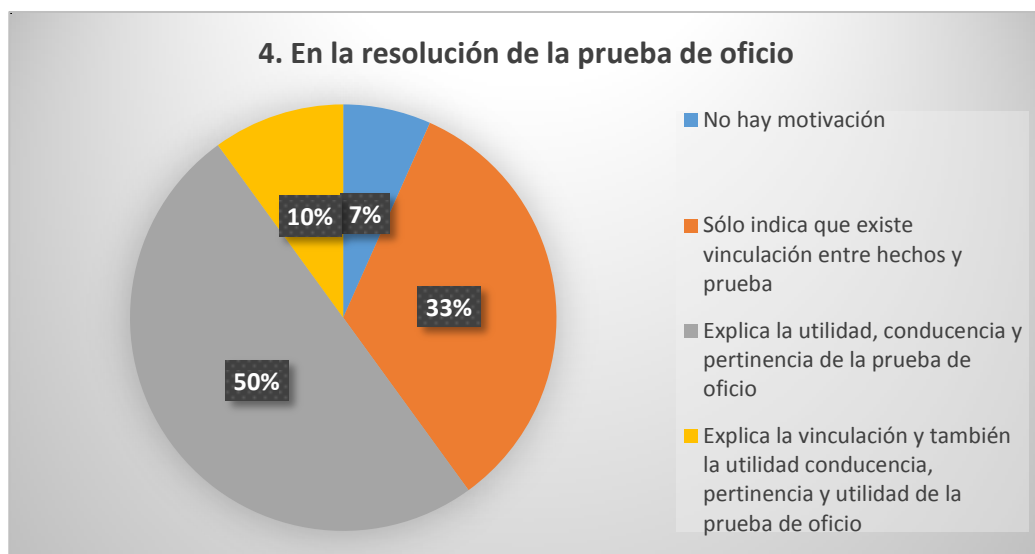


Figura 4. Resolución de la prueba de oficio. Encuesta aplicada a 30 abogados del Distrito Judicial del Santa de un total de 3000 adscritos al Distrito Judicial del Santa - Chimbote. Enero de 2017.

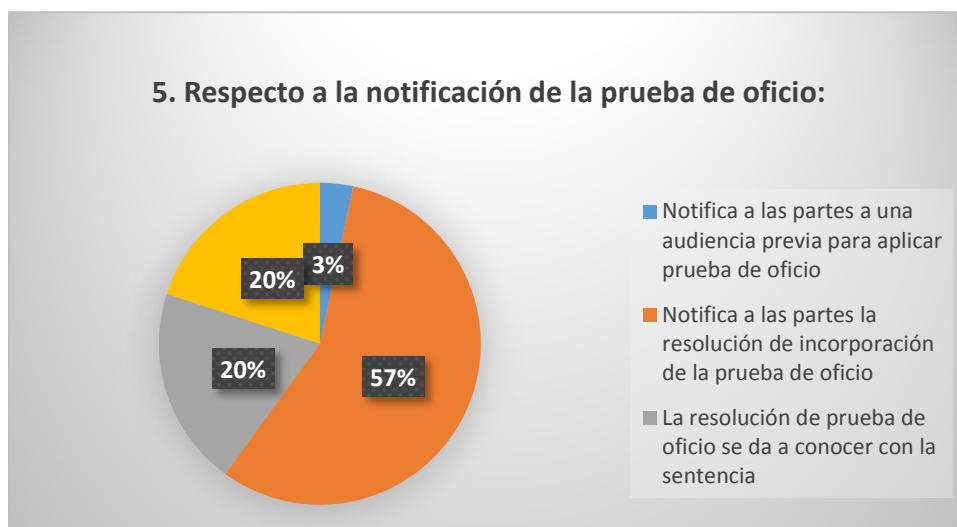


Figura 5. Notificación de la prueba de oficio. Encuesta aplicada a 30 abogados del Distrito Judicial del Santa de un total de 3000 adscritos al Distrito Judicial del Santa - Chimbote. Enero de 2017.

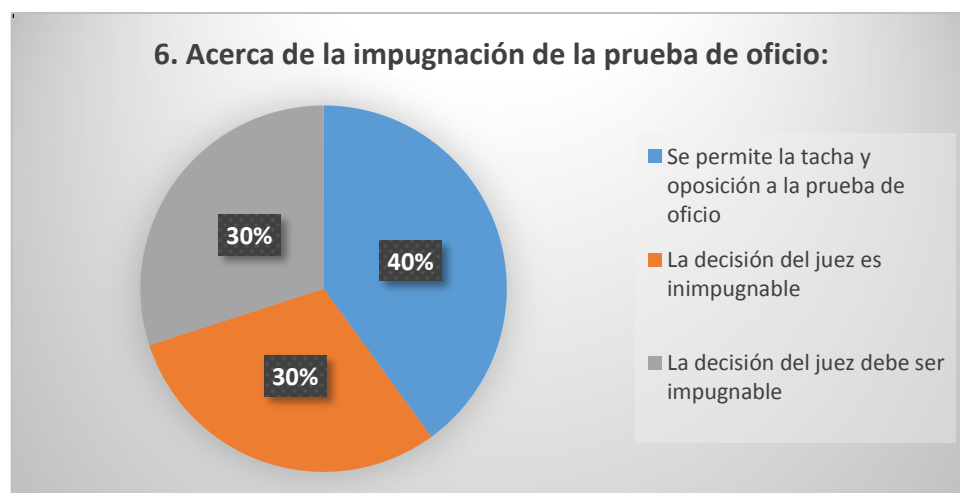


Figura 6. Impugnación de la prueba de oficio. Encuesta aplicada a 30 abogados del Distrito Judicial del Santa de un total de 3000 adscritos al Distrito Judicial del Santa - Chimbote. Enero de 2017.

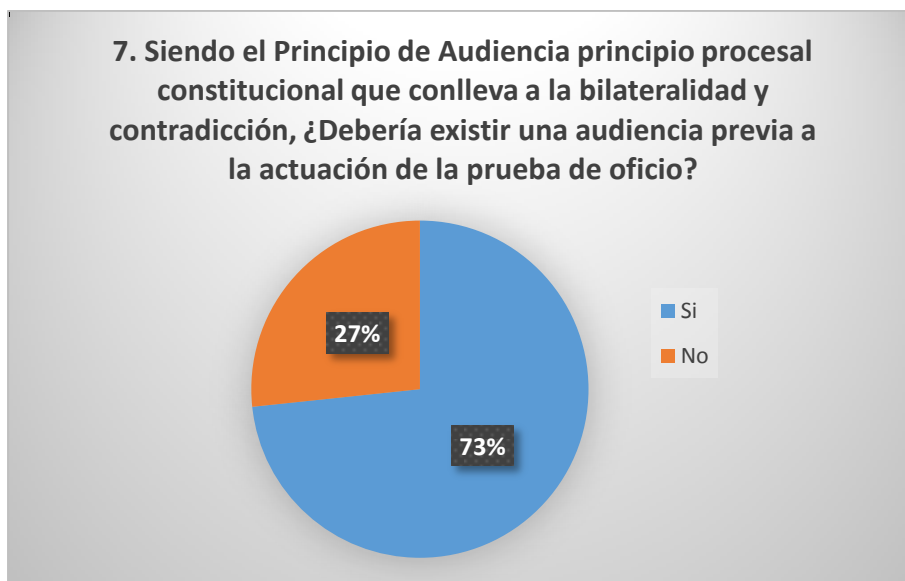


Figura 7. Audiencia previa a la actuación de la prueba de oficio. Encuesta aplicada a 30 abogados del Distrito Judicial del Santa de un total de 3000 adscritos al Distrito Judicial del Santa - Chimbote. Enero de 2017.

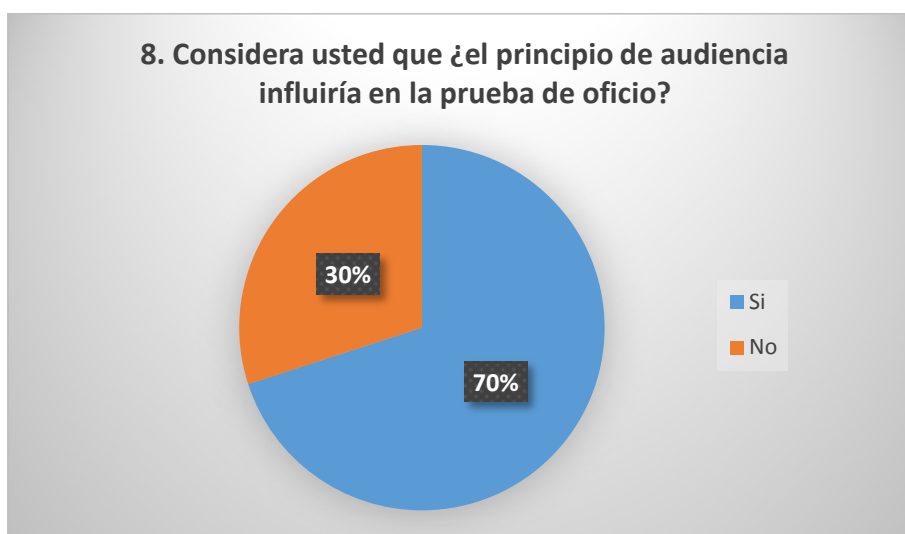


Figura 8. Influencia del principio de audiencia en la prueba de oficio. Encuesta aplicada a 30 abogados del Distrito Judicial del Santa de un total de 3000 adscritos al Distrito Judicial del Santa - Chimbote. Enero de 2017.

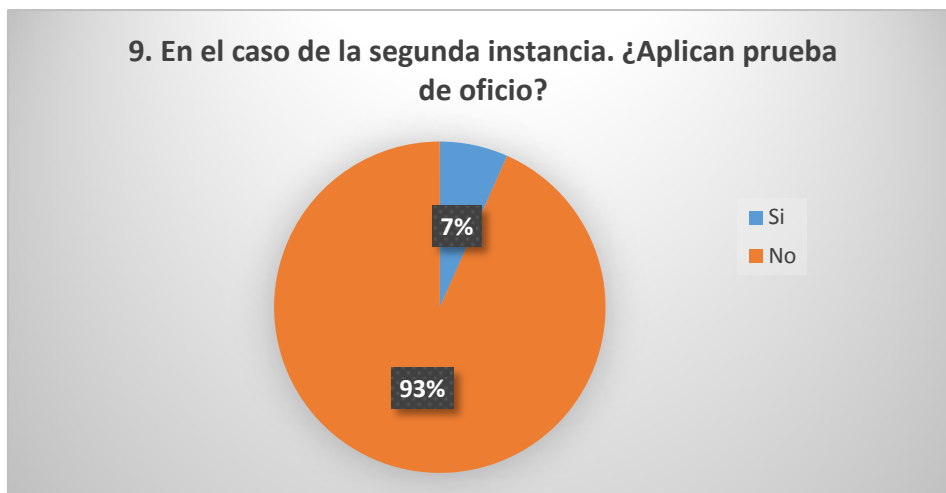


Figura 9. La prueba de oficio en segunda instancia. Encuesta aplicada a 30 abogados del Distrito Judicial del Santa de un total de 3000 adscritos al Distrito Judicial del Santa - Chimbote. Enero de 2017.

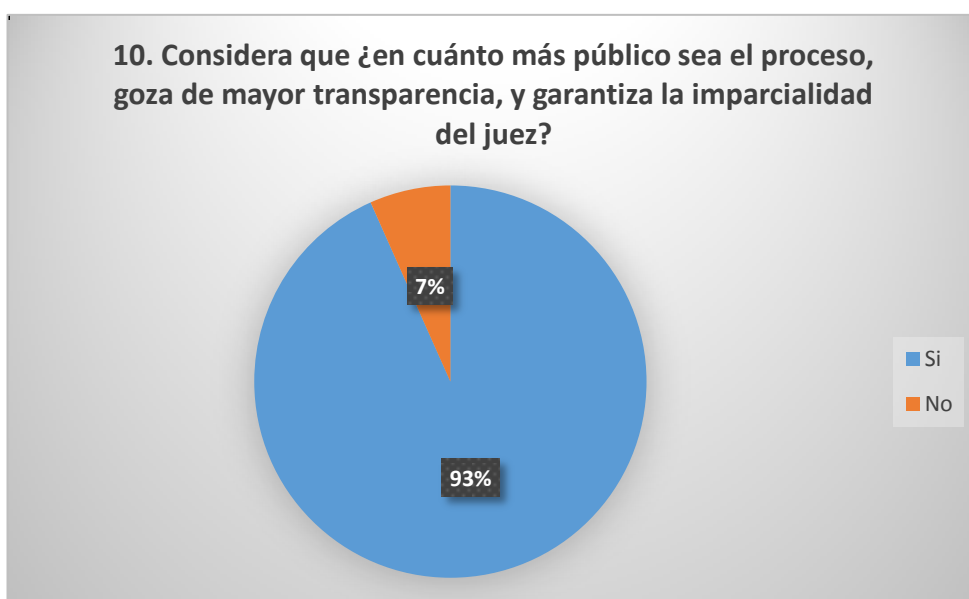


Figura 10. Publicidad del proceso. Encuesta aplicada a 30 abogados de un total de 300 adscritos al Distrito Judicial del Santa - Chimbote. Enero de 2017.

ANEXO 4: Gráficos de Resultados de Encuesta a Magistrados

ENCUESTA A JUECES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL SANTA

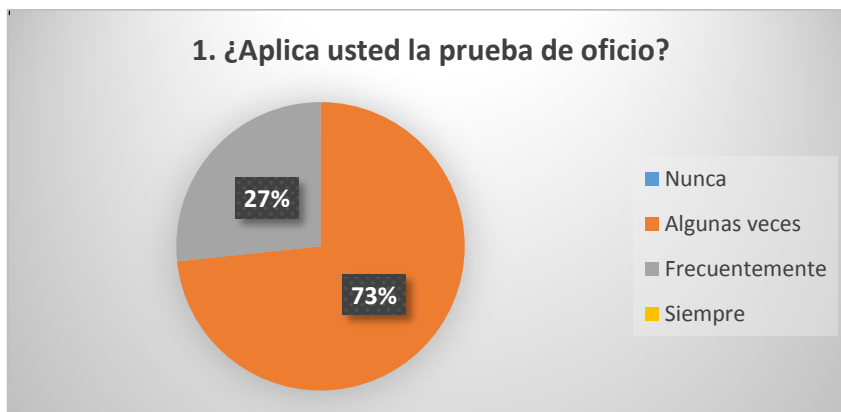


Figura 11. Aplicación de la prueba de oficio. Encuesta aplicada a 15 jueces civiles de la Corte Superior de Justicia del Santa de un total de 77 magistrados de la Corte Superior del Santa -Chimbote. Enero de 2017.

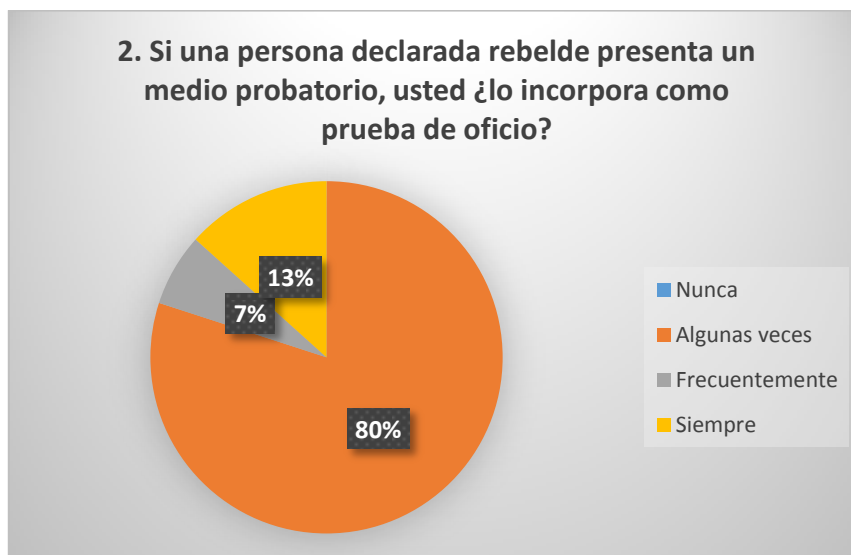


Figura 12. Incorporación de la prueba de oficio del rebelde. Encuesta aplicada a 15 jueces civiles de la Corte Superior de Justicia del Santa de un total de 77 magistrados de la Corte Superior del Santa -Chimbote. Enero de 2017.

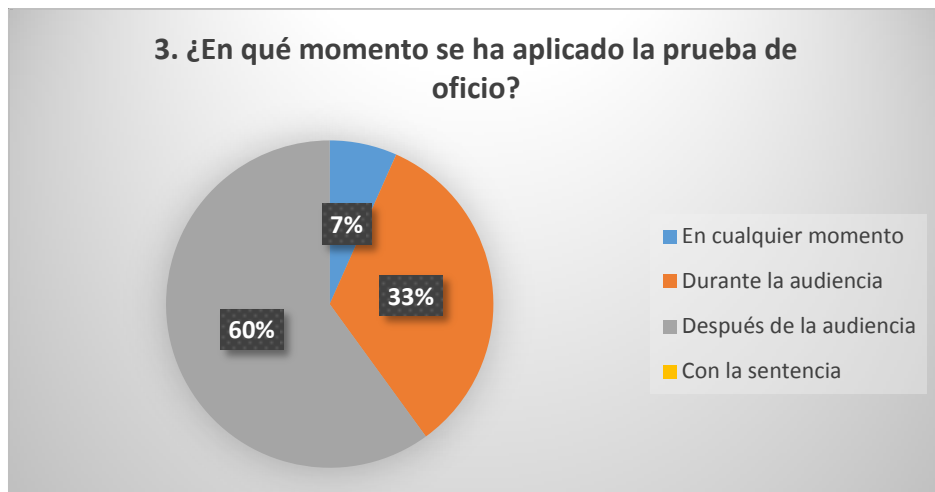


Figura 13. Oportunidad de la prueba de oficio. Encuesta aplicada a 15 jueces civiles de la Corte Superior de Justicia del Santa de un total de 77 magistrados de la Corte Superior del Santa -Chimbote. Enero de 2017.

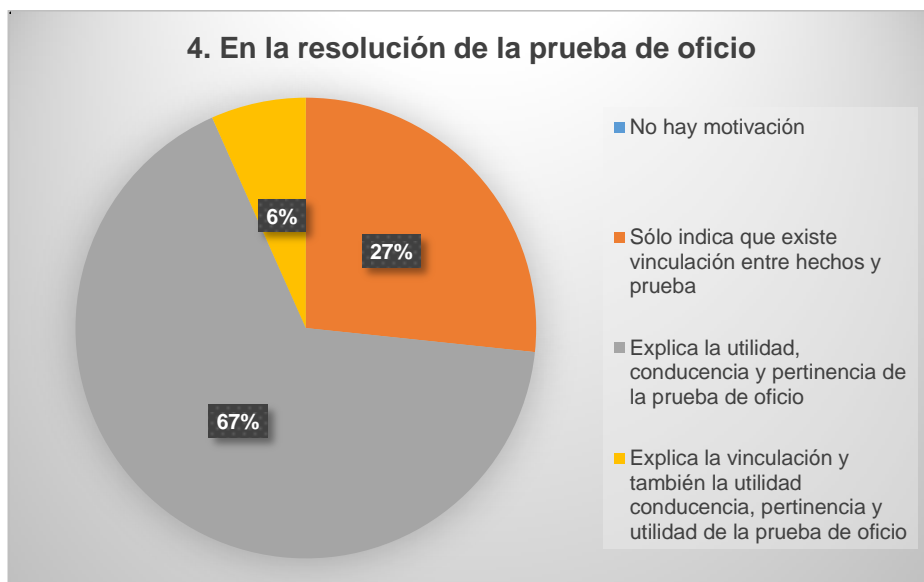


Figura 14. Resolución que sustenta la prueba de oficio. Encuesta aplicada a 15 jueces civiles de la Corte Superior de Justicia del Santa de un total de 77 magistrados de la Corte Superior del Santa -Chimbote. Enero de 2017.

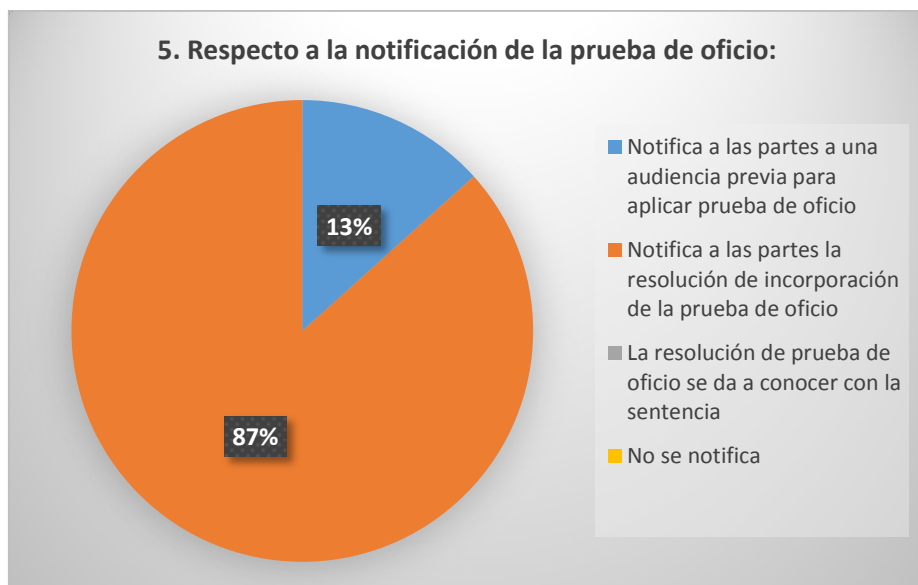


Figura 15. Notificación de la prueba de oficio. Encuesta aplicada a 15 jueces civiles de la Corte Superior de Justicia del Santa de un total de 77 magistrados de la Corte Superior del Santa -Chimbote. Enero de 2017.

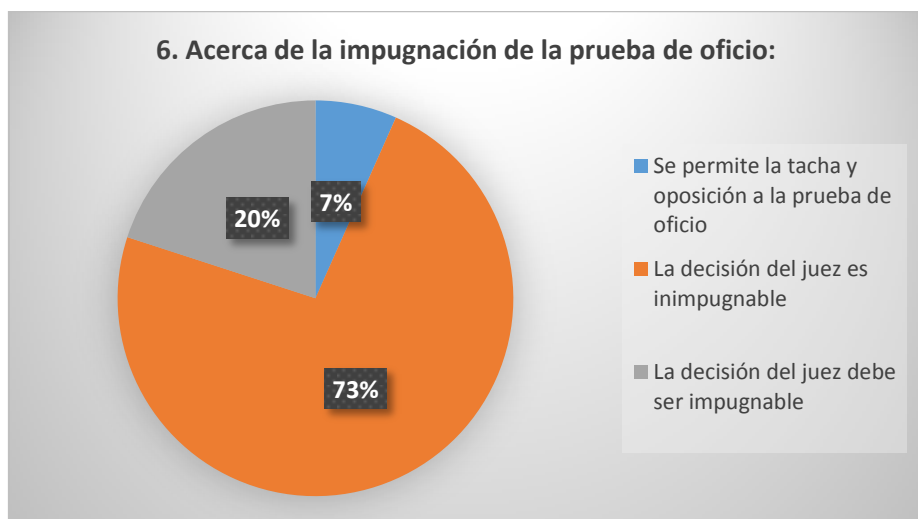


Figura 16. Impugnación de la prueba de oficio. Encuesta aplicada a 15 jueces civiles de la Corte Superior de Justicia del Santa de un total de 77 magistrados de la Corte Superior del Santa -Chimbote. Enero de 2017.

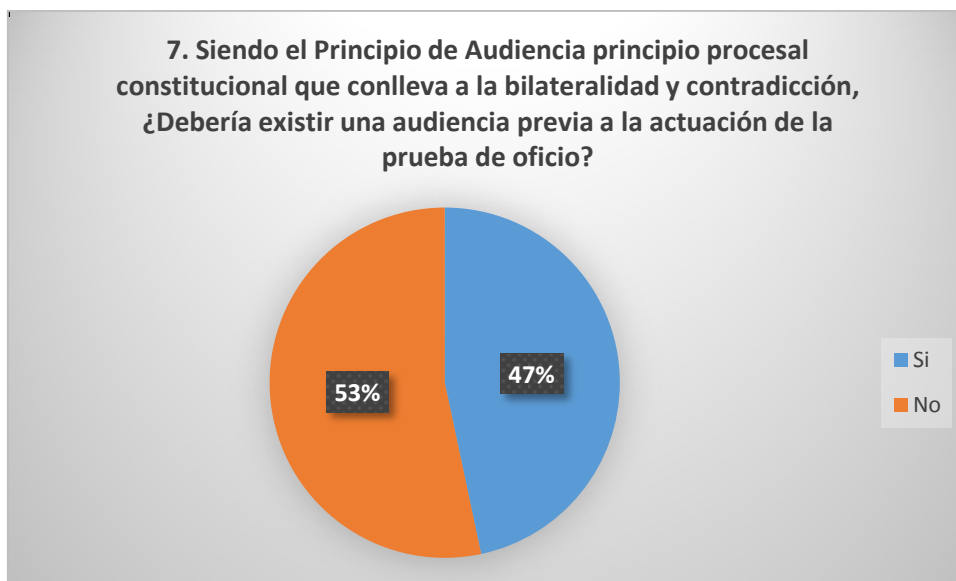


Figura 17. Audiencia previa a la actuación de la prueba de oficio. Encuesta aplicada a 15 jueces civiles de la Corte Superior de Justicia del Santa de un total de 77 magistrados de la Corte Superior del Santa -Chimbote. Enero de 2017.

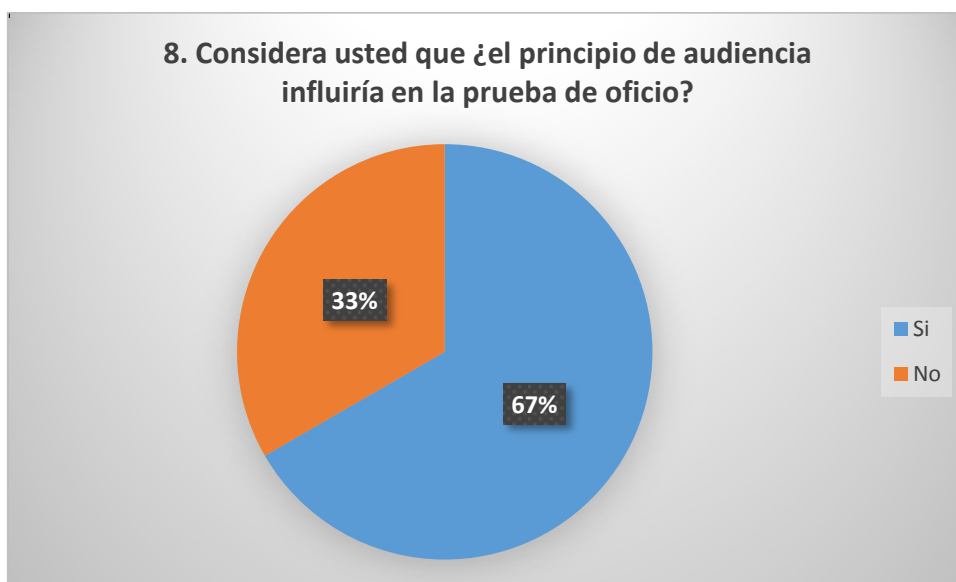


Figura 18. Influencia del principio de audiencia en la prueba de oficio. Encuesta aplicada a 15 jueces civiles de la Corte Superior de Justicia del Santa de un total de 77 magistrados de la Corte Superior del Santa -Chimbote. Enero de 2017.

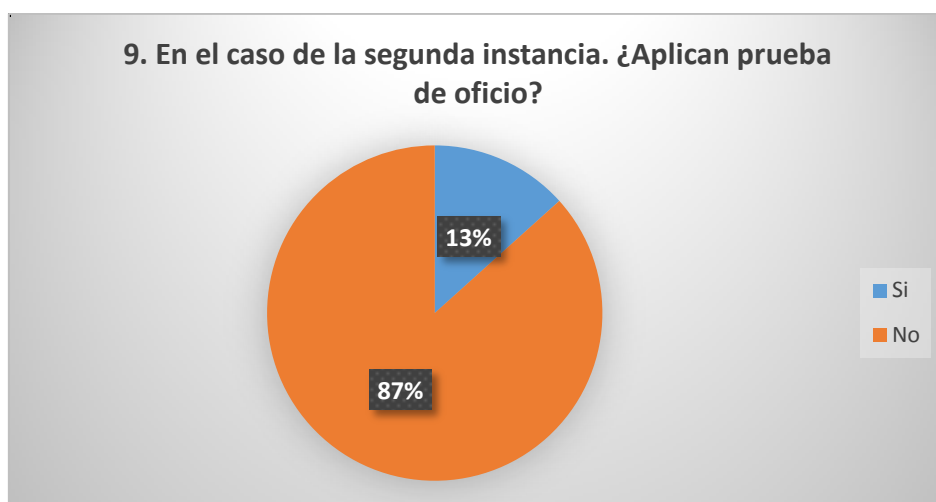


Figura 19. La prueba de oficio en segunda instancia. Encuesta aplicada a 15 jueces civiles de la Corte Superior de Justicia del Santa de un total de 77 magistrados de la Corte Superior del Santa -Chimbote. Enero de 2017.

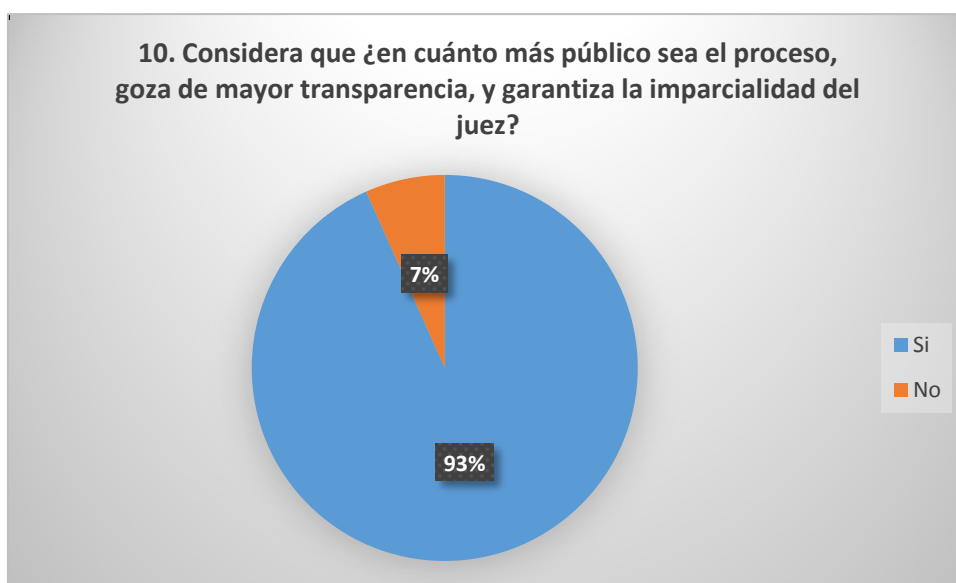


Figura 20. Publicidad de proceso. Encuesta aplicada a 15 jueces civiles de la Corte Superior de Justicia del Santa de un total de 77 magistrados de la Corte Superior del Santa -Chimbote. Enero de 2017.

ANEXO 5: Expediente N° 01372-2014-0-2501-JP-FC-02. Caso de Alimentos del Segundo Juzgado de Paz Letrado. Dra. Rosa Mendoza Galarreta (Resolución N°5 de fecha 15 de setiembre 2015).

EXPEDIENTE : 01372-2014-0-2501-JP-FC-02

MATERIA : ALIMENTOS

JUEZ : ROSA MENDOZA GALARRETA

ESPECIALISTA : ELMER YSAIAS MEJIA MURILLO

DEMANDADO : XXXXXXXXX

DEMANDANTE : YYYYYYYYYY

AUDIENCIA ÚNICA

En Chimbote, siendo las **NUEVE CON TREINTA MINUTOS** del día **QUINCE DE SETIEMBRE DEL DOS MIL QUINCE**, en el local del Segundo Juzgado de Paz Letrado de Chimbote, que despacha la señora Juez doctora **ROSA MENDOZA GALARRETA** y Secretario Judicial que da cuenta, se hizo presente la parte demandante **XXXXXX** identificada con DNI N°42307817, acompañada por su abogado el letrado LEANDRO AFRADE CERNA HERRERA con Registro CAS N° 433; asimismo se hizo presente la parte demandada **YYYYYY** identificado con DNI N°42921177 acompañado por su abogado el letrado NATIVIDAD TEATINO MENDOZA con Registro CALL N° 4376; llevándose a cabo la audiencia única programada para la fecha, la misma que se desarrolla con el siguiente resultado:

I.- ETAPA DE SANEAMIENTO: RESOLUCIÓN NÚMERO CUATRO: AUTOS Y VISTOS, Y CONSIDERANDO: PRIMERO: La demanda interpuesta cumple con los requisitos de admisibilidad y procedibilidad establecido en los artículos 130°, 424° y 425° del Código Procesal Civil; **SEGUNDO:** La demandante al solicitar tutela jurisdiccional efectiva ha acreditado legitimidad para obrar y capacidad para actuar ante este órgano jurisdiccional, en representación de su menor hija, conforme a los documentos que adjunta; **TERCERO:** El demandado ha sido notificado con las formalidades de ley a efectos de que conteste la

demanda; quien contesta de forma extemporánea, motivo por el que mediante resolución número tres se resuelve declarar su rebeldía y se señala fecha para audiencia única.

CUARTO: Este despacho resulta competente para el conocimiento de la presente causa y para emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo de la reclamación. Se ha acreditado la concurrencia de los presupuestos procesales y las condiciones para ejercer la acción, por tener la demandante legítimo interés, capacidad procesal y haber cumplido con los requisitos de la demanda. En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 465°, inciso 1° del Código Procesal Civil, **SE RESUELVE: DECLARAR SANEADO EL PROCESO**, y por consiguiente, válida la relación jurídica procesal entre las partes.-

II.- ETAPA CONCILIATORIA: En este acto se le pregunta a la parte demandada si tiene alguna propuesta conciliatoria que ofrecer, manifiesta que puede acudir a la demandante con una suma de S/.150.00 nuevos soles, toda vez que tiene 4 hijos más que alimentar, y que no cuenta con capacidad económica suficiente para un monto mayor, porque sólo percibe un aproximado de S/.600.00 soles mensuales como obrero agrícola; se corre el traslado respectivo a la demandante de la propuesta, la cual no es aceptada, por considerarla diminuta, por lo que al mantener cada una de las partes sus respectivas posiciones, la conciliación se ve frustrada.

III.- FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS: Se procede a fijar los siguientes hechos materia de probanza: **1.** Determinar el estado de necesidad de la menor ZZZZZZ; **2.** Determinar la capacidad y posibilidades económicas del demandado YYYYYYYY; y, **3.** Determinar la pensión alimenticia que debe señalarse en monto fijo en caso de ampararse la demanda.

IV.- ADMISION DE MEDIOS PROBATORIOS:

A.- DE LA DEMANDANTE:

DOCUMENTOS: Se admite los ofrecidos en su escrito de demanda ubicados en el Rubro VI, numerales 6.1 al 6.3.

B.- DEL DEMANDADO:

No se admite, por tener la calidad de rebelde.

V.- ACTUACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS:

A.- DE LA DEMANDANTE:

DOCUMENTOS: Siendo medios probatorios de actuación inmediata será merituados en su oportunidad.

B.- DEL DEMANDADO:

No se actúa por haber sido declarado **rebelde**.

VI.- PRUEBA DE OFICIO: RESOLUCION NUMERO: CINCO: AUTOS Y VISTOS;

CONSIDERANDO: PRIMERO.- Si bien el demandado ha sido declarado rebelde por no haber presentado la contestación de demanda dentro del plazo de ley, es de advertirse que con su escrito de fecha 11 de setiembre del 2015, se apersona y ofrece documentales: copia de su documento de identidad, 4 actas de nacimientos de sus menores hijos, una boleta de giro por S/.200.00 nuevos soles de fecha 26 de agosto del 2014 y una declaración jurada con firma legalizada; **SEGUNDO.-** Según lo prescrito en el primer párrafo del artículo 194º del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 30293: *“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.”;* **TERCERO:** En tal sentido, verificándose que las documentales referidas en el primer considerando de la presente resolución, tienen relación directa con la pretensión demandada, resulta del caso actuarse dichas documentales, para que puedan ser valorados en conjunto con los demás medios probatorios aportados; por estas consideraciones; **SE RESUELVE: INCORPORAR COMO MEDIO PROBATORIO DE OFICIO,** las documentales descritas en el primer considerando de la presente resolución.

Verificándose que **NO** existe prueba pendiente de actuación, se procede a expedir sentencia en mérito a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 171º del Código del Niño y Adolescentes.

Expediente N° 01372-2014-0-2501-JP-FC-02. Caso de Alimentos del Segundo Juzgado de Paz Letrado. Dra. Rosa Mendoza Galarreta (Resolución N°6, de fecha 15 de setiembre 2015).

SENTENCIA

RESOLUCION NÚMERO: SEIS:

Chimbote, quince de setiembre

del dos mil quince.-

I. PARTE EXPOSITIVA:

Asunto

Se trata de la demanda de folios 08 a 10, interpuesta por XXXXXXXX contra YYYYYY sobre **ALIMENTOS**, a fin de que se fije una pensión alimenticia a favor de la menor ZZZZZZ; conforme a los fundamentos de su propósito.

Fundamentos de la demanda

1. Precisa que, producto de su relación extramatrimonial con el demandado, procrearon a su menor hija ZZZZZZ, conforme a su partida de nacimiento que adjunta.
2. Indica que, el demandado desde que tomó conocimiento del embarazo, se desentendió totalmente de su responsabilidad y como padre le corresponde cumplir con pasar una pensión alimenticia.
3. Señala que, el demandado es una persona que físicamente se encuentra muy bien, pues viene laborando en chacras que son de su propiedad llegando a ganar hasta S/.2,500.00 nuevos soles mensuales.
4. Agrega que, su hija requiere un cuidado especial ya que no puede valerse por sí sola, sin embargo el demandado ha dejado a su entera responsabilidad la atención y los gastos de la menor, solicitando una pensión de S/.800.00 nuevos soles mensuales, entre otros argumentos que expone.

Actuación procesal

Mediante resolución número uno se admite a trámite la demanda, en vía del proceso único, corriéndose traslado de la misma al demandado por el plazo de cinco días para su contestación, bajo apercibimiento de ser declarado rebelde; habiendo sido emplazado el demandado con la demanda, anexos y admisorio el día 03 de junio del 2015, quien a pesar de estar válidamente notificado, no absuelve la demanda, razón por la cual mediante resolución número tres de folios 23, se le declara rebelde y se señala fecha para la audiencia única, acto procesal que se llevó a cabo según acta que antecede, en donde se saneó el proceso, se frustró la conciliación por desacuerdo entre las partes, se admitieron y se actuaron los medios probatorios ofrecidos por la parte demandante, se incorporaron medios probatorios de oficio presentados por el demandado y siendo el estado del presente proceso, se procede a emitir sentencia.

II. PARTE CONSIDERATIVA:

PRIMERO: Del Proceso Judicial.

La finalidad del proceso judicial es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambos con relevancia jurídica, acorde a lo previsto por el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil⁽¹⁾, dentro de un debido proceso como garantía constitucional. Asimismo, es preciso tener en cuenta que conforme a la doctrina más reciente, el proceso es concebido como el instrumento o mecanismo de que se vale el Juzgador para la satisfacción de pretensiones jurídicas (reclamaciones formalmente dirigidas por un miembro de la comunidad contra otro, ante el órgano público específicamente instituido para satisfacerlas)⁽²⁾.

SEGUNDO: Valoración de pruebas.

Conforme lo establece el artículo 197º del Código Procesal Civil, el Juez debe valorar los medios probatorios en forma conjunta y utilizando su apreciación razonada, tal como así se establece en la Cas. N° 2558-2001-Puno, publicada en el Periódico Oficial El Peruano el día 01-04-2002: *“La apreciación razonada está emparentada con el hecho que la ley no impone normas generales para acreditar algunos hechos, ni determina abstractamente el valor de las pruebas, sino que deja al juzgador en la libertad para admitir toda prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad y para apreciarla conforme a las reglas de la lógica y de la experiencia común; se trata de un convencimiento lógico y motivado, basados en medios probatorios objetivos.”* Además, la carga de la prueba corresponde a quién afirma hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando nuevos hechos, tal como lo establece el artículo 196º del Código Procesal Civil.

TERCERO: De la rebeldía del demandado.

De la verificación de los actuados se advierte que el demandado, pese a encontrarse debidamente notificado contestó la demanda de forma extemporánea, declarándosele rebelde; al respecto el artículo 461º del Código Procesal Civil, prescribe: *“La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda...”*; sin perjuicio de ello, la demandante no se encuentra eximido de la obligación de probar sus afirmaciones, tal como lo establece la Cas. N° 1650-2000-Tumbes; así pues, la suscrita puede extraer conclusiones en contra de los intereses del demandado atendiendo a su conducta asumida en el proceso.

CUARTO: De los hechos materia de probanza.

Del acta de audiencia única que antecede, se verifica que se fijó como hechos materia de probanza los siguientes: **1.** Determinar el estado de necesidad de la menor ZZZZZZ; **2.** Determinar la capacidad y

⁽¹⁾ Artículo III.- Fines del proceso e integración de la norma procesal:

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

⁽²⁾ Tal como enseña JAIME GUASP: “El proceso no es pues, en definitiva, más que un instrumento de satisfacción de pretensiones” (*Derecho Procesal Civil*, 4º Edición, Tomo I, 1998, p. 31).

SISTEMATIZACIÓN DE LA IMPLICANCIA DEL PRINCIPIO DE AUDIENCIA EN LA PRUEBA DE OFICIO PARA MEJORAR EL PROCESO CIVIL PERUANO

posibilidades económicas del demandado YYYYYY; y, **3.** Determinar la pensión alimenticia que debe señalarse en monto fijo en caso de ampararse la demanda.

QUINTO: Definición de alimentos.

Los alimentos proviene de la palabra *Alimentum* que significa nutrir, se entendía que el individuo era alimentado desde el punto de vista físico y espiritual, y esto implica satisfacción de las necesidades de alimentación, vivienda, salud y recreación³; sin embargo, con el transcurrir de los tiempos se ha estado ampliando el concepto de alimentos y es que a la fecha y conforme a nuestras normas legales los alimentos no solamente significa: “La comida o porción de alimentos”, sino que también comprende: habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del menor e inclusive los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de posparto; para el autor Héctor Cornejo Chávez: Los Alimentos comprende todo lo necesario para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica del alimentista, según el rango y condición social⁴.

SEXTO: Del derecho alimentario de la menor.

La Constitución Política del Estado en su Artículo 6, párrafo segundo, señala que: “*Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos.*” (...) “*Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes.*”, dentro de este contexto normativo el Artículo 92 del Código de los Niños y Adolescentes, Ley Número 27337, contiene mayores elementos como prestación para los niños y adolescentes a diferencia del Artículo 472º del Código Civil, porque define a los Alimentos como: “*lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente*”; por ello, los Niños y Adolescentes a diferencia de las personas mayores son acreedores de una prestación de alimentos adecuados y en ningún caso de alimentos estrictamente necesarios sino se estaría afectando su interés superior y su derecho al desarrollo integral como derechos humanos específicos.

SÉTIMO: Obligación de acudir con una pensión alimenticia.

La obligación de acudir a un hijo con una pensión alimenticia obedece a que previamente se verifiquen ciertos aspectos de vinculación familiar entre el presunto obligado y la persona en favor de quien se solicita la prestación, por ello, se debe tener presente que el simple hecho de estar acreditado de manera indubitable el vínculo familiar de la alimentista y el demandado, éste se encuentra en la obligación de acudir con una pensión alimenticia a favor de su menor hija, como ha ocurrido fehacientemente en el caso de autos, pues este hecho se encuentra debidamente acreditado con la partida de nacimiento que obra a folios 03, de la cual se aprecia que el demandado YYYYYY reconoció como hija suya a ZZZZZZ, quien actualmente tiene 4 años de edad; en tal sentido, la obligación de alimentar a su hija, por ser el padre biológico, se encuentra establecido, cuya pensión deberá ser fijada según las necesidades de la menor, las posibilidades del obligado y/o obligaciones a las que se halle sujeto el deudor alimentario.

³Pinedo Aubian, Martín. Curso de Especialización – Diplomado en Derecho de Familia. I Material Pg. 1. IDELEX. 2006.

⁴Cornejo Chávez, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Tomo II. Editorial Librería Studium. Lima, 1991. Pág. 227.

OCTAVO: Estado de necesidad de la menor.

Habiéndose verificado que la alimentista **ZZZZZZZ** es menor de edad, no es necesario que se acredite su estado de necesidad en razón de aquella **presunción de orden natural**, que emerge de su especial situación de personas en proceso de desarrollo y que tiene el carácter de ser imposterizable conforme lo indica el autor Héctor Cornejo Chávez⁽⁵⁾, quien señala que: “...*el derecho alimentario de los hijos sólo existe, como ocurre con los demás derechos alimentarios, en cuanto existe un estado de necesidad, lo cual significa que sólo lo tienen en cuanto no puedan valerse por sí mismos. Empero, a todos ellos, incluso al simplemente alimentista, les es común la presunción de que, hasta cierta edad, se encuentran en estado de necesidad, de modo que no tienen obligación de acreditarlo. Más allá de esa edad, todo hijo conserva el derecho alimentario, pero entonces no lo favorece la presunción de estado de necesidad y tiene que acreditarlo.*” Además, por una razón de orden lógico, debe tenerse en cuenta que la referida menor se encuentra en los primeros años de vida, y como tal sus necesidades son urgentes y se irán incrementado por el propio desarrollo evolutivo; asimismo, la suscrita presume que la menor alimentista requiere de especiales cuidados por parte de su madre demandante, quien en la medida de sus posibilidades protege y mantiene el sustento de su hija; por lo tanto, también merece total atención por parte del demandado; quien deberá proveer a su sostenimiento.

NOVENO: De las posibilidades económicas del demandado.

Conforme se aprecia de autos, mediante resolución número tres, el demandado ha sido declarado rebelde y según lo previsto en el Artículo 461° del Código Procesal Civil: “*La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda*”; así pues, el demandado, presenta documentales que son valorados como medios probatorios de oficio; verificándose de la declaración jurada de ingresos que adjunta, que señala ser obrero agrícola, percibiendo un ingreso diario de S/.20.00, por lo que genera un ingreso mensual aproximado de S/.600.00 nuevos soles; empero, al tratarse de una declaración jurada realizada por la propia parte demandada, debe ser tomada con la reserva del caso, pues no resulta un medio probatorio contundente como una boleta de pago, en la que realmente se puedan verificar los ingresos; de igual manera, se debe tener presente que el demandado en la audiencia única ha ofrecido como pensión alimenticia para su menor hija la suma de S/.150.00 nuevos soles, lo cual al ser cotejada con la suma girada a través de la Empresa de Transportes Turismo Pereda S.A.C. (la cual también ha sido incorporada como medio probatorio) se advierte que asciende a la suma de S/.200.00 nuevos soles, la cual ha sido admitida por la demandante, debiendo tenerse presente la fecha de giro el 26 de agosto del 2014, por lo que, en dicha fecha contaba ya con 2 hijas más y su esposa ya estaba en estado de gestación, resultando poco creíble, que una familia de cuatro integrantes subsista con únicamente S/.400.00 nuevos soles, de lo que se colige que los ingresos que genera o percibe el demandado al mes superan a los declarados; asimismo, ante la ausencia de medios probatorios específicos que acrediten de manera taxativa el ingreso económico del obligado, es de aplicación en la presente causa lo prescrito en el último párrafo del Artículo 481° del Código Civil: “*No es necesario investigar rigurosamente el monto de los ingresos del que debe prestar los alimentos*”; norma sustantiva que nos permite determinar que el caudal económico del obligado puede inferirse mediante presunciones. De igual manera, corresponde a este Juzgador no sólo

⁽³⁾ Cornejo Chávez, Héctor, “Derecho Familiar Peruano”, Editorial Gaceta Jurídica, Edición 1999, Pág. 588, Lima – Perú.

SISTEMATIZACIÓN DE LA IMPLICANCIA DEL PRINCIPIO DE AUDIENCIA EN LA PRUEBA DE OFICIO PARA MEJORAR EL PROCESO CIVIL PERUANO

verificar el ingreso económico del demandado, sino también es necesario considerar el “**deber familiar**”⁽⁶⁾ que ostenta el emplazado, y con las actas de nacimiento ofrecidas por el demandado, se ha acreditado que dicho deber familiar lo constituyen sus menores hijos aaaaaa (6 años de edad), bbbbbb (4 años de edad), y dos gemelos de nombres ccccc y ddddd (7 meses de edad), todos menores de edad; sin embargo, ello no debe ser óbice para fijar la pensión alimenticia en la presente causa, pues si el demandado ha decidido tener cinco hijos es porque se siente con la suficiente capacidad para generar ingresos económicos que permitan mantener a todos sus hijos, pues debe ejercer la **paternidad responsable**, siendo consecuente con los actos que realiza. Por último, verificado los datos en la copia de su documento de identidad, se advierte que cuenta con 33 años de edad; por lo tanto, es una persona joven que no acredita incapacidad física o mental, tampoco se infiere impedimento para que se esfuerce y desarrolle otras actividades que le generen mayores ingresos para cumplir con su deber de proveer al sostenimiento y educación de sus menores hijos (Artículo 74, inciso b, del Código de los Niños y Adolescentes, Ley N° 27337).

DÉCIMO: Regulación de la pensión alimenticia.

Para establecer el monto de la pensión a señalarse es de aplicación lo previsto en el primer párrafo del Artículo 481° del Código Civil que prescribe: “*Los alimentos se regulan por el Juez en proporción a las necesidades de quien los pide y a las posibilidades del que debe darlos, atendiendo además a las circunstancias personales de ambos, especialmente a las obligaciones a que se halle sujeto el deudor*”. De lo actuado en el proceso, se advierte que el menor para el que se solicita la pensión de alimentos, se encuentra dentro de la esfera de protección de su madre (demandante), quien tiene el deber de coadyuvar en la satisfacción de las necesidades de su menor hijo, conforme lo establece el Artículo 93° del Código de los Niños y Adolescentes, Ley N° 27337, dedicándose a su crianza; por lo tanto, el demandado en su calidad de procreador, también tiene el deber de contribuir con una pensión alimenticia digna y adecuada, acorde a las necesidades de los menores para garantizar un correcto desarrollo del proceso evolutivo, físico, moral e intelectual.

DÉCIMO PRIMERO: Del inicio y vigencia de la pensión alimenticia y sus intereses legales

En aplicación del Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y según lo previsto en los Artículos 566°, 567°, 568° y 571° del Código Procesal Civil, aplicable al caso de autos, la pensión alimenticia fijada en esta resolución debe pagarse por periodo adelantado y empieza a regir a partir del día siguiente de la fecha de la notificación de la demanda de pensión alimentaria. Con respecto a las pensiones alimenticias devengadas, generan el pago de intereses legales computados a partir del día siguiente de dicha notificación.

DÉCIMO SEGUNDO: Del registro de deudores alimentario morosos.

Por último, debe precisarse que la Ley N° 28970 ha dispuesto la Creación del Registro de deudores alimentarios morosos y en caso de incumplimiento de tres cuotas, sucesivas o no, de las obligaciones alimentarias establecidas en sentencias consentidas o ejecutoriadas o acuerdos conciliatorios con calidad de cosa juzgada, y previo el trámite de Ley, se remitirá el nombre de las personas que hayan incurrido en morosidad por incumplimiento de éstas.

⁽⁶⁾ **STC N°04493-2008-PA/TC (Fundamento 14)** “... interesa resaltar previamente que la denominación “carga familiar” utilizada en la sentencia impugnada, resulta ser cuestionable, por cuanto implica una objetivización de los individuos a los cuales se destina el contenido de la obligación alimentaria. Las personas beneficiadas con dicha tutela y alimentos no son, ni pueden ser consideradas “cargas”. Es por ello que una denominación acorde con la Constitución de dicha institución es el “deber familiar”, el mismo que guarda y concibe una dimensión ética y jurídica.”

Por estas consideraciones, atendiendo al Principio Universal de interés Superior del Niño y adolescente y en aplicación a lo dispuesto en el artículo 138° de la Constitución Política del Estado, Impartiendo Justicia a Nombre de la Nación:

III.- PARTE RESOLUTIVA:

FALLO:

1. Declarando **FUNDADA EN PARTE** la demanda interpuesta por doña **XXXXX** contra don **YYYYYYY** sobre **PENSIÓN ALIMENTICIA**; en consecuencia, **ORDENO** que el demandado acuda a favor de la menor **ZZZZZZZ**, con una pensión alimenticia mensual de **CIENTO NOVENTA Y 00/100 NUEVOS SOLES (S/.190.00)**; a partir del día de la fecha de la notificación de la demanda, esto es, desde el **día 03 de junio del 2015**, más el pago de los intereses legales respectivos.
2. **HAGASE SABER** al demandado que **en caso de incumplimiento** de tres cuotas, sucesivas o no, de su obligación alimentaria establecida en esta sentencia se le seguirá el procedimiento de deudor alimentario moroso prevista en la Ley N° 28970.
3. **CUMPLA** el demandado con depositar en forma mensual y permanente la pensión alimenticia señalada en la cuenta del Banco de la Nación que se aperturará a favor de la demandante.
4. **Consentida y/o ejecutoriada** que sea la presente resolución: **DÉSE CUMPLIMIENTO.**

En este acto se le pregunta a las partes si se encuentran conformes con la sentencia emitida; manifestando que sí.

Con lo que concluye la presente diligencia, firmando para mayor constancia. De lo que doy fe. -

ANEXO 6. Expediente N° 001280-2013-0-2501-JR-CI-03. Caso de Reconocimiento Judicial de Pago de Obligaciones y Pago. Juez: Dr. Carlos Alberto Cipriano Pichón (Resolución N° 8 de fecha 22 de marzo 2016).

EXPEDIENTE : 001280-2013-0-2501-JR-CI-03

DEMANDANTE : SEGURO SOCIAL DE SALUD - ESSALUD

DEMANDADO : XXXXXXXXX

YYYYYYYY

**ASOCIACIÓN DE FONDO CONTRA ACCIDENTE DE TRÁNSITO -
AFOCAT**

**MATERIA : RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE PAGO DE OBLIGACIONES Y
PAGO**

JUEZ : CARLOS ALBERTO CIPRIANO PICHÓN

SECRETARIO : ROBERTO LINCOLN PRADO ESPINOZA

MEDIO PROBATORIO DE OFICIO

RESOLUCIÓN No. : OCHO

Chimbote, veintidós de marzo de dos mil dieciséis.

**AUTOS Y VISTOS; y estando los autos para emitir
la resolución final, Y CONSIDERANDO:**

PRIMERO: Prueba de oficio

El artículo 194 del Código Procesal Civil modificado por la Ley No. 30293 señala “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.”

SEGUNDO: Decisión

2.1. Del análisis de los actuados, aparece que el demandante pretende que los demandados paguen las prestaciones asistenciales de emergencia y hospitalización otorgadas por su representada Hospital III Chimbote al paciente Federico Romero Moron, por el monto de S/.10,769.57, por su parte el codemandado José Luis Lostanau Velásquez (folios 81 a 90) señala que el paciente fue asistido en la sala de trauma shock del servicio de emergencia del Hospital III Chimbote el 23 de febrero de 2009, pero que ese mismo día lo traslado hasta la clínica San Pedro (sic), donde fue operado y recibió la atención médica correspondiente, siendo falso que haya permanecido hospitalizado en el Hospital III Chimbote - Essalud y allí haya sido operado.

2.2. El referido codemandado solicitó se oficie al Hospital III Chimbote del Seguro Social de Salud – ESSALUD y a la Clínica Robles, para que remitan informe médico del paciente en el período del 23 de febrero de 2009 al 28 de febrero de 2009, si bien es cierto no hubo pronunciamiento precisamente porque en sus medios probatorios no lo indicó; es evidente que los medios probatorios ofrecidos por las partes son insuficientes, debiendo admitirse de oficio el informe que emitirán el Hospital III – Chimbote y la Clínica Robles- debidamente documentado con la respectiva historia clínica, en el que se indique la fecha que ingresó el paciente a sus instalaciones, en qué condición, qué tipo de atención se le brindó, qué tiempo estuvo internado.

Por estas consideraciones se resuelve:

ADMITIR DE OFICIO

INFORME que emitirán el Hospital III – Chimbote y la Clínica Robles- debidamente documentado con la respectiva historia clínica y otros documentos pertinentes, en el que se indique la fecha que ingresó el paciente Federico Romero Moron a sus instalaciones, en qué condición, qué tipo de atención se le brindó, qué tiempo estuvo internado; en el plazo de 10 días, bajo apercibimiento de multa en caso de incumplimiento; y recibido que sea **PASEN** los autos a despacho para emitir la resolución final.-

ANEXO 7: Expediente N° 00437-2013-0-2501-JP-CI-04. Caso de Obligación de Dar Suma de Dinero. Juez: Dr. Carlos Alberto Cipriano Pichón (Resolución N° 20 de fecha 28 de enero 2015).

EXPEDIENTE : 00437-2013-0-2501-JP-CI-04
DEMANDANTE : XXXXXXX
DEMANDADO : YYYYYYY
MATERIA : OBLIGACIÓN DE DAR SUMA DE DINERO
JUEZ : CARLOS ALBERTO CIPRIANO PICHÓN
SECRETARIO : MANUEL FENCO CUSTODIO

MEDIO PROBATORIO DE OFICIO

RESOLUCIÓN No. : VEINTE

Chimbote, veintiocho de enero de dos mil quince.

AUTOS Y VISTOS; y estando los autos para emitir la resolución final, Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: 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, así prescrito por el primer párrafo del artículo 194 del Código Procesal Civil.

SEGUNDO: El demandante pretende el pago de honorarios profesionales cuyo monto es sobre el 20% de la liquidación total de las pensiones devengadas e intereses legales y dentro de sus medios probatorios mediante escrito de fecha 27 de mayo de 2013 presentó copia legalizada de contrato de locación de servicios; sin embargo, al admitirse los medios probatorios no se admitió dicho documento.

Debe precisarse que tanto la parte demandante como la parte demandada, han mencionado en sus escritos sucesivos al referido contrato; advirtiéndose que en autos solamente obra copia legalizada por el notario abogado Guillermo Cam Carranza (folios 58 y 59) y que en otro momento el demandante señala que este fue firmado por el demandado, y éste a su vez niega la firma que aparecería allí.

Incluso se ha acreditado la existencia de una investigación fiscal precisamente sobre la autenticidad de la firma del demandado en el referido contrato, signado como Carpeta Fiscal No. 2013-708-0 ante la Segunda Fiscalía Provincial Penal – Corporativa del Santa (folios 192).

TERCERO: Dichas circunstancias nos permiten determinar que los medios probatorios ofrecidos por las partes son insuficientes para formar convicción sobre el presente litigio; desde que precisamente no se ha admitido el contrato celebrado entre demandante y demandado sobre pago de honorarios profesionales y tantas veces mencionado durante el trámite del presente proceso, a pesar que el demandante lo presentó oportunamente, esto es en la etapa postulatoria; siendo así debe disponerse se admita como medio probatorio de oficio el **original del “contrato de locación de servicios”** de fecha 20 de enero de 2011; por tanto debe requerirse a la parte demandante adjunte el referido documento en el plazo a concederse bajo apercibimiento de aplicarse lo dispuesto en el artículo 282 del Código Procesal Civil sobre presunción y conducta procesal de las partes o en su defecto señale el lugar donde se encuentra, para efectos de solicitar su incorporación al presente proceso y disponer de oficio se realice la pericia grafotécnica a efectos de determinar si la firma que se refiere al demandado le corresponde; sin perjuicio de ello debe oficiarse a la fiscalía respectiva para que informe sobre el estado de la denuncia penal contenida en la Carpeta Fiscal No. 2013-708-0 y si se realizó la pericia del contrato materia de discusión.

Por estas consideraciones se resuelve:

ADMITIR DE OFICIO

El original del “contrato de locación de servicios” de fecha 20 de enero de 2011.

Requírase al demandante adjunte el referido contrato en el plazo de diez días bajo apercibimiento de aplicarse lo dispuesto en el artículo 282 del Código Procesal Civil sobre presunción y conducta procesal de las partes o en su defecto señale el lugar donde se encuentra.

DISPONGASE DE OFICIO la pericia grafotécnica a efectos de determinar si la firma que aparece en el contrato del demandado le corresponde; sin perjuicio de ello,

CURSESE oficio a la SEGUNDA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL – CORPORATIVA DEL SANTA para que informe sobre el estado de la denuncia penal contenida en la Carpeta Fiscal No. 2013-708-0 y si se realizó la pericia de la firma del demandado que aparece en el ORIGINAL del “contrato de locación de servicios” de fecha 20 de enero de 2011; debiendo remitirse copias certificadas de los actuados pertinentes.-